

Numero 1 - 2016

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*



Direttore

MARIO CICALA (*presidente della Commissione tributaria regionale della Toscana*)

Comitato di direzione

CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) - MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) - PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) - MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - VITTORIO CORASANITI (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) - ALESSANDRO D'ANDREA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) - BALDOVINO DE SENSI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - ANNAMARIA FASANO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - GIANLUCA GRASSO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - STEFANO GUIZZI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - ANTONIO LEPRE (*consigliere della Corte d'appello di Napoli*) - FERDINANDO LIGNOLA (*consigliere della Corte di cassazione*) - NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) - ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) - LOREDANA MICCICHÉ (*consigliere della Corte d'appello di Roma*) - CORRADO MISTRI (*ispettore generale del Ministero della giustizia*) - ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - FIAMMETTA PALMIERI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) - RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - FRANCESCA PICARDI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - PAOLO PORRECA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) - UGO SCAVUZZO (*giudice del Tribunale di Messina*) - LUCA VARRONE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *senza titolo*

Indice del fascicolo 1°

(gennaio-aprile 2016)

Gli Autori.....	5
Mario CICALA - <i>Il “diritto vivente”, il dubbio e la giurisdizione: l’attualità di Magistratura Indipendente</i>	6
Lorenzo DELLI PRISCOLI - <i>“Il diritto vivente”: le ragioni di una Rivista</i>	11

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

Corrado MISTRI - <i>Il principio della responsabilità colpevole nell’illecito di ritardato deposito di provvedimenti</i>	13
Vittorio CORASANITI - <i>Le pari opportunità nella disciplina consiliare</i>	17
Vittorio CORASANITI, Baldovino DE SENSI, Fiammetta PALMIERI - <i>Note di sintesi sul nuovo testo unico sulla dirigenza</i>	22
Ilaria PERINU - <i>Focus sull’assetto organizzativo degli uffici di procura. L’indipendenza interna del pubblico ministero alla luce della normativa, primaria e secondaria, vigente</i>	29

CIVILE

Corrado CARTONI - <i>La fase esecutiva del contratto di appalto stipulato con la pubblica amministrazione</i>	36
Caterina MANGANO - <i>L’ascolto del minore nelle controversie civili che lo riguardano: evoluzione normativa e giurisprudenziale, soluzioni applicative</i>	54

PENALE

Ranieri RAZZANTE - <i>La quarta direttiva contro il riciclaggio: spunti per una nuova regolamentazione italiana del fenomeno</i>	84
Alessandro D’ANDREA - <i>La declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto nelle recenti pronunce della Corte di cassazione: uno sguardo alla sentenza n. 47039/2015 della terza sezione penale</i>	104
Christian CUCCI - <i>Alcune perplessità a margine della recente sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea sul caso “Taricco”</i>	109

LAVORO

Renato PERINU - <i>Il raggruppamento temporaneo di imprese</i>	116
--	-----

EUROPA

Paolo BRUNO - <i>Corti europee e legislatore sovranazionale alle prese con il tema delle unioni civili tra persone dello stesso sesso</i>	120
Paolo BRUNO - <i>La Commissione U.E. fa il “tagliando” al decreto ingiuntivo europeo ed al Regolamento Bruxelles II bis, ed annuncia le novità in arrivo sul fronte degli atti legislativi in materia civile</i>	134

Gli Autori

Paolo BRUNO, *consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*

Corrado CARTONI, *giudice del Tribunale di Roma*

Vittorio CORASANITI, *magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*

Christian CUCCI, *tirocinate ex art. 73 d.l. 69 del 2013 presso il Tribunale di Rimini*

Alessandro D'ANDREA, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Baldovino DE SENSI, *magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Caterina MANGANO, *presidente di sezione del Tribunale di Messina*

Corrado MISTRI, *ispettore generale del Ministero della giustizia*

Fiammetta PALMIERI, *magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*

Ilaria PERINU, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Pavia*

Renato PERINU, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Ranieri RAZZANTE, *docente di Legislazione antiriciclaggio - Università di Bologna*

MARIO CICALA

Il “diritto vivente”, il dubbio e la giurisdizione: l’attualità di Magistratura Indipendente

1. Viviamo un momento storico di cui è espressione il frequente utilizzo del termine “*diritto vivente*”; chi intende adeguare la sua condotta e le sue pretese al diritto non è sufficiente legga la “Gazzetta Ufficiale” o le numerose raccolte private di testi normativi (impropriamente indicate come “codici”); è anche indispensabile si domandi quale sia l’interpretazione che di simili testi verrà accolta dai numerosi operatori giuridici chiamati a dare effettività e concretezza alle nobili parole scritte nei testi di legge. Fra questi operatori giuridici emergono per importanza e prestigio le Corti Supreme (ormai il plurale è d’obbligo) non sempre fra loro concordi: Corte di giustizia dell’Unione europea, Corte europea dei diritti dell’Uomo. Corte costituzionale, Corte di cassazione, Consiglio di stato, Corte dei conti ... Ma spesso il diritto effettivamente in vigore è plasmato da soggetti che all’osservatore superficiale possono erroneamente sembrare meno importanti, quali i giudici di primo grado in tutte le loro articolazioni. Se non da organi amministrativi: le Agenzie fiscali, i vigili urbani, etc. etc.

2. Quando fu costituita *Magistratura Indipendente* (in polemica contrapposizione a Magistratura Democratica) il quadro non era così variegato e complesso; per i tradizionalisti come me vi era una sola Corte Suprema, la Corte di cassazione, vertice della giurisdizione e vertice para-gerarchico dei giudici ordinari; che difendeva a palmo a palmo il suo ruolo contro le tendenze espansive, per altro destinate a un completo trionfo, della Corte costituzionale.

Poteva cioè essere ancora predicata la classica catena di comando che vede la esclusiva fonte del diritto nella legge dello Stato; che vede nella amministrazione e nella giurisdizione gli esecutori della legge dello Stato.

Mentre oggi le sentenze assumono spesso (*rectius* più spesso di allora) un ruolo trainante nella formazione del diritto, tanto che - sia pure con una forzatura - si può asserire che vi sono sentenze che tengono le veci delle leggi, che hanno effetti sociali simili se non pari a quelli prodotti da una legge. E, per converso, assistiamo alla promulgazione di disposizioni di legge la cui funzione, almeno nella intenzione di chi le ha redatte, è di ribaltare uno specifico indirizzo giurisprudenziale; tanto che si può qui parlare - in un certo senso - di leggi-sentenza.

3. Il ruolo forte ed espansivo oggi assunto dalla **giurisdizione** ha un fondamento istituzionale, costituito dai crescenti limiti che il legislatore incontra, nella Costituzione, nella normativa europea, nella Carta europea dei diritti dell’Uomo, alla luce delle sentenze della Corte costituzionale, della Corte di giustizia dell’Unione europea, della Corte europea dei diritti dell’uomo. Del resto, queste Corti pressantemente invitano gli organi giudiziari a una interpretazione delle leggi “orientata” a renderle armoniche con disposizioni che si collocano su un piano superiore alla legge ordinaria, sollecitano la disapplicazione delle norme di legge contrarie al diritto europeo.

Di conseguenza, il giudice si trova sovente a decidere le controversie attingendo direttamente a principi che sovrastano le leggi ordinarie, ponendo in secondo piano il dato letterale ricavabile dalla legge dello Stato. E, per altro verso, il legislatore, in specie il legislatore delegato, sembra rifuggire dall’enunciazione di principi e invece prediligere quelle che ho sommariamente indicato come leggi-sentenza.

4. In simile situazione, il *confine* concettuale fra *interpretazione* del diritto e *creazione* del diritto rimane netto e qualificante; ma spesso difficile da scorgere. Tanto che settori rilevanti dell'opinione pubblica (e primari organi di stampa) sollecitano i magistrati alla "audacia" a prendere in mano situazioni che il legislatore non riuscirebbe a gestire, a dare diretta attuazione a reali o presunti "principi generali" ricavabili dalla normativa costituzionale, o europea, o anche dall'"idem sentire" di Alte Corti che non hanno sede in Italia o in Europa.

I *principi* sono però un poco come la *Luna*, ciascuno la guarda e ci vede il profilo della sua innamorata (o innamorato); per cui uno vi legge la difesa della famiglia "tradizionale", un altro vi vede la enunciazione di strutture familiari "non tradizionali".

5. In questa complessa situazione può forse sembrare sia venuta meno la funzione stessa di "*Magistratura Indipendente*", che sia superato il valore fondante della apoliticità che nel 1964 portò alla formazione di tale movimento, culturale e associativo.

A me sembra sia esattamente il contrario.

La convinzione (o illusione) che l'attività interpretativa abbia natura esclusivamente tecnico-scientifica renderebbe- in fondo- superflua la apoliticità del giudice.

Se l'interpretazione delle leggi, la ricostruzione dei fatti fosse paragonabile a una analisi chimica, l'adesione del tecnico di laboratorio all'uno o all'altro partito sarebbe palesemente irrilevante; se le scelte discrezionali insite nel giudicare fossero, come la opzione per una cura medica, basate su valori e convinzioni del tutto (o quasi) estranei al dibattito ideale e politico, che senso avrebbe vietare la iscrizione ai partiti politici dei chirurghi?

Invece è oggi come non mai opportuno - oserei dire necessario - che il **giudice**, proprio perché partecipe della “**politica giudiziaria**” (con le virgolette) sia e non solo appaia estraneo alla politica (senza virgolette) dei partiti.

Non si tratta - mi sembra - di un mero “obbligo di apparenza”; è un obbligo di sostanza, è l’obbligo di dubitare, di mettere continuamente in discussione, le proprie opinioni, i propri “idola”, in una costante apertura alla tecnica della camera di consiglio, apertura necessaria anche per chi esercita funzioni monocratiche.

La politica giudiziaria e la politica dei partiti si differenziano certo per il loro oggetto. Ma anche per il metodo di cui il dubbio è componente essenziale.

Nella politica dei partiti l’elaborazione degli indirizzi avviene in forma pubblica nel dibattito collegiale all’interno di organi rappresentativi, nella contrapposizione esplicita di visioni diverse; e la faziosità non mi pare un difetto.

Nella politica giudiziaria la dialettica dei collegi non riflette proporzionalmente le ideologie presenti nel Paese, e la gran parte delle decisioni è monocratica. Tocca dunque al singolo giudice spogliarsi delle sue (legittime) convinzioni in ordine alla politica dei partiti e tentare di cogliere il complesso gioco di valori presenti nella legislazione e nelle aspirazioni sociali; ciascun giudice deve, dunque, essere insieme maggioranza e opposizione. E il dubbio è lo scandaglio per esplorare la complessità del reale e dei suoi valori. Perché il dubbio non è indifferenza né scetticismo: è consapevolezza della infinita complessità del reale, della impossibilità per il singolo di cogliere compiutamente questa complessità. Consapevolezza, che drammaticamente accompagna *l’esercizio* di una **professione** che dal **dubbio** di trarre decisioni, che costringe a prendere posizione, superando le incertezze.

6. Il dubbio legittima questo corpo di funzionari che hanno come unici titoli la vincita di un concorso per esami spesso lontano nel tempo, e una serie di valutazioni

positive (quasi sempre stereotipe) formulate da loro stessi, a determinare la vita dei loro simili.

Nel giudice la *dialettica* deve essere *interiore*, deve essere capacità di scorgere le ragioni di valori apparentemente contrapposti, coscienza della relatività delle proprie scelte. In altre parole, diviene dubbio, intendendo per dubbio non la scettica indifferenza, ma *la coscienza che il vero e il giusto non sono privilegio e appannaggio di nessuno*, la consapevolezza che raramente il giudizio è frutto di una solare affermazione di verità, più spesso è laica composizione di legittimi valori contrapposti.

Questo mi appare il senso profondo di una rivista culturale nata nell'area di *Magistratura Indipendente*: porre a disposizione di tutti coloro che vorranno approfittarne un'area di riflessione e di confronto. E in questo spirito invito tutti i colleghi a voler partecipare ad una riflessione comune, senza preconcetti senza tabù.

LORENZO DELLI PRISCOLI

“Il diritto vivente”: le ragioni di una Rivista

1. Per “*diritto vivente*” s’intende generalmente la consolidata opinione comune maturata nella giurisprudenza e nella dottrina in ordine al significato da attribuire a una determinata norma. Questa espressione è utilizzata per la prima volta dalla sentenza n. 274 del 1976 della Corte costituzionale, anche se è solo dagli anni ottanta che si acquisisce la piena consapevolezza del suo significato.

L’espressione, dunque, in relazione al rapido consumo che avviene oggi giorno di mode, formule, slogan, frasi ad effetto e modi di dire, può ben dirsi “vecchia” o per lo meno un po’ “datata”, ma è forse proprio per questo che l’abbiamo scelta, per l’ambizione di pensare ad un progetto comune che possa durare nel tempo e diventare patrimonio di tutti.

Ma soprattutto il diritto vivente “costringe” a non defilarsi mai, ad essere sempre nel mezzo dell’agone giuridico, a seguire e a cercare di interpretare il continuo flusso di norme nel loro incessante divenire ad opera dei giudici, degli avvocati, dei professori, dei giuristi tutti. Proprio per questo “il diritto vivente” è aperto a tutti. Davanti al continuo scorrere del diritto vivente siamo tutti uguali, l’insigne professore e il giovane studioso sconosciuto: tutti sono ben accetti purché diano il loro contributo fattivo di idee. E del resto che il diritto vivente non sia un affare privato di un’élite è stato sottolineato anche di recente dalla Cassazione (sentenza n. 10739 del 2015), la quale ha affermato che “anche i singoli individui, con i loro atti giuridicamente rilevanti, influiscono sul diritto vivente, così contribuendo a determinarlo”.

2. L’espressione “*diritto vivente*” non ha invece anche la presunzione di collocarci sempre dalla parte dei “*giusti*” e della “*ragione*”. Per noi l’importante non è “*avere sempre ragione*”, ma contribuire a migliorare il nostro diritto, nella consapevolezza che un miglioramento può anche partire da una tesi controvertibile, la quale però magari provochi come reazione l’idea più adatta per la soluzione di un problema.

“*Il diritto vivente*” è un punto di partenza, obbliga ad ascoltare cercando di capire e a parlare cercando di spiegarsi al meglio. Il diritto vivente è una continua tensione, è uno stimolo alla

creazione di nuove idee, di nuove proposte, una ricerca di nuovi affascinanti orizzonti, non legati solo ai confini italiani ma protesi verso l'Europa e verso il resto del mondo.

E in effetti dare forza e voce al diritto vivente significa dare forza e voce non solo al “dialogo” tra la Corte di Cassazione e Costituzionale, ma anche con quella di Strasburgo e di Lussemburgo. Questi “dialoghi” infatti, laddove siano davvero tali (e non già una comunicazione tra parlanti lingue diverse e reciprocamente sconosciute), si nutrono avidamente del diritto vivente, il quale a sua volta è chiamato ad acquisire una dimensione non più solo nazionale ma per lo meno anche europea.

Infine “*il diritto vivente*” “obbliga” a studiare, a impegnarsi molto e a tenersi aggiornati, ma lo faremo volentieri, perché siamo consapevoli che “*fatti non foste a viver come bruti, ma per seguir virtute e canoscenza*”.

3. La Rivista, suddivisa per aree tematiche, intende ospitare spunti di riflessione sui temi che maggiormente agitano la complessa e frammentata realtà giuridica in cui viviamo ed operiamo e contributi di aggiornamento sulle novità normative e giurisprudenziali delle Supreme Corti italiane ed europee, e si pone l'obiettivo di diventare un valido ed effettivo punto di riferimento culturale del mondo giuridico di oggi.

CORRADO MISTRI

Il principio della responsabilità colpevole nell'illecito di ritardato deposito di provvedimenti.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il superamento del sostanziale binomio ritardo ultrannuale - illecito disciplinare. - 3. Il principio della responsabilità colpevole nell'illecito da ritardo. - 4. Recenti orientamenti e conclusioni.

1. Premessa.

L'indirizzo giurisprudenziale consolidato in materia di valutazione del ritardo nel deposito di provvedimenti giurisdizionali¹ afferma che la reiterazione, pur non identificandosi con l'abitudine, richiede comunque una significativa ripetizione del comportamento, con la conseguente necessaria considerazione del rapporto percentuale tra arco di tempo considerato e numero dei ritardi, mentre la gravità va riferita all'entità in termini temporali dei ritardi, oltre che all'importanza dei procedimenti interessati; quanto poi al requisito dell'ingiustificatezza, è noto il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il termine di un anno nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali costituisce il limite massimo assoluto il cui superamento non è giustificabile se non in presenza di circostanze di carattere del tutto eccezionale, costituendo manifesta violazione dei principi che garantiscono al cittadino il diritto al giusto processo, ai sensi degli articoli 111, comma secondo, Costituzione e 6, par. 1, CEDU.

2. Il superamento del sostanziale binomio ritardo ultrannuale - illecito disciplinare.

La rigidità del principio dell'inevitabile disvalore disciplinare conseguente ai c.d. ritardi ultrannuali ha trovato una significativa breccia in recenti decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione², secondo le quali è possibile pervenire alla esclusione della punibilità disciplinare alla stregua del parametro dell'inesigibilità, sulla scorta della dimostrazione dell'inevitabilità del ritardo malgrado il magistrato abbia fatto tutto quanto era nelle sue possibilità per evitarlo.

¹ Si ricorda che il ritardo nel deposito dei provvedimenti è sanzionato dall'articolo 2, lett. q), del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, che prevede come illecito disciplinare «il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni».

² Si tratta delle pronunce n. 1241 del 18 novembre 2014, depositata il 23 gennaio 2015, n. 470 dell'11 marzo 2014, depositata il 14 gennaio 2015 e n. 7071, del 27 gennaio 2015, depositata il 9 aprile 2015.

In altre parole, il giudizio di disvalore della condotta deve essere formulato, secondo l'insegnamento della Corte, considerando le concrete condizioni operative dell'ufficio e la complessiva situazione di lavoro, dovendosi ritenere che il ritardo nel deposito dei provvedimenti giudiziari, pur se reiterato, sistematico ed anche ultrannuale, non può da solo integrare illecito disciplinare, essendo necessario verificare anche se esso sia ingiustificato, con un giudizio che ricollegli il ritardo ad un comportamento ascrivibile al magistrato, almeno a titolo di colpa, e con una motivazione in proposito *<<significativa, rigorosa e strutturata>>*, come espressamente recita la recente pronuncia resa da Sez. Un., sent. n. 14268 del 10 marzo 2015, depositata il successivo 8 luglio.

3. Il principio della responsabilità colpevole nell'illecito da ritardo.

Tale orientamento ha trovato espresso riconoscimento anche in quattro recenti decisioni della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura depositate nel maggio e nel luglio 2015, e precisamente nelle sentenze:

- n.ro 55 e n.ro 58, secondo cui non ricorre il requisito della ingiustificatezza quando i ritardi dipendano dalla particolare e complessiva situazione di lavoro del magistrato, in quanto l'obbligo di rispettare un limite di durata del processo, come richiede la CEDU, grava ed incombe in primo luogo sugli Stati *<<in capo ai quali è posto il dovere di dotare la magistratura di strutture e personale efficiente, adeguati al rispetto dell'obbligo di cui si tratta³>>*;

- n.ro 59 e n.ro 80, secondo cui si determina una situazione di inesigibilità (e quindi di assenza di rilevanza disciplinare) quando si versa in un situazione lavorativa oggettivamente difficile perché caratterizzata da un carico di lavoro sovradimensionato, frutto non di scelte del magistrato, ma di un criterio di assegnazione degli affari non sensibile al principio della equa distribuzione.

Le sentenze sopra indicate paiono inaugurare un indirizzo giurisprudenziale dell'organo di autogoverno e del giudice delle leggi che è auspicabile si consolidi, laddove afferma con sempre maggiore incisività il principio dell'accertamento in concreto dell'effettiva colpevolezza del magistrato nella valutazione delle condotte di ritardo, anche ultrannuale, nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali, imponendo di considerare specificamente, nella valutazione del requisito della ingiustificatezza della condotta: le carenze di organico, dell'ufficio e sezionali, il

³ Principio, questo, già affermato dalla sentenza di Sez. Un., n. 470 del 2015

numero delle udienze celebrate, il carico di lavoro sovradimensionato e la qualità degli affari trattati, la laboriosità dimostrata, in comparazione con quella dell'ufficio ovvero con quella sezionale, l'impegno, ove significativo, in caso di applicazioni presso altri uffici, la sussistenza ed entità di eventuali impegni aggiuntivi, quali l'attività di collaborazione direttiva o la temporanea assunzione di ruoli di colleghi non presenti, e più in generale e comunque le concrete modalità di organizzazione del lavoro ove non scelte né determinate dal magistrato.

4. Recenti orientamenti e conclusioni.

L'indirizzo giurisprudenziale di che trattasi è stato ulteriormente confermato dalle sentenze n. 96 e n. 112 del 2015 della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, che, nel confermare il principio della responsabilità colpevole nell'illecito di ritardo nel doveroso compimento degli atti relativi alle funzioni esercitate, hanno escluso la responsabilità dell'incolpato:

- quanto alla sentenza 96/2015, a fronte di una situazione di carenza di organico, sezionale ovvero di ufficio, ed in caso di assegnazione del magistrato a diverse e molteplici funzioni;
- quanto alla sentenza 112/2015, scrutinando la posizione di un magistrato di prima nomina cui era stato assegnato un ruolo consistente composto da molteplici cause trattate da altri magistrati e che aveva evidenziato al capo dell'ufficio la propria situazione di criticità, individuando il fattore detonante dei ritardi nell'inerzia della dirigenza nel predisporre interventi di sostegno in favore del giovane collega.

Nel solco tracciato dalle pronunce richiamate si pone la recente sentenza Sez. Un., n. 2948 del 2016, depositata il 16 febbraio 2016⁴, secondo cui occorre procedere anche ad un ragionato approfondimento dei criteri e delle modalità di gestione del ruolo da parte del magistrato nei cui confronti è stata evidenziata una situazione di grave sofferenza nel rispetto dei termini di deposito dei provvedimenti giurisdizionali, al fine di apprezzare il compimento di eventuali opzioni

⁴ In particolare le Sezioni Unite della Corte di legittimità evidenziano che <<in linea di principio il magistrato è responsabile della gestione del proprio ruolo e quando, come nell'ufficio giudiziario in cui lavorava l'incolpato e nella gran parte degli uffici giudicanti civili, la consistenza del ruolo risulta sproporzionata rispetto alle possibilità di smaltimento del magistrato assegnatario determinando perciò solo l'accumularsi dei processi e la conseguente irragionevole durata dei medesimi, questa responsabilità assume valenza più grave e profonda sia perché impone valutazioni di priorità che non possono essere casuali sia perché esige dal magistrato assegnatario importanti scelte organizzative intese, per quanto possibile, a contenere un arretrato destinato, in mancanza, ad accrescersi sempre più nel tempo, anche attraverso la allocazione delle limitate risorse (temporali, personali e materiali) a sua disposizione nel modo più razionale e funzionale possibile>>.

organizzative che privilegino il più generale aspetto della contrazione della tempistica della durata del processo e non solo del relativo segmento decisorio.

In tale prospettiva si rende opportuno, se non forse necessario, nell'ottica di una attenta verifica della laboriosità ragionata del magistrato:

- nel settore civile accertare la consistenza numerica iniziale, le relative sopravvenienze e le pendenze finali, distinte anno per anno, del ruolo assegnato ai magistrati nei cui confronti sono stati rilevati eventi di ritardo, così determinando, nell'ambito del ruolo, il numero dei procedimenti esauriti per anno di iscrizione del fascicolo e conseguentemente di quelli che, anno dopo anno e sino alla data finale del periodo quinquennale di verifica ispettiva, risultano pendenti da più di tre anni; nonché verificare l'eventuale conferimento di ruoli aggiuntivi ovvero di funzioni ulteriori, anche in via temporanea, ed ancora calcolare, sempre anno per anno, l'indice di smaltimento del ruolo del magistrato interessato da eventi di ritardo;

- nel settore penale accertare i procedimenti assegnati ai magistrati interessati dall'approfondimento istruttorio con numero di imputati superiore a dieci, ovvero con provenienza dalla Direzione Distrettuale Antimafia ovvero, ancora, con numero di imputati in stato di custodia cautelare superiore a cinque.

VITTORIO CORASANITI

Le pari opportunità nella disciplina consiliare la sentenza n. 80 del 10 luglio 2015 della sezione disciplinare

Quando parliamo di pari opportunità ci confrontiamo con il principio di uguaglianza giuridica e sociale fra uomini e donne; principio, quest'ultimo, che impone di garantire alle donne di fare scelte e compiere azioni, sia nella vita privata che nella vita professionale, senza alcun tipo di disuguaglianza di genere, valorizzandone le potenzialità, la creatività, l'abilità e le motivazioni che le donne possono apportare alle società.

Pari Opportunità, dunque, significa, da una parte riconoscere e valorizzare le differenze di cui ogni individuo è portatore, e dall'altra agire per evitare che tali differenze possano impedire, direttamente o indirettamente, la realizzazione di sé e il godimento di diritti.

In questi anni il panorama degli interventi del Consiglio Superiore è stato ricco di iniziative dirette ad assicurare un'effettiva parità in tutti i settori della vita professionale dei magistrati.

L'Organo di autogoverno, dunque, ha dimostrato di essere sensibile al tema della parità di genere, operando su due importanti direttrici:

- la creazione di un Comitato per le Pari Opportunità in Magistratura (presente fin dal 1992) e della Rete di Comitati per le Pari Opportunità nelle professioni legali (avvocati e magistrati);
- la formazione sulla tematica della discriminazione e della violenza verso le donne nei corsi proposti ai magistrati.

Nel contesto delle azioni positive del Consiglio, rispetto alle quali il CPO ha avuto un forte ruolo propulsivo, si richiama l'attenzione sulle seguenti delibere.

La delibera 12 maggio 2005, con la quale il CSM ha preso atto del "Documento di sintesi dei lavori del seminario conclusivo del programma comunitario: Partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini alle posizioni decisionali" coordinato dal C.S.M. col partenariato del Ministero della Giustizia italiano, di quello francese, del CGPJ spagnolo e della Procura generale di Romania, condividendone tutti i risultati e gli approdi.

In tale occasione, si è riconosciuto che "l'organizzazione del lavoro è essenziale ai fini del miglioramento complessivo del servizio giustizia e che la tematica dell'uguaglianza uomo-donna

deve essere, oggi, modernamente pensata soprattutto nell'ottica di una migliore gestione delle risorse umane e della valorizzazione del ruolo e della specificità delle donne ai fini del buon funzionamento della giurisdizione; che, altresì, costituisce un dato di fatto di comune conoscenza, confermato dalla ricerca, che la donna è ancor oggi il perno della struttura familiare e deve coniugare questo carico di responsabilità con le esigenze professionali".

La delibera 23 ottobre 2013, sul Protocollo d'intesa a tutela della maternità e della paternità dell'organizzazione delle attività giudiziarie e dei servizi amministrativi in relazione all'esercizio delle professioni forensi, sottoscritto a Milano il giorno 1 giugno 2011, con la quale il CSM ha deliberato di "raccomandare ai Capi degli Uffici giudiziari di adottare iniziative dirette ad individuare virtuose prassi nella materia della organizzazione delle attività di udienza, in funzione della piena tutela della condizione di maternità e genitoriale, con riferimento a tutte le figure professionali impegnate negli uffici giudiziari".

La delibera 2 aprile 2014, sull'introduzione delle quote di risultato negli organismi rappresentativi, con la quale il CSM ha affrontato lo spinoso tema dell'assenza delle donne dai luoghi della rappresentanza e della decisione ovvero del deficit di rappresentatività democratica, deliberando di proporre al Ministro della Giustizia una modifica dell'attuale sistema di elezione del CSM che preveda:

- 1) la doppia preferenza di genere nella elezione della componente togata;
- 2) la riserva di una quota minima di genere di 1/3 per la componente togata;
- 3) la riserva di una quota minima di genere di 1/3 della componente laica."

La delibera 24 luglio 2014 sulla partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini al processo decisionale, con la quale il CSM ha indicato i seguenti possibili interventi per una futura azione del sistema di autogoverno, nella direzione di promuovere la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini al processo decisionale:

- favorire la flessibilità della gestione del carico di lavoro e l'auto-organizzazione del lavoro, al fine di facilitare la conciliazione famiglia-lavoro;
- promuovere l'utilizzo dei moderni strumenti tecnologici (es: fax, firma digitale, e.mail) per il lavoro a casa;
- istituire asili-nido sui luoghi di lavoro;

- affinare il sistema di selezione dei dirigenti, valorizzando maggiormente le esperienze professionali maturate nella giurisdizione e negli uffici giudiziari, tenendo conto della minore mobilità che caratterizza il percorso professionale delle donne e che non deve rappresentare un indiretto fattore di discriminazione; - rinnovare periodicamente un monitoraggio ragionato sul tema;
- adottare misure materiali di sostegno e facilitazione della dimensione familiare, favorendo altresì la salvaguardia dell'unità dei nuclei familiari garantendo la piena funzionalità degli uffici.

Sempre nel contesto delle azioni positive, è apprezzabile la ricerca di soluzioni organizzative idonee a favorire le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro ovvero di un giusto punto di equilibrio tra l'attività professionale della donna magistrato e la vita familiare.

Sotto questo profilo particolare rilievo assumono gli interventi consiliari in tema di maternità, finalizzati a garantire la parità attraverso la tutela del diritto alla maternità.

Tale finalità viene perseguita mediante la previsione di apposite misure organizzative degli uffici in presenza di magistrati in stato di gravidanza, maternità o malattia.

In effetti, il principio che ormai da diversi anni caratterizza le circolari sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari è quello secondo cui nell'organizzazione degli uffici si deve tenere conto della presenza e delle esigenze dei magistrati donna in gravidanza, nonché dei magistrati che provvedano alla cura di figli minori, in via esclusiva o prevalente, ad esempio quali genitori affidatari, e fino a tre anni di età degli stessi.

Viene demandato ai dirigenti, dunque, il compito di adottare misure organizzative tali da rendere compatibile il lavoro dei magistrati dell'ufficio in stato di gravidanza o in maternità e, comunque, con prole di età inferiore ai tre anni di età, con le esigenze familiari e i doveri di assistenza che gravano sul magistrato.

Si rammenta, tuttavia, che sulla base della disciplina vigente le diverse modalità organizzative del lavoro non possono comportare una riduzione dello stesso.

Ne consegue che eventuali esoneri dovranno comunque essere compensati da attività maggiormente compatibili con la condizione del magistrato.

Tale regola, certamente condivisibile in linea di principio, sul piano dell'applicazione pratica può risultare però inadeguata rispetto all'obiettivo perseguito, posto che le condizioni degli uffici giudiziari spesso rendono difficoltosa l'individuazione di criteri di assegnazione rispondenti alla

duplice esigenza della compensazione e della compatibilità con la condizione familiare del magistrato.

La considerazione che precede offre il destro per affrontare il delicato problema dell'incidenza della differenza di genere sul piano della responsabilità disciplinare.

E' evidente, infatti, che l'adozione di misure organizzative non compatibili con le esigenze correlate allo stato di gravidanza e alla maternità o, comunque, agli impegni per l'assistenza della prole che, com'è noto, generalmente gravano sulle donne, può determinare una sovraesposizione del magistrato donna al rischio di contestazioni disciplinari per violazione dei doveri di diligenza e laboriosità.

Ed è altrettanto evidente che la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro resterebbe una mera affermazione di principio se, in caso di contestazione disciplinare, non si tenesse conto anche di quelle esigenze.

Sul punto è opportuno evidenziare che, a differenza del passato, la Sezione disciplinare del CSM ha recentemente dimostrato una maggiore sensibilità su questo specifico tema.

Si segnalala a tal fine la sentenza n. 80 del 10 luglio 2015 (Est. Lorenzo Pontecorvo) con la quale è stata assolta una collega incolpata dell'illecito disciplinare di cui all'art. 1 comma 1 e 2 comma 1 lett. q) del decreto legislativo 23 febbraio 2006 n. 109 per ritardi nel deposito di provvedimenti, in violazione dei doveri di diligenza e laboriosità.

Nella parte motiva del provvedimento si legge, tra l'altro, che “Non può essere sottaciuta la particolare situazione familiare della incolpata la quale, durante l'intero periodo in contestazione, aveva dovuto accudire a tre figli in tenera età...omissis... E' quindi da considerare che la maternità non può essere assunta come fatto episodico che si chiude e si risolve all'atto della nascita dei bambini; né può essere assimilata a qualunque evento idoneo soltanto a giustificare il mancato deposito dei provvedimenti nei periodi strettamente connotati dal divieto legislativo di prestare l'attività lavorativa o nel breve periodo equiparato”.

Si legge, inoltre, che occorre “tenere conto delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità (e della paternità) i cui principi ispiratori sono diretti a dare attuazione ai precetti costituzionali posti dagli artt. 30, 31 e 37 Cost.” e che “tale normativa, come osservato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la nota sentenza 20.815/2013, non può non influenzare

l'interpretazione di ogni diversa normativa involgente la posizione della madre lavoratrice stante l'imprescindibile esigenza di conciliare la vita professionale e quella familiare”.

Si puntualizza, altresì, che “In tale ottica...omissis.. si erano poste le disposizioni di cui al par. 45 della circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2009/2011 (applicabili al periodo in esame) che erano state ispirate alle dichiarate finalità di consentire agli uffici giudiziari di avvalersi dell'attività di magistrati che, per motivi familiari o di salute, sarebbero stati costretti a ricorrere a periodi anche molto lunghi di astensione dal lavoro”.

Prosegue ancora il Collegio evidenziando che “Tali finalità erano state in particolare perseguite attraverso una organizzazione tale da consentire un impegno lavorativo del magistrato in gravidanza o fino ai tre anni di età del bambino che non fosse inferiore quantitativamente rispetto agli altri magistrati dello stesso ufficio bensì diverso e compatibile con i doveri di assistenza che gravano sulla lavoratrice nonchè tale da assicurare a questi magistrati il diritto all'espletamento delle loro funzioni, con il duplice beneficio per l'ufficio di recuperare energie lavorative e per il magistrato di evitare perdite di professionalità conseguenti a lunghi periodi di inattività. Il concreto adeguamento a tali esigenze avrebbe pertanto imposto di garantire alla dott.ssa ...omissis...modalità organizzative del lavoro compatibili con la propria situazione di madre di tre figli...omissis”.

Ebbene, sulla scorta di quelle premesse il Giudice disciplinare, dopo aver ritenuto, tra l'altro, che nel caso di specie non erano state adottate misure organizzative compatibili con le esigenze familiari dell'incolpata, in considerazione “dell'eccessivo numero di assegnazioni” e delle “sempre più gravose incombenze affidate al magistrato che avevano anche richiesto una continua presenza in ufficio”, è pervenuto ad una pronuncia assolutoria, valutando anche per questa ragione non addebitabili a carenze organizzative del giudice i ritardi contestati

Trattasi di pronuncia particolarmente significativa nell'ottica del superamento effettivo (e non meramente dichiarato) di tutte quelle condizioni sfavorevole potenzialmente derivanti dalla mera appartenenza di genere e, in ultima analisi, della piena realizzazione di condizioni paritarie di vita e di lavoro per donne e uomini.

VITTORIO CORASANITI, BALDOVINO DE SENSI, FIAMMETTA PALMIERI

Note di sintesi sul nuovo testo unico

L'elaborazione del nuovo T.U. sulla dirigenza costituisce una rilevante innovazione del sistema selettivo.

Il testo, come si specifica nella relazione introduttiva, si informa alle seguenti linee guida: razionalizzazione e semplificazione del testo; apertura massima dell'accesso alla dirigenza; valorizzazione della cultura dell'organizzazione e delle nuove competenze maturate nella gestione di realtà complesse; distinzione e specificazione dei requisiti attitudinali in base alle tipologie di ufficio direttivo; indicazione di criteri chiari e precisi per il giudizio di comparazione tra candidati; semplificazione massima del procedimento e standardizzazione dei tempi e dei moduli valutativi.

La finalità della nuova disciplina è far sì che la meritocrazia rappresenti il valore fondante di ogni scelta selettiva.

Il testo si articola in cinque Parti: Parte I, sui Principi generali, Parte II, sui Criteri per il conferimento degli incarichi direttivi, Parte III, sulle Disposizioni sul procedimento, Parte IV, sulla Procedura di conferma quadriennale e Parte V, contenente Disposizioni finali e transitorie.

La Parte I, sui Principi generali, individua le precondizioni (indipendenza, imparzialità ed equilibrio) e i parametri generali (attitudini e merito) per il conferimento di tutti gli incarichi dirigenziali.

L'indipendenza, l'imparzialità e l'equilibrio costituiscono sempre imprescindibili condizioni per il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi e per la relativa conferma (art. 1 del nuovo T.U.) I parametri delle attitudini e del merito rappresentano ancora il cuore del giudizio comparativo e continuano a confluire, nell'ambito di una valutazione integrata, in un giudizio complessivo e unitario. (art. 2, comma 1 del nuovo T.U.). L'anzianità continua ad assumere valore solo come indice dell'esperienza professionale acquisita ovvero solo come "*criterio di validazione dei requisiti delle attitudini e del merito*" (art. 24 del nuovo T.U.), salvo il maggior rilievo che si è ritenuto di attribuire all'effettivo esercizio nel tempo dell'attività giurisdizionale con la previsione di cui all'art. 35 del nuovo TU (*Il positivo esercizio delle funzioni giudiziarie per almeno dieci anni,*

anche se non continuativi, a parità di condizioni, costituisce, di regola, elemento preferenziale per il conferimento delle funzioni direttive e semidirettive).

Il profilo del merito investe la verifica dell'attività giudiziaria svolta e ha lo scopo di ricostruire in maniera completa la figura professionale del magistrato. Tale verifica va effettuata secondo i parametri della capacità, della laboriosità, della diligenza e dell'impegno, così come definiti dall'art. 11, D.Lgs. 160 del 2006.

Quanto alle attitudini, il nuovo T.U. contiene significative innovazioni rispetto alla previgente disciplina, differenziando i relativi indicatori in due categorie: indicatori generali e indicatori specifici.

Gli indicatori generali delle attitudini direttive e semidirettive sono elementi oggettivi di valutazione comuni alle procedure di conferimento di tutti gli incarichi dirigenziali e sono desumibili: a) dalle funzioni direttive e semidirettive in atto o pregresse; b) dalle esperienze maturate nel lavoro giudiziario; c) dalle esperienze di collaborazione nella gestione degli uffici; d) dalle soluzioni elaborate nelle proposte organizzative redatte sulla base dei dati e delle informazioni relative agli uffici contenuti nel bando concorsuale; e) dalle esperienze ordinamentali e organizzative; f) dalla formazione specifica in materia organizzativa; g) dalle altre esperienze organizzative e ordinamentali maturate anche al di fuori dell'attività giudiziaria.

La funzione di tali indicatori generali è quella di ricostruire in maniera completa ed esaustiva la figura professionale del magistrato. Negli artt. da 7 a 13 vengono descritte, per ciascuno di essi, le attività che rilevano ai fini della relativa valutazione.

Gli indicatori specifici dell'attitudine direttiva e semidirettiva sono, invece, elementi di valutazione differenziati per tipologie omogenee di uffici.

Scopo della relativa previsione è quello di individuare esperienze giudiziarie che siano espressione di una particolare idoneità a ricoprire lo specifico incarico messo a concorso.

In questa direzione si è operata una distinzione tra: Uffici semidirettivi di primo grado, Uffici semidirettivi di secondo grado, Uffici direttivi giudicanti e requirenti di piccole e medie dimensioni, Uffici direttivi giudicanti e requirenti di grandi dimensioni, Uffici direttivi giudicanti e requirenti specializzati, Uffici direttivi giudicanti e requirenti di secondo grado, Uffici direttivi giudicanti di legittimità, Uffici direttivi requirenti di legittimità, Uffici di Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo e di Procuratore aggiunto.

