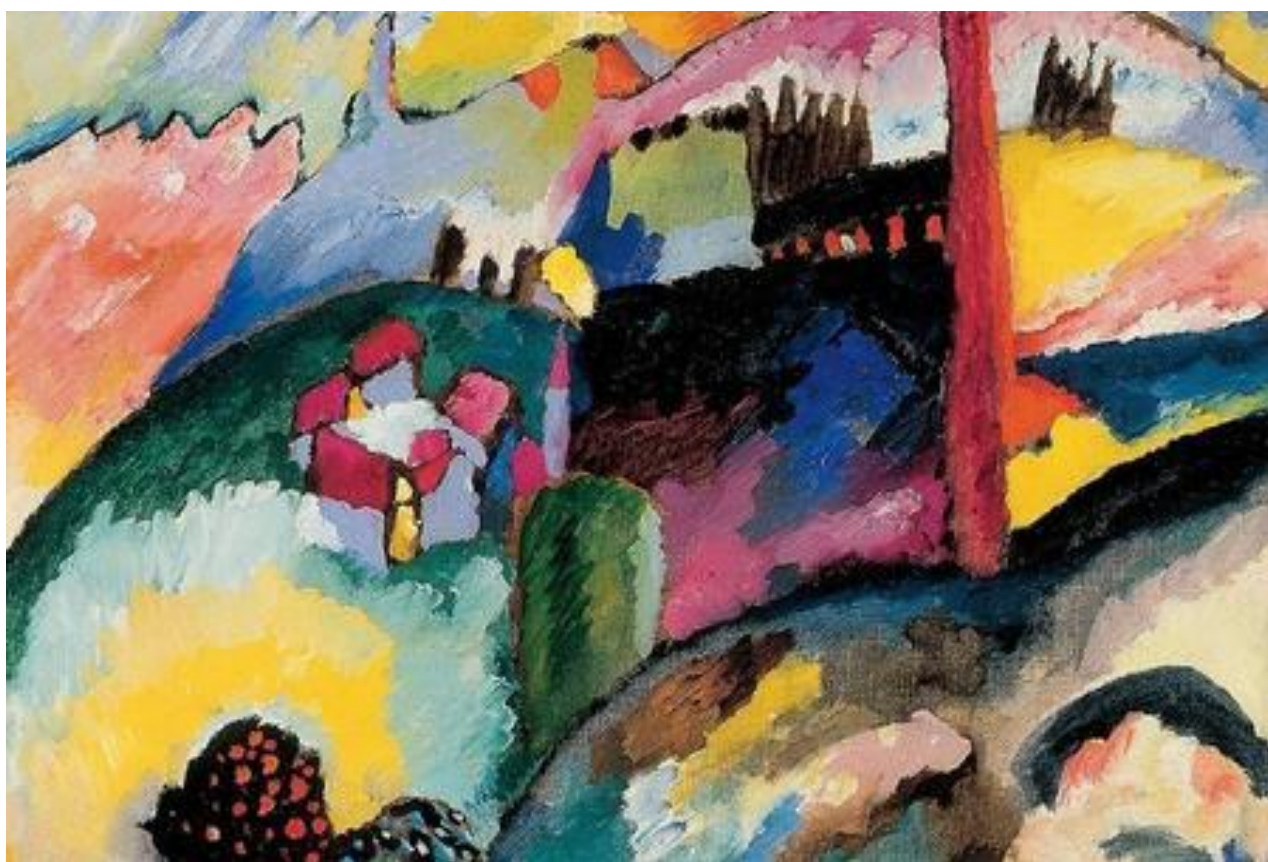


Numero 2 – 2021

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*



Direttore

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

Comitato di direzione

ALBERTO BARBAZZA (*giudice del Tribunale di Treviso*) – CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) – MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) – PAOLA MARIA BRAGGION (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) – ALESSANDRO CENTONZE (*consigliere della Corte di cassazione*) – MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – VITTORIO CORASANITI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA D'ADDARIO (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) – ANTONIO D'AMATO (*componente 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, (*giudice del tribunale di L'Aquila*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – GIANLUCA GRASSO (*componente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) – ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LOREDANA MICCICHÉ (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FIAMMETTA PALMIERI (*giudice del Tribunale di Frosinone*) – CESARE PARODI (*procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*) – GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) – RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) – GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) – UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) – PAOLO SPAZIANI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA VARRONE (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANDREA VENEGONI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

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

ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

Indice del fascicolo 2°

(maggio-agosto 2021)

Gli Autori	4
Mario Cicala, <i>Prime osservazioni sulla la riforma del processo di Cassazione</i>	5
In vece del popolo italiano. Percorsi per affrontare la crisi della Magistratura, Atti del convegno annuale del Centro Studi Rosario Livatino tenutosi a Roma – Senato della Repubblica 29 novembre 2019, a cura di Alfredo Mantovano, Edizioni Cantagalli, Siena 2020.....	24
Giancarlo Cirielli, <i>La rilevanza dei precedenti disciplinari nell'ordinamento giudiziario, in assenza della riabilitazione disciplinare</i>	30
Gianluca Grasso, <i>La prova documentale nell'età digitale</i>	42
Peculato (art. 314 c.p.) – Omesso riversamento dell'imposta di soggiorno al comune da parte di gestore di struttura alberghiera/ricettiva – Condotte commesse anteriormente al d.l. n. 34/2020, conv. l. 77/2020 – Non punibilità perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.	56
Cesare Parodi, <i>Il controllo sull'inerzia del p.m.: la riforma Cartabia tra affermazione di principi e realtà operativa</i>	74

Gli Autori

Mario CICALA, *direttore della Rivista il Diritto vivente*

Giancarlo CIRIELLI, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma*

Gianluca GRASSO, *componente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*

Cesare PARODI, *procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*

Mario Cicala

Prime osservazioni sulla la riforma del processo di Cassazione

Accrescere il numero dei processi definiti e ridurre il numero dei ricorsi proposti

Dopo un primo esame delle proposte di riforma del processo di Cassazione enunciate nel Piano nazionale ripresa e resilienza (PNRR) e esplicitate nel “maxiemendamento” governativo al disegno di legge 1662/S (Delega al Governo per l'efficienza del processo civile); ed una veloce lettura della complessa, ed articolata Relazione approvata dalla “Commissione della Cananea” (e specificamente dedicata alle problematiche della Giustizia Tributaria), appare necessario domandarsi se dall'insieme delle disposizioni non emerga implicita l'esigenza di una giurisprudenza della Corte di Cassazione, oserei dire, più “compatta”; cioè che maggiormente risponda alla funzione nomofilattica della Corte. Sia pure con qualche rinuncia sul piano della sua altra essenziale funzione: dare una motivata e specifica risposta a tutte le domande di giustizia che in cassazione approdano e si concludono.

Una valanga di processi tributari ed -in genere- di ricorsi ha costretto la Cassazione ad emettere un gran numero di provvedimenti ben meditati dal relatore (secondo l'impressione che si ricava dalla lettura sul CED); ma a causa del loro enorme numero forse troppo poco discussi e rielaborati in camera di consiglio e negli scambi di opinione fra i magistrati; organizzati od occasionali, istituzionali o informali che siano. Cioè senza che i singoli abbiano acquisito una piena consapevolezza degli indirizzi espressi da loro colleghi.

In questa complessa e tormentata realtà, le proposte del “maxiemendamento” richiamano principi ritenuti utili per accrescere il numero dei processi definiti (anche senza una valutazione collegiale delle pratiche) e nel contempo ridurre il numero dei ricorsi proposti.

Sul punto, il PNRR così si esprime:

“Con riferimento al giudizio di Cassazione il Piano valorizza i principi di sinteticità e autosufficienza che devono contraddistinguere il contenuto degli atti; uniforma le concrete modalità di svolgimento del procedimento; e semplifica la definizione mediante pronuncia in camera di consiglio. Dal punto di vista generale si rendono effettivi il principio di sinteticità degli

atti e il principio di leale collaborazione tra il giudice e le parti (e i loro difensori) mediante strumenti premiali e l'individuazione di apposite sanzioni per l'ipotesi di non osservanza".

Ci domandiamo: quali proposte di riforma siano scaturite dalle parole forti e pesanti, ma anche generiche, utilizzate dagli estensori del PNRR: "leale collaborazione", "sinteticità", "autosufficienza", "strumenti premiali", "apposite sanzioni". In che misura tali parole possono incidere sulle prassi giurisprudenziali relative ai ricorsi per Cassazione confermandole o ponendosi in posizione critica rispetto a tali prassi?.

Il principio di leale collaborazione tra il giudice e le parti: nel processo tributario

Sappiamo tutti che il dovere della "leale collaborazione" è un principio di carattere generale che deve (o dovrebbe) incidere in tutti i rapporti intersoggettivi di natura pubblica, ma anche di natura privata. Vincolando gli operatori economici e sociali a forme di collaborazione per il raggiungimento e il rispetto di valori comuni, che sono presenti anche nella contesa giudiziaria ¹.

Si tratta ovviamente di un principio che deve essere coordinato con altri principi e valori, in grado di limitarlo; e ciò vale anche quando si affrontano gli argomenti oggetto di questa breve riflessione.

Espongo, in primo luogo, qualche sommario spunto riferito alla tematica del processo tributario.

Nel processo tributario vi è, a mio avviso, una radicale differenza fra la posizione dell'ente impositore e quella dei contribuenti e dei loro difensori.