Con riguardo poi agli uffici direttivi giudicanti e requirenti di primo grado è stata introdotta una distinzione fondata sulle dimensioni dell'ufficio e il criterio adottato è quello della consistenza organica dell'ufficio: sono considerati di "piccole e medie dimensioni" gli uffici giudicanti di primo grado che presentino in pianta organica sino a cinque Presidenti di Sezione e gli uffici requirenti presso di essi istituiti; sono considerati di "grandi dimensioni" gli uffici giudicanti che presentino in pianta organica più di cinque Presidenti di Sezione e gli uffici requirenti presso di essi istituiti.

Negli artt. da 15 a 23 tali indicatori vengono esplicitati per ciascuna tipologia di ufficio.

In sintesi, rinviando alla relazione introduttiva ed alle singole disposizioni del TU per un'analisi più dettagliata, si evidenzia che: per gli Uffici semidirettivi di primo grado (art. 15) si valorizza l'attività giudiziaria e la specializzazione nel settore in cui si colloca il posto da conferire; analogamente, il principio di specializzazione caratterizza anche gli indicatori per gli Uffici semidirettivi di secondo grado, con particolare riguardo alle esperienze di secondo grado e di legittimità (art. 16); per gli Uffici direttivi giudicanti e requirenti di primo grado di piccole e medie dimensioni (art. 17) il criterio desumibile è quello dell'apertura massima alla dirigenza degli uffici, in quanto si valorizza anche l'aspirante che ha maturato un'esperienza giudiziaria significativa, pur non avendo mai svolto incarichi semidirettivi o direttivi; per gli Uffici di grandi dimensioni (art. 18) vengono valorizzate le pregresse esperienze dirigenziali e i concreti risultati ottenuti (lett. a), le capacità relazionali dimostrate dall'aspirante all'interno dell'ufficio (lett. b), nonché le capacità relazionali dimostrate dall'aspirante nei rapporti esterni, funzionali al buon andamento dell'ufficio, alla trasparenza, all'efficienza e all'accessibilità del servizio (lett. c); per gli Uffici direttivi giudicanti e requirenti specializzati (art. 19) si valorizza la specializzazione delle funzioni; per gli Uffici direttivi giudicanti e requirenti di secondo grado (art. 20), si valorizza l'esperienza in secondo grado, l'attività di coordinamento nazionale, nonché l'esperienza di direzione di uffici di primo grado; per gli Uffici direttivi di legittimità, giudicanti (art. 21) e requirenti (art. 22), si valorizza la specificità delle funzioni di legittimità (adeguato periodo di permanenza nelle funzioni di legittimità almeno protratto per sei anni complessivi anche se non continuativi; partecipazione alle Sezioni Unite o alle udienze dinanzi alle Sezioni Unite per le funzioni requirenti; esperienza maturata all'ufficio spoglio delle funzioni giudicanti; alle diverse fasi della procedura disciplinare presso la Procura Generale della Corte di Cassazione; esperienza maturata nell'attività di vigilanza ex art.6 D.Lgs n.106/2006 nell'esercizio delle funzioni di merito e in quelle di legittimità, nonché

l'esperienza maturata nell'esercizio delle attribuzioni istituzionali di carattere internazionale della Procura Generale presso la Corte di Cassazione, per le funzioni requirenti); infine, per gli Uffici di Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo e di Procuratore aggiunto, l'art. 23 richiama la previsione dell'art. 103, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

Quanto al giudizio comparativo, esso deve essere complessivo e unitario sull'intero profilo professionale del magistrato. In altri termini la valutazione selettiva non si esaurisce nell'esame dei requisiti attitudinali ma deve involgere anche il merito dell'attività svolta dai candidati.

Riguardo al profilo attitudinale tutti gli indicatori concorrono nella formulazione del giudizio finale, attraverso la loro valutazione integrata.

Nondimeno, rispetto a tale profilo, il giudizio comparativo attribuisce "*speciale rilievo*" alla valutazione degli indicatori specifici (artt. 15-23) in relazione a ciascuna delle tipologie di ufficio, fermo restando, come detto, che gli indicatori generali (artt. 7-13) devono sempre essere valutati quali ulteriori elementi costitutivi del giudizio condotto secondo gli indicatori specifici.

Come è dato evincere dalla relazione introduttiva, la previsione delle regola dello "speciale rilievo" esprime l'esigenza che gli elementi e le circostanze sottese agli indicatori specifici, proprio per la loro più marcata attinenza al profilo professionale richiesto per il posto da ricoprire, abbiano un adeguato spazio valutativo e una rafforzata funzione selettiva.

Gli artt. 36 e 37 del nuovo TU sono dedicati alle fonti di conoscenza.

La Parte III del nuovo T.U. disciplina il procedimento per il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi. Rispetto alle disposizioni previgenti gli aspetti più rilevanti del nuovo compendio normativo si ravvisano nella semplificazione delle disposizioni, nella riduzione e fissazione dei tempi di trattazione delle singole fasi, nell'introduzione di moduli specifici per l'autorelazione, i rapporti informativi e i pareri diversificati per il conferimento di ciascuna tipologia di incarico, nonché nella fissazione della data di vacanza del posto messo a concorso. Riguardo a tale ultimo aspetto si segnala che l'art. 38, dopo avere specificato i criteri per l'individuazione della data di vacanza in relazione alle singole evenienze che possano determinare la scopertura (collocamento a riposo del titolare, per raggiunto limite d'età, nonché di decorrenza del termine di otto anni di permanenza nel medesimo ufficio, trasferimento del precedente titolare, mancata conferma quadriennale), prevede che la data della vacanza rimane stabilita nella delibera di pubblicazione del posto direttivo e semidirettivo. Dunque, la data della vacanza si cristallizza nella

delibera di pubblicazione del posto messo a concorso. Si segnala, inoltre, che l'art. 50 disciplina il limite numerico delle domande contemporaneamente efficaci (tre domande di conferimento di incarico direttivo e tre di semidirettivo, in modo da non averne più di sei contemporaneamente pendenti).

I posti analoghi sono considerati oggetto di una sola domanda.

La Parte IV disciplina la procedura di conferma quadriennale. La disciplina appare più semplice e razionale rispetto alle disposizioni previgenti e il dato qualificante della nuova procedura è sicuramente quello dell'effettività della valutazione sulla base di quanto concretamente svolto dal titolare delle funzioni. Significativo, sul punto, è l'art. 87, a mente del quale il Consiglio Superiore della Magistratura, ai fini delle proprie determinazioni, valuta non solo il parere espresso dal Consiglio giudiziario o dal Consiglio direttivo della Corte di Cassazione, unitamente a tutti gli atti richiamati e agli altri elementi esistenti presso lo stesso Consiglio Superiore, ma anche gli esiti delle ispezioni ministeriali realizzate nel quadriennio presso l'ufficio del magistrato da confermare e gli eventuali incarichi extragiudiziari da questi espletati.

La Parte V, infine, è dedicata alle disposizioni finali e transitorie. In via transitoria, per l'attribuzione degli incarichi direttivi di primo o di secondo grado, sia requirenti che giudicanti, pubblicati in data anteriore al 1 ottobre 2015, non si terrà conto del prerequisite di cui all'articolo 26-bis, comma 5, del decreto legislativo 30 gennaio 2006, n. 26 e quindi degli "elementi di valutazione" di cui all'articolo 26-bis, comma 3.

Si segnala, da ultimo, che la Quinta Commissione, prendendo atto che in fase di prima applicazione del Nuovo Testo Unico sulla Dirigenza sono emerse alcune problematiche di natura interpretativa, ha fornito alcuni importanti chiarimenti sui seguenti temi:

Limite numerico delle domande. Il bando, in deroga a quanto previsto dal Nuovo Testo Unico, fissa in cinque il limite delle domande che si possono presentare sia per i direttivi che per i semidirettivi, cumulandosi alle nuove domande quelle eventualmente presentate in occasione di precedenti bandi, in modo da non averne più di cinque contemporaneamente efficaci per uffici direttivi e più di cinque per uffici semidirettivi. Le cinque domande devono essere comunque considerate per tipologia di posti omogenei, ferma restando l'eventuale differente legittimazione

richiesta per ciascuno di essi. Ne consegue che la domanda per più posti dello stesso ufficio (es. Presidente di sezione della corte di cassazione o Presidente di Sezione di Tribunale presso lo stesso ufficio) equivale ad un'unica domanda, anche se le domande sono state presentate in relazione a bandi diversi.

Termine per la redazione dei rapporti informativi. Secondo quanto previsto dall'art.52 del Nuovo T.U. il termine di trenta giorni per la redazione del rapporto informativo decorre dalla ricezione della richiesta avanzata dal candidato. E' evidente che la richiesta dovrà essere avanzata al dirigente solo allorquando il candidato abbia inserito nel sistema informatizzato l'autorelazione e la documentazione ad essa allegata.

Pareri attitudinali. Nel bando è previsto che "il parere mantiene la sua validità ed efficacia ai fini della rappresentazione della situazione professionale del magistrato per un quadriennio, decorrente dalla data della vacanza del posto". Con l'entrata in vigore del Nuovo Testo Unico sulla Dirigenza è venuto meno il sistema di equipollenza dei pareri previsto dalla precedente circolare. In questa prima fase di applicazione del nuovo testo unico, al fine di non disperdere il lavoro già svolto dai Consigli Giudiziari, la Commissione per valutare il candidato ritiene possibile l'utilizzo dei pareri attitudinali specifici già espressi per incarichi direttivi e semidirettivi oggetto di precedenti pubblicazioni (fermo restando che non devono essere trascorsi quattro anni decorrenti dalla data di vacanza del posto per il quale è stato espresso), anche se formulati secondo il modello allegato alla precedente circolare, purché sia stato espresso per il conferimento di un ufficio semidirettivo analogo per grado e funzioni, ovvero per il conferimento di un ufficio direttivo analogo per grado, tipologia (piccoli/medi, grandi, legittimità e specializzati) e funzioni richieste. Sempre per ragioni di economia procedurale, se non è necessario formulare un nuovo parere attitudinale specifico (essendo valido ed efficace quello già espresso in relazione a precedenti concorsi), gli eventuali elementi positivi sopravvenuti potranno emergere dall'autorelazione, senza che sia necessaria la formulazione di un nuovo parere.

Autorelazione. Tutta la modulistica per la redazione delle autorelazioni, dei rapporti informativi e

dei pareri attitudinali è reperibile (in formato pdf ed in formato word) sulla rete intranet (www.cosmag.it), nel settore “servizio novità”, cliccando sul link “modulistica”. Al fine di favorire la redazione dei rapporti informativi e dei pareri attitudinali secondo la nuova modulistica, è necessario che anche l'autorelazione venga redatta secondo l'apposito modulo predisposto. Nel caso sia stata avanzata domanda per il conferimento di più incarichi semidirettivi e/o direttivi diversi per grado, tipologia e funzioni, l'autorelazione dovrà essere unica; in questi casi il candidato dovrà compilare tutti i campi interessati per la tipologia, il grado e le funzioni del posto richiesto, così evidenziando le relative specifiche attitudini.

Proposte organizzative. Le proposte organizzative costituiscono oggetto di valutazione solo per il conferimento di incarichi direttivi.

Documentazione utile ai fini della formulazione delle proposte organizzative. L'art. 5 n.2 del T.U. vigente prevede che “con il bando di pubblicazione sono resi disponibili sul sito del CSM il più attuale progetto tabellare o il programma organizzativo dell'ufficio a concorso e i relativi pareri della Commissione Flussi, nonché le parti generali e conoscibili dell'ultima relazione ispettiva”. I progetti tabellari, i programmi organizzativi ed i pareri delle Commissioni Flussi sono già disponibili on line, previo accesso nella scheda personale dei magistrati, sezione dedicata alle “domande di tramutamento e dichiarazioni di revoca”, cliccando il link segnalato in colore verde “documenti utili per le proposte organizzative”. Entro il 21 settembre 2015 la documentazione presente sarà integrata con le parti generali e conoscibili dell'ultima relazione ispettiva di ciascun ufficio.

Artt.69 e 70. Gli articoli 69 e 70 del Nuovo Testo Unico sulla Dirigenza si riferiscono sia agli incarichi direttivi che ai semidirettivi.

ILARIA PERINU

Focus sull'assetto organizzativo degli uffici di procura. L'indipendenza interna del pubblico ministero alla luce della normativa, primaria e secondaria, vigente

Sommario: 1. Premessa - 2. La normativa primaria: assetto organizzativo, l'assegnazione, la revoca, l'assenso - 3. La prassi del "visto" - 4. La normativa secondaria: la risoluzione del 2007, la risoluzione del 2009, la delibera del 2011, la delibera del 13.1.2016 - 5. Prospettive di riforma.

1. Premessa

Il pubblico ministero, come ben delineato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 190 del 1970, è un *"magistrato appartenente all'ordine giudiziario in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere"* che *"agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge"* ricercando tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato.

Il ruolo essenziale del pubblico ministero quale garante dello stato di diritto è altresì affermato dalla cd Carta di Roma, vale a dire l'insieme dei principi elaborati dal Consiglio consultivo dei Procuratori europei (CCPE). Si legge infatti che *"I membri del pubblico ministero contribuiscono ad assicurare che lo stato di diritto sia garantito da un'amministrazione della giustizia equa, imparziale ed efficiente. I procuratori agiscono per rispettare e proteggere i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali..."*.

2. La normativa primaria: assetto organizzativo, l'assegnazione, la revoca, l'assenso.

Condizione necessaria affinché il pubblico ministero possa garantire lo stato di diritto ed operi esclusivamente a fini di giustizia, senza perseguire interessi particolari, è che ne siano riconosciute l'indipendenza e l'autonomia. Nel nostro ordinamento, l'indipendenza del Pubblico Ministero si riflette in un'organizzazione interna dell'ufficio permeata dal principio di *attenuata* gerarchia e sovraordinazione del procuratore ai sensi nel D. L.Vo 106/2006 come modificato dalla Legge di

modifica n. 269/2006 Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del Pubblico Ministero, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera D) della legge 25 luglio 2005, n. 150.

Il procuratore della Repubblica, secondo la legge vigente, è «titolare esclusivo dell'azione penale». Ne consegue che compete al procuratore la decisione sia *sull'an* sia *sul quomodo* dell'esercizio dell'azione penale, «assicurando il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio».

Avendo il decreto legislativo 106/2006 provveduto ad abrogare l'art 7 ter O.G., così estromettendo il C.S.M. dal procedimento di ***definizione dell'assetto organizzativo*** della Procura della Repubblica, spetta al procuratore la determinazione dei criteri di organizzazione dell'ufficio; dei criteri di assegnazione dei procedimenti ai procuratori aggiunti e ai magistrati del suo ufficio, individuando eventualmente settori di affari da assegnare ad un gruppo di magistrati al cui coordinamento sia preposto un procuratore aggiunto o un magistrato dell'ufficio; delle tipologie di reati per i quali i meccanismi di assegnazione del procedimento siano di natura automatica. Il progetto organizzativo ed i provvedimenti di modifica, immediatamente esecutivi, devono essere trasmessi al C.S.M. che ne valuterà la conformità ai principi costituzionali con la cd "***presa d'atto***" la quale potrà essere accompagnata dalla formulazione di rilievi in ordine alla rispondenza o meno del documento alle norme dell'ordinamento giudiziario nonché agli atti consiliari di indirizzo.

Dal punto di vista dei rapporti tra procuratore e sostituti, l'art 2 D.vo 106/2006 disciplina ***l'assegnazione*** dei procedimenti ***e i casi di revoca***. Quale titolare esclusivo dell'azione penale, il procuratore la esercita "*personalmente o mediante assegnazione a uno o piu' magistrati dell'ufficio. L'assegnazione può riguardare la trattazione di uno o piu' procedimenti ovvero il compimento di singoli atti di essi*" (comma 1) "*Con l'atto di assegnazione per la trattazione di un procedimento, il procuratore della Repubblica può stabilire i criteri ai quali il magistrato deve attenersi nell'esercizio della relativa attività. Se il magistrato non si attiene ai principi e criteri definiti in via generale o con l'assegnazione, ovvero insorge tra il magistrato ed il procuratore della Repubblica un contrasto circa le modalità di esercizio, il procuratore della Repubblica può, con provvedimento motivato, revocare l'assegnazione; entro dieci giorni dalla comunicazione della revoca, il magistrato può presentare osservazioni scritte al procuratore della Repubblica*" (comma 2)

Solo in materia di misure cautelari la legge, all'art 3, ha previsto che il fermo di indiziato di delitto, la richiesta di misura cautelare personale e reale (salvo in quest'ultima ipotesi che il

procuratore disponga che non sia necessario atteso il valore economico o alla rilevanza del fatto per il quale si procede) *siano assentite per iscritto dal procuratore*, con l'eccezione dei casi in cui tali richieste siano formulate, durante il turno di reperibilità del sostituto, per la convalida dell'arresto o del fermo.

3. La prassi del “visto”.

La disciplina legislativa conferisce al Procuratore ed ai Procuratori aggiunti prerogative di vigilanza e di coordinamento dell'attività dei sostituti anche nella fase preliminare a quella dell'emissione di provvedimenti.

Con l'obiettivo di assicurare l'uniformità di operato dell'ufficio, la prassi degli uffici di procura ha dato luogo a forme di controllo e vigilanza sulle modalità di esercizio dell'azione penale attraverso la previsione nei progetti organizzativi del cd “*visto*” preliminare all'emissione di provvedimenti ritenuti di particolare delicatezza o di speciale interesse. La prassi non è regolata in modo uniforme ed omogeneo, e il *visto* viene apposto a seconda degli uffici di Procura, sulle richieste di rinvio a giudizio, oppure, sulle richieste di archiviazione, financo sui decreti di proroga delle intercettazione telefoniche/ambientali.

4. La normativa secondaria: la risoluzione del 2007, la risoluzione del 2009, la delibera del 2011, la delibera del 13.1.2016

Come già accennato, il D.vo 106/2006 ha abrogato l'art 7 ter O.G. sganciando l'elaborazione dell'assetto organizzativo della procura della Repubblica dal sistema tabellare ha affidato al procuratore la determinazione dei criteri di organizzazione dell'ufficio. I poteri organizzativi sono prerogativa esclusiva del Procuratore della Repubblica, avendo previsto la legge (art. 1, co. 7) una mera comunicazione dei progetti di organizzazione al C.S.M che ne vaglierà la conformità ai principi costituzionali di imparzialità, trasparenza, buon andamento dell'amministrazione e di autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario, esprimendo apprezzamenti che assumono rilevanza ai fini delle periodiche valutazioni di professionalità del dirigente (anche per la conferma nell'incarico direttivo) e nei casi più gravi, formulando rilievi in ordine alla rispondenza o meno del documento alle norme dell'ordinamento giudiziario nonché agli atti consiliari di indirizzo. Con riferimento a questi ultimi atti, sono fondamentali le risoluzioni del 2007 e del 2009.

Con la risoluzione del 12 luglio 2007 il CSM ha stabilito le linee guida a cui il procuratore deve attenersi nel predisporre il progetto organizzativo specificando che : *il potere di assegnazione e autoassegnazione non può essere svincolato da congrua motivazione posto che si porrebbe in contrasto con gli artt. 97 e 101 co 2 Cost.. L'assegnazione di singoli atti deve essere configurata in modo da non incidere negativamente sulla sfera di autonomia professionale riconosciuta al magistrato e da non comprometterne la dignità delle funzioni. Il procuratore, in sede di definizione dei criteri di organizzazione del lavoro, deve delineare in termini generali i presupposti dell'assegnazione al compimento di singoli atti e i principi e tali criteri dovranno tendenzialmente ricollegarsi a quelli definiti in via generale, assumendo rispetto ad essi carattere attuativo o integrativo.*

La revoca dell'assegnazione deve essere effettuata con provvedimento motivato sul rilievo che la linea investigativa seguita dal sostituto è diversa dai criteri generali stabiliti (o specificati nel singolo atto di assegnazione) dal procuratore, o in caso di contrasto sulle modalità di esercizio della attività. In questa ipotesi la garanzia contro un possibile abuso del potere sta nell'obbligo di motivazione del provvedimento di revoca e nella facoltà del sostituto di presentare osservazioni scritte.

La risoluzione del 2009 ha procedimentalizzato la revoca specificando le modalità⁵ attraverso le quali il sostituto può sollecitare il C.S.M. ad intervenire per verificare “l'esistenza, la ragionevolezza e la congruità della motivazione” della decisione di revoca adottata dal procuratore ed ha individuato tre obiettivi fondamentali, posti a presidio del buon governo degli uffici e collegati, quanto al loro raggiungimento, alla responsabile azione del Procuratore: la ragionevole durata del processo; il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale nel rispetto delle norme sul giusto processo; l'efficienza nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche e nella utilizzazione delle risorse finanziarie.

La delibera del 2011 nasce da un caso di contrasto tra procuratore e sostituti a seguito della mancata apposizione del *visto* sulla richiesta di rinvio a giudizio limitatamente a tre degli indagati.

⁵ Entro dieci giorni dalla comunicazione della revoca, il magistrato può per legge presentare osservazioni scritte al procuratore della Repubblica che le trasmette senza ritardo, unitamente all'atto di revoca e ad eventuali controdeduzioni, al CSM per la verifica della congruità della motivazione ai fini propri delle competenze consiliari

I sostituti, nelle loro osservazioni rilevavano come benché nei criteri organizzativi della procura fosse previsto l'apposizione del "visto" anche per provvedimenti diversi rispetto a quelli di cui all'art. 3 del D.Lvo n. 106/2006, ciò doveva ritenersi solo funzionale a garantire al procuratore la conoscenza dei provvedimenti adottati dai singoli sostituti..... ed il potere di revoca non poteva essere esercitato in modo legittimo in tutte le ipotesi in cui vi fosse un mero contrasto in ordine a diverse e ragionevoli interpretazioni giuridiche.

Il CSM con la delibera in esame ha verificato la correttezza sul piano ordinamentale dei comportamenti e delle scelte compiute, sia dal procuratore sia dai sostituti, ai fini delle determinazioni che al Consiglio competono nell'ambito delle valutazioni di professionalità, del giudizio di conferma del procuratore e dell'eventuale attivazione della procedura ex art. 2 L. guarentigie.

Se da un lato ha ribadito che "i sostituti esercitano in piena autonomia le scelte investigative e hanno diretta competenza ad adottare qualsiasi atto del procedimento" purchè *"tali determinazioni non risultino in contrasto con specifiche direttive impartite dal procuratore"* al quale, essendo «titolare esclusivo dell'azione penale». compete la decisione sia sull'an sia sul quomodo dell'esercizio dell'azione penale. Quindi, sulla base della motivazione esibita dal procuratore a sostegno della revoca dell'assegnazione del procedimento, ha ritenuto corretta la revoca sorta a seguito di contrasto sulle determinazioni conclusive circa la necessità dell'esercizio stesso dell'azione penale, fermo restando, a tutela dell'indipendenza e dell'autonomia dei magistrati addetti all'ufficio che il procuratore non possa certo imporre al sostituto una scelta non condivisa, ma possa solo revocarne l'assegnazione con provvedimento motivato.

La delibera del 13.1.2016 affronta la questione della legittimità del provvedimento di un procuratore che fissava l'interrogatorio dell'indagato in luogo riservato alla presenza di tre sostituti senza indicare anche il proc. agg. Coassegnatario del procedimento. Il procuratore aggiunto formulava osservazioni ritenendo che si configurasse una revoca parziale dell'assegnazione attraverso l'esclusione dal compimento di un atto di uno degli assegnatari del fascicolo.

Nel caso di specie, il CSM ha affermato che *"la discrezionalità del procuratore ha ampio margine per le scelte organizzative dell'Ufficio, mentre più ridotti sono gli spazi di intervento in tema di assegnazione dei fascicoli e di successiva gestione degli stessi. La nota con cui il procuratore della Repubblica ha inciso sulla stessa <capacità> di agire di uno dei titolari del*

fascicolo rappresenta di fatto una revoca parziale dell'assegnazione, priva, nel caso specifico, di manifestata idonea motivazione. In presenza di ragioni oggettive che consiglino il dirigente ad intervenire sulla gestione delle indagini, permane il potere/dovere del procuratore di intervenire ma è richiesto che le reali ragioni poste a fondamento della scelta siano espressamente enunciate..Quindi il provvedimento di revoca parziale nei confronti di uno dei co-assegnatari del fascicolo sarebbe stato legittimo se il procuratore avesse motivato per iscritto spiegando le ragioni del provvedimento.”

Nonostante la ravvisata illegittimità del provvedimento il CSM, dati i poteri attuali, ha concluso la delibera con una presa d'atto.

5. Prospettive di riforma

È evidente, come, attraverso le due risoluzioni sopra richiamate, ed attraverso le delibere adottate in questi anni nell'ambito singole vicende di contrasto tra procuratore e sostituti, il Consiglio Superiore della magistratura abbia promosso un'attività di indirizzo, ispirata ad una interpretazione costituzionalmente orientata della legge vigente, tesa a valorizzare il profilo della “direzione” dell'ufficio piuttosto che quello “gerarchico” e tratteggiando la figura del procuratore quale responsabile dell'efficiente gestione dell'ufficio e dei cui risultati è chiamato a rispondere in sede di conferma quadriennale.

A parere di chi scrive, però, i casi di contrasto tra procuratore e sostituti sottesi alle delibere esaminate (le quali, ovviamente, sono solo alcune delle delibere in materia) rendono auspicabile un ulteriore intervento del Consiglio che, fermo restando – a normativa primaria vigente – la titolarità del potere organizzativo in capo al procuratore, valorizzi ancor di più l'aspetto funzionale di tale potere a realizzare gli obiettivi già tracciati con la risoluzione del 2009, nel solco, anche, dei principi europei⁶ che temperano la gerarchizzazione degli uffici di procura esigendo che : *la distribuzione delle cause e l'assegnazione dei fascicoli corrispondano a “condizioni d'imparzialità e siano guidate dal solo fine di una corretta applicazione dell'ordinamento penale” e avvengano per iscritto sulla base di linee direttrici generali, salva la possibilità del sostituto di essere esonerato dalla assegnazione.*

⁶ Si vedano ad es. La raccomandazione del Comitato dei Ministeri n. 19 del 2000 e la cd Carta di Roma

L'estromissione dal sistema tabellare del progetto organizzativo dovrebbe essere temperata attraverso la preventiva valutazione della correttezza dell'analisi dei flussi di lavoro e delle sopravvenienze necessarie sia per redigere il progetto organizzativo che per valutare i risultati conseguiti dalla gestione organizzativa in sede di conferma quadriennale, affinché l'assegnazione degli affari, la creazione dei gruppi specializzati e la distribuzione dei sostituti al loro interno, avvengano anche tenendo conto dell'attualità delle risorse esistenti, dei flussi di lavoro sopravvenienti, in relazione alle specificità territoriali, alla tipologia di criminalità esistente, e si traducano in criteri organizzativi orientati all'efficienza dell'ufficio ed alla perequazione dei carichi di lavoro. I criteri e le linee generali da seguire nell'esercizio dell'azione penale, cristallizzate in un progetto organizzativo così elaborato, acquisirebbero maggiore forza vincolante anche per il procuratore che, previa consultazione e confronto con i sostituti, le ha elaborate e le dovrà applicare in sede di assegnazione dei singoli procedimenti.

Sarebbe auspicabile, infine, che si introducessero delle linee guida che garantissero maggiore uniformità ed omogeneità con riferimento alla prassi esistente del cd "visto", attualmente rimesso alla discrezionalità di ciascun procuratore con disparità di funzionalità a seconda dei singoli uffici di procura.

CORRADO CARTONI

La fase esecutiva del contratto di appalto stipulato con la pubblica amministrazione

Sommario: - 1. La consegna dei lavori - 2. La perizia di variante - 3. La responsabilità per i danni a terzi - 4. Le riserve - 5. La sospensione dei lavori - 6. Inadempimento della parte privata.

1. La consegna dei lavori

La procedura per la consegna dei lavori in materia di opere pubbliche è disciplinata dagli artt. 153, 154, 155, 156 e 157 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, costituente il “Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”.

Il responsabile del procedimento autorizza il direttore dei lavori alla consegna dell’opera da eseguire dopo che il contratto o l’aggiudicazione sono divenuti efficaci.

La consegna dei lavori deve avvenire per le amministrazioni statali non oltre quarantacinque giorni dalla data di registrazione alla Corte dei Conti del decreto di approvazione del contratto, e non oltre quarantacinque giorni dalla data di approvazione quando la registrazione della Corte dei Conti non è richiesta per legge.

Per le altre stazioni appaltanti il termine di quarantacinque giorni decorre dalla data di stipula del contratto, mentre per i cottimi fiduciari il termine decorre dalla data dell’accettazione dell’offerta.

Il direttore dei lavori comunica all’appaltatore il giorno ed il luogo in cui deve presentarsi per ricevere la consegna dei lavori, munito del personale idoneo nonché delle attrezzature e materiali necessari per eseguire, ove occorra, il tracciamento dei lavori secondo i piani, profili e disegni di progetto.

Sono a carico dell’appaltatore gli oneri per le spese relative alla consegna, alla verifica ed al completamento del tracciamento che fosse stato già eseguito a cura della stazione appaltante.

La consegna dei lavori deve risultare da verbale redatto in contraddittorio con l’appaltatore e dalla data di tale verbale decorre il termine utile per il compimento dell’opera.

Il verbale di consegna dei lavori costituisce l'atto con il quale l'amministrazione pone l'appaltatore in condizione di dare inizio all'opera, postulando, pertanto, l'effettiva messa a disposizione da parte del committente delle aree.

Come vedremo, l'appaltatore a pena di decadenza ha l'onere di formulare eventuali riserve relative a maggiori compensi nel primo documento contabile utile e, dunque, qualora l'esigenza sorga al momento della consegna, proprio nel verbale di consegna dei lavori, documento idoneo all'apposizione di riserve, salvo poi l'onere di ripeterle nel registro di contabilità.

Vengono in considerazione, ad esempio, la pretesa dell'appaltatore di ulteriore compenso per maggiori oneri derivanti da una situazione dei luoghi diversa da quella contemplata nel contratto, l'inadeguatezza progettuale dell'opera da eseguirsi, ovvero il caso in cui la consegna dei lavori non comporti anche l'effettiva e concreta disponibilità delle aree destinate all'esecuzione dell'opera appaltata per la presenza di ostacoli, quali anche l'esistenza di linee elettriche, telefoniche, telegrafiche e acquedotti, la cui rimozione faccia carico all'amministrazione (Cass. civ., Sez. I, 13/04/2005, n. 7691).

Conseguentemente è ritenuta tardiva la riserva, per fatti già noti al momento della consegna dei lavori, iscritta solo nel primo stato di avanzamento dei lavori, ma non anche nel verbale di consegna dei lavori o in quello di ripresa degli stessi (Cass. civ., Sez. I, 21/07/2004, n. 13500).

Qualora, invece, l'appaltatore non si presenti nel giorno stabilito, il direttore dei lavori fissa una nuova data, ma la decorrenza del termine contrattuale resta comunque quella della data della prima convocazione, e qualora sia inutilmente trascorso il termine assegnato dal direttore dei lavori la stazione appaltante ha facoltà di risolvere il contratto e di incamerare la cauzione.

Se la consegna, invece, avviene in ritardo per fatto o colpa della stazione appaltante, l'appaltatore può chiedere di recedere dal contratto.

Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso, l'appaltatore ha diritto al rimborso di tutte le spese contrattuali, nonché di quelle effettivamente sostenute e documentate, ma in misura non superiore ai limiti indicati dall'articolo 157 del regolamento, mentre se l'istanza dell'appaltatore non è accolta e si procede tardivamente alla consegna, lo stesso ha diritto ad un compenso per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo, le cui modalità di calcolo sono stabilite sempre dall'articolo 157.

La facoltà della stazione appaltante di non accogliere l'istanza di recesso dell'appaltatore non può, tuttavia, esercitarsi, con il conseguente diritto al rimborso delle spese, qualora il ritardo nella consegna dei lavori superi la metà del termine utile contrattuale o comunque sei mesi complessivi.

Dunque, il ritardo nella consegna dei lavori per fatto imputabile all'amministrazione non comporta l'automatico differimento del termine per l'ultimazione dell'opera, nè conferisce all'appaltatore il diritto di risolvere il rapporto o di richiedere prestazioni risarcitorie, ma soltanto la facoltà di presentare istanza di recesso, il cui mancato accoglimento da parte dell'amministrazione giustifica il riconoscimento di un compenso per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo.

Ai fini del predetto differimento, l'esigenza di certezza in ordine ai tempi di esecuzione dei lavori impone, però, la presentazione di una istanza di proroga, da avanzarsi in data anteriore alla scadenza del termine contrattualmente fissato, in mancanza della quale deve presumersi che, nonostante il ritardo nell'inizio dei lavori, l'appaltatore abbia ritenuto ancora possibile il rispetto del predetto termine (Cass. civ., Sez. I, 07/06/2012, n. 9233).

Sotto altro profilo, occorre osservare che la regolare e tempestiva consegna dei lavori all'appaltatore si configura come obbligo dell'amministrazione, il cui inadempimento è pur sempre fonte di responsabilità contrattuale, in quanto il dovere di collaborazione dell'amministrazione non perde la sua natura contrattuale solo perché derivante dalla legge, essendo questa, viceversa, una delle fonti di integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c.

Qualora, invece, sia iniziata la consegna e questa sia sospesa dalla stazione appaltante per ragioni non di forza maggiore, la sospensione non può durare oltre sessanta giorni, trascorso inutilmente tale termine l'appaltatore può chiedere di recedere dal contratto e, in caso di diniego dell'istanza, anche in questo caso il riconoscimento di un compenso per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo.

L'art. 154 disciplina la forma ed il contenuto del verbale di consegna e prevede, 6° e 7° comma, che in base al capitolato speciale la consegna dei lavori possa farsi in più volte con successivi verbali di consegna parziale quando la natura o l'importanza dei lavori o dell'opera lo richieda e in caso di urgenza l'appaltatore comincia i lavori per le sole parti già consegnate, con la conseguenza che la data di consegna a tutti gli effetti di legge è quella dell'ultimo verbale di consegna parziale.

Peraltro, negli appalti ai quali si applichi “*ratione temporis*” il capitolato generale per le opere pubbliche dello Stato di cui d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063, abrogato dall’art. 231, d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, si deve escludere una differenza di disciplina tra la mancata consegna ed il ritardo nella consegna, in quanto in entrambi i casi trova applicazione il disposto dell’art. 10, comma ottavo, del citato d.p.r., secondo il quale l’appaltatore può scegliere se chiedere il recesso dal contratto, acquisendo il diritto al rimborso dei maggiori oneri ove la sua istanza venga rigettata, ovvero proseguire nel rapporto con la sola esclusione della sua responsabilità per eventuale conseguente ritardo nel completamento dell’opera (Cass. civ., Sez. I, 07/02/2013, n. 2983).

2. La perizia di variante

Come vedremo parlando della sospensione dei lavori, le ragioni di pubblico interesse o necessità che legittimano l’ordine di sospensione sono identificate in esigenze pubbliche oggettive e sopravvenute, non previste né prevedibili dall’amministrazione con l’uso dell’ordinaria diligenza, così che esse non possono essere invocate al fine di porre rimedio a negligenza del soggetto pubblico.

In particolare, nel caso che sopravvenga la necessità di approvare una perizia di variante, tale emergenza non deve essere ricollegabile ad alcuna forma di colpa nella predisposizione e nella verifica del progetto da parte dell’ente appaltante, il quale è tenuto, prima dell’indizione della gara, a controllarne la validità in tutti i suoi aspetti tecnici, e ad impiegare la dovuta diligenza nell’eliminare il rischio di impedimenti alla realizzazione dell’opera per come progettata (Cass. civ., Sez. VI - 1, 25/10/2012, n. 18239).

Oggi la variazione in corso d’opera è prevista dall’art. 114 del d.l.vo n. 163 del 12.4.2006 nei casi specifici elencati nell’art. 132 dello stesso decreto, il quale, tra le altre ipotesi, prevede espressamente che la variazione in corso d’opera può essere disposta per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell’opera, ovvero la sua utilizzazione.

In base all’art. 132 si considerano errore o omissione di progettazione l’inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti

e risultanti da prova scritta e la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali.

Ove la variante sia disposta per questo motivo ed ecceda il quinto dell'importo originario del contratto, ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art. 132 il soggetto aggiudicatore procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale è invitato l'aggiudicatario iniziale, previo pagamento dei lavori eseguiti, dei materiali utili e del dieci per cento dei lavori non eseguiti, fino a quattro quinti dell'importo del contratto.

Qualora la redazione della variante sia stata imposta dalla necessità di rimediare ad errori od omissioni colpevoli della progettazione iniziale, l'appaltatore ha diritto anche al risarcimento dei danni eventualmente subiti e documentati.

Per altro aspetto, ai sensi della normativa in materia di lavori pubblici (art. 342 e 343, legge n. 2248 all. F del 1865, abrogati dalla lettera a) del comma 1 dell'art. 358, D.P.R. 5.10.2010, n. 207, a decorrere dall'8.6.2011 ai sensi di quanto disposto dal comma 1 dell'art. 359 dello stesso provvedimento, oggi art. 161 del d.p.r. n. 207/10), ogni variazione deve essere preventivamente autorizzata dal direttore dei lavori ed approvata dall'autorità superiore competente ed è considerata illegittima, secondo l'interpretazione prevalente, l'approvazione di una perizia di variante ad un contratto per l'esecuzione di opera pubblica, intervenuta a sanatoria di modifiche apportate unilateralmente dall'impresa al progetto originario.

Peraltro, secondo altre pronunce, invece, in caso di variazioni ai lavori appaltati non disposte con ordine scritto da parte del direttore dei lavori, ma riassunte in una perizia di variante, l'approvazione successiva della perizia stessa da parte dell'amministrazione sana l'irregolarità derivante dalla mancanza dell'ordine scritto e comporta il riconoscimento del diritto dell'appaltatore a ricevere il compenso per le opere eseguite (si veda Cass. civ., Sez. I, 26/05/1994, n. 5172).

Sempre la giurisprudenza precisa, peraltro, che l'appaltatore non ha facoltà di sospendere i lavori, neanche quando ravvisi la necessità di una variante al progetto originario, se non vi è alcuna necessità oggettiva di ordine tecnico che impedisca la prosecuzione dei lavori progettati, e non ha diritto al risarcimento dei danni conseguenti a tale volontaria sospensione, ancorché la richiesta variante sia successivamente adottata dalla stazione appaltante e approvata dalle autorità

competenti, atteso che tale approvazione non ha il valore di una ratifica della sospensione unilateralmente adottata dall'appaltatore.

Del pari, il ritardo nell'approvazione di una perizia di variante non esonera l'appaltatore dall'adempimento degli obblighi derivanti dal contratto, non potendo egli legittimamente sospendere unilateralmente l'esecuzione dei lavori (Cass. civ., Sez. I, 07/06/2012, n. 9246).

3. La responsabilità per i danni a terzi

Per altro aspetto, l'appaltatore, il quale è tenuto a predisporre tutte le misure, comprese le opere provvisorie, e tutti gli adempimenti per evitare il verificarsi di danni alle opere, all'ambiente, alle persone e alle cose, è da considerarsi in via generale unico responsabile dei danni cagionati a terzi nella esecuzione dell'appalto.

Una responsabilità concorrente dell'ente pubblico appaltante può sussistere solo qualora il fatto dannoso sia stato posto in essere in esecuzione del progetto o di direttive impartite dallo stesso, mentre una responsabilità esclusiva dell'amministrazione resta configurabile solo allorquando essa abbia rigidamente vincolato l'attività dell'appaltatore, così da neutralizzare completamente la sua libertà di decisione (per tutte Cass. civ., Sez. III, 22/10/2002, n. 14905).

Si osserva, in particolare, che, se è vero che la sfera di autonomia e di discrezionalità dell'impresa appare limitata dalla concorrenza dei poteri di controllo e di ingerenza che persistono in capo all'amministrazione, non si assiste, di norma, ad una totale eliminazione della sfera di autonomia nella scelta delle modalità e delle soluzioni tecniche di esecuzione dei lavori, ed anzi, anche quando il committente abbia predisposto la progettazione o impartito direttive ed ordini, residua pur sempre in capo all'imprenditore il dovere di segnalare le insufficienze o l'erroneità delle prescrizioni adottate.

L'impresa è, quindi, tenuta a realizzare l'opera a regola d'arte, osservando nell'esecuzione della prestazione la diligenza qualificata ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., quale modello astratto di condotta, il quale si estrinseca nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta ed al soddisfacimento dell'interesse creditorio, nonché ad evitare possibili eventi dannosi.

Dunque, anche laddove si attenga alle disposizioni del committente o alla progettazione, l'impresa resta responsabile, giacché la prestazione dovuta implica un costante controllo ed un impegno in fase attuativa che si estende ad ogni profilo, compresa la verifica e la correzione degli eventuali errori del progetto (Cass. civ., sez. III, 31/05/2006, n. 12995), essendo, invece, esente da responsabilità laddove il committente, pur reso edotto delle carenze e degli errori, richieda di dare egualmente esecuzione al progetto o gli ribadisca le indicazioni. In tale ipotesi, infatti, l'appaltatore stesso, come già evidenziato, si riduce a mero "nudus minister", cioè passivo strumento nelle mani del primo, direttamente e totalmente condizionato dalle istruzioni ricevute, senza possibilità di iniziativa o vaglio critico.

La giurisprudenza ritiene anche che l'appaltatore che debba eseguire un progetto fornitogli dal committente è responsabile verso lo stesso per i vizi dell'opera derivanti da errori del progetto, sia nel caso in cui, pur essendosi accorto di tali errori, non li abbia tempestivamente denunciati al committente, sia se non li abbia rilevati, ma avrebbe potuto e dovuto riconoscerli con la normale diligenza nei limiti delle sue cognizioni tecniche.

Anche in questo caso è esentato da responsabilità se dimostri, invece, di avere manifestato il proprio dissenso e di essere stato indotto ad eseguire il progetto come "nudus minister" per le insistenze del committente ed a rischio del medesimo, ciò indipendentemente dalla nomina del direttore dei lavori, il cui concorso di colpa, ove ne sia fornita la prova, può determinare al più una riduzione del risarcimento, ai sensi dell'art. 1227, primo comma, c.c., assumendo la qualifica di organo tecnico straordinario e la veste di agente dell'amministrazione committente (Cass. civ., Sez. I, 02/07/2010, n. 15784).

4. Le riserve

Le riserve sono le contestazioni che l'impresa inserisce sui documenti contabili ed hanno per oggetto ogni fatto che produce una maggiore spesa per la esecuzione delle opere, ovvero tutte le possibili richieste inerenti a partite di lavori eseguite, alle contestazioni tecniche o giuridiche circa la loro quantità e qualità, ai pregiudizi sofferti dall'appaltatore ed ai costi aggiuntivi dovuti affrontare, sia a causa dello svolgimento dell'appalto, sia a causa delle carenze progettuali per le conseguenti maggiori difficoltà che le stesse hanno ingenerato, sia, infine, per i comportamenti inadempienti della stazione appaltante.

Tutte le circostanze che generano le riserve hanno come denominatore comune il fatto che il contratto di appalto non rientra nei contratti c.d. “aleatori”, bensì commutativi, e pertanto la c.d. “riserva” assolve il ruolo di strumento di riequilibrio contrattuale, laddove il sinallagma venga ad essere alterato da circostanze e fatti sopravvenuti, non previsti né prevedibili al momento della stipula del contratto.

Trattasi di istituto a carattere generale, il quale, oltre a comprendere tutte le richieste e le ragioni giustificatrici idonee ad incidere sul compenso spettante all'imprenditore, assolve anche una funzione a tutela della pubblica amministrazione appaltante, la quale deve poter esercitare prontamente ogni attività necessaria a verificare con esattezza i fatti indicati dall'appaltatore (Cass. civ., Sez. I, 11/03/2011, n. 5871), ma anche conoscere il “quantum” dell'esborso eventualmente necessario per poter prendere tempestivamente le sue decisioni.

Sussiste, inoltre, differenza fra riserva e domanda, atteso che la riserva, in realtà, costituisce soltanto la parte strumentale della domanda.

La riserva, infatti, ha lo scopo di cristallizzare le pretese dell'appaltatore in forma condizionata e non definitiva, in modo da consentire allo stesso di potere successivamente esplicitare le proprie domande.

Queste ultime, invece, sono i maggiori compensi o indennizzi, e non necessariamente devono essere precedute dalle riserve in quanto possono essere apposte immediatamente dall'appaltatore, il quale, in pratica, all'atto della sottoscrizione del registro di contabilità o di un altro documento contabile idoneo, firma con riserva solo quando non è in grado di formulare subito le domande.

L'equo compenso o l'indennizzo richiesto in riserva, a differenza del risarcimento del danno, non assolve la funzione di reintegrare il patrimonio del creditore delle perdite e dei mancati guadagni subiti per effetto dell'inadempimento o del fatto illecito, ma mira esclusivamente a ripartire tra le parti contraenti il maggior costo della prestazione dell'appaltatore derivato da difficoltà di esecuzione non previste.

Svolge, dunque, una funzione analoga a quella del corrispettivo e, al pari di questo, dà luogo ad un debito di valuta tale da non determinare, in caso di inadempimento, la rivalutazione monetaria.

Le riserve sono disciplinate nel codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs n.163/2006, nell'art. 240, il quale riproduce, in buona sostanza quanto già normato dall'art. 31/bis della legge n. 109/94 (c.d. legge Merloni), e dagli art. 190 e 191 del d.p.r. n. 207 del 5.10.2010.

L'appaltatore che invochi il rimborso dei maggiori costi sopportati è tenuto ad iscriverne tempestiva riserva nel registro di contabilità o in altri appositi documenti contabili, nonché, sotto il profilo del contenuto, ad esporre in modo completo e compiuto gli elementi atti ad individuare il titolo e l'ammontare della sua pretesa, ivi compresi i processi logico-matematici di quantificazione delle pretese.

Se iscritte prima ed in un documento diverso, devono, in ogni caso e sempre, essere riportate a pena di decadenza nel registro di contabilità all'atto della firma immediatamente successiva al verificarsi o al cessare del fatto pregiudizievole, nonché confermate al momento della sottoscrizione del conto finale, ritenendosi diversamente abbandonate.

La sede esclusiva per la proposizione delle domande e delle riserve da parte dell'appaltatore è costituita dagli atti contabili per i quali è prevista la sottoscrizione e, in particolare, dal registro di contabilità.

Si ammette, dunque, la possibilità di avanzare inizialmente le pretese in atti diversi dal registro di contabilità, in quanto può agevolmente verificarsi che tra l'evento pregiudizievole e la sottoscrizione del registro di contabilità vi siano altri atti relativi all'appalto che possono costituire sede idonea per la riserva, quali, per quanto concerne quelli previsti espressamente dal regolamento, il verbale di consegna dei lavori, le liste settimanali, il conto finale, i verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, il certificato di ultimazione lavori, il certificato di collaudo o di regolare esecuzione e gli ordini di servizio.

In caso di materiale indisponibilità del registro di contabilità, l'appaltatore, che abbia formulato una riserva generica, ha l'obbligo di esplicitarla nel termine di legge mediante tempestiva comunicazione all'amministrazione con apposito atto scritto (Cass. civ., Sez. I, 24/05/2012, n. 8242).

Di fronte al fatto obiettivo della lacunosità delle riserve spetta all'appaltatore dimostrare che una causa obiettivamente non imputabile a sua negligenza ha reso inevitabile la incompletezza (Cass. civ., Sez. Unite, 04/03/1988, n. 2247), in caso contrario una riserva dal contenuto

indeterminato per titolo o per la somma è inefficace e non vale a preservare dalla decadenza dall'azionabilità del diritto vantato.

La tempestività della riserva è collegata al momento in cui l'appaltatore sia in grado di valutare, secondo il criterio della media diligenza e della buona fede, l'incidenza dei fatti sopravvenuti sull'esecuzione dei lavori con suo pregiudizio economico, la cui entità potrà, poi, essere precisata in occasione delle singole registrazioni contabili.

In presenza di fatti continuativi, ovvero prodotti da una causa costante o da una serie causale di non immediata rilevanza onerosa, secondo la giurisprudenza, non può porsi alcuna deroga al principio di tempestività delle riserve.

In questi casi, infatti, il giudizio sulla tempestività della riserva deve fondarsi sull'individuazione del momento in cui l'inconveniente generatore dell'aggravio economico assume, nella rappresentazione dell'impresa secondo canoni di diligenza e buona fede, la connotazione dell'insuperabilità e della definitività, e non alla cessazione della continuità, salvo il completamento e l'indicazione precisa del danno e del maggiore onere a fatto continuativo cessato.

Più in generale può affermarsi che, anche quando non è possibile quantificare subito il danno, è obbligo dell'impresa inserire una riserva, anche generica, nella contabilità contestualmente all'insorgenza e percezione del fatto dannoso stesso, mentre il "quantum" può essere successivamente indicato (Cass. civ., Sez. I, 19/05/2014, n. 10949).

Vige, altresì, il principio della scissione del profilo della tempestività dell'iscrizione della riserva da parte dell'appaltatore dal profilo della tempestività della compiuta sua esplicitazione, da effettuare a pena di decadenza nei quindici giorni successivi dalla data di sottoscrizione del registro di contabilità con riserva.

Da quanto esposto si ricavano anche i casi decadenza dalle riserve, vale a dire la sottoscrizione del registro di contabilità senza formulazione di domande o riserve, la mancata sottoscrizione del registro di contabilità entro i termini prescritti dall'art. 190, commi 1 e 2 e 3, del regolamento n. 207/2010, la sottoscrizione del registro di contabilità con riserva cui non fa seguito la sua esplicitazione entro i successivi quindici giorni come previsto dall'art. 190, comma 3, del regolamento, la formulazione tardiva, la domanda inefficace in quanto priva dei presupposti giuridici e la mancata conferma delle riserve, eventualmente non risolte in corso d'opera, all'atto della sottoscrizione del conto finale.

L'appaltatore può, ovviamente, rinunciare anche espressamente alle riserve, così come si ritiene ammissibile per la stazione appaltante la possibilità di rinunciare all'eccezione di decadenza delle riserve formulate dall'appaltatore, riconoscendo specificatamente la riserva formulata tardivamente.

L'onere dell'iscrizione tempestiva della riserva viene meno, invece, nei seguenti casi.

In primo luogo per fatti estranei all'oggetto dell'appalto e rientrano in questa ipotesi tutte le controversie che non si riferiscono direttamente alle registrazioni contabili, quali, per esempio, le azioni della stazione appaltante esercitate in via di autotutela, oppure altre azioni che discendono da interpretazioni di disposizioni contrattuali o normative.

La giurisprudenza ha, in particolare, precisato che qualora si controverta della risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltante, o, in generale, dell'invalidità del contratto o della sua estinzione, la relativa domanda, arbitrale o giudiziaria, non riguarda la quantificazione della prestazione spettante all'appaltatore, ma l'esistenza stessa del contratto, sicché non è soggetta alla decadenza per inosservanza dell'onere di tempestiva iscrizione della riserva nel registro di contabilità, la quale opera soltanto con riferimento alle pretese dell'appaltatore che comportino il riconoscimento di compensi o indennizzi aggiuntivi (Cass. civ., Sez. I, 17/10/2014, n. 22036; Cass. civ., Sez. I, 17/09/2014, n. 19531).

Altri casi in cui si deroga al principio di tempestività della riserva sono i comportamenti dolosi o gravemente colposi della stazione appaltante nell'eseguire adempimenti amministrativi, quando non incidano direttamente sull'esecuzione dell'opera e siano perciò indifferenti agli effetti delle riserve, l'esistenza di una contabilità informale e non ricostruibile perché riportata da semplici appunti o brogliacci ed in caso di pretesa agli interessi legali sulle somme percepite (Cass. civ., Sez. I, 09/06/2011, n. 12628).

Occorre anche precisare che le riserve non hanno natura e contenuto di intimazione di pagamento, bensì la diversa funzione, dichiarata dalla legge, di impedire decadenza e prescrizione, con la conseguenza che non possono essere idonee a costituire in mora l'amministrazione ai fini del decorso degli interessi accessori a norma dell'art. 1224 c.c. (Cass. civ., Sez. I, 21/02/2006, n. 3768; Cass. civ., Sez. VI, 30/03/2011, n. 7204).

Il d.lgs n.163/2006 a seguito delle ultime innovazioni legislative, ed in particolare il d.l. n.70/2011, convertito nella legge n. 106/2011, ha subito rilevanti innovazioni con una profonda rivisitazione dell'art. 240 bis, al quale è stato aggiunto un ulteriore periodo ed il comma 1bis.

La nuova versione dell'art. 240-bis, la cui applicazione concerne solo i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 13.5.2011 e quindi a far data 14.5.2011, oltre a ribadire che le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserve non possono essere proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse, dispone che l'importo complessivo delle riserve non può in ogni caso essere superiore al venti per cento dell'importo contrattuale e, al comma

1-bis, che non possono essere oggetto di riserve gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica.

Viene, dunque, introdotto un limite quantitativo, il tetto massimo del 20%, ed un limite qualitativo, essendo preclusa ogni di censura laddove il progetto sia validato ai sensi dell'art. 112 del d.lgs 163/2006.

La finalità della norma è chiaramente quella di contenere i costi a carico della pubblica amministrazione appaltante, ma determina anche questioni applicative.

In particolare, per quello che riguarda l'inibizione di formulazione di riserve, prevista dalla norma in presenza di un progetto validato, occorre verificare cosa accada in caso di validazione manchevole o incompleta.

Sul punto, un contributo importante alla problematica è offerto dal Consiglio di Stato, Sez. VI, il quale, con la sentenza del 24/11/2011, n. 6207, ha ravvisato l'incompletezza del progetto, pur validato, deducendone la illegittimità della procedura di gara, o per mancata acquisizione di tutte le prescritte autorizzazioni di legge, ovvero per assenza di relazione geologica, affermando di non potersi ritenere validato il progetto, nella fattispecie per la realizzazione di un parcheggio interrato, in assenza di relazione geologica e disponendo l'annullamento di un provvedimento di approvazione di un progetto definitivo, anche se validato.

Si può, pertanto, ragionevolmente concludere che la preclusione contenuta nella norma, con riferimento al progetto validato, sia superabile ove si provino delle omissioni o carenze nel complesso procedimento di validazione quale attività che conclude tutte le verifiche sul progetto nei suoi vari livelli.

5. La sospensione dei lavori

Le cause che danno luogo alle riserve sono piuttosto varie potendo concernere, la contestazione del prezzo di riferimento, il ritardo nella consegna dei lavori, la sorpresa idrogeologica, ovvero, più in generale, la richiesta di equo-compenso in presenza di fatti che rendono più onerosa la prestazione.

Certamente la fattispecie più frequente che determina l'apposizione di riserve è la sospensione dei lavori.

Premesso che l'appaltatore e l'amministrazione non possono disporre la sospensione dei lavori se non in presenza di cause determinate, l'istituto è oggi disciplinato dagli artt. 158, 159 e 160 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207 ed è prevista la sospensione nei casi di avverse condizioni climatiche, di forza maggiore o di altre circostanze speciali che impediscano in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte (art. 158, 1° comma), ovvero per ragioni di pubblico interesse o necessità (art. 158, 2° comma), con la precisazione che rientra tra le ragioni di pubblico interesse l'interruzione dei finanziamenti disposta con legge dello Stato, della Regione e della Provincia autonoma per sopravvenute esigenze di equilibrio dei conti pubblici.

In entrambe le ipotesi il direttore dei lavori, con l'intervento dell'appaltatore, compila il verbale di sospensione indicando le ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori e nello stesso è indicato lo stato di avanzamento, le opere la cui esecuzione rimane interrotta e le cautele adottate.

E' esclusa, invece, ogni possibile decisione unilaterale di sospensione ad opera dell'impresa, anche nell'ipotesi in cui la mancata sospensione comporti per la stessa maggiori oneri, salva la valutazione delle complessive conseguenze nella determinazione del corrispettivo o dei compensi aggiuntivi.

Cessata la sospensione è redatto il verbale di ripresa dei lavori, il quale risponde all'esigenza di certezza in ordine al computo dei termini di esecuzione delle opere (Cass. civ., Sez. I, 17/12/2008, n. 29494), da redigere a cura del direttore dei lavori, nel quale è indicato il nuovo termine contrattuale.

Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori,

l'appaltatore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili in conseguenza di detti impedimenti, dandone atto in apposito verbale.

In ogni caso, e salvo che la sospensione non sia dovuta a cause attribuibili l'appaltatore, la sua durata non è calcolata nel tempo fissato dal contratto per l'esecuzione dei lavori, così come l'appaltatore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga.

Per l'art. 160 del regolamento, infine, le sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle stabilite dal regolamento sono considerate illegittime e danno diritto ad ottenere il risarcimento dei danni subiti.

La sospensione a causa della sopravvenienza di cause di forza maggiore, tra le quali rientra di frequente la sorpresa archeologica (Cass. civ., Sez. I, 17/02/2014, n. 3670), o di avverse condizioni climatologiche, o ancora in altre speciali circostanze, differisce da quella che si fonda su ragioni di pubblico interesse o necessità, la cui valutazione, in quanto rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione committente, costituisce espressione dei poteri autoritativi a quest'ultima spettanti anche nell'ambito della fase esecutiva del contratto d'appalto.

Pertanto, mentre, in riferimento alla prima ipotesi, la norma citata dispone che la sospensione debba cessare non appena vengano meno le circostanze che l'hanno determinata, trattandosi di situazioni che il giudice ordinario può accertare obiettivamente, per la seconda essa si limita ad individuare una durata massima, atteso che, altrimenti, il giudice ordinario sarebbe legittimato a sindacare l'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione, trascorsa la quale, come vedremo, è riconosciuta all'appaltatore la facoltà di chiedere lo scioglimento del contratto (Cass. civ., Sez. I, 17/07/2014, n. 16366).

Le ragioni di pubblico interesse o necessità che legittimano l'ordine di sospensione dei lavori, come già visto per la perizia di variante, sono identificate in esigenze pubbliche oggettive e sopravvenute, non previste né prevedibili dall'amministrazione con l'uso dell'ordinaria diligenza, così che esse non possono essere invocate al fine di porre rimedio a negligenza o imprevidenza dell'amministrazione medesima.

Anche nelle ipotesi di sospensione dei lavori disposta dall'amministrazione, l'onere d'iscrizione della riserva per maggior compenso sorge, per l'appaltatore, nel momento in cui

emerge, secondo una valutazione rimessa al giudice del merito, la concreta idoneità del fatto dedotto in riserva a determinare la pretesa.

Le contestazioni dell'appaltatore devono poi essere iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori.

La giurisprudenza ha, in particolare precisato che se l'appaltatore ritenga illegittima la sospensione ab origine, dovrà inserirla nel verbale di sospensione, mentre nel caso di illegittimità sopravvenuta della sospensione, la riserva va apposta nel verbale di ripresa dei lavori o, in mancanza di tale verbale, la cui compilazione è rimessa all'iniziativa dell'appaltante, nel registro di contabilità successivamente firmato o, in caso di ulteriore mancanza anche di quest'ultimo, in apposito atto scritto tempestivamente comunicato ed esplicitato all'amministrazione nel termine di quindici giorni dal maturare della ragione di dedotta illegittimità (Cass. civ., Sez. Unite, 03/12/2014, n. 25571).

Si ritiene, inoltre, in assenza di un divieto di legge e rientrandosi in materia di diritti disponibili, possibile la rinuncia preventiva effettuata dall'appaltatore al diritto, futuro ed eventuale, all'indennizzo degli oneri derivanti dalla sospensione dei lavori, purché al momento della rinuncia siano prevedibili la durata della sospensione e la sua incidenza economica (Cass. civ., Sez. I, 17/07/2014, n. 16365).

L'art. 159, 4° comma, del regolamento prevede, poi, che nel caso di sospensione per ragioni di pubblico interesse o necessità, che il responsabile del procedimento determini il momento in cui sono venute meno le ragioni di pubblico interesse o di necessità che lo hanno indotto a sospendere i lavori, mentre la sospensione dei lavori per la sopravvenienza di una causa di forza maggiore, non può prolungarsi illimitatamente, fondandosi sul presupposto della temporaneità dell'impedimento sopraggiunto e sulla prospettiva di una ripresa dei lavori in tempi ragionevoli.

Qualora la sospensione per ragioni di pubblico interesse o necessità, o le sospensioni se più di una, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'appaltatore può richiedere lo scioglimento del contratto senza indennità e se la stazione appaltante si oppone allo scioglimento, ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti.

Peraltro l'appaltatore non ha diritto ad ulteriori compensi o indennizzi nell'ipotesi in cui abbia preferito comunque protrarre l'esecuzione del contratto.

La facoltà dell'appaltatore di chiedere lo scioglimento del contratto senza indennità in caso di sospensione dei lavori, con conseguente diritto al risarcimento dei danni nel caso in cui l'amministrazione si opponga a tale richiesta, si riferisce solamente all'ipotesi in cui la sospensione sia disposta per ragioni di interesse pubblico o per necessità, oltre all'ipotesi in cui la sospensione si protragga per un motivo legittimo.

Tale facoltà, invece, non può esercitarsi quando la sospensione sia illegittima, ovvero si protragga per un motivo illegittimo dovuto a fatto imputabile all'amministrazione committente.

In tal caso trova applicazione la disciplina dettata in tema di inadempimento delle obbligazioni, con diritto dell'appaltatore alla corresponsione di una congrua proroga del termine per l'ultimazione dei lavori, oltre al rimborso delle maggiori spese, nonché il rimedio generale della risoluzione del contratto e del risarcimento del danno (Cass. civ., Sez. I, 16/06/2010, n. 14574).

La sospensione dei lavori, di regola, non comporta la cessazione o l'interruzione della custodia dell'opera da parte dell'appaltatore, il quale resta obbligato a porre in essere, con la sua organizzazione e secondo i suoi criteri tecnici, le cautele necessarie e specifiche alla situazione di attesa, onde evitare che nel periodo di interruzione derivi dalle cose in sua custodia pericolo o danno ai terzi.

6. Inadempimento della parte privata

L'art 134 del d.l.vo n. 163/06 prevede che la stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere.

Questo recesso costituisce espressione di un diritto potestativo, il cui esercizio non postula la sussistenza di particolari condizioni e può aver luogo in qualsiasi momento, senza che assumano rilievo i motivi che lo hanno determinato (Cass. civ., Sez. I, 13/10/2014, n. 21595).

L'art. 136, invece, il quale riprende l'art. 340, della legge 20.3.1865, n. 2248, all. F, abrogato dall'art. 256, d.l.vo 12.4.2006, n. 163, con la decorrenza indicata nell'art. 257 dello stesso decreto, e l'art. 27 del r. d. n. 350 del 1895, abrogato a sua volta dall'art. 231, d.p.r. 21.12.1999, n. 554, disciplina la risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo,

da ravvisarsi quando il direttore dei lavori accerta comportamenti dell'appaltatore che concretano violazioni alle obbligazioni di contratto, tali da compromettere la buona riuscita dei lavori.

In questo caso il direttore dei lavori invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore, nonché formula la contestazione degli addebiti, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle controdeduzioni al responsabile del procedimento.

Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dispone la risoluzione del contratto.

Qualora, al di fuori dei precedenti casi, l'esecuzione dei lavori ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del programma, il direttore dei lavori assegna un termine, il quale, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, per compiere i lavori in ritardo, e dà inoltre le prescrizioni ritenute necessarie.

Qualora l'inadempimento permanga è deliberata la risoluzione del contratto.

Questo procedimento di rescissione in danno per inadempimento dell'appaltatore, costituisce un meccanismo di autotutela della amministrazione committente assimilabile alla risoluzione unilaterale del contratto (Cass. civ., Sez. Unite, 16/11/1999, n. 775).

In caso di rescissione da parte dell'ente pubblico del contratto, che, dunque, ne determina "ipso iure" la risoluzione con effetto retroattivo, il danno risarcibile consiste nella maggiore spesa sostenuta al fine di garantire la realizzazione dell'opera o la continuità del servizio, tramite l'esecuzione d'ufficio o la stipulazione di un nuovo contratto (Cass. civ., Sez. I, 23/05/2014, n. 11511).

Il danno può anche consistere solo nella maggiore spesa determinata dalla sola incidenza sfavorevole del fenomeno inflattivo nel frattempo intervenuto, in quanto l'incremento del corrispettivo del secondo contratto, conseguente all'adeguamento ai prezzi di mercato, è destinato ad incidere negativamente sulle finanze pubbliche, mentre il tempestivo adempimento del primo contratto avrebbe consentito di elidere gli effetti depauperativi dell'inflazione (Cass. civ., Sez. I, 08/08/2013, n. 18958).

Inoltre si precisa anche che nel caso di rescissione del contratto per colpa dell'appaltatore, dal danno che questi è tenuto a risarcire non va detratto il compenso revisionale che gli sarebbe spettato, giacché il relativo importo, spettando solo ove l'amministrazione, avvalendosi della facoltà di procedere alla revisione dei prezzi, lo riconosca, è correlato ad una posizione di interesse legittimo dell'appaltatore che non può essere presa in considerazione nel giudizio di danno (Cass. civ., Sez. I, 13/03/1989, n. 1254).

All'inadempimento della parte privata consegue anche l'incameramento della cauzione di regola dovuta dall'appaltatore a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali, la quale, di fatto assimilabile ad una caparra confirmatoria, può essere sostituita anche da una fideiussione bancaria o da una polizza assicurativa fideiussoria.

La stessa non ha funzione satisfattoria, ma natura di garanzia reale generica, finalizzata ad assistere qualsiasi ragione di credito effettivamente esistente a favore dell'amministrazione.

Ne consegue che l'ente pubblico può soddisfare il proprio credito incamerando l'importo ricevuto in numerario o procedendo alla vendita dei titoli o all'escussione della fideiussione, ma solo nei limiti del pregiudizio effettivamente subito, del quale è tenuta a fornire la prova, essendole espressamente consentito di agire per il ristoro dei maggiori oneri eventualmente sopportati, ma non anche di trattenere importi eccedenti l'ammontare delle spese sostenute e dei danni riportati (Cass. civ., Sez. I, 08/10/2014, n. 21205).

CATERINA MANGANO

L'ascolto del minore nelle controversie civili che lo riguardano: evoluzione normativa e giurisprudenziale, soluzioni applicative.

Sommario: 1. Fonti sovranazionali e principi codicistici - 2. I contributi giurisprudenziali di legittimità e di merito - 3. Soluzioni applicative condivise relative all'ascolto del minore nei procedimenti civili concernenti la crisi della famiglia e la responsabilità genitoriale - 3.1 L'ascolto nel codice civile - 3.2. Valenza processuale dell'ascolto - 3.3. Le modalità dell'ascolto - 3.4. Valutazioni ed adempimenti specifici richiesti al Giudice - 3.5. L'omissione dell'ascolto - 4. Conclusioni.

1. Fonti sovranazionali e principi codicistici

Il tema dell'ascolto del minore è disciplinato da una pluralità di fonti normative, che non possono essere trascurate ai fini di una compiuta disamina atteso che, a prescindere dall'applicabilità diretta di alcune tra dette norme, esse rappresentano un significativo strumento interpretativo della normativa nazionale nei casi in cui si presenti lacunosa o di non agevole lettura.

Si tratta di un sistema di normazione connotato da una *“particolare attenzione ai diritti delle persone”*, in cui il diritto viene indirizzato verso *“soluzioni miti, comprensive di tutte le ragioni che possono rivendicare buoni principi a loro favore”*⁷.

Come è stato efficacemente sintetizzato, si tratta di un *“diritto mite”*⁸ cioè di un diritto che pensa che *“le persone sostenute da adeguati richiami etici possano rendersi protagoniste attive di una visione antropologica positiva della società civile”*.

Rileva, in primo luogo, l'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge del 27 maggio 1991 n. 176 secondo cui *“Gli Stati Parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine, si darà, in particolare, al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un*

⁷ Convenzione ONU sui diritti del fanciullo di New York 1989;

⁸ Zagrebelsky 1992

rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale”.

La valenza meramente programmatica attribuita originariamente a detta previsione sovranazionale è stata superata quando la necessità dell’ascolto è diventata diritto vivente a seguito del pronunciamento contenuto in Corte Costituzionale 16 gennaio 2002 n. 1⁹.

La Convenzione dell’Aja del 29 maggio 1993, in materia di adozione internazionale, ratificata in Italia con legge del 31 dicembre 1998 n. 476, prevede all’art. 4, che le adozioni previste dalla Convenzione possano avere luogo soltanto se le autorità competenti dello Stato d’origine abbiano acquisito assicurazione del fatto che il minore, tenuto conto della sua età e della sua maturità, sia stato informato sulle conseguenze dell’adozione e del suo consenso all’adozione, se richiesto, siano stati presi in considerazione i suoi desideri e le sue opinioni e che il suo consenso sia stato prestato liberamente.¹⁰

L’art. 3 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata in Italia con legge del 20 marzo 2003 n. 77, ha previsto il *“Diritto del fanciullo di essere informato e di esprimere la propria opinione nelle procedure”*¹¹.

⁹ a tenore del quale”L’articolo 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo - resa esecutiva nell’ordinamento italiano per effetto della legge n. 176 del 1991 - è idoneo ad integrare la disciplina dell’art. 336, secondo comma, del codice civile, nel senso di configurare il minore capace di discernimento come “parte” del procedimento che lo concerne, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale. Pertanto non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 336, secondo comma, del codice civile sollevata, in riferimento agli articoli 2, 31, secondo comma, 3, primo e secondo comma, 111, primo e secondo comma, 24, secondo comma, 30, primo comma, della Costituzione, sull’erronea premessa interpretativa che nei procedimenti camerali concernenti la potestà dei genitori, non sia prevista l’audizione del minore ultradodicescimo e, se opportuno, anche quello di età inferiore, o altrimenti i suoi genitori o il tutore”.

¹⁰ Le adozioni possono avere luogo se le Autorità nazionali competenti si sono assicurate, tenuto conto dell’età e della maturità del minore: “che questi sia stato assistito mediante una consulenza e che sia stato debitamente informato sulle conseguenze dell’adozione e del suo consenso all’adozione qualora tale consenso sia richiesto;

che i desideri e le opinioni del minore all’adozione siano stati presi in considerazione;

che il consenso del minore all’adozione quando è richiesto, sia stato prestato liberamente, nelle forme legalmente stabilite, e sia stato espresso o constatato per iscritto;

che il consenso non sia stato ottenuto mediante pagamento o contropartita di alcun genere.”

¹¹ La convenzione ha sancito, all’art. 3 che “Ad un fanciullo che è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, sono conferiti nelle procedure dinanzi ad un’autorità giudiziaria che lo concernono i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a - ricevere ogni informazione pertinente; b - essere consultato ed esprimere la sua opinione; c - essere informato delle eventuali conseguenze dell’attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione” nonché, all’art. 6 che “Nelle procedure che interessano un fanciullo, l’autorità giudiziaria, prima di adottare qualsiasi decisione deve: a - esaminare se dispone di informazioni sufficienti in vista di prendere una decisione nell’interesse superiore del fanciullo e se del caso, ottenere informazioni supplementari in particolare da parte di coloro che hanno responsabilità di genitore; b - quando un fanciullo è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, l’autorità giudiziaria: - si accerta che il

La Convenzione dei diritti del fanciullo, stipulata a New York il 6 settembre 2000, ratificata in Italia con legge n. 46/2002, richiamata nella Carta di Noto ha previsto l'adozione di procedure che tengano conto dei particolari bisogni dei bambini, in particolare quando assunti nelle vesti di testimoni nell'ambito del processo penale, disponendo che gli Stati parti adottino le misure necessarie per proteggere i diritti e gli interessi dei bambini vittime di pratiche di vendita, prostituzione e pornografia¹².

Secondo l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) del 18 dicembre 2000, pubblicata nella G.U.C.E 2000/C 364/01: *"I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità"*. La carta, nel codificare il diritto del fanciullo di esprimere liberamente la propria opinione, riafferma solennemente anche il principio della obbligatorietà dell'ascolto del minore.¹³

fanciullo abbia ricevuto ogni informazione pertinente; - consulta personalmente il fanciullo, se del caso, e se necessario in privato, direttamente o attraverso altre persone o organi, nella forma che riterrà più appropriata tenendo conto del discernimento del fanciullo, a meno che ciò non sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori dello stesso; - consente al fanciullo di esprimere la sua opinione; c - tenere debitamente conto dell'opinione espressa da quest'ultimo".

sancendo all'art. 3 che *"Ad un fanciullo che è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, sono conferiti nelle procedure dinanzi ad un'autorità giudiziaria che lo concernono i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a - ricevere ogni informazione pertinente; b - essere consultato ed esprimere la sua opinione; c - essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione"* nonché , all'art. 6 che *"Nelle procedure che interessano un fanciullo, l'autorità giudiziaria, prima di adottare qualsiasi decisione deve: a - esaminare se dispone di informazioni sufficienti in vista di prendere una decisione nell'interesse superiore del fanciullo e se del caso, ottenere informazioni supplementari in particolare da parte di coloro che hanno responsabilità di genitore; b - quando un fanciullo è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, l'autorità giudiziaria: - si accerta che il fanciullo abbia ricevuto ogni informazione pertinente; - consulta personalmente il fanciullo, se del caso, e se necessario in privato, direttamente o attraverso altre persone o organi, nella forma che riterrà più appropriata tenendo conto del discernimento del fanciullo, a meno che ciò non sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori dello stesso; - consente al fanciullo di esprimere la sua opinione; c - tenere debitamente conto dell'opinione espressa da quest'ultimo"*.

¹² In particolare: a) riconoscendo la vulnerabilità delle vittime ed adattando le procedure in modo da tenere debitamente conto dei loro particolari bisogni, in particolare in quanto testimoni; b) Informando le vittime riguardo ai loro diritti, al loro ruolo e alla portata della procedura, nonché alla programmazione e allo svolgimento della stessa e circa la decisione pronunciata per il loro caso; c) permettendo che, quando gli interessi personali delle vittime sono stati coinvolti, le loro opinioni, i loro bisogni o le loro preoccupazioni siano presentate ed esaminate durante la procedura in modo conforme alle regole di procedura del diritto interno.

¹³ Art. 24: *I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. Ogni bambino*

Il Trattato UE (nella versione consolidata dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona del 7 dicembre 2007, pubbl. in G.U.U.E 09.05.2009 C 115), dopo avere affermato tra gli scopi dell'Unione la tutela dei diritti del minore, all'art. 3 riconosce, facendo propri, i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea attribuendo ad essa lo stesso valore giuridico dei trattati¹⁴.

Il Reg. CEE n. 2201/2003, indica l'ascolto del minore come condizione per il riconoscimento, in ambito sovranazionale, di un provvedimento giudiziario che lo riguardi nell'ambito del procedimenti inerenti la responsabilità genitoriale, con l'eccezione rappresentata dalla impossibilità di procedere all'ascolto a motivo dell'urgenza della decisione o della inopportunità dell'audizione in ragione dell'età e del grado di maturità del minore stesso.

Il Comitato ONU sui diritti dell'infanzia, nel Commento generale n. 12, *Il Diritto del Bambino e dell'adolescente di essere ascoltato*, ha chiarito che l'ascolto costituisce un diritto e non un obbligo della persona minore di età e che è obbligo dello Stato far rispettare tale diritto, consentendo al minore di esprimere le sue opinioni, libere da pressioni e consapevolmente formate per avere ricevuto tutte le informazioni necessarie in ogni questioni che comunque riguardi la sua sfera di diritti e in cui la sua prospettiva possa migliorare la qualità delle soluzioni. Nelle conclusioni, il Comitato ONU precisa altresì che l'impegno per la realizzazione del diritto all'ascolto delle persone minori di età è un chiaro ed immediato obbligo legale previsto dalla Convenzione per gli Stati parti.

Le Linee Guida sulla Giustizia Minorile del Consiglio d'Europa del 17 novembre 2010¹⁵, confermano il principio di necessità dell'ascolto della persona minore, di attribuzione alle sue opinioni della giusta rilevanza, di assicurazione al minore della necessaria libertà di espressione che presuppone la sua piena informazione.

ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse.

¹⁴¹⁴ Tra l'altro, il Regolamento stabilisce la esecutività automatica delle decisioni emesse dal Giudice dello Stato di residenza abituale del minore nello Stato in cui il minore si trova o per essere stato egli illegittimamente sottratto o perché non è stato riportato presso il primo Stato. A proposito del rilascio della certificazione da parte dello stato di origine che consente l'esecutività in altro stato membro della decisione concernente il diritto di visita emessa da altra autorità statale, è previsto che essa è adottata in alcuni casi tra cui "se il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità".

¹⁵ "Linee guida per una giustizia a misura di minore".

Nonostante il valore programmatico di tale documento, la Commissione Europea ha previsto tra gli obiettivi della sua azione proprio la promozione ed il recepimento delle anzidette linee guida nelle legislazioni degli Stati Europei.

Le sollecitazioni provenienti dalle fonti sopranazionali hanno conseguito ampio riscontro nella legislazione interna.

Invero, diverse previsioni inerenti singole fattispecie civilistiche, preesistenti all'introduzione dell'istituto dell'ascolto della persona minore di età nell'ambito di procedimenti in materia di famiglia (avutasi, come sopra ricordato, ad opera dell'art. 12 della legge 176/1991 di ratifica della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989) fanno riferimento a vario titolo all'ascolto del minore, senza introdurre una disciplina completa ed omogenea dell'atto processuale in parola¹⁶.

Se gli artt. 4 comma 8 e 6 comma 9 della legge sul divorzio, nel testo risultante dalla riforma del 1987, prevedevano che il Presidente del Tribunale provvedesse all'audizione dei figli minori solo qualora fosse “*strettamente necessario anche in considerazione della loro età*”, la legge del 28 marzo 2001 n. 149, di riforma dell'adozione, ha disposto che, nelle procedure di affidamento familiare, di adottabilità e di adozione, il bambino di età superiore a dodici anni o anche di età inferiore se capace di sufficiente discernimento, debba essere ascoltato per esprimere il proprio orientamento in relazione alle decisioni che riguardano il suo affidamento ed il suo futuro.

La normativa da ultimo menzionata ha innovato profondamente la legge sull'adozione n. 184/1983, prevedendo che il minore venga sempre sentito.¹⁷ Infatti, la norma previgente prevedeva che fosse sentito il minore dodicenne o anche di età inferiore “se opportuno” solo nella fase iniziale di avvio dell'affido consensuale mentre la legge n. 149/2001 prevede che il minore che abbia compiuto gli anni 14, anche nel corso della procedura, non possa essere adottato “se non presta personalmente il proprio consenso”. Inoltre se l'adottando ha compiuto gli anni 12 “deve esser

¹⁶ Senza alcuna pretesa di esaustività, si pensi all'art. 250, comma 4, c.c., per il riconoscimento del figlio; l'art. 252, comma 5, c.c., per l'affidamento del figlio nato fuori dal matrimonio e il suo inserimento nella famiglia del genitore; l'art. 262, comma 3, c.c. per l'attribuzione del cognome del figlio nato fuori dal matrimonio; l'art. 317-bis c.c. per la regolamentazione dei rapporti degli ascendenti con il minore; gli artt. 348 e 371 c.c., che delineano l'ascolto del minore nei procedimenti tutelari nonché quelle previste dalla legge n. 184/1983, in tema di affidamento etero familiare, adottabilità ed adozione dei minori agli artt. 4,15,22,23,25,35,45,51,52 anche prima della riforma della legge n. 19/2001 che ha precisato che l'audizione del minore infradodicenne deve avvenire in considerazione della di lui capacità di discernimento.

¹⁷ L'art. 4 prevede che, terminato il periodo di affido consensuale, il giudice tutelare debba sentire il minore che abbia compiuto gli anni 12 e anche di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento, qualora ritenga di dovere chiedere al tribunale per i minorenni l'adozione di ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore.

personalmente sentito”; se ha un’età inferiore deve essere sentito in considerazione della sua capacità di discernimento.