L'ente impositore ha (o dovrebbe avere) come scopo istituzionale l'esatta applicazione dei carichi tributari, e non la massimizzazione delle entrate. Il contribuente ben può invece avere come proprio scopo il ridurre al minimo gli esborsi (accrescendo così la propria ricchezza); perciò gode ad esempio del c.d. "diritto al silenzio"² cioè di non fornire a controparte quelle informazioni che possono determinare l'applicazione di misure punitive, amministrative o penali che siano (nemo tenetur se detegere). Dunque il contribuente non è tenuto a riversare nel giudizio anche i documenti

¹ Ord. n. 15001 del 28 maggio 2021 (emessa il 10 novembre 2020) della Corte Cass., Sez. II - Pres. Manna Rel. Picaroni In caso di ricezione di messaggio PEC i cui allegati risultino in tutto o in parte illeggibili «spetta al destinatario, in un'ottica collaborativa, rendere edotto il mittente incolpevole delle difficoltà di cognizione del contenuto della comunicazione legate all'utilizzo dello strumento telematico» (Cass. 31/10/2017, n. 25819): il ricorso risulta pertanto tardivo e viene dichiarato inammissibile.

² Sul difficile rapporto fra dovere di collaborazione con la Pubblica Autorità e diritto al silenzio si vedano le recenti sentenze della Corte Europea di Giustizia (Grande Sezione) del 2 febbraio 2021, DB contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte costituzionale italiana, e la sentenza della Corte Costituzionale n. 84 del 30 aprile 2021. Nella giurisprudenza della Cassazione cfr. Cass. 15 febbraio 2021 n. 3841, sul dovere di non ostacolare i controlli anagrafici.

che possono nuocergli, mentre a ciò è tenuto l'impositore, e chi lo tutela, in primis la Avvocatura di Stato³.

Segue- nel giudizio di cassazione: la inammissibilità dei ricorso

Per quanto riguarda il giudizio di cassazione, la leale collaborazione si riflette (o dovrebbe riflettersi) anche nella elaborazione da parte di ogni soggetto processuale di atti sintetici ed autosufficienti dunque chiari e comprensibili; tali da consentire a chiunque di acquisirne agevolmente il significato.

E' chiaro come simile obbiettivo impegno gravi soprattutto sui difensori delle parti che dovrebbero redigere ricorsi tali da offrire al giudice puntuali e sintetici quesiti cui rispondere⁴.

L'aspirazione ad un clima di "leale collaborazione", pur nella ovvia diversità di ruolo delle parti processuali, ha dato luogo ad un moltiplicarsi di iniziative, di incontri da cui sono scaturiti "protocolli", "convenzioni", ed anche "direttive dei capi degli uffici giudiziari" concordate nel contenuto con le rappresentanze dei difensori.

Questi documenti preparano il terreno per una vera e propria disciplina giuridica che si forma o quando alcune delle "prassi virtuose" sono recepite in norme di legge o quando -come accaduto per la giustizia Amministrativa- la legge attribuisce rilevanza giuridica alle disposizioni organizzative emanate dal Presidente del Consiglio di Stato. Così come previsto dall'art. 13-ter (Criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte) dell'allegato II al Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. La norma, inserita dall'art. 7-bis, comma 1, lett. b), n. 2), D.L. n. 168/2016,

³ E dunque non è consentito alla Amministrazione negare una agevolazione fiscale adducendo la mancanza di un documento in possesso della P.A. (sentenza n. 19316 del 18 luglio 2019 della Cassazione; o trattenere nell'ufficio non competente una pratica senza trasmetterla a quello competente (Cass. 22 marzo 2019, n. 8178

⁴ Il più incisivo accoglimento di questa esigenza si è avuta con la breve vita dell'art. 366bis del codice di procedura civile introdotto dall'art. 6 del d. Lgs 40/2006 cpc e abrogato dalla L. 18 giugno 2009, n. 69. Secondo tale articolo "nei casi previsti dall'articolo 360, primo comma, numeri 1), 2), 3) e 4), l'illustrazione di ciascun motivo si doveva concludere, a pena di inammissibilità, con la formulazione di un quesito di diritto. Nel caso previsto dall'articolo 360, primo comma, n. 5), l'illustrazione di ciascun motivo doveva contenere, a pena di inammissibilità, la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione". Poiché la l. 69/2009 è entrata in vigore nel luglio 2009 e le disposizioni in essa contenute «si applicano ai ricorsi per cassazione proposti avverso i provvedimenti pubblicati a decorrere dalla data di entrata in vigore della medesima legge» la legge sui "quesiti" ha ancora avuto applicazione ben oltre il luglio del 2009 (si veda la sentenza n. 7732/2014 della Corte di Cassazione).

Non sembra ulteriormente opportuno indugiare sull'art. 366-bis, che pure si è rivelato assai utile ad agevolare il lavoro dei collegi giudicanti, in quanto -come già sottolineato- la riforma del 2009 ha optato per la sua eliminazione, trasferendone la finalità deflattiva al nuovo art. 360-bis - c.d. filtro di Cassazione; e dalle prime dichiarazioni del Presidente della commissione sul processo civile sembra sia escluso il ricorso massiccio alla misura della inammissibilità.

convertito, con modificazioni, dalla L. n. 197/2016, detta interessanti prescrizioni al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza di cui all'articolo 3, comma 2, del codice. E prevede che *“il giudice e' tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non e' motivo di impugnazione”*.

Vi è però anche un' ulteriore via attraverso cui la magistratura chiede la leale collaborazione dei difensori delle parti. Ed è la valorizzazione di indicazioni che la legge enuncia ma senza collegare esplicitamente alla loro violazione sanzioni procedurali; accade cioè che siano emessi provvedimenti in cui si “puniscono” queste violazioni con la “pena” della inammissibilità della istanza o del ricorso, assai temuta dai difensori sia per la lesione di immagine che essa comporta sia per la possibilità che l’assistito promuova una causa di risarcimento del danno. Vi sono dunque decisioni che dichiarano “inammissibile” un ricorso per cassazione in cui non vi è l'esposizione dei fatti della causa⁵, oppure c'è ma non è sommaria bensì estremamente prolissa e magari affidata al

⁵ Ord. n. 18719 del 1° luglio 2021 (emessa il 27 aprile 2021) della Corte Cass., Sez. VI-3 - Pres. Scrima Rel. Gorgoni

4. Il ricorso è incorso in plurime ragioni di inammissibilità.

Assume carattere assorbente quella di essere stato redatto con una tecnica non rispettosa delle prescrizioni di cui all'art. 366 n. 3 c.p.c. Il ricorso non contiene una parte dedicata all'assolvimento del requisito dell'esposizione del fatto di cui all'art. 366 n. 3 c.p.c., ma procede, dopo l'intestazione e l'indicazione delle parti e della sentenza impugnata, con l'illustrazione dei motivi. Dalla lettura dei motivi non emerge una percezione del fatto sostanziale e processuale che consenta di reputare osservato il requisito di cui all'art. 366 n. 3 c.p.c., in quanto i riferimenti al fatto sostanziale e processuale contenuti nella loro illustrazione sono del tutto frammentari.

Deve ribadirsi che l'esposizione sommaria dei fatti di causa, essendo considerata dalla norma come uno specifico requisito di contenuto-forma del ricorso, deve essere tale da garantire a questa Corte di avere una chiara e completa cognizione del fatto sostanziale che ha originato la controversia e del fatto processuale conseguente, senza dover ricorrere ad altre fonti o atti pur nel suo possesso, compresa la stessa sentenza impugnata. Stante tale funzione, per soddisfare il requisito imposto dall'articolo 366 comma primo n. 3 cod. proc. civ. è necessario che il ricorso per cassazione contenga, sia pure in modo non analitico o particolareggiato, l'indicazione sommaria delle reciproche pretese delle parti, con i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che le hanno giustificate, delle eccezioni, delle difese e delle deduzioni di ciascuna parte in relazione alla posizione avversaria, dello svolgersi della vicenda processuale nelle sue articolazioni e, dunque, delle argomentazioni essenziali, in fatto e in diritto, su cui si è fondata la sentenza di primo grado, delle difese svolte dalle parti in appello, ed in fine del tenore della sentenza impugnata (Cass., Sez. Un., n. 11653 del 18/05/2006 e 3/11/2020 n.24432)

Ebbene, nel ricorso si fa riferimento a due contratti di locazione, ma si ignora tutto degli stessi ed in particolare come si pongano l'uno rispetto all'altro, pur essendo, come si evince dall'ultimo motivo, una questione dirimente; non si conosce il contenuto preciso delle domande formulate dall'attore, siccome delle difese del locatore - destinataria del ricorso -; non è riportata la statuizione del Tribunale (a p. 3 si riferisce che il CTU aveva quantificato una riduzione del canone per tutto il periodo locativo di euro 5034,00, a p. 6 si legge che il conduttore avrebbe corrisposto, secondo il CTU, un maggior canone di complessivi euro 8.804,84, avendo ricevuto un immobile inferiore rispetto a quello individuato nei due contratti di locazione, ma non è dato sapere quale sia stato il dispositivo della sentenza); non sono stati riportati i motivi di appello, né la statuizione del giudice di secondo grado.

“copia incolla” di innumerevoli ed inutili documenti (con violazione del n. 3 dell’art. 366 c.p.c)⁶; o un ricorso in cui i motivi non sono articolati in separati capoversi uno per ogni motivo, bensì mescolati e confusi (art. 366 n.4); o non sono “autosufficienti” ad una piana lettura, ma rinviano ad una documentazione dispersa negli atti processuali⁷.

⁶ Sentenza n. 11339 del 29 aprile 2021, che dichiara inammissibile un ricorso di oltre 60 pagine scritte a spazio 1 e pressoché prive di margini), che dopo una prolissa esposizione dell’iter processuale, accompagnata da continui riferimenti a numerosissimi (118) documenti di cui sono menzionate solo talune singolari sigle, solo in una sorta di laconica premessa (pag. 16) espone i sedici motivi di ricorso riferendoli assertivamente ai numeri 3 e 5 dell’art. 360, comma 1, c.p.c., raggruppandoli per sigle (MR1, 2; VP, VA, MP, AP e MI) ciascuna con varie e plurime geminazioni, contenenti continue commistioni di fatto e diritto; indi procede all’esposizione dei vari motivi senza denunciare esattamente ed argomentare adeguatamente in ordine alle norme violate, e sempre con continui riferimenti ad una notevole congerie di fatti e documenti, in sostanza meramente indicati ma non specificati o chiariti nell’esposizione delle doglianze, in cui peraltro sono inestricabilmente contenuti elementi di fatto e di diritto senza alcun iter logico intellegibile. Inoltre la sentenza afferma che, in tema di ricorso per cassazione, il mancato rispetto del dovere di chiarezza e sinteticità espositiva degli atti processuali che, fissato dall’art. 3, comma 2, del cod. proc. amm. (secondo cui «il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica»), esprime un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile, esponendo il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell’intera impugnazione o del singolo motivo di ricorso. Ordinanza n. 26937 del 25 novembre 2020: il ricorso per cassazione redatto mediante la giustapposizione di una serie di documenti integralmente riprodotti è inammissibile per violazione del principio di autosufficienza, il quale postula che l’enunciazione dei motivi e delle relative argomentazioni sia espressa mediante un discorso linguistico organizzato in virtù di un concatenazione sintattica di parole, frasi e periodi, sicché, senza escludere radicalmente che nel contesto dell’atto siano inseriti documenti finalizzati alla migliore comprensione del testo, non può essere demandato all’interprete di ricercarne gli elementi rilevanti all’interno dei menzionati documenti, se del caso ricostruendo una connessione logica tra gli stessi, non esplicitamente affermata dalla parte. (Nella specie, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso con cui era stato impugnato il rigetto di un’opposizione agli atti esecutivi proposta avverso l’ordinanza del giudice dell’esecuzione che aveva respinto, per indebita parcellizzazione del credito, un’istanza di assegnazione preceduta da una pluralità di precetti, in quanto dal contenuto argomentativo dell’atto non era possibile trarre la puntuale indicazione delle date di notificazione dei diversi precetti, non potendosi richiedere al giudice di ricostruirle attraverso l’esame del contenuto dei documenti interpolati nel ricorso medesimo).

⁷ Cass. civ. [ord.], sez. trib., 13-01-2021, n. 342: l’onere della indicazione specifica dei motivi di impugnazione, imposto a pena di inammissibilità del ricorso per cassazione dall’art. 366, 1° comma, n. 4 c.p.c., qualunque sia il tipo di errore (*in procedendo o in iudicando*) per cui è proposto, non può essere assolto *per relationem* con il generico rinvio ad atti del giudizio di appello, senza la esplicazione del loro contenuto, essendovi il preciso onere di indicare, in modo puntuale, gli atti processuali ed i documenti sui quali il ricorso si fonda, nonché le circostanze di fatto che potevano condurre, se adeguatamente considerate, ad una diversa decisione e dovendo il ricorso medesimo contenere, in sé, tutti gli elementi che diano al giudice di legittimità la possibilità di provvedere al diretto controllo della decisività dei punti controversi e della correttezza e sufficienza della motivazione della decisione impugnata. Si veda anche l’ordinanza n. 13334 del 13 maggio 2021 secondo cui, invece, l’eccezione di inammissibilità del ricorso in quanto di tipo c.d. “farcito” non è fondata, dovendosi ribadire il principio di diritto che «In materia di ricorso per cassazione, il fatto che un singolo motivo sia articolato in più profili di doglianza, ciascuno dei quali avrebbe potuto essere prospettato come un autonomo motivo, non costituisce, di per sé, ragione d’inammissibilità dell’impugnazione dovendosi ritenere sufficiente, ai fini dell’ammissibilità del ricorso, che la sua formulazione permetta di cogliere con chiarezza le doglianze prospettate onde consentirne, se necessario, l’esame separato esattamente negli stessi termini in cui lo si sarebbe potuto fare se esse fossero state articolate in motivi diversi, singolarmente numerati» (Cass., Sez. U, n. 9100 del 06/05/2015, Rv. 635452 - 01; successive conformi. Cass., n. 7009 del 17/03/2017, Rv. 643681 - 01; Cass., n. 20335 del 24/08/2017. Rv. 645601 - 01). Ciò posto, va rilevato che quale censura comune ai tre complessi motivi proposti è la denuncia -ex art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ.- della nullità della sentenza impugnata per vizio motivazionale “assoluto” in relazione ad ogni singolo profilo della materia del contendere (violazione degli artt. 36, comma 2, n. 4, d.lgs. 546/1992, 118, disp. att. Cod. proc. civ., 111, sesto comma, Cost.). Tali censure, da esaminare pregiudizialmente come “ragione più liquida” e congiuntamente per connessione evidente, sono manifestamente fondate.

Non mancano però anche decisioni “meno severe” in cui la motivazione critica la cattiva redazione del ricorso, ma poi benevolmente salva la ammissibilità del ricorso stesso (pur magari disattendendolo nel merito)⁸; oppure accorda un termine per rielaborare l’atto contenendolo nelle dimensioni massime stabilite (nel caso di specie dal regolamento emanato dal Presidente del Consiglio di Stato⁹).

Segue: Leale collaborazione e inammissibilità del ricorso per cassazione. Il maxiemendamento

Abbiamo nel precedente paragrafo dato atto di un indirizzo giurisprudenziale che dichiara inammissibili i ricorsi per cassazione che non rispondano ad alcuni requisiti minimi ricavabile dalla legge; abbiamo altresì sottolineato come appaia difficil2e inquadrare queste pronunce in una linea coerente; posto che è dato reperire un filone di pronunce più benevole nei confronti dei professionisti meno abili o meno fortunati.

Assume dunque un considerevole rilievo l’esame delle proposte maturate nella “Commissione Luiso” e solo parzialmente recepite nel “maxiemendamento”.

La “commissione Luiso” ha infatti imboccato una linea sostanzialista e contraria ad ogni formalismo.

Nella relazione finale approvata dalla Commissione si legge:

“All’obiettivo di rendere più celere ed efficiente lo svolgimento dell’attività processuale risponde anche la prevista introduzione nel codice di procedura civile e con portata generale del principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali di parte e dei provvedimenti giudiziali. Peraltro, si è ritenuto opportuno, anche alla luce della giurisprudenza sovranazionale e costituzionale interna, inserire nella legge delega la previsione secondo cui, per quanto riguarda gli atti di parte, la violazione di tale principio non possa comportare sanzioni di invalidità o di inammissibilità dell’atto, ma possa essere presa in considerazione dal giudice solo ai fini della liquidazione delle spese giudiziali” Perciò la Commissione propone di “prevedere l’introduzione, in via generale, del principio di chiarezza e sinteticità degli atti di parte e dei provvedimenti del

⁸ Cfr. la sentenza della Cassazione n. 6965 del 12 marzo 2021 che al fine di non “sorprendere” le parti in una fase caratterizzata dall’assenza di una applicazione sistematica da parte della giurisprudenza delle suddette conseguenze delle condotte difformi (salvo alcuni sporadici ma significativi precedenti: cfr. Sez. IV, 7 novembre 2016, n. 4636.; Sez. V, 12 giugno 2017, n. 2852), accorda , nel rispetto del principio di leale collaborazione (art. 2, comma 2, del c.p.a.), invitare le parti a riformulare le difese nei predetti limiti dimensionali, con il divieto di introdurre fatti, motivi ed eccezioni nuovi rispetto a quelli già dedotti.

⁹ Così la ordinanza 3006 della sesta sezione del Consiglio di Stato del 13 aprile 2021

giudice e, con riferimento alla sua applicazione agli atti di parte, prevedere che la sua violazione: 1) non comporti sanzioni di invalidità o di inammissibilità degli stessi; 2) rilevi [solo] ai fini della liquidazione delle spese giudiziali;

Ed all'art. 12 della proposta "Luiso" si legge: Articolo 12 (Disposizioni per l'efficienza dei procedimenti civili); nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il decreto o i decreti legislativi recanti disposizioni per i procedimenti civili, dirette a rendere i predetti procedimenti più celeri ed efficienti, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: g-quater) prevedere l'introduzione, in via generale, del principio di chiarezza e sinteticità degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice e, con riferimento alla sua applicazione agli atti di parte, prevedere che la sua violazione: 1) non comporti sanzioni di invalidità o di inammissibilità degli stessi; 2) rilevi ai fini della liquidazione delle spese giudiziali".