Le nuove previsioni operano nei procedimenti in cui il Tribunale confermi, modifichi o revochi i provvedimenti urgenti assunti ai sensi del IV comma dell’art. 10, nell’ambito dell’affidamento preadottivo (in relazione al quale è previsto la manifestazione di un consenso espresso da parte del quattordicenne) (art.22), nell’ambito del procedimento inerente la revoca dell’affidamento preadottivo (art. 23) e con riferimento alla dichiarazione di adozione (art. 25) anche ove trattasi di adozioni speciali (art. 44).

La legge dell’8 febbraio 2006 n. 54, di seguito, conferiva piena attuazione alle indicazioni delle convenzioni internazionali laddove prevedeva la necessità dell’ascolto del minore: veniva infatti inserito nel codice civile l’ormai abrogato art. 155 *sexies* che, dopo avere previsto la possibilità per il giudice di assumere, anche d’ufficio mezzi di prova, prescriveva di disporre l’audizione del minore che avesse compiuto i dodici anni e anche di età inferiore ove capace di discernimento anche nelle procedure di separazione coniugale, di divorzio e di affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio.

La formulazione della norma, letta alla luce dei principi normativi sopranazionali intanto affermatasi, conduceva già la dottrina ad affermare l’obbligatorietà dell’ascolto del minore quale attività che non costituisce un mezzo di prova¹⁸.

Il diritto del minore all’ascolto era qualificato come “fondamentale ed eventuale”, ritenendosi che il giudice dovesse procedervi quando rilevasse nei genitori una conflittualità tale da doversi presumere che essa inficiasse la capacità di rappresentare in modo corretto la posizione dei figli.

L’iniziativa normativa che ha finalmente condotto alla codificazione del “diritto all’ascolto” del figlio minore è rappresentata dalle “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali” contenute nella legge 1 gennaio 2012 n. 219: introducendo l’art. 315 bis c.c. (Diritti e doveri del figlio), è stato previsto che “il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano”.

La norma sancisce un vero e proprio diritto del minore ad essere ascoltato, che – come osservato da attenta dottrina- rappresenta una situazione giuridica soggettiva che travalica il piano

¹⁸ Martinelli- Mazza Galanti.

del mero interesse semplice e che non si confonde con l'interesse pubblico alla tutela della relazioni familiari.

Andando oltre la funzione propria di equiparare completamente i figli nati nel matrimonio a quelli nati fuori dal matrimonio, ridisegna l'audizione del minore, modificando anche la terminologia inerente l'incombente processuale in parola: non più "audizione", quasi si trattasse di un dichiarante riconducibile alla figura del testimone o dell'informatore, ma "ascolto", proprio a significare che il bambino non è chiamato per verificare la veridicità di un fatto che è in contestazione ma ascoltato per consentire al giudice di comprendere i suoi reali interessi o il suo disagio.

Si tratta di una disposizione che, recependo i principi fissati dalla normativa internazionale, impone l'obbligatorietà dell'ascolto, senza eccezioni di sorta, una volta riscontrata la capacità di discernimento del minore.

Che l'intenzione del legislatore sia stata quella, attraverso il mutamento di terminologia, di evidenziare l'effettiva *ratio* del coinvolgimento del minore nei processi che lo riguardano è confermato dall'analogo riferimento terminologico adoperato dal d.lgs lgt. del 7 febbraio 2014 n. 154, che, introducendo l'art. 336 bis c.c., contempla una disciplina unitaria anche se non esaustiva dell'ascolto del minore in tutte le procedure idonee ad incidere i suoi interessi, prevedendo che *"Il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, è ascoltato dal Presidente del Tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento, dandone atto con provvedimento motivato. L'ascolto è condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il Pubblico ministero sono ammessi a partecipare all'ascolto se autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento. Prima di procedere all'ascolto, il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto. Dell'adempimento è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero è effettuata registrazione audio video"* .

Quanto ai procedimenti di separazione personale dei coniugi, divorzio, cessazione degli effetti civili, annullamento e nullità del matrimonio ed a quelli relativi ai figli nati fuori dal matrimonio, l'art. 337 octies, comma 1 c.c.(nel cui più ampio testo è confluito il contenuto dell'abrogato art. 155 sexies c.p.c.), stabilisce che *“Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 337-ter, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo.*

Le due disposizioni codicistiche da ultimo menzionate, mentre generalizzano la centralità dell'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano -sancendo in maniera inequivoca l'importanza di tale atto processuale per comprendere il ruolo che il minore assume nel suo contesto di vita, riconoscendogli l'opportunità di fare ascoltare i suoi bisogni e le sue aspirazioni e di dare spazio alle sue esigenze e emozioni- sembrano affievolire quella obbligatorietà dell'ascolto del minore che la legge n. 219 del 2012 aveva imposto, lasciando ampia discrezionalità al magistrato di disporre o meno l'ascolto ovvero di mettere o meno in esecuzione il diritto all'ascolto: è infatti prevista la non procedibilità all'ascolto *se in contrasto con l'interesse del minore o se ritenuto superfluo.*

2. I contributi giurisprudenziali di legittimità e di merito

Nonostante il recepimento delle convenzioni di New York e di Strasburgo, rimaneva diffusa una certa resistenza da parte dei Tribunali nel coinvolgimento dei minori nell'ambito delle procedure che li riguardano.

Detta diffidenza veniva contrastata dalla pronuncia interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale del 30 gennaio 2002: nell'ambito dei procedimenti ablativi o modificativi della potestà genitoriale, con riferimento al tema dell'audizione del solo genitore contro cui è richiesto il provvedimento e non anche dell'altro genitore, è stata dichiarata infondata la questione di costituzionalità *“in quanto muove da un presupposto interpretativo erroneo”*, posto che il sistema normativo prevede già che nei procedimenti in esame debbano essere sentiti entrambi i genitori,

come si desume dall'art. 9 c.II della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 che integra sul punto il disposto dell'art. 336 II c. c.c.

Secondo la Corte, la mancata convocazione dell'altro genitore costituirebbe una violazione di legge relativa ad una fondamentale regola di rispetto del contraddittorio, cui dovrebbe fare seguito la nullità del provvedimento emesso all'esito del procedimento. La stessa soluzione deve valere per la questione dell'omessa previsione, a pena di nullità, dell'audizione del minore, ultradodicesime o di età inferiore se opportuno in quanto la prescrizione contenuta nell'art. 12 della Convenzione citata, ormai entrata nell'ordinamento, è idonea ad integrare la disciplina dell'art. 336 II comma ove necessario, nel senso di attribuire al minore la qualità di "parte" del procedimento con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale.

Se l'audizione del minore costituisce un diritto che non deve essere disatteso se non in presenza di indizi gravi, è altrettanto importante- per la Corte- attribuire una adeguata valutazione alla volontà del dichiarante.

Di contro, le sentenze n. 19544/2003, n.15145/2003 e n. 8481/2007 della Corte di Cassazione, emesse con riferimento al procedimento previsto dalla legge n. 64 del 1994 di ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Aja in tema di illecita sottrazione di minori, sancivano il principio della "mera opportunità" dell'ascolto del minore che andava disposto solo "se possibile", secondo il prudente apprezzamento del giudice, avuto riguardo al carattere urgente e meramente ripristinatorio della situazione quo ante proprio del procedimento nell'ambito del quale il predetto atto processuale avrebbe dovuto essere inserito.¹⁹

Prevvia ricognizione dei precedenti orientamenti, di seguito, il Supremo Collegio a Sezioni Unite, con la sentenza del 21 ottobre 2009 n. 22238, aveva affermato il valore fondamentale del principio dell'ascolto del minore, quale sancito nelle Convenzioni di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, art. 12, riferito ad *"ogni procedura giudiziaria o amministrativa"* in quella di

¹⁹ Si legge, in particolare nella pronuncia da ultimo menzionata che, nel procedimento, di volontaria giurisdizione, previsto dalla legge 15 gennaio 1994, n. 64, inquadrabile nello schema generale dei procedimenti speciali in materia di famiglia e di stato delle persone, e quindi soggetto, per quanto in essa non previsto, alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, e nel contempo caratterizzato dall'estrema urgenza di provvedere nell'interesse del minore, rientra nell'esercizio di poteri discrezionali del giudice, non sindacabile in sede di legittimità, la valutazione dell'opportunità di procedere all'audizione dei minori e delle relative modalità, non risultando prescritto che possa procedersi all'audizione dei minori solo previa convocazione formale degli stessi (nella specie, il tribunale per i minorenni aveva proceduto all'audizione dei minori presentati direttamente in udienza dal genitore convenuto).

Strasburgo del 1996, art. 6, nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e recepito, quindi, nell'art. 155 sexies c.c., introdotto con la L. 8 febbraio 2006, n. 54²⁰.

L'omessa audizione del minore in quanto "parte sostanziale" e portatore di interessi contrapposti ai genitori, costituisce violazione dei principi regolatori del giusto processo e dà luogo a nullità, salvo i casi in cui risulti contraria al superiore interesse del minore o difetti il requisito del discernimento, elementi che in ogni caso devono essere valutati con obbligo di relativa motivazione.

A seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, la sentenza n. 17201 dell'11 agosto 2011, modificando l'orientamento precedente, ha affermato non più solo l'opportunità, ma la necessità dell'audizione del minore anche nei procedimenti in materia di sottrazione internazionale: secondo la Suprema Corte, proprio nel procedimento per il mancato illecito rientro nella propria residenza abituale, come espressamente previsto dall'art. 11 comma 2 del Reg. CE 2201/2003, l'audizione del minore è divenuta adempimento necessario, per cui deve essere espletato, salvo che possa arrecare danno al minore. Per il Giudice di Legittimità, pur non essendo l'opinione del minore vincolante ai fini della decisione, costituisce elemento di rilevanza cognitiva, che consente al giudice di acquisire significativi elementi di conoscenza.

Il principio da ultimo enunciato era già stato espresso, peraltro, con la sentenza n. 7282 del 2010, secondo cui l'audizione del minore non è un atto istruttorio ma riflette una nuova considerazione del minore portatore di bisogni e di interessi che, se consapevolmente espressi, pur non vincolando il giudice, non possono essere da lui ignorati e che lo obbligano ad ascoltarlo nella misura consentita dalla sua capacità di autodeterminarsi.

Secondo Cass. n. 13241 del 2011, tale prioritario rilievo non determina l'obbligo del giudice di conformarsi alle indicazioni del minore in ordine al modo di condurre la propria esistenza, potendo la valutazione complessiva del suo superiore interesse indurre il giudicante a discostarsi da esse. E' tuttavia, ineludibile una puntuale giustificazione della decisione assunta in contrasto con le dichiarazioni del minore sia sotto il profilo della capacità effettiva di discernimento anche in

²⁰ In particolare, venne rilevato che "l'audizione dei minori nelle procedure giudiziarie che li riguardano e in ordine al loro affidamento ai genitori è divenuta comunque obbligatoria con l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata con la L. n. 77 del 2003 (Cass. 16 aprile 2007 n. 9094 e 18 marzo 2006 n. 6081), per cui ad essa deve procedersi, salvo che possa arrecare danno al minore stesso, come risulta dal testo della norma sovranazionale e dalla giurisprudenza di questa Corte (la citata Cass. n. 16753 del 2007)".

correlazione con l'intensità del conflitto genitoriale e la sua influenza o condizionamento della volontà espressa nell'audizione, sia sotto il profilo del richiamato preminente interesse.

Per Cass. 10 giugno 2011 n. 12739, l'ascolto del minore non rappresenta una testimonianza o un altro atto istruttorio bensì un momento formale del procedimento deputato a raccogliere le opinioni ed i bisogni rappresentati dal minore, sicchè deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione e questo anche ascoltandolo da solo e vietando l'interlocuzione con i genitori e i loro difensori.

Sulla stessa linea, Cass. 26 gennaio 2011 n. 1838 afferma che non costituisce violazione del contraddittorio il mancato avviso dell'udienza fissata per l'ascolto del minore, considerato che la scelta del giudice di sentire il bambino senza la presenza dei difensori della altre parti è del tutto discrezionale.

Circa le conseguenze dell'omesso, ingiustificato, ascolto del minore ultradodicesimo e anche del minore di età inferiore se capace di discernimento, Cass. 27 gennaio 2012 n. 1251 ha chiarito che si determina una nullità, deducibile con l'appello.

Di seguito, Cass. 19202 del 2014 ha precisato che l'audizione è *"una caratteristica strutturale del procedimento, diretta ad accertare le circostanze rilevanti al fine di determinare quale sia l'interesse del minore ed a raccogliergli opinioni e bisogni in merito alla vicenda in cui è coinvolto"*.

L'iniziale qualificazione giuridica dell'ascolto come un elemento necessario dell'istruzione probatoria nei procedimenti riguardanti i minori è stata ritenuta del tutto riduttiva al fine di comprendere la natura e la funzione dell'adempimento. L'ascolto costituisce- secondo i giudici di legittimità- una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione e le proprie opzioni nei procedimenti che lo riguardano, rappresentando tale peculiare forma di partecipazione del minore alle decisioni che lo investono uno degli strumenti di maggiore incisività al fine del conseguimento dell'interesse del medesimo.

Da ultimo, a seguito delle anzidette riforme codicistiche, è costante l'insegnamento di cui è espressione Cassazione 9 giugno 2015 n. 11890, adottata in tema di dichiarazione dello stato di adottabilità, secondo cui *"l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.11.1989, è divenuta un adempimento necessario nelle procedure*

giudiziarie che li riguardano, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25.1.1996, ratificata con la L. n. 77 del 2003, nonché degli artt. 315 bis (introdotto dalla L. n. 219 del 2012), 336 bis e 337 octies c.c., (inseriti dal D.Lgs. n. 154 del 2013, che ha altresì abrogato l'art. 155 sexies c.c.). Ne consegue che - anche in tema di dichiarazione dello stato di adottabilità - l'ascolto del minore di almeno dodici anni, e anche di età minore ove capace di discernimento, costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del suo diritto fondamentale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni nei procedimenti che lo riguardano, nonché elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse (cfr. ex plurimis, Cass. 11687/2013; 19202/2014; 6129/2015). Con la conseguenza che, una volta disposta tale audizione anche in grado di appello, il giudice del gravame non può prescindere dal tenere conto delle relative risultanze (Cass. 19202/2014).

Anche per Cassazione 26 marzo 2015 n. 6129, il principio deve essere affermato con riferimento al procedimento in tema di affidamento ai genitori.

In tema di sottrazione internazionale di minore previsto dalla legge 15 gennaio 1994, n. 64 (di ratifica della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980), la sentenza del 31 marzo 2014 n. 7479, ha affermato che *l'ascolto del minore costituisce adempimento necessario ai sensi dell'art. 315 bis cod. civ., introdotto dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, senza che osti, in senso contrario, la mancata previsione normativa dell'obbligatorietà desumibile dall'art. 7, comma 3, della menzionata legge, potendo essere espletato secondo le modalità stabilite dal giudice, anche da soggetti diversi da esso, in quanto finalizzato, ex art. 13, comma 2, della citata convenzione, anche alla valutazione della eventuale opposizione del minore al ritorno, salva solo la preventiva valutazione dell'esistenza di ragioni di eventuale dannosità e contrarietà all'interesse del minore (da indicarsi esplicitamente) che ne sconsiglino il ricorso, anche in considerazione del carattere urgente del procedimento. Ne consegue che l'omesso adempimento o l'omessa motivazione sulla sua assenza costituiscono lesione del diritto al contraddittorio, da far valere in sede d'impugnazione nei limiti e secondo le regole fissate dall'art. 161 cod. proc. Civ.*²¹

²¹ Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito con la quale, nonostante il carattere urgente del procedimento, si era delegato l'ascolto del minore agli assistenti sociali, senza che il giudice vi provvedesse direttamente in ragione dell'elevato conflitto esistente tra i genitori.

Ancora, nell'ambito di una controversia relativa al regime di affidamento e di visita del minore, la Corte di Cassazione, con sentenza del 31 marzo 2014 n. 7478, ha affermato che... l'*art. 336, ultimo comma, cod. civ., che prevede la nomina di un difensore del minore, si applica soltanto ai provvedimenti limitativi ed eliminativi della potestà genitoriale ove vi sia un concreto profilo di conflitto di interessi tra genitori e minore, e non anche alle controversie relative al regime di affidamento e di visita del minore, figlio di una coppia che ha deciso di cessare la propria comunione di vita, nelle quali la partecipazione del minore si esprime, ove ne ricorrano le condizioni di legge e nel perseguimento del suo superiore interesse, mediante l'ascolto dello stesso, che integra un adempimento già previsto dall'art. 155 sexies cod. civ., divenuto necessario ai sensi dell'art. 315 bis cod. civ., introdotto dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, in tutte le questioni e procedure che lo riguardano, in attuazione dell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.*

Con la sentenza n. 5097 del 5 marzo 2014, pronunciando nell'ambito di un procedimento finalizzato all'accertamento del diritto del minore di mantenere rapporti significativi con gli ascendenti ed i parenti del genitore scomparso, il Supremo Collegio ha avuto modo di affermare che *In tale procedimento il minore assume la qualità di parte e, in quanto tale, come affermato anche dall'art. 315 bis cod. civ., introdotto dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, ha diritto di essere ascoltato, purché abbia compiuto gli anni dodici, ovvero, sebbene di età inferiore, sia comunque capace di discernimento, cosicché la sua audizione non può - anche nel caso in cui il giudice disponga, secondo il suo prudente apprezzamento, che l'audizione avvenga a mezzo di consulenza tecnica - in alcun modo rappresentare una restrizione della sua libertà personale ma costituisce, al contrario, un'espansione del diritto alla partecipazione nel procedimento che lo riguarda, quale momento formale deputato a raccogliere le sue opinioni ed i suoi effettivi bisogni.*

In tema di revisione delle condizioni di separazione, Cassazione del 15 maggio 2013 n. 11687, ha precisato che ...*l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardino ed, in particolare, in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003, e dell'art. 155-sexies cod. civ., introdotto dalla legge n. 54 del 2006. Ne consegue che tale adempimento è necessario anche nei procedimenti di revisione delle condizioni di separazione dei*

coniugi, senza che possa ritenersi sufficiente, a tale scopo, che minore sia stato interpellato o esaminato da soggetti (nella specie, assistenti sociali) le cui relazioni siano state successivamente acquisite al fascicolo processuale, dovendo il giudice, ove non ritenga di procedere all'audizione diretta, avvalersi di esperti investiti da specifica delega.

Fermi i rilevanti principi da ultimo indicati con fermezza dal Giudice di Legittimità con riguardo alla centralità dell'ascolto nelle procedure riguardanti i minori ed alla *ratio* di tale atto processuale, anche la giurisprudenza di merito, ordinaria e minorile, ha avuto un ruolo di fondamentale importanza nel delineare i caratteri dell'istituto, con particolare riferimento ai casi di superfluità dell'audizione o di contrarietà al superiore interesse del minore.

Il Tribunale per i Minorenni di Milano, con provvedimento reso in data 9 dicembre 2010²², premesso che, di regola, i minori infradodicenni non hanno adeguata, proficua capacità di discernimento e non possono fornire un valido, attendibile contributo per la soluzione dei problemi che li riguardano in seno ai giudizi sui loro rapporti con i genitori e con i soggetti che li hanno in cura, ha affermato che i giudici possono, con adeguata, esauriente motivazione necessaria, escludere dall'ascolto i minori anche di età superiore, qualora la partecipazione di essi al procedimento possa arrecare loro un danno non irrilevante, ovvero qualora essi non vogliano essere ascoltati, ovvero, ancora, qualora sia dubbio, comunque, il vantaggio che, in termini di elementi conoscitivi e di percezione del loro coinvolgimento nel procedimento, possa derivare dal loro ascolto, tanto più quando il procedimento ha da essere, nel loro interesse, celere; al riguardo, vanno tenute presenti le necessità di crescita che i minori dimostrino e la tempistica dell'età evolutiva.

Il Tribunale per i Minorenni di Trieste con provvedimento reso in data 14 dicembre 2011²³ ha affermato a chiare lettere che l'ascolto del minore inerisce ad un preciso diritto di cui i genitori non possono disporre, trattandosi di un diritto del terzo: solo il minore, supportato da un curatore speciale, può rinunciare a tale diritto.

Il medesimo Ufficio, ha tuttavia di seguito chiarito che il predetto principio può esser derogato ove, per via dell'accordo dei genitori che non si ponga in contrasto con principi di diritto

²² Dir. Famiglia 2011, 816.

²³ Corriere merito, 2012, 657.

inderogabili, l'ascolto del minore possa condurre ad un turbamento della serenità del minore, sicchè l'audizione si pone in contrasto con il loro superiore interesse.²⁴

Il Tribunale di Modena, con provvedimento del 25 marzo 2015²⁵, in tema di modifica delle condizioni di separazione, ha affermato la manifesta superfluità dell'ascolto della prole minorenni ai sensi dell'art. 336 bis c.c. in una fattispecie in cui la domanda di ampliamento del diritto di visita paterno era compatibile con il contenuto dei patti per separazione e non era stata contestata dalla madre.²⁶

Nell'ambito di una controversia concernente la regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra due coniugi, la Corte d'Appello di Catania, con sentenza del 17 aprile 2015²⁷, ha spiegato le ragioni del rigetto dell'istanza di audizione delle figlie proposta nel corso del processo, ragionando sul potenziale pregiudizio per il minore rappresentato da un eventuale ascolto finalizzato alla acquisizione di elementi volti a dirimere gli aspetti economici della controversia pendente tra i genitori²⁸.

La Corte d'Appello di Milano, con sentenza del 21 febbraio 2011, ha disposto che in caso di controversia sulle modalità di affidamento di un figlio infradodicesenne, il giudice adito per l'adozione dei provvedimenti opportuni non è tenuto a procedere all'audizione del minore stesso anche quando questa venga richiesta da uno dei genitori le volte in cui risulti, indipendentemente dall'accertamento della capacità di discernimento del figlio stesso, che questi aveva chiaramente manifestato la propria volontà di non essere coinvolto nella vicenda che lo riguarda, atteso che un tale atto istruttorio rischia di essere inutile ai fini della decisione ed in contrasto con l'interesse del minore.

²⁴ Trib. Min. Trieste 28 marzo 2012, Corriere merito 2012.

²⁵ In Dejure 2015

²⁶quando gli accordi omologati di separazione prevedono un regime di frequentazione ampio e di facile attuazione pratica, in modo che l'eventuale ampliamento del tempo da trascorrere col padre, di cui la prole esprima desiderio, è interamente compreso nelle facoltà già consentite ai genitori dall'accordo omologato e pienamente compatibile con il disposto attualmente vigente, attesa anche la non opposizione della madre.

²⁷ Dejure 2015.

²⁸ Il giudice d'appello ha argomentato nel senso che... *l'ascolto del minore è infatti un momento di esercizio del diritto del fanciullo ad esprimere le proprie opinioni ed esigenze, liberamente e senza condizionamenti, e qualora venga strumentalmente chiesto al fine di dirimere la controversia economica tra i genitori non solo si snatura, deviando dalle finalità sue proprie, ma diviene anche fonte di pregiudizio per il minore stesso, specie quando, essendo in piena età di discernimento, può maturare la consapevolezza di essere stato strumentalizzato senza avere però, al tempo stesso, data la sua condizione di minore età ed in ragione del legame con i genitori, la capacità di opporsi a detta strumentalizzazione.*

3. Soluzioni applicative condivise relative all'ascolto del minore nei procedimenti civili concernenti la crisi della famiglia e la responsabilità genitoriale

3.1 L'ascolto nel codice civile

L'enucleazione di soluzioni applicative che siano apprezzabili da tutti gli operatori del diritto nell'ambito della delicata materia in esame non può prescindere da una preliminare disamina della *ratio* sottesa alle disposizioni codicistiche che vengono in rilievo.

Mette conto osservare, in primo luogo, che l'art. 315 bis 3° comma c.c. introdotto dalla legge n. 219/2012, nel riferirsi al diritto del minore di essere ascoltato, individua l'ambito dell'ascolto "*in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano*": tali riferimenti rendono palese la circostanza che l'ascolto del minore si espleti non solo nell'ambito della tutela giurisdizionale ma, ancor prima, nell'ambito delle relazioni familiari e nei procedimenti amministrativi che riguardano la vita del minore.

Le "questioni" che possono prospettarsi possono essere quelle concernenti la scelta della scuola, delle frequentazioni, delle attività extrascolastiche di interesse del ragazzo.

Quanto alle "procedure", la dottrina ha affermato trattarsi del coinvolgimento del minore nelle scelte concernenti l'opportunità dell'avvio di un procedimento amministrativo o giudiziario che lo possa riguardare.

La disamina delle varie norme dell'ordinamento che contemplano l'ascolto conduce al convincimento secondo cui esso abbia acquisto la portata di un istituto di carattere generale che possa essere disposto anche nei procedimenti in cui non è espressamente previsto benchè riconducibili all'ambito della "giustizia minorile" ovvero quelle controversie o procedimenti che ineriscono alla sfera affettiva del bambino, comportano l'assunzione di determinazioni in ordine a scelte personali ed esistenziali, non anche quando si tratti di definire gli aspetti economici pur inerenti al rapporto di filiazione.

All'ascolto, come detto, non si procede quando esso è *in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo*. In tale ipotesi il giudice dà atto delle motivazioni che hanno indotto a non effettuare l'adempimento con provvedimento motivato (art. 336 bis comma 1 c.c.).

Detta espressione, di portata certamente più ampia rispetto alle formulazioni contenute nella normativa internazionale, ha ingenerato dubbi circa la possibile violazione dei principi fissati dal

diritto sovranazionale nonché circa un eccesso di delega, essendosi ritenuto che l'art. 2 comma 1, lett. I della legge n. 219 del 2012 avesse conferito al Governo solo il potere di disciplinare le modalità di esercizio dell'ascolto e non anche il potere di prevedere delle ipotesi in cui esso possa essere escluso discrezionalmente.

Giova evidenziare che l'ascolto del minore è espressamente previsto dagli artt. 316 e 336 c.c. nei procedimenti rivolti a risolvere un contrasto tra genitori su questioni di particolare importanza o finalizzati ad assumere iniziative ablativo, limitative e reintegrative della responsabilità genitoriale, secondo la regola risalente correlata all'età ed alla capacità di discernimento (ovvero quando abbia compiuto dodici anni o, se di età inferiore, sia capace di discernimento).

Invece, l'art. 336 bis c.c. delinea una disciplina analitica delle modalità di ascolto, alla stregua di una disposizione di portata generale, applicabile, ove compatibile anche ai procedimenti regolati, in punto di audizione del minore, da specifiche disposizioni.

L'art. 337 octies c.c., disciplina l'ascolto del minore nei procedimenti che traggono fondamento nella crisi genitoriale, facendo riferimento- del pari- ai parametri dell'età e della capacità di discernimento.

L'espressione adoperata dal legislatore codicistico (*il minore è ascoltato.....il giudice procede all'ascolto....*), conferma il disposto dell' abrogato art. 155 sexies c.c. secondo cui il giudice non ha mera facoltà di disporre l'ascolto ma deve necessariamente procedervi salvo casi eccezionali accompagnati da specifica motivazione²⁹.

L'ascolto, inoltre, riguarda anche la fase istruttoria del procedimento e non solo quella destinata ad esitare nell'adozione del provvedimenti provvisori, come è reso palese della espressione "*anche in via provvisoria*".

L'art. 336 bis c.c. , come detto applicabile, per la sua portata generale, anche ai procedimenti sulla crisi genitoriale esclude l'ascolto ove questo sia in contrasto con l'interesse del minore o sia palesemente superfluo e l'espressione è ripresa dall'art. 337 octies c.c. che detta un'apposita

²⁹La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di chiarire che l'audizione del minore è un "adempimento necessario" nel corso del primo grado di giudizio delle procedure concernenti il suo affidamento, come si desume anche dall'art. 336 bis comma i c.c. che prevede che il minore debba essere ascoltato "dal Presidente del Tribunale o dal Giudice delegato" coerentemente con l'art. 2 comma I lett. I della legge n. 219/2012 (Cass. del 22 luglio 2014 n. 16658).

regolamentazione con riferimento ai procedimenti in cui non si registra un conflitto, come le separazioni consensuali e i divorzi congiunti.

La pregnanza di tali disposizioni consiste nell'avere reso palese il principio della inammissibilità di un determinato atto o di un adempimento processuale quando esso sia lesivo del superiore interesse del minore, valore- quest'ultimo- che anima qualsivoglia determinazione che attenga tanto agli aspetti processuali quanto agli aspetti sostanziali delle controversie concernenti i minori.

Appare condivisibile l'opinione di chi ha osservato che la norma da ultimo menzionata sembra prospettare la necessità dell'ascolto in un contesto processuale in cui non risulta ragionevole ammettere l'incombente, pur sempre coinvolgente sotto il profilo emotivo: ciò in quanto, in ipotesi di accordi tra i genitori che prevedano l'affido condiviso e che regolamentino gli aspetti economici in maniera coerente con l'interesse del minore, l'audizione diventerebbe un adempimento addirittura in contrasto con tale interesse in quanto il ragazzino sarebbe coinvolto in un "processo senza processo". In tale ottica, pertanto, deve ritenersi che l'audizione sia in generale manifestamente superflua³⁰.

In definitiva, in accordo con la più avveduta dottrina e con la giurisprudenza espressasi sul punto, il giudice potrà esimersi di regola dall'ascolto del minore solo nei procedimenti relativi a figli che esitino in un accordo tra i genitori mentre nell'ambito di una procedura contenziosa, dovrà sempre procedersi all'ascolto del minore, a meno che lo stesso risulti privo di discernimento a cagione dell'età ovvero ricorrano circostanze particolari che rendano inopportuno l'incombente, da esplicitare in un provvedimento motivato.

Il previgente artt. 155 sexies c.c., nel disciplinare l'ascolto del minore, rimandava ai provvedimenti indicati dall'art. 155 c.c. che concernevano tanto l'affidamento quanto il mantenimento dei figli mentre l'attuale art. 337 octies c.c., secondo cui si può procedere all'ascolto del minore solo in funzione dell'adozione dei provvedimenti concernenti l'affidamento, si pone in linea con un'interpretazione già diffusa nella giurisprudenza formatasi nella vigenza della precedente normativa, volta ad intendere restrittivamente il riferimento dell'art. 155 sexies all'art. 155 c.c., in guisa da impedire che l'ascolto del minore potesse essere esperito nell'ambito di controversie di contenuto economico.

³⁰ G. Buffone

3.2. Valenza processuale dell'ascolto

Merita di essere senz'altro condiviso l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'audizione del minore non rappresenta una testimonianza o un altro atto istruttorio rivolto ad acquisire una risultanza favorevole all'una o all'altra posizione difensiva ma un momento formale del procedimento deputato a raccogliere le opinioni ed i bisogni rappresentati dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto.

Esso deve infatti svolgersi in modo da garantire l'effettivo esercizio del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione e quindi nel rispetto delle cautele e di modalità atte ad evitare interferenze, turbamenti o condizionamenti, ivi compresa la facoltà di vietare l'interlocuzione con i genitori e/o i difensori, nonché di sentire il minore da solo o, ancora, quello di delegare l'audizione ad un organo più appropriato e professionalmente attrezzato.

Il diritto di difesa delle parti dovrà espletarsi, in tali casi, attraverso suggerimenti o atti di diversa natura mentre l'acquisizione al processo delle dichiarazioni del minore consente alle parti, in posizione paritaria, di contestare pertinenza ed attendibilità delle dichiarazioni anche attraverso la formulazione di richieste istruttorie e persino in relazione ad eventuali interferenze in danno del dichiarante perpetrate durante l'esame³¹.

Non ci troviamo di fronte ad un mezzo istruttorio in quanto trattasi di incumbente che, con ogni evidenza, non è funzionale all'accertamento di un fatto che una delle parti abbia posto a base della propria domanda: deve in primo luogo escludersi qualsiasi analogia tra l'istituto in esame e la testimonianza, atteso che esso non è volto a consentire l'acquisizione al processo di fatti dei quali si possa riferire, essendo il minore chiamato a manifestare opinioni e considerazioni non veicolabili al processo attraverso il predetto tipico mezzo di prova.

Del pari, deve rilevarsi l'estraneità dell'ascolto rispetto all'interrogatorio formale, chiaro essendo che esso non sia funzionale alla acquisizione di una confessione del dichiarante su circostanze a sé sfavorevoli.

La qualità di parte in senso sostanziale del minore, sancita dalle ricordate pronunce della Corte Costituzionale e della Cassazione, ha fatto propendere una parte della dottrina³² per

³¹ Cass. n. 7282/2010.

³² Satta Punzi

l'accostamento dell'ascolto all'interrogatorio libero, che si ritiene volto a consentire all'interessato di spiegare al giudice le proprie ragioni.

Si ritiene, tuttavia, preferibile l'opinione secondo cui l'audizione del minore sia del tutto estranea all'istituto della prova e sia da ricondursi alla categoria degli atti processuali connotati da una funzione specifica: quella di acquisire al processo l'opinione del soggetto vulnerabile il cui prevalente interesse determina l'adozione del provvedimento.

Discendono da tale convincimento rilevanti conseguenze in ordine alla forma che debba assumere nel processo un simile atto.

Se è vero che esso non è vincolato alle forme tipiche proprie degli atti istruttori, trattandosi pur sempre di un atto del processo con il cui concorso si attua la tutela giurisdizionale, esso è soggetto al principio della libertà di forma, secondo cui ove non siano richieste forme determinate, gli atti devono assumere quella più idonea al raggiungimento dello scopo loro proprio ovvero più idonea alla realizzazione della funzione assegnata loro dall'ordinamento.

Posto che funzione dell'ascolto del minore è quella di assicurare al giudice l'acquisizione della relativa opinione in ordine al tema che assume centralità ai fini della decisione, è certo che nell'espletamento della corrispondente attività dovrà aversi riguardo ai principi generali in tema di giurisdizione, quali quello del contraddittorio, del diritto di difesa e della terzietà del giudice, che devono essere armonizzati con il principio fondamentale del superiore interesse del minore, quale criterio preminente di giudizio.

In applicazione di tali principi, ad esempio, il giudice deve ritenersi legittimato a non ammettere il consulente di parte a partecipare all'ascolto delegato ad un c.t.u. nell'ambito di un riscontro psicodiagnostico, valutando che tale presenza potrebbe compromettere la spontaneità del minore³³.

Si osserva condivisibilmente in giurisprudenza che la decisione del giudice e – in particolare – le valutazioni inerenti il miglior collocamento del figlio presso l'uno o l'altro genitore, potrebbero non coincidere con le opinioni e le indicazioni offerte dal minore, sebbene in simili ipotesi il giudice abbia un onere di motivazione direttamente proporzionale al grado di discernimento del minore quale diretta conseguenza dell'imprescindibilità dell'ascolto del medesimo³⁴.

³³ Cass. 20 agosto 2014 n. 18060

³⁴ Cass. 22 luglio 2014 n. 16658

3.3. Le modalità dell'ascolto

Spetta al giudice il compito di eseguire l'audizione in modo che sia protetta da interferenze, turbamenti o condizionamenti, adottando le cautele e le modalità specifiche di espletamento dell'atto processuale che meglio si attagliano alle circostanze concrete.

L'audizione del minore dovrà essere volta al fine che la Suprema Corte ha efficacemente definito quale quello di *“superare la straordinaria asimmetria che si frappone tra la posizione del fanciullo (e il suo stato emotivo) ed il contesto relazionale ed ambientale in cui viene ascoltato”*.

Ne consegue che il diritto di difesa, come si è sopra chiarito, potrebbe non estrinsecarsi nel momento dell'ascolto o in quello immediatamente precedente, ben potendo il giudice vietare che il minore si relazioni temporaneamente, in previsione dell'audizione, ai genitori e/o ai difensori e ben potendo decidere di sentire il minore anche da solo, quando reputi che la presenza dei genitori e dei relativi difensori possa essere fonte di turbamento o condizionamento ovvero rimettere ad esperti l'ascolto, al ricorrere di circostanze specifiche che consiglino la presenza di particolari competenze scientifiche in capo al soggetto processuale chiamato ad interloquire con il minore.

In tali ipotesi, il diritto di difesa verrà esercitato attraverso la formulazione di istanze o suggerimenti da proporre prima dell'audizione, nonché, una volta acquisite al processo le dichiarazioni del minore, attraverso la facoltà di contestare la pertinenza o l'attendibilità delle dichiarazioni medesime anche mediante la formulazione di richieste istruttorie.

L'esclusione della difesa non dovrà essere generalizzata ma imposta dalle circostanze particolari e puntualmente motivata: in tali ipotesi il processo verbale dell'audizione dovrà essere del tutto dettagliato ed aderente al contenuto delle dichiarazioni del minore in misura crescente al ridursi della capacità di discernimento palesata, in modo da consentire alla difesa di cogliere a pieno il significato delle indicazioni e delle opinioni espresse dal dichiarante e di predisporre le necessarie osservazioni ed i mezzi di gravame che reputi opportuni. Anche il resoconto del “non verbale” (le espressioni del viso, lo sguardo, i gesti, il tono della voce) dovrà essere colto con attenzione e adeguatamente rappresentato.

Conseguenza necessaria di tale convincimento è che le modalità dell'ascolto del minore dovranno essere adattate di volta in volta alla specifica vicenda processuale ed alle peculiarità della persona che dovrà essere ascoltata, pur dovendo condividersi le indicazioni che avveduti studiosi

della materia ³⁵ hanno individuato quali adempimenti indispensabili per un corretto approccio al minore, prima ancora che gli artt. 336 bis e 38 bis disp. att. c.c. codificassero le modalità dell'ascolto.

Tra questi, basti considerare la necessità che il minore venga informato dai genitori o dal curatore/tutore in precedenza dell'incontro con il giudice e delle condizioni in cui verrà svolto; la necessità che il minore, quando convocato, non subisca lunghe attese; la necessità che vengano all'uopo esclusi luoghi spersonalizzati o non adatti; la necessità che il minore sia messo a proprio agio dal giudice che dovrà accoglierlo adeguatamente, informandolo sulle motivazioni dell'incontro; l'opportunità che il minore si relazioni ad un unico interlocutore che possa essere identificato chiaramente e rimanga nel tempo il suo referente; la necessità che il minore non venga ingannato in relazione alla possibilità che quanto da lui detto possa rimanere segreto, in quanto parte integrante del giudizio; la necessità che il giudice mantenga una posizione di "ascolto attivo" tale da accordare al minore spazio/tempo per potere raccontare, formulando le domande solo dopo che si è instaurato un rapporto fiduciario; la necessità che venga adoperato un linguaggio semplice, adeguato all'età del minore, con esclusione di termini giuridici e/o psicologici che possano fare apparire "distante" l'interlocutore; la necessità di evitare il tentativo di fare confermare al minore fatti, eventi, circostanze che l'ascoltatore già conosce o ritiene esistenti; la necessità che, al termine dell'incontro, venga spiegato al minore il significato della sua audizione per chi la ha recepita e che, per quanto possibile, le decisioni che lo riguarderanno terranno conto di quanto da lui detto ma potranno anche divergere.

I contributi degli psicologi avvisano dell'importanza che il minore abbia chiaro l'interesse che gli operatori di giustizia provano per lui e che non sia trascurato il fatto che le sue affermazioni e le risposte alle domande che gli vengono rivolte sono condizionate fortemente dal clima emotivo che si riesce a creare anche in un contesto di costrizione quale quello giudiziario.

Per tali motivi è evidente l'importanza di un'adeguata accoglienza del minore, sotto il profilo logistico ma anche della ricerca di un'empatia nella relazione immediata con il giudice e/o con l'ausiliario.

³⁵ . Pazè- "I provvedimenti giurisdizionali per il minore nella crisi della famiglia e nella crisi del rapporto genitori-prole- 2003)

Degno di nota è il suggerimento che il provvedimento adottato, specie quando non corrispondente alle aspettative del minore, gli venga adeguatamente comunicato e spiegato, delegando all'uopo soggetto, preferibilmente coincidente con il rappresentante legale. In talune ipotesi, soprattutto con riferimento ai provvedimenti che hanno una maggiore rilevanza nel vissuto del minore, è apparso opportuno che sia lo stesso giudice, tramite una ulteriore convocazione, a comunicare direttamente il contenuto e il significato della decisione.