Nel maximendamento governativo si propone però soltanto:

12. all'articolo 12, comma 1,

a. sostituire le lettere d) ed e) con le seguenti:

«d) prevedere che i provvedimenti del giudice e gli atti del processo per i quali la legge non richiede forme determinate, possano essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo, nel rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità, stabilendo che sia assicurata la strutturazione di campi necessari all'inserimento delle informazioni nei registri del processo, nel rispetto dei criteri e dei limiti stabiliti con decreto adottato dal Ministro della giustizia, sentito il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense;

e) prevedere il divieto di sanzioni sulla validità degli atti per il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico dell'atto, quando questo abbia comunque raggiunto lo scopo, e che della violazione delle specifiche tecniche, o dei criteri e limiti redazionali, si possa tener conto nella disciplina delle spese»;

“La proposta imporrà al legislatore delegato di introdurre nuove disposizioni che recepiscono e attuano i canoni della chiarezza e della sinteticità stabilendo che sia assicurata la strutturazione di campi necessari all'inserimento delle informazioni nei registri del processo, nel rispetto dei criteri e dei limiti stabiliti con decreto adottato dal Ministro della giustizia, sentito il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense. Alla lettera e) è fatto divieto di prevedere sanzioni sulla validità degli atti per il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico dell'atto, quando questo abbia comunque raggiunto lo scopo, e

che della violazione delle specifiche tecniche, o dei criteri e limiti redazionali, si possa tener conto nella disciplina delle spese”.

La spinosa questione viene così posta nelle mani del legislatore delegato e , in conclusione, del giudice (e quindi della Cassazione stessa) cui competerà cogliere la portata di formule legislative che mi paiono contorte e di dubbia interpretazione.

Mi sembra infatti che il “divieto di sanzioni sulla validità degli atti” coinvolga di per sè solo le violazioni “dei criteri e dei limiti stabiliti con decreto adottato dal Ministro della giustizia, sentito il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense”. Quindi per tutta la ampia residua casistica saranno gli interpreti a dover valutare se nelle aree non coperte dal divieto di incidere sulla validità degli atti ,le sanzioni che coinvolgono tale invalidità debbano trovare ed entro quali limiti obbligatoriamente applicazione.

Segue: Le misure che incidono sulle spese di causa

Nel sistema sanzionatorio per le violazioni del principio della “leale collaborazione” di cui il PNRR auspica il rafforzamento, ben possono anche rientrare la condanna alle spese di lite¹⁰, il raddoppio del contributo unificato.

Notevoli potenzialità presenta anche l’art. 96 c.p.c. secondo cui *“se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziaria , o iscritta ipoteca giudiziale , oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”*¹¹.

¹⁰ Cfr, la sentenza della Cassazione n. 12856 13 maggio 2021.

¹¹ In giurisprudenza si veda da ultimo l’ordinanza della Cassazione n. 9951 15 aprile 2021 (che applica però l’allora vigente art. 385 c.p.c. L’ordinanza così motiva: “conclamate e manifeste ragioni di inammissibilità del ricorso giustificano la condanna dei ricorrenti principali e di quella incidentale, ai sensi dell’art. 385, comma quarto, cod. proc. civ. (applicabile nella fattispecie *ratione temporis*), al pagamento di una «somma equitativamente determinata» (come da dispositivo), in funzione sanzionatoria dell’abuso del processo (v. Corte Cost. n. 152 del 2016; Cass. Sez. U. 05/07/2017, n. 16601). Non può a tal fine non attribuirsi rilievo alla prospettazione -peraltro attraverso una pletorica

Il PNRR sembrava preannunciare un “giro di vite” del sistema sanzionatorio qui richiamato laddove ove afferma che con il Piano “si renderanno effettivi il principio di sinteticità degli atti e il principio di leale collaborazione tra il giudice e le parti (e i loro difensori) mediante strumenti premiali e l’individuazione di apposite sanzioni per l’ipotesi di non osservanza”.

Ma nel maxiemendamento è solo stabilito: 1) la condanna di cui all’articolo 96, terzo comma, del codice di procedura civile sia pronunciata nei confronti della parte soccombente che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave;

2) con la medesima condanna possa essere disposto dal giudice, anche d’ufficio, a favore della controparte, il pagamento di una somma equitativamente determinata, non superiore al doppio delle spese liquidate e, a favore della cassa ammende, il pagamento di una somma in misura non superiore a cinque volte il contributo unificato o, in caso di esenzione di quest’ultimo, non superiore nel massimo a cinque volte il contributo dovuto per le cause di valore indeterminabile.»

La leale collaborazione tra giudici e avvocati

Concludo queste brevi considerazioni ricordando che forme di “leale collaborazione” possono ben coinvolgere la figura del giudice, come appar ovvio nella fase di merito; per la Cassazione sottolineo l’esistenza di forme di anticipazione del pensiero del relatore che offrono ai difensori la possibilità di redigere note critiche “mirate”, più efficaci proprio per via della loro specificità.

articolazione - di motivi del tutto generici e inconferenti, privi di alcun riferimento critico alla motivazione della sentenza impugnata. Tutto ciò segna l'iniziativa processuale, nel suo complesso, quale frutto di colpa grave, così valutabile - come è stato detto - «in coerenza con il progressivo rafforzamento del ruolo di nomofilachia della Suprema Corte, nonché con il mutato quadro ordinamentale, quale desumibile dai principi di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), di illiceità dell'abuso del processo e di necessità di una interpretazione delle norme processuali che non comporti spreco di energie giurisdizionali» (v. Cass. 14/10/2016, n. 20732; Cass. 21/07/2016, n. 15017; Cass. 22/02/2016, n. 3376; Cass. 7/10/2013, n. 22812)”. Pertanto il provvedimento oltre che condannare i ricorrenti alle spese li condanna altresì tutti, in solido, al pagamento della somma di Euro 6.000 ai sensi dell'art. 385, comma quarto, cod. proc. civ..

Sentenza 3830 del 15 febbraio 2021: la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., applicabile d'ufficio in tutti i casi di soccombenza, configura una sanzione di carattere pubblicistico, autonoma ed indipendente rispetto alle ipotesi di responsabilità aggravata ex art. 96, commi 1 e 2, c.p.c., e con queste cumulabile, volta alla repressione dell'abuso dello strumento processuale; la sua applicazione, pertanto, richiede, quale elemento costitutivo della fattispecie, il riscontro non dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, bensì di una condotta oggettivamente valutabile alla stregua di "abuso del processo", quale l'avere agito o resistito pretestuosamente. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito, che aveva ravvisato un'ipotesi di abuso del processo nella condotta processuale della parte che aveva adito sia il giudice amministrativo che il giudice ordinario per ottenere l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento dei docenti in virtù del possesso del diploma magistrale, senza considerare che, all'epoca della domanda, la questione era controversa non solo nel merito ma anche in relazione alla giurisdizione).

Nella procedura camerale presso la Sesta sezione (che in base al maxiemendamento dovrebbe essere soppressa), il relatore deve formulare una proposta indirizzata al coordinatore della sua sottosezione. L'abrogato testo dell'art. 380-bis – anteriore alla riforma di cui alla legge n. 197 del 2016 – prevedeva che il consigliere relatore dovesse depositare in cancelleria una «relazione» contenente la «concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia»; tale relazione doveva poi essere notificata agli avvocati delle parti unitamente al decreto di fissazione dell'adunanza in camera di consiglio. E' però a molti, ma non a me¹², parsa illogica la previsione normativa che imponeva al relatore di anticipare “monocraticamente” una decisione che sarebbe stata poi comunque “collegiale”. Con la riforma del rito operata dalla novella del 2016, l'art. 380-bis è stato interamente sostituito: ora il relatore deve limitarsi a formulare una «proposta» di fissazione dell'adunanza camerale indirizzata al coordinatore della sottosezione. Quest'ultimo, sulla base di tale proposta, emette decreto, che, oltre a fissare l'adunanza camerale presso la sottosezione, deve indicare «se è stata ravvisata un'ipotesi di inammissibilità, di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza del ricorso». È oggetto di discussione se la proposta del relatore debba limitarsi – come sembrerebbe, stando alla lettera della norma – ad indicare l'esito del giudizio (“inammissibilità”, “manifesta fondatezza” o “manifesta infondatezza”) o debba spiegare anche le ragioni di tale esito. Il punto n. 5 del Protocollo tra la Corte di cassazione, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocatura generale dello Stato, sottoscritto il 15 dicembre 2016, ha previsto che la proposta di declaratoria di “inammissibilità” menzioni la norma di riferimento e che le proposte di accoglimento o di rigetto, rispettivamente per “manifesta fondatezza” o “manifesta infondatezza”, richiamino i pertinenti riferimenti giurisprudenziali. Il decreto presidenziale deve essere notificato almeno venti giorni prima dell'adunanza ai difensori delle parti, i quali hanno facoltà di presentare memorie non oltre cinque giorni prima (così il nuovo testo del 2° comma dell'art. 380 bis cod. proc. civ.). Secondo la norma, la proposta del relatore forse non dovrebbe essere notificata alle parti, essendo un atto interno al rapporto relatore-presidente. Nella prassi, tuttavia la proposta del relatore viene notificata unitamente al decreto presidenziale. E mi pare che la conoscenza di questa proposta costituisca una sia pur ridotta forma di collaborazione fra le parti.

Funzione nomofilattica della Cassazione e certezza del diritto

¹² Nella mia esperienza di giudice in Cassazione, il confronto diretto fra il relatore ed i legali ha dato più volte risultati positivi inducendomi a modificare l'opinione espressa nella relazione

Dopo la riforma del 2016, la camera di consiglio è venuta ad essere una riunione di giudici destinata esclusivamente alla deliberazione. E il contraddittorio tra le parti è assicurato, quando si utilizza tale procedura, attraverso le memorie che i difensori possono presentare sino a cinque giorni prima dell'adunanza¹³. Per cui il confronto diretto fra le parti avanti al giudice sopravvive in cassazione solo più in caso di pubblica udienza¹⁴; che mi pare sia obbligatoria esclusivamente ove il resistente non costituito rivendichi il diritto garantitogli all'art. 370 cpc a partecipare alla "discussione orale".