3.4. Valutazioni ed adempimenti specifici richiesti al Giudice

Procedendo per ordine, mette conto osservare che, per procedere all'ascolto non sia necessaria una formale istanza di parte, in quanto trattasi di atto processuale a mezzo del quale viene tutelato il superiore interesse del minore sicchè il giudice ben potrà provvedervi d'ufficio.

Prima dell'ascolto, è utile che il giudice acquisisca elementi di conoscenza sul minore che possono essere necessari per vagliarne la capacità di discernimento, la conformità al suo interesse dell'incombente, l'opportunità di un ascolto diretto o indiretto.

Sempre nell'ambito del vaglio preliminare, occorre soffermarsi sulla *capacità di discernimento* del minore, che suppone una valutazione fatta caso per caso.

Il concetto di "discernimento" è correlato, infatti, al grado di maturazione cognitiva ed affettiva raggiunta dal minore, alle esperienze inerenti la vita sociale e di relazione e vi rientrano tanto la capacità di comprendere ciò che è utile per lui sia la capacità di operare scelte autonome senza subire l'influenza di altri soggetti³⁶.

La letteratura psicologica informa del fatto che il bambino possiede competenze emotivo-relazionali fin dalla nascita destinate ad evolversi ed affinarsi grazie alle stimolazioni del contesto familiare e sociale in cui vive.

In genere, può affermarsi che sotto i sei anni non possa parlarsi di capacità di discernimento e quindi di ascolto in senso tecnico ma è possibile un'audizione diretta del giudice con finalità volte prevalentemente alla conoscenza e alla stima delle condizioni di vita e dei bisogni del minore. Dopo i dodici anni non dovrebbe invece dubitarsi della facoltà di discernimento. Nell'età fra i sei e i dodici anni, è necessario evitare di confondere la sussistenza della facoltà di discernimento con le difficoltà che attengono alla comunicazione con minori di quella giovanissima età. Se il minore ha

³⁶ Peruzzini- "L'ascolto del minore" in La "famiglia dopo le riforme" 2015.

meno di 6-7 anni (età prescolare) non si può parlare di ascolto in senso tecnico e non vi è capacità di esprimere una vera e propria opinione, per cui l'attenzione ai bisogni del bambino potrà attuarsi tramite una consulenza tecnica d'ufficio³⁷.

La capacità di discernimento riferita al caso concreto potrà costituire oggetto di valutazione, nei minori compresi tra i 7 e 12 anni, anche grazie alle allegazioni e alla documentazione che potranno essere prodotte dalle parti nell'ambito dei rispettivi atti processuali³⁸.

Superato il vaglio relativo alla capacità di discernimento occorrerà interrogarsi sulla sussistenza di un *interesse del minore all'ascolto*.

Segnatamente, dovrà essere attentamente valutato se vi sia un interesse superiore del figlio minore a non essere esposto al danno presumibile correlato al coinvolgimento emotivo nella controversia che opponga i genitori.

La contrarietà agli interessi del minore attiene alla valutazione della opportunità di procedere all'ascolto considerando la delicatezza della materia e la giovane età del protagonista rispetto alle vicende a cui si riferisce il giudizio mentre la manifesta superfluità dell'ascolto è ravvisabile quando l'incombente non possa apportare alcuna utilità o soluzione alle questioni dibattute, inducendo così ad evitare l'ingresso forzoso del minore nel mondo degli adulti in conflitto³⁹.

Quanto alle ipotesi di contrarietà all'interesse del minore e di superfluità dell'ascolto, si rileva che diverse sono le ipotesi che potrebbero rientrare in questo ambito.

Così, ad esempio, dal punto di vista della contrarietà con l'interesse del minore, la stessa è da ravvisarsi tutte le volte in cui sia rilevabile un possibile pregiudizio, come allorquando il minore abbia dato prova e comportamento di rifiutare motivatamente l'ascolto, ovvero quando lo stesso versi in una situazione di particolare fragilità emotiva, desumibile dagli atti o dalle indicazioni delle parti.

In relazione, invece, alla superfluità, la stessa può ricorrere quando il minore sia già stato ascoltato nel processo o in altro vertente su analoghe questioni; quando le circostanze sulle quali il

³⁷ Cfr. Risultati dei gruppi di lavoro del corso in più sessioni organizzato dal CSM nell'anno 2011 sull'ascolto del minore nella pubblicazione UNICEF "L'ascolto dei minorenni in ambito giudiziario"-gruppo coordinato dal dott. Micela)

³⁸ Cfr. Risultati dei gruppi di lavoro del corso in più sessioni organizzato dal CSM nell'anno 2011 sull'ascolto del minore nella pubblicazione UNICEF "L'ascolto dei minorenni in ambito giudiziario"-gruppo coordinato dalla dott.ssa Rita Russo, Consigliere della Corte d'Appello di Catania).

³⁹ Così, Peruzzini "L'ascolto del minore" in La famiglia dopo le riforme 2015.

minore dovrebbe essere sentito siano pacifiche o, comunque, già dimostrate in causa *aliunde*; quando l'oggetto del giudizio non coinvolga direttamente il minore, come avviene quando sugli aspetti che lo riguardano sia stato reperito un accordo e le domande ancora *sub iudice* riguardino esclusivamente l'addebito della separazione o l'assegno per il coniuge o per i figli stessi ⁴⁰.

Sul punto è stato efficacemente osservato dal Tribunale di Messina, prima delle più recenti riforme, che l'ascolto del minore non serva a raccogliere esternazioni anche estemporanee di volontà, né ad indirizzare il provvedimento secondo il momento, ma ad assumere elementi di valutazione nel contesto di tutti gli atti di causa, dei reali bisogni del minore e dei suoi interessi ⁴¹.

Come si è già osservato, ove vi sia piena concordia di vedute tra le parti e l'intesa esplicitata al Tribunale risulti *prima facie* rispettosa dei principi e delle direttive di legge sulla responsabilità genitoriale, lo strumento in esame finisce per costituire un incombente non soltanto di scarso rilievo, ma, altresì, intrinsecamente dannoso, e possa, quindi, essere di regola considerato come « manifestamente superfluo ».

Del pari, l'audizione viene ritenuta non necessaria per le questioni che attengono alla *cura patrimonii*, a differenza di quanto avviene per quelle che attengono alla *cura personae* ⁴², con la conseguenza che ove i coniugi abbiano raggiunto un accordo sulle reciproche modalità di esercizio della responsabilità genitoriale ed il giudizio debba continuare sulle questioni inerenti la misura dell'assegno, l'audizione del minore non dovrà essere disposta.

Prima dell'ascolto il minore deve ricevere alcune importanti informazioni (riguardanti la natura del procedimento e gli effetti dell'ascolto): si ritiene che la forma scritta non sia un mezzo idoneo essendo preferibile che l'informazione sia resa in maniera diretta e personale in guisa da essere adeguata all'età ed alle caratteristiche del minore. Deve condividersi l'idea secondo cui le informazioni debbano precedere di un periodo congruo l'ascolto. Di seguito, le informazioni saranno semplicemente ribadite dal giudice che procede il quale darà atto a verbale delle modalità e dei tempi con cui il minore è stato informato.

⁴⁰ Così Trib. Milano 9 dicembre 2010, secondo cui la partecipazione al procedimento potrebbe arrecare un danno non irrilevante ai minori quando essi *non vogliano essere ascoltati, qualora sia dubbio il vantaggio che, in termini di elementi conoscitivi e di percezione del loro coinvolgimento nel procedimento, possa derivare dal loro ascolto tanto più quando il procedimento ha da essere, nel loro interesse, celere; al riguardo vanno tenute presenti la necessità di crescita che i minori dimostrino e la tempistica dell'età evolutiva.*

⁴¹ Trib. Messina, 10 febbraio 2009.

⁴² Peruzzini "L'ascolto del minore" in La famiglia dopo le riforme 2015.

Una volta ammesso l'ascolto, ad esso può procedersi secondo modalità dirette o indirette. Nel primo caso, il giudice consegue una percezione immediata delle esigenze del fanciullo, anche con l'assistenza di un ausiliario esperto, e la preferenza per tale soluzione è stata accentuata dalla più recente riforma che ha elevato l'ascolto diretto a regola generale.

L'art. 336 bis c.c. dispone che all'ascolto provvede il Presidente del Tribunale o un giudice da questi delegato. Deve ritenersi che l'adempimento riguardi il presidente nella fase processuale in cui deve essere tentata la conciliazione tra i coniugi e che deve esitare nell'adozione dei provvedimenti provvisori. Riguardi invece il giudice istruttore nella successiva fase di merito, quando il minore non sia stato sentito nella fase presidenziale o se ne ravvisino comunque i ripetuti presupposti.

Deve tuttavia tenersi conto del fatto che, nel caso di contrasto tra genitori, via sia la concreta possibilità che alcune risposte fornite dal bambino possano riflettere non tanto le sue effettive opinioni o i suoi desideri quanto quelle di uno o di entrambi i genitori. Detto condizionamento può –peraltro– assumere carattere non intenzionale ed, in alcuni casi, potrebbe risultare assai difficile, senza il supporto di un ausiliario esperto, comprendere se ne risulti inficiata l'autenticità del racconto offerto al minore o se i suoi convincimenti siano condizionati dall'acredine esistente tra i genitori o ancora se le convinzioni siano frutto di fantasia.

Potrebbero, specie in tali ipotesi, essere prescelte diverse modalità di ascolto ovvero quello indiretto, attuato tramite il curatore o il tutore speciale ovvero ancora tramite gli operatori del servizio sociale o nell'ambito di una consulenza tecnica d'ufficio.

E' prevalente il convincimento secondo cui l'ascolto indiretto non costituisca formalmente un atto processuale delegato e che il vero e proprio atto processuale sia rappresentato da quello con cui il soggetto che ha ascoltato il minore ne riferisce al giudice.

In tal caso, l'ascolto del minore sarà inserito in un processo di valutazione più ampio e complesso volto a considerare anche la capacità genitoriale attraverso colloqui individuali o congiunti con entrambi i genitori nonché l'ambiente domestico, scolastico e relazionale in cui il minore vive: potrà essere considerata anche la possibilità di acquisire informazioni dagli insegnanti per comprendere come il minore si relazioni, durante la crisi della famiglia, in quel contesto e se vi sia un'incidenza dei dolorosi eventi sul suo rendimento scolastico.

Di certo, non potrà essere considerato sufficiente, ai fini del corretto esperimento dell'ascolto, che il minore sia stato in precedenza sentito da altri soggetti in assenza di una apposita e circostanziata delega da parte del giudice.

La soluzione dell'accertamento tecnico si rivelerà opportuna quando dal racconto del minore emergano aspetti di sofferenza o di criticità che impongano un colloquio realizzato attraverso la mediazione di un professionista capace, per la sua formazione, di andare più a fondo nella comprensione delle istanze del dichiarante.

Le modalità concrete dell'ascolto sono oggi disciplinate dall'art. 336 bis c.c., secondo cui il minore deve essere debitamente informato in via preliminare dal giudice del significato della sua audizione, tenuto conto, come è ovvio, della sua età e del suo grado di maturità, in modo da acquisire una puntuale consapevolezza in ordine alle ragioni del suo incontro con il giudice.

All'ascolto, previa autorizzazione del giudice, sono ammessi a partecipare i genitori, anche quando sono parti del procedimento, i loro difensori, il curatore speciale ed il pubblico ministero. Il legislatore non ha indicato i criteri che devono sovrintendere al rilascio della autorizzazione in questione, con la conseguenza che essa è rimessa alla sensibilità del giudice procedente, fondata soprattutto sulla percezione che egli abbia avuto, nelle precedenti fasi processuali, del rischio di una possibile interferenza- anche involontaria- sulla serenità del minore da parte dei predetti partecipanti.

Il dialogo con il giudice avverrà secondo modalità idonee a salvaguardare il minore e l'eventuale autorizzazione a partecipare all'ascolto conferita ai genitori o ai difensori non può legittimare un'interferenza nell'ascolto, né la formulazione di suggerimenti al giudice o di domande al minore.

Per cui, ove possibile, verranno utilizzati "idonei mezzi tecnici": tra questi si segnala la possibilità di utilizzare apposite sale munite di un vetro specchio che consentirebbe ai difensori delle parti ed al Pubblico Ministero di seguire l'incontro, come previsto dall'art. 38 bis disp. att c.c., senza richiedere apposita autorizzazione al giudice.

Ne risulta confermato da tali previsioni che ben può il difensore assistere all'ascolto del minore senza rivestire un ruolo attivo nel corso dell'incombente, mentre rimane escluso che i genitori possano parteciparvi allo scopo di evitare condizionamenti sul figlio.

Nei casi in cui venga ravvisato una potenziale situazione di conflitto di interesse tra il minore ed un genitore, ben può farsi luogo alla nomina di un curatore speciale⁴³ che rappresenti il minore. Tale nomina può procedere anche d'ufficio ai sensi dell'art. 78 c.p.c. , considerato ⁴⁴ istituto che è espressione di un principio generale, destinato ad operare tutte le volte in cui sia necessario nominare un rappresentante ad un incapace.

Come detto, funzione dell'ascolto è quella di raccogliere le opinioni e i bisogni del minore, orientando il giudice nelle scelte processuali.

E' certo che il giudice non possa ignorare la volontà del minore quale è emersa durante l'ascolto né privare di rilievo il contenuto degli spunti offerti dal dichiarante⁴⁵, considerata la natura delle situazioni soggettive che vengono in rilievo: egli deve farsi interprete scrupoloso dei bisogni espressi dal minore e, nel caso in cui nutrisse dubbi in ordine alla autenticità di quanto dichiarato per via di un eventuale condizionamento subito dal dichiarante, potrebbe orientarsi nel senso dell'espletamento di un approfondimento peritale.

Come chiarito dal giudice di legittimità⁴⁶, il magistrato procedente deve tenere conto, nell'adozione delle determinazioni successive, dell'esito dell'ascolto e quindi della volontà espressa dal minore potendosene discostare solo a tutela dell'interesse di quest'ultimo, essendo onerato al riguardo di una motivazione molto più stringente quanto più il minore anche in ragione dell'età, abbia mostrato capacità di discernimento.

Le valutazioni del giudice, in quanto doverosamente orientate a realizzare l'interesse del minore, che può non coincidere con le opinioni dallo stesso manifestate, potranno in tal caso essere difformi: si impone, tuttavia, un onere di motivazione la cui entità deve ritenersi direttamente proporzionale al grado di discernimento attribuito al dichiarante.

3.5. L'omissione dell'ascolto

Nei casi in cui venga omissa l'ascolto del minore, tale scelta –come si è detto- deve essere giustificata da una motivazione esposta per iscritto in un atto processuale o in un provvedimento.

⁴³ Si pensi al caso esaminato da Trb. Varese 12 febbraio 2013.

⁴⁴ Si veda Corte Costituzionale 11 marzo 2011 n. 83

⁴⁵ Secondo alcuni autori, l'ascolto produrrebbe effetti analoghi a quelli delle prove legali.

⁴⁶ Cass. Civ. 17 maggio 2012 n. 7773

Ne consegue che ove il provvedimento sia carente delle motivazioni per le quali non si procede all'ascolto, esso divenga impugnabile ad opera di chi aveva manifestato interesse all'audizione.

Deve evidenziarsi che il legislatore non ha previsto le conseguenze processuali del mancato, ingiustificato, ascolto del minore.

La Suprema Corte ha avuto modo di osservare che poichè l'audizione dei figli minori costituisce un adempimento necessario nelle procedure relative al loro affidamento nel primo grado di giudizio, il mancato ascolto si traduce in una violazione del contraddittorio e del giusto processo e determina la nullità della sentenza per la violazione dell'obbligo di audizione, che può essere fatta valere nei limiti e secondo le regole fissate dall'art. 161 c.p.c. e dunque è deducibile con l'appello⁴⁷.

Se la questione non sia stata sollevata nel giudizio di appello, tuttavia, essa non potrà essere prospettata per la prima volta in sede di legittimità, trovando applicazione le regole relative alla formazione del giudicato.

Invero, sebbene parte della giurisprudenza abbia fatto riferimento all'omesso ascolto come ipotesi di violazione del diritto di difesa, deve concordarsi con l'opinione di attenta studiosa della materia secondo cui, dovendo escludersi che la norma sull'ascolto renda il minore una parte in senso tecnico del procedimento, sia difficile individuare in concreto nella omissione dell'adempimento in esame quella lesione del diritto di difesa che normalmente, quale conseguenza diretta ed immediata della violazione del principio del contraddittorio, determina la nullità assoluta del procedimento⁴⁸.

Il minore, infatti, è parte sostanziale del procedimento, la parte vulnerabile dagli esiti dello stesso quali dibattuti tra i genitori, colui che è chiamato ad introdurre nel processo le proprie istanze affettive ed a rappresentare le esigenze correlate alla crisi della sua famiglia o delle sue relazioni personali più intime: egli pertanto è latore di un interesse non riconducibile al disposto di cui all'art. 100 c.p.c.

Mette conto, infine, avere riguardo al fatto che, nei procedimenti in cui venga in rilievo la tutela dell'interesse di persone minori di età, l'obiettivo di non incorrere in nullità processuali costituisce un imperativo: esse, infatti, determinerebbero un allungamento inutile dei tempi di

⁴⁷ Cass. Civ. 8 marzo 2013 n. 5847.

⁴⁸ In termini, dott.ssa Rita Russo, Consigliere Corte d'Appello Catania "La valutazione del giudice dello Stato dove il minore è stato condotto e l'ascolto del minore in casi di sottrazione internazionale"

definizione del procedimento si per sé apertamente confliggente con l'interesse del minore ad una risposta giudiziaria chiara e celere.

4. Conclusioni

La straordinaria valenza culturale espressa dalla Convenzione di New York sopra indicata e dalle successive fonti sovranazionali e nazionali che, per gradi, hanno condotto alla codificazione del diritto all'ascolto, consiste nell'avere promosso un nuovo approccio del sistema giudiziario ai procedimenti che riguardano il minore: esso è volto al contemperamento delle posizioni processuali di diritto soggettivo con la tutela di interessi, ragioni, diritti spettanti ad un soggetto vulnerabile e diverso dai contendenti ed in cui le ragioni di questi assumono una valenza sovraordinata rispetto a quella degli adulti che sono parti in causa.

Per altro verso, la codificazione del diritto all'ascolto è coerente con la necessità di assicurare al bambino uno dei più significativi bisogni di cui è portatore, quello –cioè- di essere tenuto in considerazione dagli adulti, di riceverne attenzione e cura, di ascoltarli e di essere da loro sentito, insomma di introdursi in una “relazione” con il mondo degli adulti che è deputato a proteggerlo ed a farsi carico delle sue istanze dentro e fuori rispetto al processo, nella prospettiva di un armonioso sviluppo della sua personalità.

RANIERI RAZZANTE

La quarta direttiva contro il riciclaggio: spunti per una nuova regolamentazione italiana del fenomeno

Sommario: 1. Premessa metodologica - 2. Le direttive comunitarie antiriciclaggio - 3. L'ambito di applicazione della IV Direttiva - 4. Il *risk based approach* - 5. Il *restyling* dell'adeguata verifica della clientela - 6. Il nuovo registro centralizzato di informazioni - 7. Gli obblighi di segnalazione e conservazione - 8. Il nuovo impianto sanzionatorio - 9. Conclusioni.

1. Premessa metodologica

A distanza di dieci anni dall'ultima revisione delle norme europee relative alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, la Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione.

L'impegno profuso dal legislatore europeo per contrastare il fenomeno del *money laundering* risale ai primi anni novanta, riflettendosi nel corso di oltre due decenni nelle ormai note tre Direttive antiriciclaggio. L'obiettivo perseguito era quello di definire il quadro delle norme preventive contro il riciclaggio, chiaramente ispirate ai principi internazionali sanciti in materia, che gli Stati membri avrebbero dovuto importare nei rispettivi ordinamenti legislativi⁴⁹.

A distanza ormai di oltre un ventennio, il riciclaggio continua a rappresentare un tema presente nell'agenda europea, in quanto, com'è noto, i flussi di denaro illecito compromettono la stabilità e l'integrità del settore finanziario e rappresentano una concreta minaccia per il mercato interno dell'Unione, nonché per lo sviluppo internazionale⁵⁰. Una prevenzione mirata e proporzionata all'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, unitamente ad un ulteriore incremento degli strumenti di diritto penale già presenti a livello europeo, appare ancora oggi una priorità del legislatore comunitario.

⁴⁹ R. Razzante, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Giappichelli, 2011, pag. 36 ss.

⁵⁰ Per una approfondita disamina del riciclaggio come fenomeno transnazionale e della sua fisionomia *in fieri* si rimanda a R. Razzante (a cura di), *Il Riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, Giuffrè, 2014.

In tal senso, nel dicembre del 2014 il Consiglio dell'Unione Europea ha raggiunto un accordo con il Parlamento e la Commissione europea sul testo della quarta Direttiva antiriciclaggio. Il provvedimento è stato successivamente sottoposto alla procedura di formale adozione da parte del Consiglio e del Parlamento europei.

Nell'ultima fase della procedura comunitaria di "co- decisione", la mediazione tra il Consiglio, il Parlamento e la Commissione europea si è svolta nell'ambito degli appositi "Triloghi", ovvero incontri tra rappresentanti delle tre istituzioni realizzati con l'obiettivo di raggiungere accordi di compromesso tra le diverse posizioni espresse da ciascuna⁵¹.

L'articolato, frutto di intensi negoziati, costituisce senza alcun dubbio un importante risultato nel quadro europeo antiriciclaggio. Ciò in quanto non solo dà attuazione alle Raccomandazioni FATF (*Financial Action Task Force*), allineando in tal modo i Paesi Ue ai più avanzati standard internazionali, ma introduce una serie di disposizioni fondamentali che consentiranno – *rectius*, si auspica consentiranno - all'Europa di compiere passi avanti nel contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

Questo andrò dicendo nel seguito del presente scritto, poiché è ormai opinione comune che senza una "uniformazione" del diritto europeo dell'antiriciclaggio l'aspetto preventivo non potrà soccorrere quello repressivo, con tutto ciò che ne consegue⁵².

2. Le direttive comunitarie antiriciclaggio

A distanza di dieci anni dall'ultima revisione delle norme europee relative alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, la citata Direttiva (UE) 2015/849 modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga le direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE.

Ma occorre procedere con ordine, per comprendere come si è giunti a tale ultima formulazione. Ciò ritengo utile ai fini di una, ancorché sintetica, ricostruzione sistemica della normazione.

⁵¹ Banca d'Italia, *Rapporto annuale dell'Unità di Informazione Finanziaria*, n.7, maggio 2015, Roma.

⁵² Da ultimo, più in generale, R. Razzante e G. Tartaglia Polcini, *I danni conseguenza del terrorismo di matrice islamica*, in *Gnosis*, 2/2015, pag. 64 - 73.

Orbene, la presa di coscienza della ramificazione di organizzazioni criminali dedite al riciclaggio ha indotto le Autorità europee alla realizzazione di sistemi di prevenzione e contrasto che assicurino la maggiore armonizzazione possibile. Le tre Direttive Antiriciclaggio sono senz'altro la maggiore espressione degli sforzi profusi dall'Unione Europea per contrastare il dilagare di un fenomeno i cui perniciosi effetti rischiano di rompere gli equilibri raggiunti a livello macro economico, non senza grandi difficoltà⁵³.

La scelta di tale strumento normativo è connessa alla natura genetica dello stesso. La Direttiva, infatti, rientra nei c.d. atti legislativi vincolanti giacché impone ai suoi destinatari il raggiungimento di un obiettivo prefissato, pur lasciando agli stessi piena autonomia sulle modalità di azione. Infatti, a differenza del Regolamento (anch'esso rientrante nella succitata categoria), vincolante per i suoi destinatari in tutte le sue parti, la Direttiva individua un obiettivo comune per tutti gli Stati membri concedendo al contempo autonomia nella scelta delle modalità attraverso le quali raggiungerlo, nel pieno rispetto dell'identità di ogni singolo ordinamento giuridico. Ad interessare, in buona sostanza, è che si assicuri un minimo comune denominatore di tutela valido in tutti i Paesi membri.

Ciò detto, la prima Direttiva antiriciclaggio (91/308/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1991)⁵⁴, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, definiva il reato in relazione a quelli connessi con il traffico di stupefacenti ed imponeva obblighi solo al settore finanziario. Nonostante i suoi "limiti contenutistici", detta Direttiva ha svolto un ruolo fondamentale nella lotta all'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio fino al 2005, anno in cui fu riformata l'intera disciplina a livello comunitario. La rilevanza di questa normazione comunitaria è consistita nel coordinamento e nell'impulso fornito ai legislatori degli Stati membri; è sufficiente pensare che nella maggior parte degli Stati stessi era

⁵³ Il riferimento è alle Direttive: 91/308/CEE, 2001/97/CE nonché alla Terza Direttiva, ancora in vigore, 2005/60/CE. Sul punto si rimanda a R. Razzante, (a cura di), *Riciclaggio internazionale e normativa di contrasto: gli effetti sul sistema imprese*, Alter ego, 2015, pag. 29 ss., nonché M. Carbone, M. Tolla, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, Caccucci, Bari, 2010, pag. 144 ss.

⁵⁴ Per un approfondimento della prima Direttiva antiriciclaggio si rimanda a: C. F. Grosso, *Frode fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, pag. 1227 ss.; F. Lombardini, *La lotta contro il riciclaggio: la direttiva europea del 10 giugno 1991 e l'esperienza svizzera*, in Cass. Pen. n. 1637, 1993; A. De Guttry, F. Pagani, *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi da reato e lotta al riciclaggio*, Cedam, 1995, pag. 300 ss.; L. Ferola, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Giuffrè, 2005, pag. 232 ss.

possibile constatare la mancata esistenza di una legislazione efficace per contrastare il fenomeno del riciclaggio⁵⁵.

Nello specifico, la Dir. 91/308/CEE recepiva interamente la disciplina della fattispecie contenuta nella Convenzione di Vienna delle Nazioni Unite del 1988, soffermandosi su una precisa definizione delle condotte rilevanti ai fini della corretta qualificazione del reato di riciclaggio. In relazione invece ai c.d. reati presupposto, la normativa sanciva un doppio livello di identificazione: in un primo livello individuava una serie di reati che dovevano essere riconosciuti come presupposto del riciclaggio in tutti i Paesi aderenti; in un secondo livello concedeva la possibilità agli Stati di estendere il novero dei reati imposti come minimo comune denominatore, ampliandolo ad altre fattispecie di reato.

Nonostante la prima Direttiva comunitaria abbia costituito senza alcun dubbio uno dei principali strumenti internazionali per la lotta al *money laundering*, nel luglio del 1999 la Commissione europea presentò una proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio nella quale venivano individuate le criticità rilevate e le annesse integrazioni da apportare alla Dir. 91/308/CEE. L'analisi del progetto di direttiva trovò la sua conclusione il 4 dicembre 2001, con l'approvazione del testo di compromesso elaborato dal Comitato di Conciliazione. In virtù di tale testo, la nuova direttiva avrebbe dovuto ampliare il campo di applicazione della disciplina, allargandola a tutti i reati propri della criminalità organizzata, e di estendere gli obblighi propri delle banche anche ad altre categorie professionali.

In tal senso, la seconda Direttiva antiriciclaggio (2001/97/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 dicembre 2001), recante modifica della direttiva 91/308/CEE relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, ha appunto esteso l'ambito di applicazione della precedente direttiva per quanto riguarda sia la tipologia di reati, sia le professioni, che le attività coinvolte. In tal modo, da un lato, si prevedeva di controllare non solo i proventi del traffico di stupefacenti, ma anche quelli derivanti da tutti i reati considerati "gravi"⁵⁶; dall'altro, di estendere il campo d'applicazione delle misure antiriciclaggio oltre il mondo dell'intermediazione finanziaria, prevedendo obblighi particolari anche per le

⁵⁵ Così L. Zitiello, *La normativa antiriciclaggio: i riflessi sulle attività degli intermediari*, in *Le Società*, 1996, pag. 638.

⁵⁶ Il riferimento è alla frode, corruzione, ovvero a qualsiasi altro reato che possa generare proventi e sia punibile con dure pene detentive in base al diritto penale dello Stato membro.

persone giuridiche e fisiche allorquando agiscono nell'esercizio della loro attività professionale⁵⁷. Gli obblighi cui questi ultimi erano sottoposti consistevano essenzialmente nell'identificazione della clientela, nella registrazione delle operazioni, nella conservazione della relativa documentazione per almeno cinque anni e nella segnalazione di operazioni sospette alle autorità responsabili del contrasto al riciclaggio⁵⁸.

Nel giugno del 2003, il GAFI rielaborava le sue raccomandazioni estendendole al finanziamento del terrorismo e disponeva obblighi più dettagliati per quanto riguarda l'identificazione e la verifica dell'identità del cliente, le situazioni in cui un rischio elevato di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo potesse giustificare l'applicazione di misure rafforzate e quelle in cui, invece, un rischio ridotto potesse legittimare l'attuazione di controlli meno rigorosi.

Di tali modifiche si è tenuto conto nella Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 e nella Direttiva 2006/70/CE della Commissione, del primo agosto 2006, recante misure di esecuzione della direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la definizione di persone politicamente esposte e i criteri tecnici per le procedure semplificate di adeguata verifica della clientela, nonché per l'esenzione nel caso di un'attività finanziaria esercitata in modo occasionale o su scala molto limitata⁵⁹.

La direttiva del 2005 ha avuto il pregio di dettare un'inversione di marcia rispetto alle due precedenti, consolidando il diritto comunitario esistente⁶⁰. Innanzitutto, ha offerto una più esaustiva nozione della condotta di riciclaggio, uniformando la definizione di reati presupposto comunitaria a quella di "reati gravi" di cui all'Azione Comune n. 98/699. L'interesse del legislatore si è altresì concentrato su due aspetti: da un lato, sul finanziamento del terrorismo, riconosciuto per la prima volta a livello comunitario come una delle principali destinazioni dei proventi illeciti derivanti dal

⁵⁷ Venivano dunque individuati tra i destinatari della normativa: i revisori contabili esterni, i consulenti tributari, gli agenti immobiliari, i commercianti di pietre o metalli preziosi o opere d'arte, le case d'asta, le case da gioco, i notai, gli avvocati, nonché tutti quei soggetti coinvolti in operazioni di compravendita immobiliare, apertura o gestioni di conti bancari, o libretti di deposito.

⁵⁸ P. Ciani, G. Marchese, *La politica europea in materia di riciclaggio e reati finanziari*, in *Riv. G.d.F.*, 2002, pag. 13 ss.

⁵⁹ Sul punto si rimanda a M. Carbone – M. Tolla, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, Cacucci, 2010, pag. 144; R. Razzante (a cura di), *Riciclaggio internazionale e normativa di contrasto: gli effetti sul sistema imprese*, op. cit., pag. 46.

⁶⁰ Per un approfondimento si veda G. Tramontano, *La Terza Direttiva antiriciclaggio e obblighi per i professionisti*, in *Riv. Scuola Sup. econ. e fin.*, 1° marzo 2006.

riciclaggio di denaro⁶¹ e, dall'altro, sulla corretta identificazione del c.d. *beneficial owner* (titolare effettivo) di un'operazione.

La terza Direttiva, successivamente integrata dalla Dir. 2006/70/CE, riguardante la definizione del concetto di persone politicamente esposte, è stata recepita in Italia con il D.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

In questo contesto normativo s'inserisce la nuova direttiva antiriciclaggio, la quale ha il "dichiarato" scopo di rafforzare la lotta contro i crimini fiscali e il finanziamento del terrorismo. Le disposizioni contenute nella quarta Direttiva recepiscono quasi *ad litteram* le Raccomandazioni della *Financial Action Task Force* (FATF) - ormai considerate un punto di riferimento universale per le regole contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo - arrivando, in alcuni casi, ad ampliarne la portata.

La *ratio* sottesa all'elaborazione di una nuova Direttiva si rinviene nella sempre maggiore esigenza di adattare l'attuale sistema preventivo all'evoluzione tecnologica delle tecniche di reimpiego di denaro sporco utilizzate dalla criminalità.

Rispetto alle più "classiche" usura, estorsione, crimini finanziari, infatti, oggi si aggiungono contraffazione, reati ambientali, distrazione di fondi pubblici, *cyber crime*, etc. Si tratta delle nuove frontiere del riciclaggio⁶².

3. L'ambito di applicazione della IV Direttiva

Conformemente a quanto sostenuto nelle pagine che precedono, un primo punto di intervento della direttiva in esame riguarda l'estensione del campo di applicazione della normativa *de qua*. In tal senso, essa fornisce la seguente definizione del reato: a) la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni; b) l'occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza,

⁶¹ A. Balsamo, *La destinazione delle somme di denaro fa scattare il finanziamento del terrore*, in *Guida dir.*, n. 1, 2006, pag. 37 ss.

⁶² Così R. Razzante, I. Borrello, L. La Rocca, *La necessità di un approccio multidisciplinare al "fenomeno riciclaggio"*, in R. Razzante (a cura di), *Il Riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, op. cit., pag. 6.

ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; c) l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; d) la partecipazione a uno degli atti di cui alle lettere a), b), c), l'associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolarne l'esecuzione.

Sul punto appare importante evidenziare che, in linea con le Raccomandazioni riviste dal GAFI, i reati fiscali connessi alle imposte dirette e indirette rientrano nell'ampia definizione di "attività criminosa" di cui sopra. Nello specifico, l'articolo 3, paragrafo 4, lett. f) della direttiva, sancisce che rientrano nell'attività criminosa "tutti i reati, compresi i reati fiscali relativi a imposte dirette e indirette, quali specificati nel diritto nazionale, punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno ovvero, per gli Stati membri il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, tutti i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi".

Tenuto conto che ciascuno Stato membro può ricondurre reati fiscali differenti alla nozione di attività criminosa perseguibile mediante le sanzioni di cui all'articolo 3, paragrafo 4, lett. f), le definizioni di reati di fiscali previste dalle normative nazionali potrebbero divergere. In ogni caso, gli Stati membri dovrebbero consentire, nella massima misura possibile ai sensi della propria legislazione, lo scambio di informazioni o la prestazione di assistenza tra le Unità di informazione finanziaria dell'Unione (*Financial Information Units* – FIU).

Altra novità consiste nella previsione di cui all'articolo 2, che estende l'ambito di applicazione soggettivo della normativa. Quindi, la quarta direttiva si applica, oltre che agli enti creditizi e agli istituti finanziari, nonché alle persone fisiche o giuridiche, già obbligati in precedenza, anche agli altri soggetti che negoziano beni, quando il pagamento è effettuato o ricevuto in contanti per un importo pari o superiore a 10.000 euro, indipendentemente dal fatto che la transazione si effettua con un'operazione unica con diverse operazioni che appaiono collegate, e ai prestatori di servizi di gioco d'azzardo.

Qui si rinviene un profilo assai innovativo tutto da chiarire. Sembrerebbero obbligati alle regole anche soggetti non finanziari “imprese”, poiché non si vede come si potrebbe qualificare chi effettua “negoziazioni di beni”. Una innovazione che chi scrive non ha mancato di sollecitare a più riprese negli scritti già citati.

In riferimento ai prestatori di servizio di gioco d’azzardo, rispetto alla prima versione risalente al febbraio del 2014, nel testo ultimo della IV Direttiva è stato inserito il principio che consente agli Stati membri la possibilità di esentare gli operatori di gioco a basso rischio: “ad eccezione delle case da gioco e a seguito di un’opportuna valutazione del rischio, gli Stati membri possono decidere di esonerare, in tutto o in parte, i prestatori di determinati servizi di gioco d’azzardo dalle disposizioni nazionali che recepiscono la presente direttiva sulla base del basso livello di rischio comprovato dalla natura e, se del caso, dalle dimensioni operative di detti servizi”.

Si tratta con assoluta certezza di un aspetto di particolare rilevanza, ma è necessario che il legislatore nazionale ne colga le sfaccettature, giacché se – come detto – determinati settori non devono essere sottoposti ad obblighi relativi al riciclaggio, è al contempo indiscutibile che la verifica della clientela non debba essere l’unico perno su cui fondare la prevenzione.

In altri termini, gli Stati membri dovrebbero considerare la previsione di un’esenzione esclusivamente in circostanze rigorosamente limitate e giustificate, ovvero quando i rischi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo sono limitati. Tali esenzioni dovrebbero formare oggetto di una specifica valutazione del rischio che tenga in considerazione anche il grado di vulnerabilità delle relative operazioni.

4. Il *risk based approach*

La IV Direttiva ribadisce che il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo non è sempre lo stesso, per cui va adottato un approccio “olistico” basato sul rischio. Proprio in relazione alla valutazione di esso, gli articoli 6 e 7 prevedono rispettivamente un approccio sovranazionale ed uno nazionale al rischio stesso.

In tal senso, in relazione al primo tipo di approccio, è previsto che la Commissione effettui una valutazione dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che gravano sul mercato interno e relativi alle attività transfrontaliere. A tal fine, la Commissione, entro il 26 giugno 2017, elaborerà una relazione che identifica, analizza e valuta tali rischi a livello dell’Unione.

Successivamente, la Commissione stessa aggiornerà la sua relazione ogni due anni o, se del caso, più frequentemente.

Detta relazione comprenderà almeno i seguenti elementi: a) i settori del mercato interno maggiormente esposti al rischio; b) i rischi associati a ciascun settore interessato; c) i mezzi più diffusi cui ricorrono i criminali per riciclare proventi illeciti.

Inoltre, entro il 26 dicembre 2016, il comitato congiunto delle Autorità Europee di Vigilanza (AEV) emanerà un parere sui rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo concernente il settore finanziario dell'Unione. Le AEU aggiorneranno tale parere ogni due anni.

Con riferimento invece all'approccio nazionale, l'articolo 7 prevede che ciascuno Stato membro adotti opportune misure per individuare, valutare, comprendere e mitigare i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che lo riguardano, nonché le eventuali problematiche connesse in materia di protezione dei dati. Avendo riguardo ai rischi di cui sopra, ciascuno Stato membro: a) usa tale valutazione per migliorare il proprio regime in materia di AML/CFT, in particolare individuando i settori in cui i soggetti obbligati devono applicare misure rafforzate e, se del caso, specificando le misure da adottare; b) individua, se del caso, i settori o le aree di minore o maggiore rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo; c) utilizza tale valutazione come ausilio ai fini della distribuzione e della definizione della priorità delle risorse da destinare al contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; d) utilizza tale valutazione per garantire che sia predisposta una normativa adeguata per ogni settore o area in funzione del corrispondente rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo; e) mette tempestivamente a disposizione dei soggetti obbligati le informazioni per facilitarne l'esecuzione delle valutazioni dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

I soggetti destinatari degli obblighi devono anch'essi adottare misure volte a individuare e valutare i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, tenendo conto di fattori di rischio, compresi quelli relativi ai loro clienti, paesi o aree geografiche, prodotti, servizi, operazioni o canali di distribuzione. Gli stessi destinatari devono porre in essere politiche, controlli e procedure per mitigare e gestire in maniera efficace i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

5. Il restyling dell'adeguata verifica della clientela

In più disposizioni, richiamando il *risk based approach*, il legislatore europeo richiede una maggiore attenzione dell'espletamento dell'adeguata verifica, sottolineando come gli intermediari finanziari, alla luce del privilegiato punto di osservazione di cui godono, debbano necessariamente intensificare i controlli.

La novità principale consiste nell'applicazione dell'adeguata verifica anche a soggetti che negoziano in beni quando eseguono operazioni occasionali in contanti d'importo pari o superiore a 10.000 euro, indipendentemente dal fatto che l'operazione sia eseguita con un'unica operazione o con diverse operazioni che appaiono collegate, nonché per i prestatori di servizi di gioco d'azzardo, all'incasso delle vincite, all'atto della puntata, o in entrambe le occasioni, quando si eseguono operazioni d'importo pari o superiore a 2.000 euro, indipendentemente dal fatto che la transazione sia eseguita con un'unica operazione o con diverse operazioni che appaiono collegate.

Com'è noto, l'Italia è da tempo ormai già allineata a tale ultima impostazione dettata dalla IV Direttiva. La normativa antiriciclaggio italiana, infatti, impone agli operatori che svolgono l'attività di gestione di case da gioco *on line*, di procedere all'identificazione ed alla verifica dell'identità di ogni cliente per importo superiore a 1.000 euro (art. 24, comma 4, D.lgs. 231/07); per i casinò, invece, la soglia è di 2.000 euro (art 24, comma 1, D.lgs. 231/07)⁶³.

Il legislatore della IV Direttiva ha, altresì, assunto consapevolezza della circostanza che l'utilizzo dei prodotti di moneta elettronica è considerato sempre più un surrogato dei conti bancari. Quanto detto giustifica che, in aggiunta alle misure previste dalla Direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, detti prodotti siano assoggettati agli obblighi di prevenzione e contrasto del riciclaggio e della lotta al finanziamento del terrorismo. Tuttavia, lo stesso legislatore europeo ha ritenuto che, in talune comprovate circostanze di rischio esiguo e a rigorose condizioni di mitigazioni del rischio, gli Stati membri dovrebbero poter esonerare i prodotti di moneta elettronica da determinate misure di adeguata verifica della clientela, quali l'identificazione e la verifica del cliente e del titolare effettivo, ma non dal controllo delle operazioni o dei rapporti d'affari.

⁶³ In argomento si rimanda a R. Razzante, *I singoli adempimenti*, in R. Razzante, M. Arena, G. Imbergamo, *Manuale operativo delle sanzioni nella legislazione antiriciclaggio italiana. Norme incriminatrici e sanzionatorie. Strategie difensive e processuali*, Giappichelli, 2011, pag. 18 ss.

Ai sensi dell'articolo 12 della IV Direttiva le condizioni di mitigazione del rischio sono le seguenti: "a) lo strumento di pagamento non è ricaricabile oppure è soggetto a un limite mensile massimo di operazioni di 250 euro, utilizzabile solo in tale Stato membro; b) l'importo massimo memorizzato elettronicamente non supera i 250 euro; c) lo strumento di pagamento è utilizzato esclusivamente per acquistare beni o servizi; d) lo strumento di pagamento non può essere alimentato con moneta elettronica anonima; e) l'emittente effettua un controllo sulle operazioni o sul rapporto d'affari sufficiente a consentire la rilevazione di operazioni anomale o sospette".

Ciò detto, è noto che alcune situazioni comportano un maggior rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, o meglio, ferma restando la necessità di stabilire l'identità e il profilo economico di tutti i clienti, vi sono casi in cui si richiedono procedure d'identificazione e di verifica della clientela particolarmente rigorose. Quanto appena sostenuto vale in particolare per i rapporti con persone che ricoprono o hanno ricoperto funzioni pubbliche di rilievo nell'Unione o a livello internazionale, soprattutto con riferimento a persone che provengono da paesi in cui la corruzione è un fenomeno altamente diffuso⁶⁴. Tali rapporti possono esporre in modo particolare il settore finanziario a notevoli rischi di reputazione e legali.

Gli sforzi condotti sul piano internazionali volti a combattere la corruzione altresì giustificano la necessità di prestare particolare attenzione a tali persone che ricoprono o hanno ricoperto funzioni pubbliche di rilievo a livello nazionale o all'estero e nei confronti di alti funzionari in organizzazioni internazionali⁶⁵.

In questa ottica s'inseriscono gli obblighi rafforzati di adeguata verifica nei confronti di coloro che svolgono o hanno svolto funzioni politiche all'interno del Paese o in organizzazioni internazionali⁶⁶. La sintetica definizione di persone politicamente esposte, in precedenza richiamata all'art. 3 n. 8, è ora sostituita con un'esplicita individuazione delle PEP in Paese terzi o nel Paese membro o in organismi internazionali, indicando che sono inclusi: a) capi di Stato, capi di governo, ministri e viceministri o sottosegretari; b) parlamenti o membri di organi legislativi analoghi; c)

⁶⁴ Per un approfondimento sul tema si veda R. Razzante, *La nuova fisionomia del delitto di corruzione nel diritto italiano*, in R. Razzante, *La nuova regolamentazione anticorruzione*, Giappichelli, 2015, pag. 2 ss.

⁶⁵ Si veda J. Geary, *PEP's – let's get serious*, in *Journal of Money Laundering Control*, vol. I, n. 2, 2010, pag. 103 ss.

⁶⁶ In argomento si veda R. Cercone, *La regolamentazione della Banca d'Italia in materia di adeguata verifica, registrazione e organizzazione*, in G. Castaldi, G. Conforti (a cura di), *Manuale antiriciclaggio. Adeguata verifica della clientela, Segnalazione di operazioni sospette*, Archivio unico informatico, Bancaria editrice, 2013, pag. 175 ss.

membri degli organi direttivi di partiti politici; d) membri delle corti supreme, delle corti costituzionali e di altri organi giudiziari di alto livello le cui decisioni non sono soggette a ulteriore appello, salvo in circostanze eccezionali; e) membri delle corti dei conti e dei consigli di amministrazione delle banche centrali; f) ambasciatori, incaricati d'affari e ufficiali di alto grado delle forze armate; g) membri degli organi di amministrazione, direzione o sorveglianza delle imprese di proprietà statale; h) direttori, vicedirettori e membri dell'organo di gestione, o funzione equivalente, di organizzazioni internazionali.

In ultimo, l'articolo 22 della Direttiva n. 849 del 2015, apprestando una novità di rilievo, sancisce che “quando una persona politicamente esposta non ricopre più importanti cariche pubbliche in uno Stato membro o in un paese terzo ovvero cariche pubbliche importanti in un'organizzazione internazionale, ai soggetti obbligati è prescritto di prendere in considerazione, per almeno dodici mesi, il rischio che tale persona continua a costituire e di applicare adeguate misure in funzione del rischio fino al momento in cui ritengono che tale rischio specifico delle persone politicamente esposte cessi”.

Appare solo il caso di ricordare che non esiste un elenco ufficiale di PEPs, per cui bisognerà rifarsi a banche dati elaborate da società specializzate. A quest'ultimo problema si può ovviare attraverso la richiesta dell'informazione al soggetto cliente, che inserirà nella scheda di adeguata verifica una apposita “crocetta” nell'elenco che si consiglia di predisporre⁶⁷.

6. Il nuovo registro centralizzato di informazioni

Alla luce delle criticità connesse alla sua identificazione, la quarta Direttiva presta particolare attenzione alla complessa figura del “*beneficial owner*” nelle compagini societarie. È nota la necessità non solo di identificare le persone fisiche che sono titolari ovvero esercitano il controllo di soggetti giuridici, ma anche di ottenere informazioni accurate e aggiornate sul c.d. titolare effettivo, al fine di rintracciare criminali che potrebbero altrimenti occultare la propria identità dietro una struttura societaria.

⁶⁷ R. Razzante, *I singoli adempimenti*, in R. Razzante, M. Arena, G. Imbergamo, *Manuale operativo delle sanzioni nella legislazione antiriciclaggio italiana. Norme incriminatrici e sanzionatorie. Strategie difensive e processuali*, op. cit., pag. 27.

Un primo punto di forza, ma soprattutto di novità, della Direttiva in esame si rinviene nella creazione di un “registro centralizzato di informazioni” riguardanti la proprietà effettiva delle società e dei trust, con il chiaro fine di aumentare i livelli di trasparenza. Pertanto, gli Stati membri dovrebbero assicurare che i soggetti giuridici costituiti nel loro territorio in conformità del diritto nazionale ottengano e conservino informazioni adeguate, accurate e attuali sulla loro titolarità effettiva, oltre alle informazioni di base quali il nome della società, l’indirizzo e la prova dell’atto costitutivo e della titolarità legale.

Con l’obiettivo di promuovere la trasparenza al fine di contrastare l’abuso dei soggetti giuridici, gli Stati membri dovranno assicurare che le informazioni sulla titolarità effettiva siano archiviate in un registro centrale situato all’esterno della società, in piena conformità con il diritto dell’Unione.

A tal fine, gli Stati membri possono utilizzare una banca dati centrale che raccolga le informazioni sulla titolarità effettiva, o il registro delle imprese, ovvero un altro registro centrale. La nuova previsione normativa sancisce, altresì, che gli stessi Stati membri provvedono affinché le informazioni sulla titolarità effettiva siano accessibili in ogni caso: a) alle autorità competenti e alle FIU, senza alcuna restrizione; b) ai soggetti obbligati, nel quadro dell’adeguata verifica della clientela a norma del capo II; c) a qualunque persona od organizzazione che possa dimostrare un legittimo interesse.

Le persone od organizzazioni di cui alla lettera c) hanno accesso almeno al nome, al mese ed anno di nascita, alla cittadinanza, al paese di residenza del titolare effettivo così come alla natura ed entità dell’interesse beneficiario detenuto.

L’accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva deve essere conforme alle norme sulla protezione dei dati e può essere soggetto a registrazione online. Forse questo costituirà il principale ostacolo all’attuazione del registro nel nostro Paese, nel quale la normativa della c.d. privacy ha raggiunto un grado di invasività senza paragoni rispetto ad altri ordinamenti europei.

Nella medesima logica di migliorare la trasparenza e combattere gli abusi, l’articolo 31 dispone che gli Stati membri prescrivono: che i fiduciari di trust espressi disciplinati dal loro diritto nazionale ottengano e mantengano informazioni adeguate, accurate e aggiornate sulla titolarità effettiva del trust, inclusa l’identità del costituente, del “trustee”, del guardiano, dei beneficiari e delle altre persone fisiche che esercitano il controllo effettivo sul trust; che il “trustee” renda noto il

proprio stato e fornisca prontamente ai soggetti obbligati le informazioni quando, in tale veste, instaura un rapporto d'affari o esegue un'operazione; che le autorità competenti e le FIU abbiano prontamente accesso a tali informazioni; che tali informazioni siano conservate in un registro centrale quando il trust genera obblighi fiscali, con accesso tempestivo e senza limitazioni alle autorità competenti, alle FIU, e ai soggetti obbligati nel quadro dell'adeguata verifica della clientela.

Sebbene il libero accesso alle titolarità effettive da parte degli operatori del settore rappresenti un evidente vantaggio ai fini dell'adempimento dell'obbligo di adeguata verifica, l'articolo 30 della novella direttiva chiarisce che tale patrimonio informativo non deve comunque essere considerato sufficiente.

Non si comprende quindi, quale sia la *ratio* sottesa a tale scelta. Da un lato, si concede l'accesso ad un importante serbatoio informativo, superando così le ataviche difficoltà connesse all'identificazione del titolare effettivo; dall'altro, se ne dichiara contestualmente la quasi inutilità.

7. Gli obblighi di segnalazione e conservazione

Gli obblighi di collaborazione non variano rispetto a quelli attuali⁶⁸. La nuova Direttiva dispone infatti che gli Stati membri prescrivono che i soggetti obbligati e, se del caso, i loro amministratori e dipendenti collaborino pienamente, provvedendo tempestivamente ad: a) informare la UIF di propria iniziativa, anche tramite segnalazione, quando il soggetto obbligato sa, sospetta o ha motivo ragionevole di sospettare che i fondi, indipendentemente dalla loro entità, provengono da attività criminose o sono collegati al finanziamento del terrorismo e rispondendo tempestivamente, in tali casi, alle richieste di informazioni ulteriori da parte della UIF; b) fornire alla UIF, direttamente o indirettamente, su sua richiesta, tutte le informazioni necessarie secondo le procedure previste dalla legislazione vigente⁶⁹.

Le raccomandazioni riviste del GAFI dimostrano che, per poter cooperare pienamente e soddisfare rapidamente le richieste di informazioni da parte delle autorità competenti al fine di prevenire, individuare o investigare su attività di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, i

⁶⁸ Per un approfondimento su tale obbligo si veda M. Carbone, M. Tolla, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, op. cit., pag. 190.

⁶⁹ Per una disamina dell'obbligo di segnalazione di operazioni sospette previsto dal D.lgs. 231/2007 si veda R. Razzante, *Segnalazione di operazioni sospette e anomalie del mercato*, in *Gnosis*, n. 4, 2010.

soggetti obbligati dovrebbero conservare, per almeno cinque anni, le necessarie informazioni ottenute mediante misure di adeguata verifica della clientela e le registrazioni delle operazioni.

Al fine di, da un lato, evitare approcci diversi e, dall'altro, ottemperare alle prescrizioni in materia di protezione dei dati personali e di certezza del diritto, la quarta Direttiva ha ritenuto opportuno fissare tale periodo di conservazione a cinque anni dalla fine del rapporto d'affari o dell'operazione occasionale. Tuttavia, se necessario per prevenire, individuare o investigare in merito ad attività di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, e dopo aver effettuato una valutazione in merito alla necessità e proporzionalità, gli Stati membri dovrebbero poter autorizzare un periodo ulteriore di conservazione dei dati, non superiore ad un periodo supplementare di cinque anni, fatto salvo il diritto penale nazionale in materia di prove applicabili alle indagini penali e ai procedimenti giudiziari in corso.

Conformemente a quanto appena sostenuto, l'articolo 40 della IV Direttiva prevede che gli Stati membri stabiliscono che i soggetti obbligati conservino i documenti e le informazioni seguenti, in conformità al diritto nazionale, al fine di prevenire, individuare e indagare da parte della FIU o di altra autorità competente su eventuali attività di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo: a) per quanto riguarda l'adeguata verifica della clientela, la copia dei documenti e delle informazioni che sono necessari per soddisfare gli obblighi di adeguata verifica della clientela stessa ai sensi del capo II, per un periodo di cinque anni dalla cessazione del rapporto d'affari con il cliente o successivamente alla data di un'operazione occasionale; b) le scritture e le registrazioni delle operazioni, consistenti nei documenti originali o in copie aventi efficacia probatoria nei procedimenti giudiziari in base al diritto nazionale, che sono necessarie per identificare l'operazione, per un periodo di cinque anni dalla cessazione di un rapporto d'affari con il cliente o successivamente alla data di un'operazione occasionale. Alla scadenza del periodo di conservazione di cui al primo comma, gli Stati membri provvedono affinché i soggetti obbligati cancellino i dati personali, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che determina le situazioni in cui i soggetti obbligati continuano o possono continuare a conservarli. Gli Stati membri possono autorizzare o prescrivere un periodo più lungo di conservazione dopo aver effettuato una valutazione accurata della necessità e della proporzionalità di tale ulteriore conservazione e aver considerato che questa è giustificata in quanto necessaria al fine di prevenire, individuare o

investigare su attività di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Tale ulteriore periodo di conservazione non eccede ulteriori cinque anni.

È essenziale che l'allineamento delle presente direttiva alle raccomandazioni riviste dal GAFI sia effettuato in piena conformità con il diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda la legislazione dell'Unione in materia di protezione dei dati e la tutela dei diritti fondamentali quali sanciti dalla Carta. Alcuni aspetti dell'attuazione della presente direttiva comportano la raccolta, l'analisi, la conservazione e la condivisione dei dati.

Tale trattamento dei dati personali, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, dovrebbe essere consentito esclusivamente per gli scopi definiti nella direttiva *de qua* e le attività previste da essa, tra cui l'adeguata verifica della clientela, il controllo costante, le indagini e le segnalazioni delle operazioni anomale e sospette, l'identificazione dei titoli effettivi di persone giuridiche o di istituti giuridici, l'identificazione delle persone politicamente esposte, la condivisione di informazioni tra le autorità competenti e la condivisione di informazioni tra gli enti creditizi e gli istituti finanziari ed altri soggetti obbligati.

La raccolta e il successivo trattamento di dati personali da parte dei soggetti obbligati dovrebbero essere limitati a quanto necessario per conformarsi alle prescrizioni della presente direttiva, senza un ulteriore trattamento dei dati personali che sia incompatibile con gli scopi suddetti. In particolare, occorre vietare categoricamente l'ulteriore trattamento dei dati personali a fini commerciali.

8. Il nuovo impianto sanzionatorio

L'ultima parte della nuova Direttiva, probabilmente tra le più delicate, è riservata alle sanzioni. L'importanza di combattere il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo ha indotto l'Italia a prevedere sanzioni e misure amministrative effettive, proporzionate e dissuasive in caso di inosservanza della relativa normativa⁷⁰.

Tuttavia, attualmente vige negli Stati membri una gamma differenziata di sanzioni e misure amministrative per violazioni delle vigenti disposizioni fondamentali di natura preventiva. Tale

⁷⁰ Per una visione d'insieme delle sanzioni penali ed amministrative previste nell'ordinamento italiano si rimanda a R. Razzante, M. Arena, G. Imbergamo, *Manuale operativo delle sanzioni nella legislazione antiriciclaggio italiana. Norme incriminatrici e sanzionatorie. Strategie difensive e processuali*, op. cit., pag. 57 ss.

diversità potrebbe pregiudicare gli sforzi compiuti per contrastare il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo e la risposta dell'Unione rischia di essere frammentaria.

La presente direttiva si è dunque proposta il delicato compito di fornire una gamma di sanzioni e misure amministrative a disposizione degli Stati membri, quanto meno per violazioni gravi, reiterate o sistematiche degli obblighi relativi alle misure di adeguata verifica della clientela, conservazione dei documenti, segnalazione delle operazioni sospette e controlli interni dei soggetti obbligati.

Tale gamma di misure appare essere sufficientemente ampia da consentire agli Stati membri e alle autorità competenti di tener conto delle differenze tra i diversi soggetti obbligati, in particolare, tra enti creditizi ed istituti finanziari e soggetti obbligati di altro tipo, in termini di dimensioni, caratteristiche e natura delle attività.

Nel recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovranno assicurare che l'imposizioni di sanzioni e misure amministrative in conformità con la stessa e di sanzioni penali in conformità con il diritto nazionale non violi il principio del *ne bis in idem*.

Tanto premesso, l'art. 59 della Direttiva prescrive una gamma di sanzioni e misure amministrative che gli Stati membri dovranno assicurare in caso di violazioni gravi, reiterate, sistematiche degli obblighi di adeguata verifica della clientela, segnalazione di operazioni sospette, conservazione dei documenti, controlli interni. In tali casi, la direttiva prevede quantomeno: a) la pubblicità alle sanzioni; b) ordine alla persona fisica o giuridica responsabile della violazione di porre termine al comportamento sanzionato e di astenersi dal ripeterlo; c) ove un soggetto obbligato sia soggetto ad autorizzazione, la revoca o sospensione dell'autorizzazione; d) interdizione temporanea dall'esercizio di funzioni dirigenziali per le persone con compiti dirigenziali in un soggetto obbligato ritenute responsabili della violazione, o per qualsiasi altra persona fisica ritenuta responsabile della violazione; e) sanzioni amministrative pecuniarie massime pari almeno al doppio dell'importo dei profitti ricavati grazie alla violazione, quando tale importo può essere determinato, o pari almeno a 1.000.000 euro.

L'art. 59 al comma 3 prevede specifiche sanzioni per enti creditizi o un istituti finanziari. Nel caso di entità giuridiche:

sanzioni amministrative pecuniarie massime pari almeno a 5.000.000 euro o al 10 % del fatturato complessivo annuo ⁷¹ in base agli ultimi bilanci disponibili approvati dall'organo di gestione.

Nel caso di persone fisiche:

sanzioni amministrative pecuniarie massime pari almeno a 5.000.000 euro o, negli Stati membri la cui moneta non è l'euro, il valore corrispondente nella valuta nazionale alla data del 25 giugno 2015.

9. Conclusioni

La peculiarità del riciclaggio, e la sua proiezione oltre i confini nazionali, spiega l'articolata produzione normativa, internazionale e non, che negli ultimi decenni ha caratterizzato la prevenzione e la repressione del fenomeno *de quo*. In questo quadro s'inserisce la neonata quarta direttiva. Da quest'ultima è facilmente deducibile la piena presa di coscienza dell'importanza di un approccio transnazionale al fenomeno.

Pienamente condivisibile, oltre il già citato ampliamento dell'ambito di applicazione della direttiva, è la consapevolezza assunta circa l'importanza dell'adozione di un approccio sovranazionale unitario in relazione al rischio di riciclaggio.

Infatti, la terza direttiva, circa l'obbligo semplificato di adeguata verifica, si è rilevata eccessivamente permissiva, con la completa esenzione di alcune categorie di clienti od operazioni dagli obblighi in discorso. Le nuove disposizioni, benché non rappresentino per il nostro Paese un vero stravolgimento, considerato che la normativa italiana vigente già è uniformata in tal senso, da un lato, irrigidiranno gli obblighi di monitoraggio su persone considerate a rischio di corruzione e su determinati settori economici e, dall'altro, detterà procedure semplificate per chi presenta un basso rischio di riciclaggio. La direttiva sembra riconoscere – finalmente - che l'uso di un approccio basato sul rischio costituisce un modo efficace di individuare e mitigare i rischi per la stabilità del sistema finanziario e dell'economia nel suo insieme nell'area del mercato interno.

⁷¹ Se soggetto obbligato è un'impresa madre o una filiale di un'impresa madre che è tenuta a preparare bilanci finanziari consolidati conformemente all'articolo 22 della Direttiva 2013/34/UE, il fatturato da considerare è il fatturato complessivo annuo, o il tipo di reddito corrispondente, in conformità delle pertinenti direttive contabili, risultante negli ultimi bilanci consolidati disponibili approvati dall'organo di gestione dell'impresa madre apicale.

Inoltre, la normativa approvata – allo scopo di accrescere la trasparenza in merito alla proprietà delle società e dei trust, nonché di fornire alle autorità strumenti efficaci per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo – introduce come detto in tutti i Paesi appartenenti alla Ue un registro centralizzato di informazioni riguardo alla proprietà effettiva. Pertanto, entro il mese di giugno del 2017, i Paesi aderenti dovranno dotarsi di un registro centrale che conterrà i dati sui beneficiari di fondi fiduciari e altro strumenti finanziari, sulle transazioni di alto valore e altre informazioni sensibili. Anche in tal caso si tratta, come ovvio, di una novità di non poco rilievo, ma che si auspica non porterà con sé troppe perplessità. Infatti, detto registro sarà accessibile non solo alle autorità competenti nazionali ed europee, ma anche a chi dimostra di avere un interesse legittimo ad ottenere tali informazioni; “legittimo interesse” che quindi necessiterà di ulteriori chiarimenti.

Altre disposizioni sono state invece dedicate alla tracciabilità del trasferimento di fondi, ritenuta di particolare importanza per la prevenzione, individuazione ed accertamento di condotte di riciclaggio o finanziamento del terrorismo. A differenza dell’attuale regolamentazione, che già obbliga i fornitori di servizi di pagamento a richiedere informazioni sull’ordinante, il nuovo testo prevede la raccolta di informazioni anche sul beneficiario. Secondo la nuova direttiva, l’Autorità Centrale delle Banche Europee, l’Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali nonché l’Autorità Europea sugli strumenti finanziari e sui mercati saranno chiamate ad emanare linee guida sui requisiti e modalità per poter effettuare il trasferimento di fondi anche in ipotesi di informazioni mancanti o incomplete sul pagatore o beneficiario.

Le disposizioni contenute nel nuovo documento, anche se destinate a sostituire integralmente la direttiva precedente, non sembrano sostanzialmente mutare l’impianto della disciplina vigente.

L’approvazione della direttiva in sede politica è stata accompagnata da importanti “dichiarazioni” formulate da alcuni Stati membri, dalla Commissione e dal Consiglio europeo. In particolare, a seguito delle minacce provenienti dal terrorismo di matrice islamica, dette dichiarazioni sottolineano la necessità di applicare con efficacia e rapidità le nuove disposizioni della direttiva, mettendo in evidenza l’esigenza di rafforzare i poteri e la collaborazione delle FIU, di individuare i rischi di terrorismo a livello sovranazionale, di applicare le sanzioni economiche di congelamento. Ora tocca agli Stati membri, i quali avranno ora due anni per trascrivere la direttiva antiriciclaggio nei loro ordinamenti nazionali.

Mentre scrivo, il Consiglio dei Ministri italiano del 10 settembre ha approvato lo schema di legge comunitaria, che recepisce anche quella sin qui commentata. Vengono ripresi i principi sopra enunciati, in buona sostanza, con un approccio pienamente aderente a quanto richiesto in sede UE.

Confido nell'attuazione "ragionata" più che sulla previsione "*tout court*". In special modo, alle Authority deputate la raccomandazione di guardare al mercato come destinatario di norme non eccessivamente gravose.

ALESSANDRO D'ANDREA

La declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto nelle recenti pronunce della Corte di Cassazione: uno sguardo alla sentenza n. 47039/2015 della terza sezione penale.

La sentenza Cass. Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 47039 esprime principi di indubbio interesse e di sicura portata innovatrice riguardanti l'istituto della declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto, nel solco di una giurisprudenza di legittimità da ultimo particolarmente concentratasi sulla figura introdotta dal D. Lgs. 16 marzo 2015, n. 28.

L'art. 131 bis cod. pen., infatti, è stato oggetto di specifica attenzione da parte della Suprema Corte sotto diversificati aspetti, e ciò a partire dai più impellenti problemi applicativi di diritto intertemporale, rivelatisi particolarmente pressanti in ragione del fatto che: a) il legislatore non ha previsto alcuna norma di carattere transitorio; b) la disposizione dell'art. 131 bis cod. pen. ha natura sostanziale, con possibilità, quindi, di una sua applicazione retroattiva; c) trattasi di norma penale di favore, che, in quanto "lex mitior", può essere applicata, ex art. 2, comma 4, cod. pen., anche a fatti commessi sotto la previgente disciplina normativa, con il solo limite dell'intangibilità del giudicato.

L'applicazione immediata e retroattiva dell'art. 131 bis cod. pen. – invero non particolarmente problematica con riguardo alle fasi procedurali antecedenti al giudizio di legittimità - si è, in particolare, posta con riferimento ai giudizi pendenti davanti alla Corte di Cassazione al momento di entrata in vigore della novella.

La principale questione di diritto intertemporale sorta ha riguardato l'individuazione dei limiti entro cui la Corte può verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della tenuità del fatto. Inizialmente, infatti, non risultava chiaro se la Cassazione potesse effettuare una diretta verifica della tenuità del fatto, eventualmente evincendo la stessa dalle risultanze processuali e dal contenuto della sentenza impugnata, ovvero se, per forza, dovesse essere pronunciato l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata, rimettendo l'esame della questione al giudice di merito.

Anche conformandosi a precedenti pronunce emesse in relazione a casi analoghi, la Corte ha risolto la questione non ritenendo necessaria la pronuncia dell'annullamento con rinvio.

In tal senso, infatti, - dopo essere stato chiarito in: a) Cass. Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, Mazzarotto, che l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto ha natura sostanziale ed è applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 28 del 2015, ivi compresi quelli pendenti in sede di legittimità, nei quali la Suprema Corte può rilevare di ufficio, ex art. 609, comma 2, cod. proc. pen., la sussistenza delle condizioni di applicabilità del predetto istituto, fondandosi su quanto emerge dalle risultanze processuali e dalla motivazione della decisione impugnata, annullando la sentenza, in caso di valutazione positiva, con rinvio al giudice di merito; ed aver ribadito in b) Cass. Sez. IV, 17 aprile 2015, n. 22381, Mauri, che l'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto è applicabile, in assenza di una disciplina transitoria, anche ai giudizi pendenti innanzi alla Suprema Corte, che può verificare l'esistenza dei presupposti di cui all'art. 131 bis cod. pen. sulla base di quanto emerso nel giudizio di merito - ha per la prima volta affermato in modo chiaro, nella decisione Cass. Sez. III, 22 aprile 2015, n. 21474, Fantoni, che la questione dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto può essere decisa dal giudice di legittimità, a norma dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., non limitandosi ad un indiscriminato annullamento della sentenza con rinvio al giudice di merito, ma rigettando direttamente la richiesta ove non ricorrano le condizioni per l'applicabilità dell'istituto.

Tale soluzione è stata, poi, consolidata in diverse successive pronunce, tutte di natura conforme, e cioè in: Cass. Sez. III, 14 maggio 2015, n. 24358, Ferretti e altri; Cass. Sez. III, 2 luglio 2015, n. 31932, Terrezza; Cass. Sez. VI, 23 giugno 2015, n. 39337, Di Bello; Cass. Sez. F, 13 agosto 2015, n. 36500, Greco; Cass. Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 44683.

Risolta la fondamentale questione di diritto intertemporale, la giurisprudenza ha valutato, quindi, l'applicazione dell'istituto dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto sotto altri particolari aspetti, sia di natura sostanziale che processuale.

In relazione al primo profilo, la S.C. ha considerato l'applicabilità dell'art. 131 bis cod. pen. con riferimento a talune specifiche figure criminose, ad esempio escludendone la possibilità con riguardo al delitto di ricettazione, quando oggetto dello stesso sia un'arma comune da sparo (Cass. Sez. II, 23 settembre 2015, n. 39890, Farris e altri), ovvero ritenendone l'applicabilità con riguardo al reato di guida in stato di ebbrezza (Cass. Sez. IV, 9 settembre 2015, n. 44132, Longoni).

Nella sentenza Cass. Sez. III, 26 maggio 2015, n. 27055, P.C. in proc. Sorbara, poi, è stato precisato che la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione prevale sulla esclusione della

punibilità per particolare tenuità del fatto, sia perché sono diverse le conseguenze scaturenti dai due istituti, sia perché l'uno estingue il reato, mentre l'altro lascia inalterato l'illecito penale nella sua materialità storica e giuridica.

Ancora, la sentenza Cass. Sez. VI, 22 ottobre 2015, n. 44417, Errfiki ha affermato che l'esclusione della particolare tenuità del fatto è compatibile con l'irrogazione del minimo della pena, atteso che l'art. 131 bis cod. pen. può trovare applicazione solo qualora, in virtù del principio di proporzionalità, la pena in concreto applicabile risulterebbe inferiore al minimo edittale, determinato tenendo conto delle eventuali circostanze attenuanti.

Con riguardo, invece, alle questioni di natura processuale, la sentenza Cass. Sez. F, 20 agosto 2015, n. 38876, Morreale e altro - conformandosi a quanto già affermato in Cass. Sez. IV, 14 luglio 2015, n. 31920, Marzola – ha ritenuto non applicabile la causa di esclusione della punibilità prevista dall'art. 131 bis cod. pen. nei giudizi davanti al giudice di pace, dovendosi applicare in essi la disciplina indicata dall'art. 34 del D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, da considerarsi norma speciale, e quindi prevalente, rispetto a quella dettata dal codice penale.

Sempre in tema di procedimento davanti al giudice di pace, le Sezioni Unite hanno affermato – nella decisione Cass. Sez. Un., 16 luglio 2015, n. 43264, P.G. in proc. Steger – che, dopo l'esercizio dell'azione penale, la mancata comparazione in udienza della persona offesa, ritualmente citata ancorché irreperibile, non è di per sé di ostacolo alla dichiarazione di particolare tenuità del fatto, in quanto l'opposizione, prevista come condizione ostativa dall'art. 34, comma 3, D.Lgs. n. 274 del 2000, deve essere necessariamente espressa e non può essere desunta da atti o comportamenti che non abbiano il carattere di una formale e certa manifestazione di volontà in tal senso.

Con l'adozione di un'inequivoca pronuncia, poi, è stato chiarito che l'onere probatorio della particolare tenuità del fatto pertiene all'imputato, cui spetta allegare la sussistenza dei relativi presupposti mediante l'indicazione di elementi specifici (Cass. Sez. II, 10 aprile 2015, n. 32989, Lupattelli).

Diverse sentenze, quindi, hanno specificamente riguardato il giudizio svolto davanti alla Corte di Cassazione, giungendo ad affermare che: a) l'inammissibilità del ricorso per cassazione dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude, pertanto, la possibilità di rilevare e dichiarare l'esclusione della

punibilità, prevista ai sensi dell'art. 131 bis cod. pen., pur trattandosi di "ius superveniens" più favorevole al ricorrente (Cass. Sez. III, 24 giugno 2015, n. 34932, Elia e, in conformità, Cass. Sez. F, 18 agosto 2015, n. 40152, Vece); b) ai fini della rilevabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, costituiscono elementi significativi sia le specifiche valutazioni espresse in sentenza dal giudice di merito circa l'offensività della condotta, che l'applicazione della pena in misura pari al minimo edittale (Cass. Sez. IV, 1 luglio 2015, n. 33821, Pasolini); c) in caso di annullamento con rinvio, limitatamente all'accertamento dell'esistenza della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, il giudice del rinvio è tenuto a verificare esclusivamente l'applicabilità in fatto di tale causa di esclusione della punibilità, ma non può rilevare l'eventuale decorso del termine di prescrizione, stante la formazione del giudicato progressivo in punto di accertamento del reato ed affermazione di responsabilità dell'imputato (Cass. Sez. III, 15 luglio 2015, n. 38380, Ferraiuolo e altro).

Come in precedenza osservato, nel rappresentato sforzo esegetico compiuto dalla Suprema Corte in sede di prima applicazione dell'art. 131 bis cod. pen. si colloca anche la recente sentenza Cass. Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 47039, particolarmente interessante in ragione dei principi espressi in materia di individuazione degli esatti limiti di operatività del nuovo istituto.

La Terza Sezione ha affermato, in primo luogo, che anche la sentenza di non doversi procedere prevista dall'art. 469, comma 1 bis, cod. proc. pen. - in ragione della sua formulazione normativa, idonea a creare, tramite la congiunzione "anche", una correlazione tra essa ed il comma che la precede - presuppone che l'imputato ed il pubblico ministero non si oppongano alla declaratoria di improcedibilità.

In termini perfettamente coerenti, quindi, la S.C. ha ritenuto che, ai fini della pronuncia della sentenza di proscioglimento ex art. 469, comma 1 bis, cod. proc. pen., è necessario consentire alla persona offesa di interloquire sulla questione della tenuità del fatto mediante notifica dell'avviso della fissazione dell'udienza in camera di consiglio, con espresso riferimento alla procedura prevista dall'art. 469, comma 1 bis, cod. proc. pen..

Nel prosieguo, quindi, la sentenza ha delimitato l'ambito di operatività della causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis cod. pen. con riferimento alle figure del reato permanente e del concorso formale di reati, rispetto alle quali è stata ritenuto insussistente il requisito dell'abitudine del comportamento, come noto ostativo alla concessione del beneficio.

Un'indagine analoga era stata effettuata, fino ad ora, solo con riferimento al reato continuato, invero giungendo ad una soluzione di tipo opposto. Ed infatti, nelle sentenze Cass. Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897, Gau e Cass. Sez. III, 1 luglio 2015, n. 43816, Amodeo è stato affermato che non può essere dichiarata l'esclusione della punibilità ai sensi dell'art. 131 bis cod. pen. in presenza di più reati legati dal vincolo della continuazione, e giudicati nel medesimo procedimento, configurando anche il reato continuato un'ipotesi di "comportamento abituale", ostativa al riconoscimento del beneficio.

Con riferimento, invece, al reato permanente, la Terza Sezione ha osservato, nella citata decisione n. 47039/2015, che esso è caratterizzato non tanto dalla reiterazione delle condotte, quanto, piuttosto, da una condotta persistente, cui consegue la protrazione nel tempo dei suoi effetti e, pertanto, dell'offesa al bene giuridico protetto. Conseguentemente, il reato permanente non è riconducibile nell'alveo del comportamento abituale ostativo al riconoscimento del beneficio ex art. 131 bis cod. pen., sebbene possa essere oggetto di valutazione con riferimento all'"indice-criterio" della particolare tenuità dell'offesa, la cui sussistenza è tanto più difficilmente ravvisabile quanto più tardi sia cessata la permanenza.

In maniera perfettamente analoga, quindi, la Terza Sezione ha chiarito che lo sbarramento dell'abitualità del comportamento non opera con riferimento al concorso formale di reati, che, in quanto caratterizzato da una unicità di azione od omissione, si pone in termini strutturalmente antitetici rispetto alla nozione di "condotte plurime, abituali e reiterate", espressamente utilizzata dalla formulazione normativa dell'art. 131 bis cod. pen..

CHRISTIAN CUCCI

Alcune perplessità a margine della recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sul caso “Taricco”

Sommario: 1. Premessa. – 2. Natura giuridica della prescrizione ed applicazione *in malam partem*. – 3. La natura non penale dell'art. 325 TFUE e la sostituzione del giudice nazionale al legislatore italiano. – 4. Conclusioni: gli immediati sviluppi della giurisprudenza italiana a seguito della sentenza Taricco ed il necessario intervento del legislatore.

1. Premessa.

All'indomani dell'ormai celebre pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul caso “Taricco”, che ha messo in discussione – sia dal punto di vista teorico che dal punto di vista pratico – il nostro sistema prescrizionale, si è sollevato un dibattito piuttosto acceso di analisi e di possibili scenari futuri sulle conseguenze applicative che la sentenza potrebbe provocare a breve all'interno dell'ordinamento italiano. E' indubbia la rilevanza della questione, posto che la disciplina della prescrizione è stata oggetto, anche in Italia, di ampie critiche (si prenda ad esempio il caso Eternit). Qui, molto più sommariamente, si tratterà delle incognite e delle perplessità che la decisione in esame ha lasciato irrisolte e che dovranno essere affrontate nei prossimi mesi *in primis*, auspicabilmente, dal legislatore, ed in via sussidiaria dalla giurisprudenza.

2. Natura giuridica della prescrizione ed applicazione *in malam partem*.

Richiamando in breve il contenuto della sentenza, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che il combinato disposto dell'art. 160 comma 3 e dell'art. 161 comma 2 c.p. pregiudica gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325 par. 1 e 2 TFUE in materia di frode ed altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE: in particolare, la normativa italiana sulla prescrizione deve essere disapplicata dal Giudice italiano in tutti i casi in cui essa impedisca “*di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevoli di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o in cui preveda per i casi di frode che ledono*

*gli interessi finanziari dello stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea".*⁷²

La prima questione che si pone a seguito di tale pronuncia riguarda la possibilità di derogare *in malam partem* la disciplina prevista per l'interruzione della prescrizione in tutti quei casi, attualmente pendenti, che rientrano nell'ambito di interesse dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 325 par 1 TFUE. Tale questione sottende il quesito fondamentale sulla natura giuridica della prescrizione: si tratta di un istituto di diritto sostanziale o processuale?

La presa di posizione della CGUE nella sentenza Taricco è piuttosto netta: la Corte, infatti, richiamando l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 7 della CEDU (articoli che sanciscono il principio del *nullum crimen sine lege* e il divieto di retroattività delle sanzioni penali), afferma che la proroga del termine di prescrizione, nonché l'immediata applicazione del termine così prorogato non comportano una lesione dei diritti garantiti all'imputato, perché tali disposizioni non ostano all'allungamento dei termini prescrizionali quando i fatti addebitati siano ancora suscettivi di estinzione proprio per effetto della prescrizione, in quanto non ancora maturata. Sul punto, la Corte di Giustizia richiama la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: in particolare, nella sentenza *Coëme e altri c. Belgio* quest'ultima aveva qualificato l'istituto della prescrizione come un istituto di diritto processuale ("*procedural law*") che, in quanto tale, non può ostare alla perseguibilità sostanziale dei reati. Sulla scorta di tali premesse, la Corte di Lussemburgo ritiene che la disapplicazione delle disposizioni nazionali in materia di prescrizione avrebbe soltanto l'effetto di non limitare i termini generali necessari a prescrivere il reato nell'ambito di un procedimento penale pendente: ciò consentirebbe un effettivo perseguimento dei fatti incriminati, senza alcuna violazione dei diritti degli imputati garantiti dall'art. 49 della CDFUE. Non vi sarebbe, quindi, alcuna applicazione *in malam partem* o derogabilità *in peius* della disciplina penalistica per i casi pendenti, poiché in realtà si tratterebbe di "spostare" in avanti i termini di prescrizione di un reato che è perseguibile *ex se*: in tal modo verrebbe garantita l'effettività e la dissuasività della risposta punitiva dello Stato per il reato di frode fiscale in materia di IVA (nonché per tutti quei reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE), compatibilmente con quanto disposto dall'art. 325 TFUE.