A loro volta, le riforme proposte con il "maxiemendamento" sono volte -sotto un primo profilo- a ridurre il flusso degli accessi attraverso più rigide formalità dei ricorsi, tali da facilitare il lavoro del giudice e dia liberarlo dall'onere di esaminare i ricorsi mal impostati; sotto un ulteriore profilo, tendono ad accrescere il numero dei processi definiti, vuoi attraverso proposte monocratiche che chiudono il processo se nessuno le contesta, vuoi con decisioni prese al termine della camera di consiglio, con ordinanze, "succintamente motivate e immediatamente depositate in cancelleria" (dunque già sostanzialmente preparate prima della udienza); ed infine, addirittura, tagliando i tempi del confronto dialettico fra le parti e limitando la celebrazione dell'udienza pubblica, rinunciando cioè alla più elevata manifestazione della dialettica processuale ai soli casi in cui vi sia da decidere una "questione di diritto di particolare rilevanza".

Queste misure sembra richiedano, per produrre risultati adeguati, il rafforzamento di una "comune cultura" dei consiglieri che eviti imbarazzanti contraddizioni non meditate e verificate da una riflessione collettiva (qualche volta il consapevole dissenso sopravvive anche ad un aperto e chiarificatore confronto).

Tanto per fare un esempio, immaginiamo il subbuglio che potrebbe verificarsi se contribuenti che abbiano accettato la proposta sfavorevole del Giudice (possiamo qualificarlo relatore?; o non invece "decisore") venissero successivamente a sapere che altri nella loro stessa situazione hanno vinto. E questi contrasti non fossero eccezionali e sporadici, ma frequenti (come sarebbe agevole esemplificare citando attuali casi concreti). Non è del resto concepibile che i magistrati destinati a

¹³ Ulteriore innovazione della riforma è stata l'esclusione del pubblico ministero dal procedimento dinanzi alla Sesta sezione

¹⁴ Secondo la ordinanza della Cassazione n. 26480 del 20 novembre 2020, la discussione in pubblica udienza non è un diritto delle parti e quindi viene discrezionalmente concesso o negato dalla Corte. E dunque la Corte ben può affrontare in camera di consiglio anche le questioni nuove (ordinanza n. 8757 del 30 marzo 2021). Invece secondo il Consiglio di Stato il contraddittorio cartolare coatto non è conforme ai principi della Costituzione e della Carte Europea dei diritti dell'Uomo (ordinanza n.2539 del 21 aprile 2020)

svolgere la funzione di filtro non si incontrino e consultino fra di loro per giungere ad una visione comune (anche se non del tutto uniforme) circa le ipotesi di inammissibilità, manifesta fondatezza, manifesta infondatezza dei ricorsi.

Lo stesso “interpello” della Cassazione da parte dei giudici di merito, proposto sia dalla “Commissione Luiso”, sia dalla “Commissione della Cananea” costituirebbe una poco utile complicazione se non accadesse che, almeno d’ordinario, la decisione anticipata delle Sezioni Unite della Corte fosse la ragionevole premessa di un futuro indirizzo. E similmente non avrebbero alcuna utile portata e assumerebbero un significato quasi derisorio le sentenze emesse in materia tributaria dalla Cassazione (a Sezioni Unite!) “nell’interesse della legge” d’ufficio o su ricorso del Procuratore Generale della Corte di Cassazione in base all’art. 363 bis c.p.c. proposto dalla “Commissione della Cananea”¹⁵.

La riflessione all’interno della Corte di Cassazione: verso uno “stare decisis”? Governo della Magistratura e Corte di Cassazione.

Sia ben chiaro, non si auspica l’avvento di un giuridico “stare decisis” (che del resto è fuori dalle ipotesi della riforma), ma una convergenza spontanea frutto del “discutere insieme” del sondare criteri di ragionamento comuni che rendano possibile una convergenza fra mentalità diverse, fra differenti culture di partenza, fra (perché no?) ideologie politiche contrastanti.

Simile aspirazione ad una collettiva elaborazione degli indirizzi giurisprudenziali è già oggi presente nella consapevolezza dei magistrati; ancorché sia frenata dalle esigenze pratiche della realtà di un flusso imponente di ricorsi. E costituisce un profilo tutt’ora valido dell’art. art. 65, comma 1, T.U. sull’Ordinamento giudiziario approvato con r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 secondo cui la Corte di Cassazione assicura “l’uniforme interpretazione della legge” da parte della giustizia

¹⁵ Il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione può proporre ricorso per chiedere che la Corte enunci nell’interesse della legge un principio di diritto nella materia tributaria in presenza dei seguenti presupposti:

- a) la questione di diritto presenti particolari difficoltà interpretative e vi siano pronunce contrastanti delle Commissioni Tributarie Provinciali o Regionali;
- b) la questione di diritto sia nuova o perché avente ad oggetto una norma di nuova introduzione o perché non trattata in precedenza dalla Corte di Cassazione.
- c) la questione di diritto per l’oggetto o per la materia, sia suscettibile di presentarsi o si sia presentata in numerose controversie dinanzi ai giudici di merito.

Il ricorso del Procuratore generale, contenente una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell’istanza, è depositato presso la cancelleria della Corte ed è rivolto al primo presidente, il quale con proprio decreto lo dichiara inammissibile quando mancano una o più delle condizioni di cui al primo comma.

Se non dichiara l’inammissibilità, il primo presidente dispone la trattazione del ricorso nell’interesse della legge dinanzi alle Sezioni Unite per l’enunciazione del principio di diritto.

La pronuncia della Corte non ha effetto diretto sui provvedimenti dei giudici tributari.

ordinaria e della giustizia tributaria, ancorchè la Cassazione non possa più dirsi “organo supremo della giustizia”, a fronte del ruolo attribuiti dai successivi assetti ordinamentali alla Corte Costituzionale, alla Corte Europea di Giustizia, alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Mentre le riforme dell’ordinamento giudiziario determinate dalle leggi “Breganze” (25 luglio 1966, n. 570 sulla nomina a magistrato di Corte d’Appello) e “Breganzone” (20 dicembre 1973, n. 831, sulla nomina a Magistrato di Cassazione) hanno abolito esami e scrutini gestiti da commissioni composte da magistrati di Cassazione, ed hanno previsto promozioni (ad essere precisi, aumenti di stipendio) “a ruolo aperto”, cioè in numero eccedente rispetto ai posti effettivamente disponibili. Ne è conseguita una riforma anche del sistema di composizione e di elezione del Consiglio Superiore, fondata sul principio del pari valore di ogni voto e perciò sulla prevalenza nel Consiglio dei componenti eletti dai (ben più numerosi) giudici di merito¹⁶.

Queste radicali modifiche ordinamentali non hanno però cancellato quella funzione nomofilattica della Corte di Cassazione che determina l’esistenza di uno strumento tecnico da utilizzare nell’ argomentazione giuridica: richiamare una “massima” favorevole della Corte Suprema, è ancor oggi (pur se certo meno che nel 1941) un ottimo argomento a favore di chi lo invoca nella discussione.

Inoltre, il legislatore ha mostrato di voler ribadire il ruolo della Corte di Cassazione nel perseguire la certezza del diritto, sia attribuendo un valore particolare ai principi affermati dalle Sezioni Unite, come disposto nell’art. 1 della legge 80/2005 di conversione del D. L. 35/2006 in cui si prevede: “il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite vincola le sezioni semplici. Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio, rimette alle sezioni unite, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”. Sia e soprattutto confermando e ribadendo la possibilità, di cui già abbiamo parlato, che la Corte, su sollecitazione del Procuratore Generale¹⁷ o anche d’ufficio enunci il principio di diritto che regolerebbe il caso concreto “quando il ricorso proposto dalle parti

¹⁶Mi sia consentito rinviare al mio scritto sulle leggi elettorali del CSM pubblicato sul Foro italiano. Qui mi limito a ricordare che la legge istitutiva del Consiglio Superiore conferiva ben 6 seggi (su 14 componenti magistrati) ai giudici di cassazione (circa il 6% del corpo elettorale) che assieme al Procuratore Generale ed al Primo Presidente della Corte di Cassazione (componenti di diritto) svolgevano un ruolo determinante all’interno dell’organo. Inoltre i giudici della Cassazione componevano le commissioni giudicanti dei concorsi e degli scrutini per la promozione. I mutamenti della legge elettorale ispirati al principio “un uomo un voto” tolsero il primato alla Cassazione e la ragion d’essere all’UMI che nel 1972 non elesse alcun componente del CSM. Quindi, pur avendo ancora nel 1976 - con il sistema proporzionale- conquistato 509 voti e un seggio al CSM, si sciolse e rifluì nella ANM, prima delle elezioni per il CSM del 1981.

¹⁷ Si veda ,da ultimo, la sentenza delle Sezioni Unite n. 19427 dell’ 8 luglio 2021

è dichiarato inammissibile e la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza”. Una possibilità che la Cassazione nella articolazione delle Sezioni Unite ha utilizzato anche prescindendo dal requisito secondo cui le questioni debbono aver formato oggetto di un ricorso ancorchè inammissibile¹⁸ emanando sentenze che tengono il luogo di leggi organiche (ad esempio in tema di litisconsorzio nel processo tributario con la fondamentale sentenza n. 14815 del 4 giugno 2008 Pres. Carbone Rel. Merone) ; il che poi non è tanto strano posto che, a sua volta, il legislatore ama emanare norme che per ristrettezza del loro oggetto tengono le veci di sentenze.

Resta fermo che “l’affermazione della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito”, e proprio la irrilevanza pratica della pronuncia della Corte ne sottolinea l’importanza nomofilattica; posto che non viene intaccato il principio costituzionale della soggezione “solo alla legge” del singolo giudice.

Dunque si evidenzia che le indicazioni della Cassazione vengono accettate (se lo sono) auctoritate rationis e non ratione auctoritatis.

CENNI SULLE PROPOSTE RELATIVE ALLA SEZIONE TRIBUTARIA DELLA CASSAZIONE

Come noto, in Cassazione è costituita, con decreto del Primo Presidente Zucconi Galli Fonseca del 19 giugno 1999, n. 61, emesso in attuazione di un voto dell’Assemblea Generale del 1999¹⁹, la Sezione tributaria, o quinta Sezione civile. Ci si è resi conto che con la attuazione del D. Lgs. 545/1992, e la conseguente soppressione della Commissione Tributaria Centrale nonché la

¹⁸ A questi limiti si è autosottoposta la sentenza delle Sezioni Unite n. 98392 del 24 maggio 2021 (Pres. Curzio Rel. Lombardo) in cui si legge:

Osservano le Sezioni Unite come non tutti i quesiti posti dall’ordinanza di rimessione pongano questioni la cui soluzione è necessaria ai fini della decisione del caso sottoposto; essi, pertanto, verranno esaminati dal Collegio nei limiti della loro rilevanza, ossia in quanto rappresentino un presupposto o una premessa sistematica indispensabile per l’enunciazione di principi di diritto utili alla soluzione delle questioni sottoposte con i motivi del ricorso in esame. Questa necessaria delimitazione delle questioni da trattare è legata alle funzioni ordinamentali e alle attribuzioni processuali delle Sezioni Unite, compito delle quali non è l’enunciazione di principi generali e astratti o di tesi teoriche su ogni possibile questione di diritto collegata al caso da decidersi, ma l’enunciazione di quei soli principi di diritto che risultano necessari alla decisione del caso della vita da decidersi (in questo senso già Cass., Sez. Un., n. 12564 del 22/05/2018); basti osservare che lo stesso "principio di diritto nell’interesse della legge", che la Corte di cassazione può essere chiamata ad enunciare ai sensi dell’art. 363 cod. proc. civ., deve comunque corrispondere alla regola giuridica alla quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi nella risoluzione della specifica controversia. Ciò premesso, può passarsi all’esame delle questioni sottoposte, nei limiti in cui la soluzione di esse rilevi ai fini della decisione del ricorso, secondo il loro ordine logico.

¹⁹ Mi sia consentito ricordare che la relativa proposta è stata da me presentata alla Assemblea

introduzione del ricorso per cassazione contro le decisioni rese dalle Commissioni tributarie regionali, la Corte di Cassazione sarebbe stata investita (come in effetti è avvenuto) di un flusso di ricorsi tributari tale da rendere impossibile la loro gestione all'interno della prima sezione civile.

Ora da più parti si auspica un intervento legislativo simile a quello realizzato nel 1973 con la creazione della sezione lavoro.

Simile ratifica legislativa potrebbe poi essere l'occasione per emanare disposizioni che pongano un qualche rimedio agli inconvenienti che nascono dallo scarso gradimento che la sezione tributaria raccoglie presso i magistrati di cassazione e dal conseguente rapido turn over fra i magistrati della "quinta sezione"; favorendo con questa maggiore stabilità la formazione di indirizzi giurisprudenziali più omogenei²⁰.

Problemi più complessi ed incisivi nascono (o meglio sorgerebbero) ove venisse accolta ed attuata la proposta di costituire una vera e propria "quinta giurisdizione" composta di magistrati di carriera dediti esclusivamente alle controversie tributarie.

Quale rapporto è possibile ipotizzare fra la "quinta giurisdizione" e la Corte di Cassazione?; è una difficoltà talmente insormontabile da impedire la stessa creazione della "quinta giurisdizione" o comunque da condizionarne la nascita?

Noi ci troveremmo infatti ad avere due strutture difficilmente coordinabili: un corpo di qualificati magistrati tributari di merito le cui sentenze sarebbero ricorribili avanti ad una Corte di legittimità composta da magistrati ordinari, che nei primi decenni della loro carriera non si sono occupati (o si sono occupati solo marginalmente ove sopravvivano i giudici part time) di questioni tributarie. In verità la soluzione più coerente con il disegno costituzionale mi parrebbe il conferimento della materia tributaria a sezioni specializzate dei Tribunali e delle Corti d'Appello

²⁰ Osserva Maria Casola: "sul tema degli incentivi ai magistrati, quale strumento per indurre e stimolare la permanenza nello svolgimento di alcune particolari funzioni, avvertite come particolarmente onerose o disagiate, nell'attuale sistema ordinamentale esistono due tipologie di strumenti, quelli di natura economica e quelli di natura curricolare. Gli incentivi economici sono uno strumento largamente impiegato per i magistrati trasferiti a sedi disagiate e di recente riconosciuti anche ai magistrati destinati alla pianta organica flessibile distrettuale. Gli incentivi di natura curricolare hanno rilievo sul piano ordinamentale e tabellare e possono consistere in titoli preferenziali o in punteggi aggiuntivi riconosciuti al magistrato per i suoi futuri percorsi professionali (es. per il conferimento di incarichi di dirigenza giudiziaria o per l'assegnazione alle sezioni della Corte). In entrambi i casi, la fonte di produzione giuridica della norma attributiva dell'incentivo dovrebbe essere di rango ordinario e dovrebbe fondarsi su un adeguato canone di ragionevolezza". "quanto alla possibilità di incentivazione della permanenza presso la sezione tributaria, può ipotizzarsi il conferimento delle funzioni di presidente di sezione "tributaria" sulla base di requisiti attitudinali specifici quali l'esercizio delle funzioni di legittimità presso tale sezione per un determinato periodo (es. almeno quattro anni)".

Civili; ma questa prospettiva è stata unanimemente respinta in quanto rischierebbe di aggravare ulteriormente la crisi della giustizia civile.

Non resta quindi che la soluzione di prevedere che i giudici tributari “di carriera” possano in qualche modo ed in qualche misura entrare a far parte, aver voce in capitolo, nella sezione tributaria della Cassazione²¹.

Soluzione apparentemente semplice ma che rischia di pregiudicare la unitarietà della Corte di Cassazione in cui tutti i magistrati addetti possono esercitare il loro magistero in qualunque articolazione della Corte, mentre i “consiglieri tributari” opererebbero in una sola sezione specializzata. Del resto, la sezione tributaria della Corte è - e resterebbe- giudice dell'intero rapporto sostanziale e processuale con funzione nomofilattica anche sulle questioni non tributarie.

Il problema si aggraverebbe ove la disciplina speciale per la Sezione Tributaria ne facesse un corpo sostanzialmente separato rispetto al resto della Corte creando una sorta di “nuova giurisdizione” o comunque spezzando la unitarietà nomofilattica della Cassazione.

Pericolo che mi pare evidente ove si approvasse il PDL Savino del 2014²² che, seguendo una indicazione del prof. Cesare Glendi specifica: “un'apposita sezione tributaria della Corte di Cassazione, composta da trenta giudici, ripartiti in cinque sottosezioni in ragione della materia, di cui la prima presieduta dal presidente della sezione tributaria e le altre da uno dei loro componenti, con l'espressa previsione che il presidente della sezione tributaria della Corte di cassazione può disporre che i ricorsi che presentano questioni di diritto già decise in senso difforme dalle sottosezioni e quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza siano decisi da un collegio unitariamente composto dai presidenti delle cinque sottosezioni o, in loro vece, da un componente di ciascuna sottosezione designato dal rispettivo presidente. Una nuova disciplina del procedimento davanti alla sezione tributaria della Corte di cassazione mantenendo solo alcune delle disposizioni previste dal codice di procedura civile e adeguando quelle conservate, in modo da garantire una ragionevolmente contenuta diversità del terzo grado del processo tributario rispetto a

²¹ ritengo di condividere l'opinione di Maria Casola secondo cui “la collocazione della Corte di Cassazione quale vertice della giurisdizione e titolare della funzione nomofilattica e la tassatività del sistema di reclutamento dei meriti insigni portano ad escludere che al suo interno possano operare giudici appartenenti a giurisdizioni diverse e, peraltro, soggetti a diverse regole di ordinamento giudiziario e di autogoverno (CSM, CPGA, CPCC). Peraltro, per tutti gli uffici giudiziari vale la possibilità di composizione solo da parte di magistrati ordinari e, nei casi previsti dalla legge, conformi all'art. 106 Cost. di persone estranee alla magistratura che assumono la veste di magistrato onorario uti cives, e non quali giudici o funzionari pubblici (art. 106, comma 2) Cost”.

²² Si veda anche la proposta Pagliaro- Glendi DDL 988/S della XVII legislatura

quello interamente disciplinato dal codice di procedura civile, privilegiando in ogni caso il ruolo nomofilattico della sezione tributaria della Corte di cassazione quale organo apicale della giurisdizione tributaria.”