⁷² CGUE, sent. 8 settembre 2015, Taricco e altri c. Italia, causa C-105/14.

Ora, tale presa di posizione potrebbe però apparire inconciliabile con il principio della riserva di legge stabilito dall'art. 25 comma 2 della Costituzione (*"Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"*). Il dissidio si esprime nei seguenti termini: per giurisprudenza costante, la Corte Costituzionale ha sempre qualificato la prescrizione come un istituto di natura sostanziale, soggetto *"alla disciplina di cui all'art. 2, quarto comma, cod. pen. che prevede la regola generale della retroattività della norma più favorevole"*, poiché *"il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva"*. Ne discende che solo il legislatore può incidere sulla disciplina lato sensu penale di un fatto, proprio in virtù del principio del *nullum crimen sine lege* sancito dall'art. 25 comma 2 Cost., il quale *"rende inammissibili pronunce il cui effetto possa essere quello di introdurre nuove fattispecie criminose, di estendere quelle esistenti a casi non previsti, o, comunque, di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali, indubbiamente rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi"*.⁷³

E' evidente il contrasto tra la sentenza in commento e la giurisprudenza del Giudice costituzionale. Infatti, delle due l'una: o si qualifica la prescrizione come un istituto di diritto processuale – ed in quanto tale esso sarebbe derogabile perché non coperto dal principio della riserva di legge, suscettibile di essere applicato ai casi pendenti anche *in malam partem* (sebbene secondo la CGUE non si tratterebbe affatto di applicazione sfavorevole nei confronti degli imputati per i motivi esposti *supra*) – oppure si attribuisce all'istituto natura sostanziale, il che renderebbe inevitabile lo scontro tra la giurisprudenza italiana e quella comunitaria. Sul punto, quali che siano i convincimenti di ognuno nel merito della questione, sarà proprio la Corte Costituzionale (che, peraltro, è già stata sollecitata dalla Corte di Appello di Milano, v. § 4) a dover tentare di sbrogliare la matassa.

3. La natura non penale dell'art. 325 TFUE e la sostituzione del giudice nazionale al legislatore.

Ai paragrafi 50 e 51 della sentenza Taricco si legge *"è necessario sottolineare che l'obbligo degli Stati membri di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione"*

⁷³ *Ex pluris*, si v. Corte Cost., 30 luglio 2008, n. 324; Corte Cost., 23 ottobre 2006, n. 393.

con misure dissuasive ed effettive nonché il loro obbligo di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari sono obblighi imposti, in particolare, dal diritto primario dell'Unione, ossia dall'articolo 325, par. 1 e 2 TFUE. Tali disposizioni del diritto primario dell'Unione pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata". In altre parole la Corte ritiene che l'art. 325 del Trattato sia suscettibile di applicazione diretta all'interno dell'ordinamento italiano e, ancor più, all'interno del nostro sistema penale, di per sé sottratto alla competenza del legislatore europeo. Legittimo è allora un ulteriore interrogativo: può una norma che ha natura non penale – si tratta infatti di una disposizione che pone un generale obiettivo di combattere “*contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa*” – comportare la disapplicazione di un istituto che ha comunque natura penale (sia esso di diritto sostanziale o processuale), soprattutto alla luce del fatto che l'Unione Europea non ha, allo stato, una base legale per poter intervenire in materia (se non indirettamente, attraverso l'armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri)? Per stessa ammissione della CGUE, peraltro, l'art. 325 TFUE pone a capo degli Stati membri un “*obbligo di risultato*” che soddisfi gli interessi finanziari sia dell'Unione che dello Stato: obbligo di risultato, quindi, che è cosa diversa dall'aver emanato una norma di tipo penale che sanzioni un fatto tipico capace di ledere un bene giuridico di interesse tanto statale che comunitario.

Ma vi è di più. La Corte di Giustizia, infatti, afferma che la disapplicazione dell'art. 160 comma 3 e dell'art. 161 comma 2 deve essere posta in essere dal giudice (senza alcun riferimento a qualsivoglia intervento del legislatore a riguardo) in tutte quelle ipotesi in cui la normativa nazionale impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave, che leda sia gli interessi comunitari che gli interessi nazionali. La discrezionalità applicativa della disciplina della prescrizione prevista dal codice penale è pertanto rimessa alla valutazione del giudice, probabilmente in base ad una sorta di statistica nazionale di casi che restano impuniti per l'intervento della prescrizione. Tale considerazione, senza voler intromettersi nel dibattito che riguarda l'efficacia più o meno stringente dell'istituto della prescrizione così come congegnato dal legislatore italiano, concerne piuttosto la perplessità circa la legittimità di una simile operazione: proprio alla luce dell'art. 25 capoverso della Costituzione, che richiede comunque che

la sanzione penale sia rispettosa del principio di legalità e del principio di riserva di legge, sembra discutibile che il giudice nazionale possa sostituirsi al legislatore nel valutare se e quando applicare la disciplina nazionale o attenersi ai parametri indicati dalla sentenza Taricco. In altre parole, spetta al legislatore, in ossequio al principio della separazione dei poteri, stabilire i presupposti di esplicazione della sanzione penale, valutazione sottratta alla discrezionalità del giudice. Non sarebbe più consono, da parte dell'UE, sanzionare il legislatore italiano per avere leso, tramite la disciplina della prescrizione così come congegnata, gli interessi finanziari dell'Unione, sollecitandolo ad un intervento di profonda riforma dell'istituto?

A margine di ciò, per dovere di completezza, si segnala un quesito che taluno si è posto in un primo momento, vale a dire: disapplicata la disciplina prevista dal combinato disposto degli artt. 160 comma 3 e 161 comma 2 c.p., quale disciplina dovrà applicare il giudice nazionale nei casi gravi di frode fiscale che ledono gli interessi dell'Unione? In prima istanza, si è parlato di una imprescrittibilità di fatto dei reati oggetto di discussione⁷⁴, che resterebbero di fatto perseguibili sino alla pronuncia definitiva da parte dell'Autorità Giudiziaria; tuttavia, a parere di chi scrive, appare più convincente la tesi di chi sostiene che il termine ordinario di prescrizione debba ricominciare a decorrere da capo dopo ogni atto interruttivo della stessa⁷⁵, restando disapplicato, in base al *dictum* della Corte di Giustizia, soltanto il limite di un quarto al prolungamento dei termini prescrizionali dopo l'ultimo atto interruttivo.

4. Conclusioni: gli immediati sviluppi della giurisprudenza italiana ed il necessario intervento del legislatore.

Gli effetti tangibili della sentenza Taricco non si sono fatti certo attendere: la Terza Sezione penale della Corte di Cassazione all'udienza del 17 settembre 2015 ha provveduto a disapplicare la disciplina prevista dalla codice penale in materia di prescrizione in un procedimento penale riguardante il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti al fine di evadere l'IVA. Il Giudice di legittimità ha ritenuto che, nel caso concreto, il termine prescrizionale previsto dal combinato disposto degli articoli 160 comma 3

⁷⁴ C. AMALFITANO: *Da una imputazione di fatto ad una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in www.sidi-isil.org, §6.

⁷⁵ F. VIGANO': *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva?*, in www.penalecontemporaneo.it, §5, p. 7.

e 161 comma 2 c.p. potesse pregiudicare gli interessi finanziari dell'Unione Europea a norma dell'art. 325 par. 1 e 2. TFUE, pertanto ha provveduto a disapplicare tali norme.

Il giorno successivo a tale decisione, ed in controtendenza rispetto ad essa, la Seconda Sezione penale della Corte di Appello di Milano rimetteva con ordinanza del 18 settembre 2015 innanzi alla Corte Costituzionale *“la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 con cui viene ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, dalla quale - nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza in data 8.9.2015, causa C-105/14, Taricco - discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, secondo comma, Cost.”*. In altri termini, la Corte di Appello di Milano ha sollecitato la Corte Costituzionale ad attivare come “controlimite”, nei confronti dell'ordinamento comunitario, il principio di riserva di legge discendente dall'art. 25 comma 2 Cost. .

In attesa di tale pronuncia, come si accennava *supra* (§1), non può tuttavia tacersi come un certo malessere per l'attuale disciplina della prescrizione sia stato avvertito anche in Italia all'indomani della sentenza della Cassazione sul caso Eternit (peraltro, con sollecitazione di riforma dell'istituto proprio da parte delle maggiori cariche istituzionali⁷⁶), nella quale è stato dichiarato estinto il reato di disastro innominato *ex art. 434 c.p.* per intervenuta prescrizione, che ha trascinato con sé le richieste di risarcimento dei danni da parte delle vittime. A ciò si aggiunga la recente condanna che la IV Sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha inflitto all'Italia (sentenza *Cestaro c. Italia*⁷⁷), che benché riguardasse nel merito la mancata previsione nell'ordinamento italiano del reato di tortura come quello configurato dall'art. 3 della CEDU, nondimeno è stata inflitta perché i reati addebitati ai soggetti facenti parte delle Forze di Polizia durante il corso del G8

⁷⁶ In merito, appare particolarmente forte la presa di posizione da parte del Presidente del Senato: http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Eternit-Grasso-Subito-riforma-della-prescrizione-79499fae-c11b-4bbd-8619-c8be23a32a00.html?refresh_ce

⁷⁷ Corte Eur. Dir. Uomo, IV sezione, sent. 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, ric. N. 6884/2011 in www.echr.coe.int

di Genova del 2001 (quali percosse, abuso di ufficio, lesioni, ecc.) si sono estinti a causa dei brevi termini di prescrizione previsti per le singole fattispecie penali.

In definitiva, in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale, appare difficile negare la necessità di un profondo intervento di riforma in materia di prescrizione penale da parte del legislatore italiano.

RENATO PERINU

Il raggruppamento temporaneo di imprese

Sommario: 1. Premessa di carattere generale. - 2. La questione. - 3 . Natura giuridica dell'A.T.I. (Associazione Temporanea di Imprese) e relativo assetto normativo. - 4. La responsabilità solidale delle imprese costituenti l'A.T.I. nei confronti dei terzi, per gli atti o fatti di gestione riferibili a ciascuna impresa. Configurabilità. - 5 . Osservazioni conclusive.

1. Premessa di carattere generale.

Il raggruppamento temporaneo di imprese o A.T.I (Associazione Temporanea di Imprese) costituisce una figura di notevole rilievo nell'ambito della contrattualistica pubblica.

Tale istituto consente, infatti, attraverso la possibilità di presentare offerte consorziate per l'aggiudicazione di appalti per l'esecuzione di opere pubbliche, di aprire le porte del mercato globale ad imprese che singolarmente rappresentate, non potrebbero partecipare ad appalti inerenti grandi opere e comportanti notevoli investimenti finanziari.

E' evidente, quindi, che la possibilità di aprire il comparto degli appalti pubblici ad una platea più ampia di imprenditori rappresenta uno strumento giuridico fondamentale per garantire il principio di libera concorrenza, garantito sia a livello comunitario che nell'ambito costituzionale.

La precipua rilevanza della problematica che di seguito viene affrontata, specificamente sul piano giuslavoristico, è data poi dall'essere stata la materia in riferimento oggetto di limitati approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali.

2. La questione.

L'Associazione temporanea di imprese (ATI o secondo altra denominazione, raggruppamento temporaneo di imprese) si colloca come istituto giuridico nell'ambito generale della contrattualistica pubblica e rappresenta una formula negoziale che consente un sistema di aggregazione, tra operatori economici, caratterizzato da occasionalità, temporaneità e limitatezza, finalizzato alla partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici. In concreto, quindi, la costituzione di una ATI mira a realizzare una forma di cooperazione tra le imprese che possono

integrare capacità economico-finanziarie e tecnico- organizzative in vista dell' aggiudicazione o della esecuzione di un'opera.

Il quesito che occupa si riferisce, in particolare, al regime di responsabilità lavoristica intercorrente fra l'ATI e le singole imprese raggruppate, nei confronti della Stazione appaltante e dei terzi (nella specie lavoratori), ovvero, se possa configurarsi responsabilità solidale in capo all'ATI per atti o fatti inerenti la gestione ed esecuzione dell'appalto da parte della singola impresa raggruppata. Nello specifico, il problema si pone in relazione ad obblighi retributivi della singola impresa nei confronti di un proprio dipendente.

3. Natura giuridica dell'ATI e relativo assetto normativo.

Pare opportuno, preliminarmente, indicare la cornice normativa di riferimento⁷⁸, indispensabile, per una corretta qualificazione della natura giuridica dell'istituto, e delle conseguenti ricadute della stessa sulla soluzione della problematica in disamina. Sulla base dell'influenza comunitaria le ATI sono state introdotte nel nostro ordinamento con l'art. 20 della Legge 8.8.77, n.584, cui è seguita una progressiva evoluzione normativa che ha trovato un complessivo approdo con la Legge quadro in materia di lavori pubblici (L. 11.2.94 n.109), disciplina, quest'ultima applicabile "ratione temporis" alla fattispecie in disamina, unitamente, agli artt. 13, lett.e), e 22 ultimo comma della legge n. 584/1977.

La natura giuridica dell'associazione temporanea ha, da sempre, costituito una controversa questione teorica : i profili di incertezza interpretativa che tuttora permangono, sono infatti connessi alla peculiarità del fenomeno aggregativo in cui convivono, su piani divergenti, due distinte tipologie di rapporti , una prima di tipo interno relativa ai soggetti che compongono il

⁷⁸ Per comodità di consultazione si riporteranno di seguito anche i testi delle disposizioni successivamente richiamate.

Art. 13, secondo comma della L. n. 109/1994 " l'offerta dei concorrenti associati o dei consorziati di cui al comma 1 determina la loro responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione nonché nei confronti delle imprese subappaltanti e dei fornitori.

Per gli assuntori di lavori scorporabili la responsabilità è limitata all'esecuzione dei lavori di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario o del capogruppo.

Art. 13, lett. e) della legge n. 584/1977 è escluso dalla procedura d'appalto il soggetto " che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi sociali, secondo la legislazione italiana o la legislazione del paese di residenza.

Art. 22, ultimo comma della legge n. 584/1977 " il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione fra le imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione e degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali ".

raggruppamento di imprese; una seconda, a valenza esterna che lega il raggruppamento alla Stazione appaltante ed ai terzi. In disparte le dispute sulla qualificazione giuridica dell'istituto non definitivamente risolvibili in assenza di una regolamentazione ad ampio spettro, può affermarsi che il raggruppamento di imprese sia sostanzialmente, un accordo negoziale in base al quale più parti effettuano il conferimento di un mandato collettivo irrevocabile ad un soggetto terzo, prescelto come capogruppo, che dovrà agire in nome dei mandanti per effettuare un'offerta congiunta. La connotazione in termini di mera aggregazione di scopo, sulla base di un accordo di cooperazione, implica quindi che la costituzione dell'ATI non dia luogo ad un'entità giuridica nuova con un proprio autonomo patrimonio distinto dalle imprese che la compongono.

In considerazione di ciò, la dottrina maggioritaria e più accreditata (A. Cianflone e G. Giovannini – “L'Appalto di opere pubbliche” – ed. Giuffrè, pag. 420), ritiene che: “ciascuna impresa riunita non svolge attività in comune, ma, nell'ambito della propria parte dei lavori, agisce autonomamente e intrattiene direttamente i propri rapporti con terzi (banche, fornitori, personale ecc...) di fronte ai quali risponde singolarmente senza impegnare la responsabilità delle altre imprese costituenti la riunione”.

4. La responsabilità solidale dell'ATI e delle imprese associate nei confronti dei terzi per gli atti o fatti di gestione riferibili a ciascuna impresa. Configurabilità.

La suddetta qualificazione giuridica dell'istituto parrebbe, tuttavia, non escludere l'esistenza di un vincolo giuridico che lega le imprese partecipanti all'ATI sulla base del comune scopo associativo, come si desume dall'art. 13, secondo comma della L. 11/2/1994, n.194; disposizione che ha trovato poi significativa conferma nella disciplina generale del Codice degli appalti (l'art. 20 comma 3° del Decreto legislativo 12/4/2006, n. 163) che definisce, infatti, il raggruppamento di imprese come un insieme di imprenditori costituito allo scopo di partecipare alla procedura d'appalto mediante la presentazione di una unica offerta. Tale disposizione (art. 13 Dlgs. n. 163/2006), specificamente, prevede che “l'offerta dei concorrenti associati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione nonché nei confronti delle imprese subappaltanti e dei fornitori”.

Cio' posto, sulla base di un'interpretazione estensiva può ricomprendersi all'interno del dato letterale “fornitori” anche il personale dipendente della singola impresa consociata; atteso che la

prestazione lavorativa si pone al pari delle forniture tra gli elementi indispensabili per l'esecuzione delle opere appaltate.

Questa è la cornice in cui si inserisce il rapporto di solidarietà tra l'ATI e le singole imprese consorziate per gli obblighi retributivi ascrivibili a queste ultime nei confronti dei propri dipendenti. La sussistenza di tale obbligo solidale, è supportata, anche, dall'esegesi letterale dell'art. 8, comma terzo, lett. d) della L. n.109/1994, che, tra i requisiti per la partecipazione alle gare d'appalto pone "la regolarità contributiva e contrattuale".

Quanto precede, tenuto conto anche dell'assenza di precedenti giurisprudenziali sulla specifica problematica in disamina, induce a ritenere che l'obbligo di pagamento delle retribuzioni dovute al lavoratore costituisca elemento in relazione al quale è configurabile la responsabilità solidale tra l'ATI e la singola impresa consociata.

5. Osservazioni conclusive.

La soluzione interpretativa testé rassegnata appare, anche, idonea e conforme alla esigenza, fortemente, avvertita anche in sede comunitaria, relativa alla tutela dei fondamentali diritti connessi alle condizioni di lavoro ed in particolare all'osservanza della normativa giuslavoristica.

PAOLO BRUNO

Corti europee e legislatore sovranazionale alle prese con il tema delle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive - 2. Le prime pronunce delle Corti europee. - 3. La svolta nella giurisprudenza della Corte EDU: Oliari ed altri contro Italia. - 4. Le proposte di Regolamento UE sulle conseguenze economiche delle unioni registrate. - 5. Quali prospettive dopo la pronuncia della Corte?

1. Considerazioni introduttive.

La Corte di Strasburgo ha avuto occasione nell'ultimo quindicennio di pronunciarsi sul tema dei diritti delle coppie omosessuali con alcune decisioni che hanno affrontato il problema del loro inquadramento legale sotto vari profili, ma solo di recente è pervenuta per la prima volta ad affermare nettamente che la mancata predisposizione in uno Stato membro di un quadro legale uniforme attributivo di diritti alle coppie predette in alternativa al matrimonio costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU⁷⁹.

L'art. 8 della Convenzione è stato oggetto di molteplici interventi dei Giudici di Strasburgo i quali hanno elaborato dei criteri per la verifica della sua "tenuta" e della legittimità degli interventi pubblici nella sfera privata e familiare dei cittadini⁸⁰ di cui oltre si dirà.

Ma i tentativi di ricondurre ad unità il variegato panorama degli approcci nazionali in tale materia non si è limitato alle prese di posizione della giurisprudenza, essendo in corso di negoziato – oramai da alcuni anni – anche due proposte di Regolamento del Consiglio relative – rispettivamente - alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate

⁷⁹ Cfr Cedu, 21 luglio 2015, IV Sezione, *Oliari ed altri c. Italia*, nn. 18766/11 e 36030/11 in www.echr.coe.int.

⁸⁰ Sul tema, tra gli innumerevoli contributi, cfr. Ragni, *L'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sullo sviluppo del diritto dell'UE in materia di trattamento delle coppie omosessuali*, in AA.VV., *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, a cura di L.S. Rossi, Napoli 2011; Schuster, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini - A. Lorenzetti, Napoli 2011; Conti, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Politica del diritto*, 2013, 1-2; Tonolo, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007.

che, nelle intenzioni del Legislatore europeo, dovrebbero completare il quadro del diritto di famiglia europeo⁸¹.

Seppure limitate alle conseguenze patrimoniali di entrambi gli istituti, tali Proposte testimoniano della volontà politica di raggiungere uno stadio evolutivo ulteriore rispetto a quello attuale contrassegnato da una netta distanza tra i medesimi, non solo dal punto di vista sostanziale ma anche sotto il profilo degli effetti patrimoniali.

2. Le prime pronunce delle Corti europee.

In una delle prime occasioni in cui una Corte europea si è occupata del tema⁸², nello specifico su una richiesta di riconoscimento della convivenza tra due omosessuali al fine di ottenere il beneficio dell'assegno di famiglia previsto dallo Statuto del personale delle Comunità Europee, la Corte di Lussemburgo aveva respinto la domanda sostenendo che “ (...) è pacifico che il termine «matrimonio», secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa un'unione tra due persone di sesso diverso. È altresì vero che dal 1989 un numero sempre maggiore di Stati membri ha istituito, a fianco del matrimonio, regimi legali che accordano un riconoscimento giuridico a forme diverse di unione tra conviventi dello stesso sesso o di sesso diverso, attribuendo a tali unioni taluni effetti identici o paragonabili a quelli del matrimonio, tanto fra i conviventi quanto nei confronti dei terzi. È chiaro tuttavia che, a parte la loro estrema eterogeneità, i suddetti regimi di registrazione di relazioni di coppia fino ad allora non riconosciute dalla legge sono, negli Stati membri interessati, distinti dal matrimonio”.

Sviluppando detto ragionamento, la Corte nel caso concreto aveva concluso nel senso che stante l'estrema eterogeneità normativa e la mancanza generale di equiparazione tra il matrimonio, da un lato, e le altre forme di unione legale, dall'altro, “la situazione di un dipendente che ha fatto registrare un'unione stabile in Svezia non può essere considerata analoga, ai fini dell'applicazione dello Statuto, a quella di un dipendente coniugato”, così respingendo il motivo di ricorso attinente alla parità di trattamento ed alla discriminazione in base al sesso ai sensi dell'art.119 del Trattato CE.

⁸¹ COM (2011) 126 FINAL e COM (2011) 127 FINAL del 16.03.2011.

⁸² Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99, C-125/99, P.D. vs Regno di Svezia, §§ 34-52.

Con la sentenza *Karner vs. Austria*⁸³, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha invece affermato che le differenze basate non solo sul sesso ma anche sull'orientamento sessuale necessitano di un serio fondamento perché siano giustificabili ed aveva concluso – nel caso specifico – per l'esistenza del diritto di successione nel contratto di locazione del partner che sopravvive in una coppia dello stesso sesso, senza però risolvere la questione se si trattasse di tutela anche della vita familiare.

Un'analoga tendenza ad estendere il concetto di vita familiare al rapporto di convivenza fra persone dello stesso sesso la si è più tardi rinvenuta con la decisione della Corte di giustizia di Lussemburgo del 7 gennaio 2004, in causa C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency* che ha riconosciuto al transessuale il diritto ad ottenere la pensione di reversibilità (affermando la contrarietà al diritto comunitario della legislazione del Regno unito che non consentiva di contrarre matrimonio al transessuale che avesse mutato sesso) e con la decisione della stessa Corte dell'1 aprile 2008, causa C-267/06, *Tadao Makuro v. Vddb*, che ha affermato analogo diritto per il partner di un'unione omosessuale riconosciuta laddove, a giudizio della Corte remittente, quest'ultimo si trovi in una situazione sostanzialmente uguale a quella del coniuge in base al diritto nazionale.

Successivamente, nella sentenza *Schalk and Kopf vs Austria*⁸⁴ la Corte di Strasburgo, sviluppando l'orientamento già emerso in *Karner vs. Austria* di cui sopra, ha riconosciuto che la nozione di “vita familiare” (e non solo quella di “vita privata”, come precedentemente più volte ribadito) ben può estendersi anche al *ménage* di una coppia omosessuale, ed ha espressamente considerato “artificioso” mantenere l'opinione secondo cui, a differenza della coppia eterosessuale, una coppia di partner dello stesso sesso non potrebbe godere di un diritto alla ‘vita familiare’ ai sensi dell'art. 8.

In tale occasione la Corte era stata adita al fine di sentire dichiarare come discriminatorio l'atteggiamento delle autorità austriache che, rifiutando l'accesso alle pratiche per la costituzione di una unione coniugale omosessuale, avevano avallato una lettura delle norme nazionali tendente a riservare alle coppie eterosessuali l'accesso al matrimonio; in tale contesto i ricorrenti avevano

⁸³ Cfr. Cedu, 24 luglio 2003, I sezione, *Karner vs Austria*, n.40016/98 in www.echr.coe.int.

⁸⁴ Cfr. Cedu, *Schalk and Kopf vs. Austria*, Grande Camera, 24 giugno 2010, n. 30141/04, in www.echr.coe.int.

offerto una lettura “evolutiva” dell’art.12 CEDU⁸⁵ alla luce dei mutamenti sociali e legislativi negli Stati parte del Consiglio d’Europa.

Tuttavia in questa occasione la Corte aveva stabilito che il rapporto tra due conviventi omosessuali, uniti stabilmente alla stregua di una coppia di fatto, rientra nella nozione di ‘vita familiare’, così come sarebbe se si trattasse di una coppia di persone di sesso opposto che si trovassero nella stessa situazione, ma aveva respinto la domanda dei ricorrenti osservando – da un lato – come l’intervenuta adozione, medio tempore⁸⁶, di una legislazione nel senso auspicato dai ricorrenti avesse in un certo senso fatto cessare la materia del contendere, e – dall’altro – come dall’analisi delle normative degli Stati che hanno adottato una regolamentazione della materia non potesse ricavarsi un orientamento condiviso sulla opportunità di estendere alle coppie omosessuali il diritto di contrarre matrimonio.

Nella successiva pronuncia *Vallianatos vs Greece*⁸⁷, invece, la Corte si è trovata ad affrontare il diverso problema della sussistenza di una legge nazionale che ammetteva le sole coppie eterosessuali all’istituto dell’unione registrata, ravvisando in tale opzione normativa una violazione dell’art.14, in relazione all’art.8, della CEDU.

In tale occasione i Giudici di Strasburgo, mostrando di non ritenere essenziale il requisito della coabitazione che invece aveva caratterizzato la decisione *Schalk and Kopf* sopra citata, hanno esteso alle coppie omosessuali che per ragioni sociali e professionali non coabitano la nozione di “vita familiare”; anche in questo caso, tuttavia, essi si sono premurati di precisare che nell’oggetto del giudizio non rientrava la questione dell’esistenza di un obbligo generale dello Stato di prevedere un quadro legale per le coppie omosessuali.

I tempi non erano ancora maturi, dunque, per entrare nel vivo del problema, come più tardi avverrà con *Oliari ed altri contro Italia* di cui si dirà oltre.

Orbene, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo la verifica della “tenuta” dell’art.8 CEDU e della legittimità degli interventi pubblici nella sfera

⁸⁵ Art.12. Diritto al matrimonio. “A partire dall’età minima per contrarre matrimonio, l’uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l’esercizio di tale diritto”.

⁸⁶ Il 1 gennaio 2010 era stato difatti approvato l’*Austrian Registered Partnership Act* che istituisce la possibilità per tutte le coppie, a prescindere quindi dalla identità sessuale dei partner, di registrare la loro unione e di ottenere in forza di tale adempimento la concessione di diritti e vantaggi in larga misura equivalenti a quelli attribuiti alle persone sposate.

⁸⁷ Cfr. Cedu, *Vallianatos and others vs Greece*, Grande Camera, 7 novembre 2013, nn.29381/09 and 32684/09.

privata e familiare dei cittadini va effettuata alla luce di alcuni fattori⁸⁸, tra cui l'impatto sul ricorrente di una situazione caratterizzata da un disallineamento, una discrepanza tra la realtà sociale e la legge, anche alla luce della coerenza delle pratiche amministrative e legislative all'interno dell'ordinamento nazionale⁸⁹ ed altri che invece concernono l'impatto del preteso obbligo positivo in questione sullo Stato interessato (in termini di sostenibilità dell'intervento richiesto).

Detti indici sintomatici della possibile violazione dell'art. 8 vanno tuttavia ponderati in funzione del *margin of appreciation* riconosciuto agli Stati, la cui ampiezza varia in considerazione delle circostanze di fatto. Al riguardo la Corte ha più volte avuto modo di rilevare che laddove sia in gioco un aspetto particolarmente importante per l'esistenza e/o l'identità di un individuo il margine concesso allo Stato è ristretto, mentre laddove non vi sia un *consensus* all'interno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, o quanto all'importanza relativa degli interessi in gioco, o quanto ai mezzi migliori di proteggerlo, in particolare dove il caso suscita questioni moralmente e politicamente sensibili, il margine è destinato ad essere più ampio.

Solitamente vi è un margine ampio se si richiede allo Stato di trovare un punto di equilibrio tra interessi in conflitto, privati e pubblici, o diritti derivanti dalla Convenzione.

3. La svolta nella giurisprudenza della Corte EDU: Oliari ed altri contro Italia.

Nell'applicare tali concetti generali al tema specifico della regolamentazione delle unioni civili nel nostro ordinamento, nel recente caso *Oliari ed altri contro Italia*, la Corte ha constatato: la mancanza di uno specifico quadro legale di riconoscimento delle unioni omosessuali; l'inutilità o insufficienza degli strumenti amministrativi approntati per venire incontro alle esigenze di protezione delle coppie dello stesso sesso; la non necessità del requisito della coabitazione, per riconoscere il godimento di altri e più ampi diritti; l'esistenza di un quadro giurisprudenziale non chiaro e la complessità del sistema giudiziario; la mancata indicazione in giudizio, da parte del Governo italiano, di ragioni ostative all'invocato riconoscimento legale; l'esistenza di un continuo *trend* non solo oltre oceano⁹⁰ ma anche tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa verso il

⁸⁸ Cfr. Cedu 16 luglio 2014, Grande Camera, *Hämäläinen v. Finland*, n. 37359/09, § 66, in www.echr.coe.int.

⁸⁹ Cfr., *mutatis mutandis*, Cedu 11 luglio 2002, *Christine Goodwin vs UK*, §§ 77-78; *I. v. UK*, 11 luglio 2002, n. 25680/94, § 58 e *Hämäläinen*, cit., § 66 in www.echr.coe.int.

⁹⁰ Davvero degno di nota, in quanto espressione di un inusuale "dialogo intercontinentale" tra Corti, è qui il richiamo (cfr. § 65) alla recente e storica sentenza con cui la Corte Suprema USA ha stabilito che il matrimonio è un

riconoscimento delle unioni civili, ed infine la mancata reazione del Parlamento alle varie sollecitazioni della Corte costituzionale e della Corte di cassazione.

Traendo spunto da due ricorsi originati dal rifiuto delle Autorità italiane di procedere alle pubblicazioni di matrimonio richieste da alcune coppie omosessuali, con la decisione di cui si discorre la Corte di Strasburgo interviene in modo deciso sulla *vexata quaestio* del riconoscimento legale delle unioni tra persone dello stesso sesso rilevando nel sopra citato rifiuto una violazione dell'art. 8 Cedu ed imponendo per la prima volta su uno Stato un *obbligo positivo* di legiferare in materia per garantire un quadro normativo coerente alla "situazione di fatto" vissuta dai ricorrenti. La sentenza della Quarta Sezione, divenuta definitiva il 21.10.2015, segna dunque un'accelerazione della giurisprudenza in materia nonché un punto a favore dell'equiparazione dei diritti delle coppie omosessuali a quelli delle coppie eterosessuali ma fa sorgere alcuni interrogativi sull'ambito di intervento della Corte e sui delicati rapporti tra esercizio della giurisdizione e discrezionalità del legislatore al cospetto di tematiche di straordinaria sensibilità, lasciando peraltro intravedere futuri ed ancor più problematici sviluppi.

Il percorso argomentativo della Corte muove dall'elaborazione del concetto di rispetto della vita personale e familiare di cui all'art. 8 (1) della Convenzione EDU [*"ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza"*] il cui nucleo essenziale è la protezione degli individui dalle interferenze arbitrarie delle pubbliche autorità ma la cui declinazione pratica arriva a contemplare l'esistenza di "obblighi positivi impliciti" finalizzati a rendere effettivo il diritto al rispetto della vita familiare.

Teorizzata per la prima volta nel caso *Belgian Linguistic*⁹¹, ma sviluppata compiutamente solo a partire dal 1979⁹² e da allora penetrata in tutti gli ambiti della Convenzione, tale dottrina implica

diritto garantito dalla Costituzione anche alle coppie omosessuali e che tutti gli Stati federati devono permettere a due persone dello stesso sesso di sposarsi e riconoscere i matrimoni omosessuali contratti da qualsiasi parte nel Paese. Cfr. Supreme Court of the United States, *James Obergefell et al., Petitioners v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, 26 giugno 2015, 576 U.S. in http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

⁹¹ Cfr. Cedu 23 luglio 1968, *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium* v. *Belgium*, n. 2126/64, in www.echr.coe.int.

⁹² Cfr. Cedu 13 giugno 1979, *Grande Camera, Marckx v. Belgium*, n. 6833/74, § 31, in *Foro it.*, 1979, 341 "By proclaiming in paragraph 1 the right to respect for family life, Article 8 (art. 8-1) signifies firstly that the State cannot interfere with the exercise of that right otherwise than in accordance with the strict conditions set out in paragraph 2 (art. 8-2). As the Court stated in the "Belgian Linguistic" case, the object of the Article is "essentially" that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities (judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, 33, 7). Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective "respect" for family life.

l'esistenza di obblighi degli Stati di agire nei confronti di parti private e di garantire diritti o benefici che non sono tuttavia esplicitamente previsti dalla Convenzione, e finanche di assicurare la protezione di diritti individuali nei rapporti tra singoli⁹³.

Tuttavia, non avendo la Corte mai offerto una teoria generale degli obblighi positivi, essa va ricostruita tramite l'analisi dei casi concreti in cui è stata applicata e dai quali è possibile estrapolare tre fattori - tra loro collegati - che possono costituirne il minimo comune denominatore: 1) l'attività esaminata dalla Corte deve toccare il cuore, l'essenza più profonda del diritto in esame⁹⁴; 2) un obbligo positivo può essere imposto in quelle circostanze in cui può ragionevolmente attendersi che uno Stato si attivi per la protezione del diritto del ricorrente⁹⁵; 3) occorre dare uno sguardo alla diversità delle azioni intraprese dagli altri Stati contraenti⁹⁶.

Ciò posto, deve rilevarsi come i due elementi portanti del ragionamento della Corte di Strasburgo, risiedano - da una parte - nella constatazione dell'esistenza di un "*broad consensus*" in Italia e di un "*continuing international movement towards legal recognition*" tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, ai quali essa "non può che attribuire importanza" ma che sembrano a chi scrive meno evidenti di quanto non appaiano ai Giudici di Strasburgo; dall'altra, nella mancata reattività del Legislatore italiano rispetto ai richiami della giurisprudenza interna, di legittimità e costituzionale.

Si tratta di elementi in verità piuttosto fragili, se solo si osserva che il primo viene rinvenuto negli esiti di un sondaggio eseguito su un limitato campione di famiglie italiane ed il secondo sulla

This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8 (art. 8), respect for family life implies in particular, in the Court's view, the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of Article 8 (art. 8-1) without there being any call to examine it under paragraph 2 (art. 8-2)".

⁹³ Cfr. Cedu 26 marzo 1985, Grande Camera, *X and Y v. The Netherlands*, n. 8978/80, §23, in www.echr.coe.int.

⁹⁴ Nel caso dell'art. 8 della Convenzione, il diritto vantato deve riguardare un aspetto importante della vita privata o della identità personale e deve esserci una relazione immediata e diretta tra misura richiesta e vita privata del ricorrente: cfr. Cedu 21 giugno 2006, Grande Camera, *Draon vs France*, n. 1513/03, in www.echr.coe.int.

⁹⁵ Va ad esempio valutato se l'obbligo imposto implicherebbe costi eccessivi per lo Stato rispondente: cfr. Cedu, Grande Camera, *Fadeyeva v. Russia*, 9 giugno 2005, n. 55723/00, § 89, in www.echr.coe.int.

⁹⁶ Un fattore decisivo ai fini di tale valutazione è il riscontro di un vasto consenso tra gli Stati parti del Consiglio d'Europa, ovvero a livello internazionale, sull'importanza dell'interesse dedotto in causa e sui mezzi per assicurarne la soddisfazione.

scorta di dati non molto diversi da quelli che – solo pochi anni prima – avevano indotto la stessa Corte a ritenere che

“c’è un consenso europeo emergente verso il riconoscimento legale delle coppie dello stesso sesso. Nondimeno, non vi è ancora una maggioranza di Stati che prevedono un riconoscimento legale (...). Il tema in questione deve dunque essere ancora considerato come uno di quei diritti in evoluzione a riguardo del quale non vi è ancora un consenso consolidato, e dove gli Stati ancora godono di un margine di apprezzamento quanto al momento in cui introdurre delle modifiche legislative”⁹⁷.

Ma vi è un altro elemento che la Corte di Strasburgo ha valorizzato nel suo percorso argomentativo, ed è quello del mancato dialogo tra Giudici nazionali e Legislatore, o meglio della mancata reazione del secondo rispetto alle sollecitazioni della giurisprudenza costituzionale e di legittimità come esempio di cattivo uso del margine di apprezzamento riservato dalla Convenzione agli Stati membri in tema di protezione della vita privata e familiare.

Orbene, rispetto alla lamentata inerzia del Parlamento rispetto alle sollecitazioni delle più alte Corti nazionali, pare opportuno notare come gli stessi Giudici di Strasburgo ammettano che lo Stato italiano ha tentato varie volte - nell’arco degli ultimi tre decenni - di approvare delle proposte di legge e che un testo unificato, già approvato in Senato nel 2015 come base per il successivo dibattito in Commissione Giustizia, era stato poi approvato il 10 giugno 2015 alla Camera. La decisione in commento arriva dunque, e paradossalmente, proprio alla vigilia di quello che sembra essere il *rush* finale del nostro Legislatore verso l’approvazione del tanto auspicato quadro normativo la cui mancanza viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti.

4. Le proposte di Regolamento UE sulle conseguenze economiche delle unioni registrate.

Che il percorso di riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali fosse più impervio di quanto dalla stessa Corte rimarcato era peraltro emerso in tutta la sua evidenza sin dalle prime

⁹⁷ Cfr. Cedu del 24 giugno 2010, Grande Camera, *Schalk and Kopf v. Austria*, n. 30141/04, § 105 in www.echr.coe.int. Nel 2010, epoca della redazione della sentenza *Schalk and Kopf* sopra citata, la proporzione tra Stati membri del CoE dotati di legislazione in materia e Stati sprovvisti era di 19 su 47 e dunque appena 5 in meno rispetto al momento della decisione di *Oliari ed altri*, ma - nonostante lo scenario internazionale non fosse così distante da quello attuale - la Corte decise di non sanzionare lo Stato convenuto sul rilievo che “*benché non fosse all'avanguardia, il legislatore austriaco non potesse essere censurato per non avere approvato la legge sulla partnership registrata prima del 2010*”.

mosse dei negoziati, iniziati nel marzo 2011 con la presentazione da parte della Commissione europea al Consiglio ed al Parlamento, delle due Proposte di Regolamento ⁹⁸ “gemelle” in materia di regimi patrimoniali dei matrimoni e delle unioni registrate: negoziati che segnano il passo da anni proprio per le resistenze opposte da alcuni Stati membri preoccupati dal fatto che (anche solo) il riconoscimento e la disciplina del regime patrimoniale potesse aprire la via ad un implicito riconoscimento sostanziale dell’istituto giuridico presupposto (evidentemente, tanto il matrimonio quanto l’unione registrata omosessuale).

Le due proposte nascono sulla scia della decisione del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 che ha avallato il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e altre decisioni delle autorità giudiziarie quale pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia civile, invitando il Consiglio e la Commissione ad adottare un programma di misure per l’attuazione di tale principio; conseguentemente, il 30 novembre 2000 è stato adottato un programma⁹⁹ di misure relative all’attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, comune alla Commissione e al Consiglio, che ravvisava nelle misure relative all’armonizzazione delle norme sul conflitto di leggi “misure che facilitano il reciproco riconoscimento delle decisioni” e prevedeva tra l’altro l’elaborazione di uno strumento in materia di regime patrimoniale tra coniugi e di conseguenze patrimoniali della separazione delle coppie non sposate.