Ma non ritengo opportuno addentrarmi in tutta la complessa casistica ipotizzabile; mi pare cioè logico attendere, su un tema tanto importante e sicuramente non esclusivamente tecnico, le decisioni del potere politico. E trarne le conseguenze.

Soltanto sottolineo come l'ipotesi di creare nelle Commissioni Tributarie Regionali sezioni composte di magistrati ordinari (oltre che amministrativi e contabili) fuori ruolo ed incaricati di decidere le controversie di maggior valore (nonché presumibilmente presiedere la Commissione), risolverebbe, almeno provvisoriamente, il nodo consentendo di attingere da questa sezione di merito consiglieri destinati alla sezione tributaria della Cassazione

LA PIU' RILEVANTE NOVITA': VERSO LA CASSAZIONE MONOCRATICA?

La maggiore innovazione relativa al processo di cassazione enunciata nel “maxiemendamento” seguito alla “relazione Luiso” (sostanzialmente condivisa dalla relazione “della Cananea” sulla giustizia Tributaria) mi pare scolpita nella lettera e dell'art. 6bis che introduce

“un procedimento accelerato, rispetto alla ordinaria sede camerale, per la definizione dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente fondati o infondati, prevedendo:

1) che il giudice della Corte formuli una proposta di definizione del ricorso, con la sintetica indicazione delle ragioni della inammissibilità, della improcedibilità o della manifesta fondatezza o infondatezza ravvisata;

2) che la proposta sia comunicata agli avvocati delle parti;

3) che, se nessuna delle parti chiede la fissazione della camera di consiglio nel termine di venti giorni dalla comunicazione, il ricorso si intenda rinunciato e il giudice pronunci decreto di estinzione, liquidando le spese, con esonero della parte soccombente che non presenta la richiesta di cui al presente numero dal pagamento di quanto previsto dall'articolo 13, comma 1-quater, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115”.

Sul piano formale la disposizione contiene una evidente disarmonia tra la previsione che il procedimento accelerato coinvolga anche i casi di “manifesta fondatezza del ricorso” e la affermazione secondo cui in caso di mancata richiesta di fissazione della camera di consiglio “il

giudice pronuncia (sempre e soltanto) decreto di estinzione”. Infatti in caso di “manifesta fondatezza del ricorso” il decreto di estinzione (della mera fase di cassazione) dovrà quasi sempre contenere un qualcos’altro cioè il rinvio al giudice di merito o la decisione nel merito (384, 2° comma c.p.c.). Si dovrà inoltre chiarire che in caso di rinvio il giudice di merito è vincolato ad attenersi alla motivazione del Giudice unico di Cassazione; anche se sembra ovvia la risposta positiva.

Un ulteriore non piccolo problema nasce quando ci domandiamo in quale rapporto si pongano questi decreti di estinzione con il “diritto vivente”, che trova nella Corte di cassazione la sua fonte più autorevole²³,

Il quesito ha in primo luogo un profilo teorico, ma pone anche rilevanti problemi pratici; all’avvocato preme sapere quale è l’orientamento della Corte in tema di inammissibilità del ricorso, nella interpretazione delle leggi, e quindi avrà un rilevante interesse a conoscere l’indirizzo sotteso ad ogni decreto di estinzione; si dovrà procedere ad una massimazione delle proposte di definizione andate buon fine? Direi di sì. L’interesse degli Avvocati esprime un richiesta di trasparenza e conoscibilità che è comune alle esigenze della “società civile”

Emerge qui un ulteriore nodo di un certo interesse; siamo tutti portati a dar poco peso, a trascurare le pronunce emesse con procedure semplificate in quanto di soluzione “evidente” cioè “pacifica”, ma in realtà queste decisioni meritano sovente un secondo sguardo e magari una massimazione (come oggi accade per le ordinanze della sezione sesta civile, che verrà soppressa e sostanzialmente sostituita dalla procedura di cui ci andiamo occupando) perché attestano l’esistenza di un indirizzo consolidato, svolgono il ruolo in antico proprio dalle “massime consolidate” tali attestate dal Direttore del Massimario.

Quanto specificamente alle difficoltà della classe forense (e quindi del diritto delle parti ad un giudizio completo e collegiale) non si può nascondere il timore che il collegio cui la parte dissenziente si rivolga si appiattisca sulla proposta del giudice unico e magari calchi la mano nella liquidazione delle spese o nella applicazione dell’art. 96 c.c.. In fondo se la riforma non produrrà il giustamente agognato effetto deflattivo la “colpa” sarà addebitata ai giudici della Corte di Cassazione.

²³ La Corte di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza della legge e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale» (art. 65, comma 1, T.U. sull’Ordinamento giudiziario approvato con r.d. 30 gennaio 1941 n. 12)

Del resto, mi pare che la riforma renda opportuno iniziative del presidente della sezione tributaria della Cassazione (e delle altre sezioni) per promuovere incontri fra i colleghi per elaborare (pur nella ovvia totale autonomia dei giudicanti) in qualche misura delle linee condivise che incanalino la gestione di questo rilevante potere.

In vece del popolo italiano. Percorsi per affrontare la crisi della Magistratura, Atti del convegno annuale del Centro Studi Rosario Livatino tenutosi a Roma – Senato della Repubblica 29 novembre 2019, a cura di Alfredo Mantovano, Edizioni Cantagalli, Siena 2020.

In vece del popolo italiano- percorsi per affrontare la crisi della Magistratura, Atti del convegno annuale del Centro Studi Rosario Livatino tenutosi a Roma – Senato della Repubblica 29 novembre 2019— A cura di Alfredo Mantovano – con Saluto di **Filippo Vari- Prefazione di **Giulio Prosperetti**. Relazioni di **Mauro Ronco** (La Magistratura nell’ordinamento costituzionale italiano); **Giancarlo Mangiardo** (La Magistratura in Italia. Una lettura integrata nel tempo attraverso i dati statistici); **Carlo Guarnieri** (La Magistratura italiana: un’analisi organizzativa); **Domenico Airoma** (Le correnti: il sistema e gli effetti); **Alfredo Mantovano** (Le riforme necessarie e possibili). **Con il “Discorso del Santo Padre Francesco ai membri del Centro Studi Rosario Livatino”** . Edizioni Cantagalli – Siena- 2020, pp 102 €13,00**

E’ certo una ovvietà sottolineare come la Magistratura italiana sia oggi investita da un complesso di critiche; ed abbia perso (forse è più esatto dire “dissipato”) la gran parte di quel consenso, che le derivava dall’aver costituito il perno della lotta dello Stato contro la violenza politica e mafiosa, contro le varie forme di corruttela.

Mentre non è affatto ovvia l’ identificazione delle circostanze che hanno determinato questa perdita di popolarità; ed ancor più difficile è valutare se, ed in quale parte, questo calo di consensi sia effetto di una qualche “colpa” o disfunzione del giudiziario cui sarebbe meritorio porre rimedio; oppure debba essere serenamente accettato come conseguenza di scelte giuste, “coraggiose” e “controcorrente”.

Perciò la riflessione sulle problematiche della giustizia in Italia non può essere circoscritta alle ovvie negative considerazioni sulle prassi evidenziate dalla “vicenda Palamara”. Ed infatti il convegno 2019 del Centro studi Rosario Livatino è stato aperto da una lucida relazione del prof. Mauro Ronco che ha evidenziato la profonda trasformazione del ruolo della Magistratura nell’ordinamento costituzionale italiano a seguito di un insieme di impulsi sociali e di riforme politico giuridiche; non ultima la sostanziale abolizione ad opera della legge costituzionale n. 3/1993 di quella “autorizzazione a procedere” che nella sostanza sottraeva i parlamentari alla giurisdizione penale.

Ronco indica con chiarezza le modifiche costituzionali che hanno assegnato alla Magistratura un ruolo fondamentale nel garantire non solo più il “rispetto della Costituzione”, ma anche quello “dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali” (art. 117 Cost. come modificato dalla legge costituzionale n.3/2001); con “un novorum normativo che rompe il dominio della legalità interna; con il corollario della perdita della posizione di centralità giuridica del Parlamento e della sovranità politica. Il potere sovrano tende a passare dalla classe dei politici eletti dal popolo, alla classe dei giudici”; con conversione, soggiungo, della “democrazia parlamentare” alla “democrazia giudiziaria”.

Residua dunque al Parlamento, constata Ronco, solo una funzione normativa sub primaria, in cui al Parlamento sfugge la possibilità di *“intercettare le regole che nascono dall'interpretazione giudiziale, in quanto queste si avvalgono di un formante internazionale ed europeo o, al limite costituzionale, che sfugge completamente al potere determinativo del Parlamento”*.

Infine Ronco sottolinea come il potere politico abbia, sotto profili fondamentali, delegato ai magistrati il compito di plasmare la politica giudiziaria e la politica criminale. La bilancia viene cioè anche qui a *“pendere sull'organo che si è affermato come rappresentante politico dell'intera magistratura, cioè il Consiglio Superiore della Magistratura, nonché sulle Procure della Repubblica e sulla Direzione Nazionale Antimafia. La delineazione dei fini della politica giudiziaria e, soprattutto, della politica criminale sfugge al Parlamento e, conseguentemente al Governo, che ne dovrebbe essere l'esecutore fedele”*.

Nel quadro tracciato dal saggio di Mauro Ronco si collocano le ulteriori relazioni.