Per quanto particolarmente attiene alle c.d. *registered partnerships* ricomprese nel suo ambito di applicazione, la proposta di Regolamento prevede che in conformità all'articolo 81 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, il futuro strumento normativo si applichi nel contesto degli effetti patrimoniali delle unioni registrate con implicazioni transnazionali (senza specificare se omo od eterosessuali, e dunque abbracciandole entrambe).

Alla base della Proposta vi è naturalmente l’esigenza di garantire alle coppie non sposate la certezza del diritto quanto ai loro beni e una certa prevedibilità, per cui la Commissione ha ritenuto

⁹⁸ COM(2011) 126 FINAL del 16 marzo 2011: Proposta di Regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, e COM(2011) 127 FINAL del 16 marzo 2011: Proposta di Regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

⁹⁹ GU C 12 del 15.1.2001, pag. 1.

opportuno riunire in un solo strumento tutte le norme applicabili agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Solo la nozione di "unione registrata" viene definita ai fini esclusivi del Regolamento¹⁰⁰ mentre il suo contenuto specifico dovrebbe continuare ad essere definito dal diritto interno degli Stati membri ed a tal fine è chiaramente precisato in un Considerando che *“nulla nel presente regolamento dovrebbe imporre a uno Stato membro la cui legge non contempla l'istituto dell'unione registrata di prevederlo nel diritto nazionale”*.

La particolare sensibilità della materia trattata è ulteriormente testimoniata dal fatto che la Proposta afferma chiaramente come lo strumento legislativo di cui trattasi non si dovrebbe applicare ad altre questioni preliminari quali l'esistenza, la validità o il riconoscimento di un'unione registrata, che sono disciplinate dal diritto nazionale degli Stati membri, comprese le loro norme di diritto internazionale privato. Poiché inoltre l'istituto dell'unione registrata non è previsto in tutti gli Stati membri, la Proposta prevede che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro il cui diritto non contempli tale istituto possano, in via eccezionale, dichiararsi incompetenti ai sensi del regolamento.

In tali situazioni, peraltro, le autorità giurisdizionali sono richieste di agire rapidamente ed è previsto che alle parti sia data la possibilità di ripresentare la domanda in qualsiasi altro Stato membro competente in base ad un criterio di collegamento, indipendentemente dall'ordine di tali criteri di competenza, nel rispetto dell'autonomia delle parti.

A tale proposito, onde prevenire situazioni di diniego di giustizia, è prevista l'introduzione di una norma di *competenza sussidiaria* per il caso in cui nessuna autorità giurisdizionale sia competente a conoscere della fattispecie alla luce delle altre disposizioni del futuro Regolamento, *e di un forum necessitatis* che, in casi eccezionali, consenta all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro di decidere su un regime patrimoniale tra coniugi che abbia uno stretto collegamento con uno Stato terzo¹⁰¹.

¹⁰⁰ Essa è definita nella proposta di Regolamento come *“il regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge, conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione”*.

¹⁰¹ Secondo il relativo progetto di Considerando, un tale caso eccezionale potrebbe presentarsi qualora un procedimento si riveli impossibile nello Stato terzo interessato, per esempio a causa di una guerra civile, o qualora non ci si possa ragionevolmente aspettare che il coniuge intenti o prosegua un procedimento in tale Stato. La competenza

In presenza di circostanze eccezionali, per ragioni di interesse pubblico, quali la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica, le autorità giurisdizionali e altre autorità competenti degli Stati membri potranno – se e quando il Regolamento sarà in vigore – applicare eccezioni basate su norme “di applicazione necessaria” il cui concetto dovrebbe comprendere norme di carattere imperativo quali quelle relative alla protezione della casa familiare. È tuttavia precisato che questa eccezione all'applicazione della legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate dovrebbe essere interpretata restrittivamente per essere compatibile con l'obiettivo generale del presente regolamento.

Secondo l'ultima versione del testo negoziato dagli Stati, in presenza di circostanze eccezionali, per ragioni di interesse pubblico le autorità giurisdizionali e altre autorità degli Stati membri competenti in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate potranno disapplicare determinate disposizioni di una legge straniera qualora, in una precisa fattispecie, l'applicazione di tali disposizioni risultasse manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato membro interessato; tuttavia, alle autorità giurisdizionali o alle altre autorità competenti non è consentito di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico per disapplicare la legge di un altro Stato ovvero per rifiutare di riconoscere — o, se del caso, accettare — o per eseguire una decisione, un atto pubblico o una transazione giudiziaria emessi in un altro Stato membro, qualora ciò avvenisse in violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare del suo articolo 21 che vieta qualsiasi forma di discriminazione.

Orbene, nemmeno l'introduzione di tali salvaguardie ha consentito di evitare che durante il Consiglio Giustizia ed Affari interni del 3 Dicembre 2015 si registrasse, dopo oltre quattro anni dall'inizio del negoziato, la mancanza di unanimità necessaria – ai sensi dell'art.81 (3) TFUE – per raggiungere l'accordo politico, ed alla Presidenza di turno lussemburghese non è restato che constatare formalmente l'impossibilità di raggiungerla in tempi ragionevoli.

Starà ora alla Presidenza olandese, che debutterà il 1 gennaio 2016, compiere - in collaborazione con la Commissione - i passi necessari per verificare la possibilità di avviare una cooperazione rafforzata in virtù di quanto previsto dall'art.20 TUE.

fondata sul forum necessitatis dovrebbe tuttavia essere esercitata soltanto se la causa presenta un collegamento sufficiente con lo Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita.

5. Quali prospettive dopo la pronuncia della Corte?

Dalla breve disamina dello stato dell'arte del dibattito sovranazionale è possibile apprezzare la problematicità di trovare un denominatore comune alle varie sensibilità nazionali, e ciò sia a livello normativo che giurisprudenziale.

Il quadro giuridico del diritto di famiglia europeo, già con molta difficoltà arricchito dalle norme in tema di legge applicabile al divorzio ed alla separazione personale,¹⁰² stenta a completarsi non solo per motivi legati alle diffidenze che ancora perdurano circa l'affidabilità degli ordinamenti giuridici degli Stati membri ma anche per ragioni più profonde, legate alle differenze culturali che rendono talvolta evidente l'enorme distanza che all'interno dello stesso Continente si registra rispetto a tematiche che coinvolgono istituti millenari e toccano l'identità dei popoli.

Nell'attesa di un segnale forte del legislatore europeo, la sentenza *Oliari ed altri c. Italia* ha dunque da un lato il pregio di affrontare sia il nodo controverso del dialogo (e della sua assenza) tra giudici e legislatore sia l'attuale stato dell'arte a livello europeo ed internazionale, ma d'altro canto presenta delle evidenti lacune: poggia su basi non solidissime, come si è avuto modo di rilevare nella sia pur succinta analisi del *decisum*, ed evita di pronunciarsi sulla lamentata violazione dell'art. 14 CEDU, lasciando così aperto il campo alla possibilità di una "geometria variabile" nel riconoscimento di tali diritti nei diversi Paesi membri del Consiglio d'Europa.

Ed invero all'indomani della pronuncia in discorso resta aperto almeno un altro interrogativo e possono intravedersi gli sviluppi, a questo punto quasi certi nell'*an* ma incerti nel *quando*, della giurisprudenza della Cedu.

L'interrogativo nasce dalla constatazione che i Giudici hanno, inspiegabilmente, omesso di prendere in considerazione il motivo di impugnazione relativo al divieto di discriminazione¹⁰³ in relazione al già esaminato art. 8. I ricorrenti avevano infatti dedotto che, ammesso e non concesso che la Convenzione non legittimi l'accesso al matrimonio per le coppie omosessuali, essi dovevano ritenersi (quantomeno indirettamente) discriminati sulla base del loro orientamento sessuale laddove alcuni diritti loro negati erano invece riconosciuti alle coppie eterosessuali sposate.

¹⁰² C'è stato bisogno di ricorrere alla cooperazione rafforzata di cui all'art.20 TUE (ed artt. da 326 a 334 TFUE) per poter adottare il Regolamento (UE) n.1259/2010, c.d. *Roma III*.

¹⁰³ Art. 14 Cedu. Divieto di discriminazione: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

Ebbene, la Corte “avuto riguardo alle conclusioni raggiunte in relazione all’art. 8” ha considerato “non necessario” l’esame di tale ulteriore motivo, compiendo un decisivo passo indietro rispetto alla propria giurisprudenza consolidata in tema di non discriminazione per ragioni di orientamento sessuale ed allo stesso tempo lasciando al lettore il dubbio che tale ritrosia possa essere legata al timore di compiere un passo “obbligato” ma forse troppo “lungo”.

Ed invero, spostando il focus della decisione sulla peculiarità della situazione italiana (considerazione sociale delle coppie omosessuali, scollamento tra tale opinione e la realtà giuridica, inadeguatezza del sistema giudiziario a garantire prontamente ed efficacemente i diritti di tali coppie) la Corte ha adottato una decisione che non necessariamente potrà essere utilizzata quale valido precedente nei confronti di un qualsiasi altro Stato in cui - ad esempio - il dibattito sociale e culturale non abbia raggiunto i livelli di maturazione di quello italiano o la sensibilità collettiva riscontrata dai Giudici di Strasburgo, ovvero il cui sistema giudiziario sia meno congestionato del nostro¹⁰⁴.

Ammettere invece (come peraltro dalla stessa motivazione appare evidente agli occhi dei Giudici) che nel caso di specie i ricorrenti sono stati discriminati unicamente per motivi di orientamento sessuale potrebbe verosimilmente aprire la porta ad altri motivi di ricorso legati - ad esempio - al divieto di contrarre matrimoni poligamici o con minori, rispetto a comunità che invece tali istituti conoscono e che, in una società sempre più massicciamente multietnica come quella europea, hanno raggiunto numericamente una consistenza tale da far dubitare che possano essere definite “minoranze” nell’accezione comune del termine se paragonate al numero delle coppie omosessuali emergente dai pochi dati statistici disponibili¹⁰⁵.

Occorrerà dunque attendere la prossima occasione in cui la Corte sarà chiamata a pronunciarsi sulle medesime questioni, per verificare l’orientamento dei Giudici di Strasburgo anche con riguardo a tale aspetto; tuttavia non pare azzardato affermare, nel seguire il percorso argomentativo

¹⁰⁴ Non a caso la decisione è stata resa a maggioranza, e nella *concurring opinion* dei Giudici Mahoney, Tsotsoria e Vehabovic si dipinge come una incongruenza motivazionale l’aver scelto di accogliere il ricorso affermando l’esistenza di un obbligo positivo imposto da un articolo della Convenzione EDU, laddove invece si verte in materia di esecuzione dei diritti riconosciuti già internamente dal sistema costituzionale di uno Stato (cfr. § 10).

¹⁰⁵ Ed infatti, facendo riferimento al contenuto dell’atto di intervento della associazione European Centre for Law and Justice la Corte osserva al § 153 “The ECLJ questioned why homosexuality was more acceptable than polygamy. They considered that if the legislator had to take account of an evolving society, then it had also to legislate in favour of polygamy and child marriage, even more so given that in many countries (such as Turkey, Switzerland, Belgium and the United Kingdom), there were more practising Muslims than same-sex couples”.

della Corte, che una volta abbattuta anche la barriera del riconoscimento giuridico dei diritti delle coppie omosessuali in rapporto a quelli goduti dalle coppie eterosessuali, l'approdo successivo - ovvero quello della legittimazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso¹⁰⁶ - sia più vicino di quanto la stessa Corte non voglia lasciare intendere.

Sarà a quel punto interessante osservare con quali argomentazioni i Giudici di Strasburgo imporranno allo Stato convenuto un obbligo positivo implicito di ben più ampia portata.

¹⁰⁶ Allo stato ancora riservato alla discrezionalità dei singoli Stati, come espressamente ribadito nella sentenza in commento ai §§ da 189 a 194.

PAOLO BRUNO

La Commissione U.E. fa il “tagliando” al decreto ingiuntivo europeo ed al Regolamento *Bruxelles II bis*, ed annuncia le novità in arrivo sul fronte degli atti legislativi in materia civile.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Sette anni di applicazione del decreto ingiuntivo europeo. - 3. La prossima revisione del Regolamento (CE) n.2201/2003, c.d. Bruxelles II bis - 4. Proposte legislative in materia di vendita online - 5. Proposta in tema di insolvenza.

1. Premessa.

L'approssimarsi della fine della Presidenza di turno lussemburghese dell'U.E. è stata l'occasione per la Commissione europea per fare il punto sull'applicazione del primo vero procedimento civile europeo, il Regolamento (CE) n.1896/2006 che ha istituito un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, e del Regolamento (CE) n.2201/2003 ma anche per annunciare le prossime novità normative in materia civile.

2. Sette anni di applicazione del decreto ingiuntivo europeo.

Il 16 ottobre 2015 la Commissione Europea ha presentato al Parlamento Europeo, al Consiglio ed al Comitato Economico e Sociale Europeo una relazione¹⁰⁷ sull'applicazione del regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, in ottemperanza all'obbligo di cui all'art.32 del predetto Regolamento.

Come noto, si tratta di un procedimento facoltativo di cui è possibile avvalersi nell'ambito di controversie transfrontaliere in alternativa alle ingiunzioni di pagamento nazionali, la cui genesi è da ricondursi alla consapevolezza – maturata nel corso della pratica applicazione dei corrispondenti procedimenti nazionali – che il recupero rapido ed efficace dei crediti che non sono oggetto di una controversia giuridica riveste un'importanza primaria per gli operatori economici dell'Unione europea.

¹⁰⁷ Cfr. COM(2015) 495 Final.

La valutazione generale del funzionamento dello strumento di cui trattasi è stata condotta sulla scorta di dati raccolti attraverso molteplici canali: un'indagine Eurobarometro che ha coinvolto 26.690 cittadini dell'UE, realizzata a Giugno 2010; i risultati del progetto "*Simplification of debt collection in the EU*" cofinanziato dalla Commissione e gestito dall'Università di Maribor, in Slovenia, con la partecipazione di 14 Stati membri¹⁰⁸ che ha portato all'elaborazione di due relazioni di esperti e di 14 relazioni nazionali; una indagine avviata nell'aprile 2013 mediante l'invio di un questionario agli Stati membri, i cui dati statistici relativi al ricorso al procedimento sono stati ulteriormente aggiornati e completati nel giugno 2014; gli esiti di una riunione dei punti di contatto della Rete Giudiziaria Europea in materia civile e commerciale (EJN), del 29-30 maggio 2013, in cui si è discusso a livello tecnico del funzionamento dei procedimenti europei, compreso quello di cui trattasi, sulla base di due documenti di lavoro della Commissione ed – infine – si è tenuto conto di tre pronunce pregiudiziali¹⁰⁹ della Corte di giustizia dell'UE in merito all'interpretazione del regolamento.

Dagli studi condotti e dalle consultazioni effettuate risulta che non si sono verificati importanti problemi giuridici e pratici in merito all'applicazione del procedimento o all'abolizione dell'*exequatur* ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze emanate nell'ambito del procedimento, per cui la Commissione ha suggerito di portare avanti un'ulteriore sensibilizzazione, a livello sia europeo sia di Stati membri, attraverso una promozione efficace ed attiva del regolamento.

Di seguito i punti deboli dello strumento in questione, che a giudizio della Commissione meriterebbero tuttavia un ulteriore approfondimento.

La scarsa conoscenza del procedimento¹¹⁰ è stata considerata come uno dei fattori che ne ha determinato una limitata applicazione, ragione per cui la Commissione ha attuato dei progetti volti a sostenere le piccole e medie imprese che operano a livello transfrontaliero facilitando loro il recupero dei crediti attraverso – anche – il miglioramento della conoscenza degli strumenti europei a loro disposizione (tra cui appunto il Regolamento di cui si discorre).

¹⁰⁸ Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Germania, Finlandia, Francia, Italia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica ceca, Spagna e Svezia

¹⁰⁹ Cause C-215/11, C-324/12 e cause riunite C-119/13 e C-120/13 di cui si dirà oltre.

¹¹⁰ Soltanto il 6% degli intervistati aveva sentito parlare del procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento. Questo dato può essere spiegato dal fatto che il procedimento è adottato principalmente da imprese e avvocati e dal fatto che sono relativamente pochi i cittadini coinvolti in controversie transfrontaliere.

La *determinazione degli interessi* è apparsa in taluni casi problematica, ed invero la relazione suggerisce una modifica dei relativi moduli al fine di consentire al convenuto di avere contezza del fatto che la legge nazionale può prevedere l'applicazione di interessi sino alla data di esecuzione dell'ingiunzione (nel qual caso l'importo richiesto dovrà essere maggiorato) ed allo stesso tempo permettere al Giudice nazionale di determinare le modalità di completamento dell'ingiunzione in accordo alla propria normativa ed all'insegnamento della Corte di Giustizia dell'Unione¹¹¹.

E' stata inoltre rilevata una generalizzata mancanza di adesione *all'obbligo di pronunciare l'ordinanza di ingiunzione entro trenta giorni* dalla presentazione della domanda (come previsto dall'art.12, comma 1), che a giudizio della Commissione può "difficilmente essere giustificata, alla luce del fatto che la procedura non richiede alcun esame delle prove o udienza delle parti"; viene pertanto auspicata una riduzione di tale durata dal momento che il rapido recupero dei crediti non contestati ha un enorme impatto sulla liquidità delle imprese, ed auspicato un benefico "ritorno" derivante dalla preannunciata estensione delle azioni volte a sviluppare il trattamento elettronico del procedimento¹¹².

Quanto alle *spese di giudizio*, che a norma del Regolamento (art.25) sono fissate in conformità del diritto nazionale, si è rilevato che esse sono generalmente equivalenti alle spese sostenute nel contenzioso di procedimenti nazionali analoghi e variano ampiamente a seconda dello Stato membro in cui è presentata la richiesta.

Inoltre, benchè i metodi di calcolo delle spese differiscano fra gli Stati membri (spese fisse o calcolate in proporzione del valore del credito o una combinazione di queste due variabili) si è osservato che nella pratica i reclami dei cittadini in merito all'entità delle spese in alcuni Stati membri sono molto rari e purtuttavia secondo la Commissione il problema principale è la mancanza di trasparenza di tali spese per i potenziali ricorrenti.

¹¹¹ Cfr. ECJ, C-215/11, *Iwona Szyrocka contro SiGer Technologie GmbH*, del 13.12.2012 in <http://curia.europa.eu>.

¹¹² La relazione dà conto del fatto che numerosi Stati membri (Repubblica ceca, Germania, Estonia, Francia, Lituania, Austria, Slovenia, Repubblica slovacca, Finlandia, Svezia, Regno Unito, Cipro) consentono la presentazione della domanda per via elettronica o prevedono di sviluppare in futuro il trattamento elettronico in tutti i tribunali competenti nell'ambito del procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento (Irlanda, Italia, Malta e Portogallo) e la Commissione europea ha cofinanziato un progetto pilota in tale ambito. Nove Stati membri partecipano inoltre al progetto pilota e-CODEX (Austria, Estonia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Francia, Polonia e Paesi Bassi).

Per affrontare questo problema, la rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale (EJN) ha quindi pubblicato tali informazioni sul portale europeo della giustizia elettronica¹¹³.

In punto di *riesame* ex art.20 del Regolamento, il report della Commissione dà invece conto del fatto che l'attuazione della relativa procedura ha dato adito a domande ed incertezze, nonché ad alcune pronunce della Corte di Lussemburgo. Nella causa C-324/12¹¹⁴ la Corte ha stabilito che l'inosservanza del termine per proporre opposizione ad un'ingiunzione di pagamento europea, dovuta al comportamento colpevole del rappresentante del convenuto, non giustifica un riesame di siffatta ingiunzione di pagamento, poiché una simile inosservanza non configura una circostanza eccezionale ai sensi della predetta norma; nelle cause riunite C-119/13 e C-120/13¹¹⁵ invece i Giudici europei hanno ritenuto che il Regolamento deve essere interpretato nel senso che i procedimenti di cui agli articoli da 16 a 20 del medesimo regolamento non sono applicabili quando risulti che un'ingiunzione di pagamento europea non è stata notificata in conformità delle norme minime stabilite agli articoli da 13 a 15 del citato regolamento.

Quando siffatta irregolarità venga alla luce soltanto dopo la dichiarazione di esecutività di un'ingiunzione di pagamento europea, il convenuto deve avere la possibilità di denunciare detta irregolarità, la quale deve, qualora debitamente dimostrata, determinare l'invalidità di tale dichiarazione di esecutività.

La Commissione ha dunque osservato che per garantire che il convenuto possa eccepire tali irregolarità nell'ambito del diritto dell'Unione, le condizioni per il riesame di cui all'articolo 20 dovrebbero essere chiarite in futuro, traendo ispirazione dalle disposizioni più recenti del regolamento sugli obblighi alimentari¹¹⁶ e della proposta di revisione del regolamento relativo alle controversie di modesta entità¹¹⁷. Ciò favorirebbe anche la coerenza degli strumenti in materia di procedimenti civili a livello di UE.

¹¹³ https://e-justice.europa.eu/content_court_fees_epo-305-it.do

¹¹⁴ Cfr. ECJ, C-324/12, *Novotech-Zala kft. contro Logicdata Electronic & Software Entwicklungs GmbH*, del 21.03.2013, in <http://curia.europa.eu>.

¹¹⁵ Cfr. ECJ, *Eco cosmetics GmbH & Co. KG contro Virginie Laetitia Barbara Dupuy* (C-119/13) e *Raiffeisenbank St. Georgen reg. Gen. mbH contro Tetyana Bonchuk* (C-120/13) in <http://curia.europa.eu>.

¹¹⁶ Regolamento (CE) n.4/2009 del Consiglio, del 18.12.2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

¹¹⁷ Regolamento (CE) n.861/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11.07.2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità.

All'esito della sua disamina la Commissione europea ha quindi concluso con un giudizio di generale adeguatezza dello strumento, che non necessita al momento di modifiche sostanziali, ed ha annunciato che si si avvarrà dei meccanismi di cooperazione della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale (EJN) in modo proattivo al fine di migliorare l'attuazione e promuovere il ricorso a questo utile strumento, rimarcando che il funzionamento del procedimento potrebbe essere ulteriormente migliorato garantendone il trattamento elettronico e invitando gli Stati membri a prestare maggiore attenzione all'opportunità di centralizzare la gestione delle controversie nell'ambito del procedimento (con meccanismi di "concentrazione" della competenza giurisdizionale che, tuttavia, non sono al momento previsti che in 5 Stati membri e la cui efficacia è tutta da dimostrare).

3. La prossima revisione del Regolamento (CE) n.2201/2003, c.d. *Bruxelles II bis*

Ben diversi esiti ha avuto, invece, l'approfondimento condotto dalla Commissione¹¹⁸ circa il funzionamento del più importante strumento di cooperazione in materia di diritto della famiglia: il Regolamento (CE) n.2201/2003 del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (CE) n.1347/2000, applicato dal 1.03.2005 in tutti gli Stati membri tranne la Danimarca.

Come noto, il Regolamento contiene norme uniformi per la risoluzione dei conflitti di competenza tra Stati membri e agevola la libera circolazione di decisioni, accordi e atti pubblici nell'Unione, stabilendo disposizioni relative al loro riconoscimento e alla loro esecuzione in un altro Stato membro; integra la convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori ("convenzione dell'Aia del 1980") e sancisce norme specifiche per quanto concerne il suo rapporto con diverse disposizioni della convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori.

Non contiene, invece, norme che stabiliscano quale diritto sia applicabile alle controversie transfrontaliere negli ambiti da esso coperti, e per tale motivo la Commissione aveva presentato nel

¹¹⁸ Cfr. COM(2014) 225 Final

2006 una Proposta di modifica del Regolamento su cui non si riuscì a trovare l'unanimità di consensi – necessaria alla stregua del disposto di cui all'art.81, comma 3, del T.F.U.E. – per cui fu necessario ricorrere alla prima cooperazione rafforzata in tale settore, meglio nota come *Roma III*¹¹⁹.

Lo studio della Commissione ha individuato alcune *aree problematiche*, in particolare in tema di: competenza giurisdizionale; riconoscimento ed esecutività; cooperazione tra Autorità centrali; emissione del provvedimento di ritorno nei casi di sottrazione transfrontaliera di un minore e collocamento del minore in un altro Stato membro.

Quanto alla *competenza giurisdizionale*, pur nella consapevolezza che le relative disposizioni hanno contribuito a semplificare il quadro giuridico, sono state notate difficoltà con riguardo alla assenza di norme armonizzate in materia di conflitto di leggi negli Stati membri ed alla presenza di motivi alternativi (piuttosto che gerarchici) di competenza nel Regolamento, con l'effetto di indurre un coniuge ad una “corsa” verso il Tribunale per lui più conveniente; è stata inoltre osservata con rammarico l'assenza di possibilità per i coniugi di designare l'autorità giurisdizionale competente di comune accordo, contrariamente a quanto avviene nei Regolamenti c.d. *Obblighi alimentari e Successioni*, il che potrebbe risultare particolarmente conveniente ad es. in caso di divorzio consensuale.

Sempre in tema, la Commissione ha rilevato che nella pratica sono sorte asimmetrie tra le interpretazioni delle condizioni in cui può operare la proroga di competenza di cui all'art.12 del Regolamento e delle disposizioni relative al trasferimento di competenze da una autorità all'altra (art.15), come pure incongruenze nell'applicazione della norma sulla litispendenza (art.19)¹²⁰.

Infine, l'assenza, sia in materia matrimoniale che in materia di responsabilità genitoriale, di una norma uniforme ed esauriente relativa alla competenza residua fa sì che non vi sia parità di accesso alla giustizia per i cittadini dell'Unione. Infatti, le norme in materia di competenza degli

¹¹⁹ Cfr. Regolamento (UE) n.1259/2010 del Consiglio, del 20.12.2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio ed alla separazione personale.

¹²⁰ Cfr. al riguardo ECJ, C-497/10 PPU *Mercredi* [2010] Racc. I-14309 secondo cui le decisioni di un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro che si rifiutino di disporre il tempestivo ritorno di un minore a norma della convenzione dell'Aia del 1980 sotto la competenza di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro e che riguardino la responsabilità genitoriale rispetto a detto minore non hanno alcun effetto sulle decisioni da pronunciare nell'altro Stato membro in procedimenti riguardanti la responsabilità genitoriale intentati precedentemente e ancora pendenti nell'altro Stato membro.

Stati membri si fondano su criteri diversi e non sempre garantiscono un accesso effettivo alla giustizia, nonostante l'esistenza di uno stretto legame tra l'attore o il convenuto e uno Stato membro.

Ciò può condurre a situazioni in cui né uno Stato membro né uno Stato terzo hanno competenza su un caso¹²¹ e a difficoltà pratiche derivanti dall'assenza di norme comuni sugli effetti, nell'Unione, delle decisioni di uno Stato terzo.

In tema di *riconoscimento ed esecutività*, la relazione ricorda che il Regolamento è il primo strumento dell'Unione ad aver abolito l'*exequatur* in materia civile per alcune decisioni (segnatamente le decisioni certificate sui diritti di visita dei minori e i provvedimenti certificati di ritorno nei casi di sottrazione di minore) e che esso ha esteso il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni a tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale (tutelando il minore indipendentemente dall'esistenza di legami matrimoniali tra i genitori), completando in tal modo, conformemente al programma di Stoccolma, la prima fase del programma di reciproco riconoscimento, laddove l'obiettivo ultimo rimane quello di abolire l'*exequatur* per tutte le decisioni.

Tuttavia, per le decisioni non rientranti in tali ambiti il riconoscimento può ancora essere oggetto di opposizione per i motivi previsti nell'articolato normativo e ciò crea incertezza giuridica.

Parimenti, il fatto che il termine "esecuzione" sia interpretato in maniera non uniforme dagli Stati membri porta all'adozione di politiche disomogenee sulle decisioni in materia di responsabilità genitoriale per le quali è necessaria una dichiarazione di esecutività.

Emerge, pertanto, come indifferibile l'esigenza di estendere l'abolizione dell'*exequatur* ad altre categorie di decisioni, in linea con la recente legislazione dell'Unione¹²²: si dovrebbe infatti tenere presente il funzionamento degli attuali motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecutività di una decisione, in modo da definire le necessarie garanzie.

Inoltre, l'introduzione di norme procedurali minime comuni, in particolare per quanto concerne l'audizione del minore, potrebbe rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati membri e, di

¹²¹ Si tenga ulteriormente conto che in tale strumento non è previsto il c.d. *forum necessitatis*, ovvero quel motivo di competenza che, in via del tutto eccezionale, consente a un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro di avere competenza su un caso collegato a uno Stato terzo per ovviare, in particolare, a situazioni di giustizia negata, ad esempio quando nello Stato terzo in questione il procedimento si dimostra impossibile

¹²² Il riferimento è qui ai Regolamenti n.805/2004 (titolo esecutivo europeo per crediti non contestati), n.1896/2006 (procedimento europeo di ingiunzione di pagamento); n.861/2007 (controversie di piccola entità); n.4/2009 (obbligazioni alimentari) e n.1215/2012 (Bruxelles I rifusione).

conseguenza, migliorare l'applicazione delle disposizioni in materia di riconoscimento ed esecutività.

E' stato analizzato inoltre il meccanismo di *cooperazione tra le Autorità centrali*, che in linea generale è apparso ben rodato e funzionante, sebbene siano emerse difficoltà per quanto concerne l'obbligo di raccogliere e scambiarsi informazioni sulla situazione del minore (art.55, lett.a), in particolare sotto il profilo della mancanza di tempestività nella gestione delle relative richieste e della problematicità della traduzione delle informazioni trasmesse. Per tali evenienze la Commissione ha auspicato un miglioramento delle disposizioni in parola, se del caso anche traendo ispirazione da altri strumenti di cooperazione giudiziaria civile (come, in particolare, il Regolamento sulle obbligazioni alimentari) o sviluppando guide sulle buone prassi.

Uno dei principali nodi del Regolamento è invece quello legato all'emissione di un *provvedimento di ritorno del minore* nell'ambito di una sottrazione transfrontaliera; nonostante, infatti, siano previste norme che disciplinano il conflitto tra provvedimenti di ritorno e contro il ritorno – pronunciati in Stati diversi – e nonostante la Corte di Giustizia dell'Unione e la Corte Europea dei diritti dell'uomo abbiano fissato una serie di principi in materia, rimangono aree di inefficacia del sistema che andrebbero eliminate (ove possibile, suggerisce la Commissione, tramite una riscrittura delle relative disposizioni che incorpori, se possibile, la consolidata giurisprudenza delle Corti e tramite l'inserimento di norme minime sulla audizione del minore¹²³).

Da ultimo, il report evidenzia una scorretta applicazione dell'art.56, dettato in tema di *collocamento del minore in un altro Stato membro*, che spesso viene disposto senza attendere che l'autorità competente dello Stato ospitante si sia pronunciata: al riguardo la Corte di Giustizia¹²⁴ ha avuto modo di chiarire che una decisione di collocamento deve essere dichiarata esecutiva nello Stato ospitante prima di esservi eseguita e che il mancato rispetto di tale procedura può dar luogo a rigetto della dichiarazione di esecutività, per cui – anche in tale caso – è segnalata l'opportunità che sia creata una procedura uniforme comune per dare attuazione nella maniera più rapida possibile alle disposizioni in materia.

¹²³ La mancata audizione è risultata, infatti, una delle ragioni più frequentemente poste alla base della decisione di non far luogo al ritorno di un minore.

¹²⁴ Cfr. ECJ, C-92/12, *PPU Health Service Executive*, in <http://curia.europa.eu>.

Nel complesso, dunque, il Regolamento è uno strumento che pare funzionare in maniera corretta e ha offerto importanti vantaggi ai cittadini, agevolando la composizione delle sempre più numerose controversie transfrontaliere in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale attraverso un sistema completo di norme sulla competenza, un sistema efficiente di cooperazione tra le autorità centrali degli Stati membri, la prevenzione di procedimenti paralleli e la libera circolazione di decisioni, accordi e atti pubblici.

Tuttavia, per eliminare le problematiche sopra succintamente richiamate la Commissione ha dapprima nominato un gruppo di esperti indipendenti – che ha proceduto nel corso del presente anno 2015 ad effettuare una ricognizione delle esperienze applicative ed a studiare eventuali rimedi – ed ha quindi annunciato la presentazione, entro la primavera del 2016, di una proposta di modifica del Regolamento che verterà tra l'altro sulle disposizioni di cui sopra e che sarà negoziata verosimilmente a partire dalla seconda metà dell'anno a venire.

4. Proposte legislative in materia di vendita online

Nel contesto della c.d. *Digital Single Market Strategy for Europe*¹²⁵ la Commissione europea ha annunciato l'intenzione di adottare una o più proposte legislative in tema di vendita *online* di contenuti digitali e di beni tangibili.

L'esigenza nasce dalla constatazione che tra i motivi per cui i consumatori e le imprese più piccole non sfruttano maggiormente il commercio elettronico transfrontaliero vi è la complessità, la scarsa chiarezza e la differenza tra le norme applicabili alle operazioni: la prospettiva di doversi adattare a 28 normative nazionali diverse in materia di tutela dei consumatori e di contratti scoraggia infatti le imprese dal lanciarsi nel commercio transfrontaliero e impedisce ai consumatori di profittare delle offerte più convenienti e dell'intera gamma d'offerta *online*.

Migliorare l'accesso *online* ai beni e servizi in tutta Europa per i consumatori e le imprese implica l'eliminazione in tempi rapidi delle differenze fondamentali che separano il mondo *online* dal mondo *offline* al fine di abbattere le barriere che bloccano l'attività online attraverso le frontiere.

Alcuni aspetti del diritto dei consumatori e del diritto dei contratti sono già armonizzati completamente per le vendite *online* (ad esempio, le informazioni da fornire al consumatore prima che sottoscriva il contratto o le norme che disciplinano il diritto del consumatore di recedere

¹²⁵ Cfr. COM(2015) 192 Final

dall'acquisto in caso di ripensamenti) mentre ad altri aspetti (ad esempio, i rimedi disponibili in caso di bene materiale non conforme al contratto di vendita) si applicano solo le norme dell'UE che stabiliscono un'armonizzazione minima lasciando agli Stati membri la possibilità di adottare disposizioni più rigorose.

Sui rimedi disponibili in caso di contenuti digitali acquistati *online* (ad es., libri elettronici) che si rivelano difettosi non esistono proprio norme UE specifiche e anche a livello nazionale le norme scarseggiano.

Per cercare di risolvere tali problematiche la Commissione si è pertanto impegnata a presentare una “proposta legislativa che permetta ai venditori di basarsi sulla normativa del proprio paese, grazie a un'ulteriore armonizzazione dei principali diritti e obblighi delle parti del contratto di vendita”. L'obiettivo sarà raggiunto, in particolare, “prevedendo i rimedi percorribili in caso di inadempimento e congrui periodi per il diritto alla garanzia giuridica, grazie ai quali né le divergenze tra le diverse norme nazionali obbligatorie sui contratti di consumo né le differenze dovute alle norme specifiche sui prodotti (ad esempio l'etichettatura) scoraggino nel mercato interno i professionisti dal lanciarsi in operazioni commerciali transfrontaliere”.

5. Proposta in tema di insolvenza

Per chiudere il quadro delle iniziative di prossima realizzazione non può non citarsi l'avvenuta recentissima costituzione, in seno alla Commissione, di un gruppo di esperti nazionali incaricati di analizzare e preparare la strada per una revisione della normativa in tema di ristrutturazione ed insolvenza, quale follow-up della Raccomandazione¹²⁶ del 12 marzo 2014 relativa ad un “*nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*”.

Il background di tale iniziativa va ricercato nella Risoluzione, adottata nel Novembre 2011 dal Parlamento europeo, sulle procedure di insolvenza¹²⁷, in cui era stata raccomandata l'armonizzazione di specifiche aree dei diritti nazionali societari e fallimentari per rimediare alle diversità di regimi – registrate tra le normative all'interno dell'Unione – che a loro volta creano ostacoli, svantaggi in termini di competitività e difficoltà per le imprese che esercitano le loro attività in contesti transfrontalieri.

¹²⁶ C(2014) 1500 FINAL

¹²⁷ P7_TA (2011) 0484

Uno studio commissionato dal Parlamento europeo¹²⁸ aveva infatti già rivelato che l'armonizzazione del diritto dell'insolvenza porterebbe ad un incremento dell'efficienza dei processi di ristrutturazione e dei vantaggi per i creditori, in particolare nelle aree delle condizioni per l'apertura di una procedura di insolvenza; delle regole sull'avvio, gli effetti ed il contenuto dei piani di ristrutturazione; dei requisiti e dell'attività dei liquidatori.

Quale primo passo nella direzione indicata dal suddetto studio la Commissione europea ha dunque presentato in Dicembre 2012 una proposta per la riforma del Regolamento n.1346/2000 sulle procedure di insolvenza il cui negoziato si è concluso con successo durante la Presidenza italiana del Consiglio dell'UE (1.07-31.12.2014) dando vita al Regolamento (UE) n.848/2015¹²⁹; tale atto normativo detta solo disposizioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alle procedure di insolvenza transfrontaliera senza toccare il diritto nazionale sostanziale. La rifusione del Regolamento n.1346/2000 – che entrerà in vigore a metà del 2017 – ha rafforzato e rivitalizzato la cultura del salvataggio delle imprese in Europa ampliandone l'ambito di applicazione fino ad includervi le procedure di pre-insolvenza e quelle in cui il debitore rimane in possesso dei beni così come alcune procedure di insolvenza personali che erano rimaste sino a quel momento al di fuori di tale ambito.

Tuttavia, proprio perché le differenze tra i diritti nazionali generano costi addizionali agli investitori stranieri e li costringono spesso a compiere dei *risk assessment* onerosi prima di spostare i propri capitali oltre frontiera, la Commissione europea ha adottato nel Marzo 2014 la Raccomandazione sopra citata con l'intenzione di stabilire delle regole armonizzate in materia di procedure di ristrutturazione che consentano al debitore in difficoltà di evitare l'insolvenza, e di individuazione di periodi di riabilitazione che diano agli imprenditori falliti (in modo non fraudolento) la possibilità di godere di una seconda possibilità.

Il lavoro degli esperti incaricati dalla Commissione dovrebbe continuare sino alla fine del 2018, allorquando si tireranno le fila delle analisi condotte e sarà – se del caso – presentata una proposta di atto normativo sull'armonizzazione di detti settori del diritto societario e fallimentare che affronterà le seguenti questioni: rafforzamento dell'esecuzione delle decisioni in materia

¹²⁸ INSOL Europe, *Harmonisation of Insolvency Law at EU level*, 2010, PE 419.633

¹²⁹ Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza (rifusione) in OJ L 141/19.

fallimentare; stabilimento di un set di definizioni comuni; principi e regole comuni in tema di procedure di ristrutturazione preventiva e di procedure di insolvenza; principi e regole comuni in tema di fallimento delle persone fisiche, nell'ottica di dare al debitore onesto una seconda possibilità; principi e regole comuni in aree correlate, quali i requisiti dei curatori fallimentari ed il loro regime di responsabilità; il coordinamento tra il futuro strumento normativo e l'attuale Regolamento n.848/2015; regole speciali per le piccole e medie imprese, siano essi debitorici che creditorici, al fine di ridurre gli oneri e facilitarne l'accesso alle procedure di ristrutturazione ed insolvenza; ogni altra misura utile ed efficace per la riduzione del costo e della lunghezza delle procedure di insolvenza.

La sfida si presenta dunque estremamente impegnativa, data la diversità delle normative nazionali che riflette il diverso approccio culturale e giuridico alla materia di cui trattasi, e purtuttavia ineludibile al fine di potere dare alle imprese la possibilità di ritrarre al meglio i vantaggi derivanti dall'operare nel Mercato interno europeo.