Incalza **Carlo Guarnieri**: *“la conseguenza forse più critica della odierna situazione è che l'assetto organizzativo lascia al giudice spazi di interpretazione dei testi normativi estremamente ampi. Ci si può quindi domandare in che misura la “soggezione alla legge” da parte del giudice possa essere ancora considerato un elemento di garanzia, dato che sempre più spesso la “legge” è posta dallo stesso giudice”*.

Si tratta di una considerazione che assume ancora maggiore rilievo nel caso del pubblico ministero. In quanto , *“gli spazi di discrezionalità sono ancora maggiori, visto il carattere inevitabilmente complesso delle attività di questo magistrato”*. Si tratta di spazi che spesso *“non trovano nel giudice un valido contrappeso, forse anche per via del nesso organizzativo che lo lega al pubblico ministero. Il risultato è lo sviluppo di un notevole potere, come indirettamente*

dimostrato dalle pressioni, ormai di pubblico dominio, che da ogni parte vengono spesso esercitate sul CSM quando si tratta di decidere la nomina dei capi delle procure più importanti”.

Conclude Guarnieri: *“l’attuale assetto della nostra magistratura non sembra garantire la qualità delle capacità professionali dei suoi componenti”. Anzi, proprio la debolezza delle valutazioni di professionalità lascia ampio spazio a pressioni di vario tipo, specie nel processo di nomina alle posizioni di maggiore rilievo. Il dilatarsi poi dei margini di discrezionalità interpretativa rende sempre più illusoria la "soggezione" del giudice alle norme del sistema giuridico".* Ne consegue il progressivo indebolimento della garanzia dei diritti del cittadino - affidata alle mutevoli interpretazioni del magistrato - e dello stesso legame con la sovranità popolare, tradizionalmente assicurato dalla "soggezione" del giudice alla legge. Ci troviamo così di fronte *“ad un processo di «giudiziarizzazione della politica» che, alla lunga, non può non innescare un mutamento radicale della natura del nostro regime politico, con conseguenze ancora non facili da valutare appieno”.*

A sua volta **Domenico Airoma** prende in esame le conseguenze sull’ “universo giustizia” della presenza delle correnti. E correttamente osserva come in simile riflessione si debba logicamente prender le mosse dalla esistenza di Magistratura Democratica (ora ampliata come “Area”) cioè di un soggetto politico che giustamente Airoma qualifica come “molto più di una corrente”.

Il sorgere di un raggruppamento di magistrati dichiaratamente schierato nell’agone politico come “di sinistra” e che orgogliosamente rivendita i riflessi di questa scelta anche in sede giurisprudenziale ha per logica conseguenza determinato il sorgere di correnti che hanno assunto come valore fondante l’esigenza che i magistrati siano estranei allo scontro politico dei partiti; in particolare è sorta la corrente denominata “Magistratura Indipendente”; e la dialettica fra Magistratura Democratica e Magistratura Indipendente ha costituito una costante del dibattito ideale interno della magistratura, con ricadute non irrilevanti sull’esercizio del potere giudiziario.

Questo dibattito ha assunto toni e atteggiamenti diversi a seconda delle tematiche su cui MD ha scelto di esercitare la propria “politicalità”.

Si deve cioè -secondo me- dar atto che quando il “gigantismo giudiziario” di cui Airoma registra la esistenza si è esercitato su tematiche largamente condivise nella opinione pubblica e nella magistratura, quali la lotta alla criminalità organizzata ed alla corruzione, il dibattito circa il valore e

le modalità di esercizio di questo “gigantismo” non ha seguito le linee di frattura correntizie e ha dato luogo a convergenze (che alcuni definivano “sorprendenti”) fra magistrati di MI e colleghi di MD uniti, ad esempio, dalla solidarietà (o dalle critiche) verso il pool di “mani pulite”; verso le proposte ordinamentali ed operative di Giovanni Falcone.

Oggi l’area culturale di cui MD fa parte appare orientata a cavalcare istanze fortemente divisive in particolare a resuscitare “ *sotto nuove vesti, la polemica contro il formalismo e la legalità positiva; secondo cui giudici sono chiamati a incarnare la missione loro assegnata da quella parte della dottrina che ritiene che le questioni attinenti in particolare al bio-diritto non possano essere affidate alle mutevoli maggioranze parlamentari ma vadano attribuite a chi è capace di assecondare la nuova corrente antropologica*”, che teorizza “nuovi diritti” che deriverebbero dalla teoria del gender; dal riconoscimento della filiazione omosessuale; dal così detto “diritto ad accedere ad una morte dignitosa”.

Il testo di Airoma si conclude con la enunciazione di un conflitto di principio già pienamente avvertito dalla sapienza greca. Troviamo infatti nei testi classici la notissima affermazione di Antigone sul prevalere delle leggi di Zeus e della Giustizia, dell’Ethos, sui comandi degli uomini. E vediamo che la sofoclea tragedia di Antigone, viene tradizionalmente interpretata come un attacco al formalismo di Creonte posto che : «non era Zeus che bandiva il (tuo) editto, né la Giustizia che è presso i numi infernali».

Ma, a ben vedere, Creonte non si appella però solo al valore formale delle sue leggi, né è ha emesso il divieto di procedere alla sepoltura di Polinice per capriccio o per sadismo; al contrario agisce in osservanza di una concezione barbarica della giustizia che esige il traditore della patria sia punito anche dopo morto. Dunque alla «giustizia di Antigone» (« non per odiare, ma per amare sono nata») si contrappone una patriottica «giustizia di Creonte» («chi volle devastare la terra nativa, saziarsi di sangue e menar schiavi i cittadini...sia abbandonato insepolto cadavere»); le propagini della «giustizia di Creonte» si estendono del resto fino ai giorni nostri, come dimostrano i non infrequenti episodi di vilipendio del cadavere del nemico vinto (a Piazzale Loreto come a Kabul).

Alfredo Mantovano che ha curato la pubblicazione degli atti ha anche assunto il profilo più difficile: cioè la indicazione del “quid agendum”, il compito di individuare quali strumenti, quali valori possano in qualche misura consentire di superare , porre rimedio allo sconcerto suscitato

dallo “scandalo Palamara”. Ed anche di sciogliere alcuni dei nodi suscitati dall’attuale assetto della Magistratura.

Mantovano individua due istituti in cui si realizza una confusione di funzioni e qualifiche: il pubblico ministero e la sezione disciplinare del Consiglio Superiore; e propone la eliminazione di queste contraddizioni istituzionali.

L’A. descrive con precisione la situazione attuale:

“l’esigenza di una separazione vera fra P.M. e giudice non sussisteva 40 anni fa, perché l’ordinamento e il codice di procedura penale erano differenti: in base al codice di procedura penale del 1930 la polizia giudiziaria svolgeva le indagini con un margine di autonomia e, a conclusione, ne consegnava gli esiti al P.M. Il P.M. non era il coordinatore delle indagini, bensì colui che a esse garantiva un filtro di giuridicità per trasmettere al giudice quel che meritava di essere sottoposto a giudizio. Con un sistema del genere si giustificava l’appartenenza del P.M. e del giudice al medesimo ordine giudiziario. Col codice di procedura penale del 1988 il cambiamento è stato sostanziale: il P.M. è diventato il capo della polizia giudiziaria, dirige le indagini e poi le sottopone alla verifica del giudice; è parte pubblica a tutti gli effetti. Pubblica, ma parte. Non ha senso che appartenga in tutto e per tutto al medesimo ordine del giudice: svolge un ruolo diverso. Su questo la Commissione Bicamerale per le riforme istituzionali - quasi un quarto di secolo fa! - aveva raggiunto una intesa di massima fra gruppi politici di orientamento differente: a conferma di una convinzione prevalente, al di là delle appartenenze di schieramento”.

Propone anche una soluzione piuttosto drastica: una forma di separazione dei requirenti dai giudicanti di guisa che il giudicante sia liberato dal vincolo (già segnalato da Guarnieri) con il requirente che nasce dalla appartenenza ad un medesimo corpo con la concreta possibilità che il requirente sia chiamato -ad esempio- a formulare pareri sulla capacità professionale del giudicante.

Alcuni hanno prospettato una diversa soluzione che mi parrebbe teoricamente preferibile, ma che credo inattuabile: l’obbligo per il magistrato di alternare le funzioni giudicanti con quelle requirenti, in modo da favorire una completa omogeneità di atteggiamenti e di valori. Ma una proposta di questo genere, avanzata da ultimo da Ettore Manca in *Quotidiano di Puglia* 13 febbraio 2021, incontrerebbe in primis la opposizione dei PM che farebbero non a torto notare che costringere chi abbia manifestato elevate capacità inquirenti a trasferirsi in un ufficio civile (e viceversa) sarebbe uno spreco di comprovate professionalità.

Forse ha maggiori possibilità di essere accolta l'altra proposta ripresa da Mantovano, che porrebbe eliminare l'assurdo costituito dal fatto che organo giudicante delle responsabilità disciplinari dei magistrati è l'apposita sezione disciplinare del CSM *“i cui componenti togati sono finora stati eletti con criteri di appartenenza correntistica da quegli stessi magistrati potenzialmente destinatari dell'accertamento disciplinare”*.

Si potrebbe, ad esempio, suggerisce Mantovano, estrarre i giudici disciplinari a sorte tra un elenco di personaggi qualificati (alti magistrati a riposo, rettori universitari...) oppure conservare la scelta attraverso elezioni ma con votazione separata rispetto ai componenti dell'“altro” CSM che conserverebbe le attuali funzioni amministrative (talvolta “alte” tal altra di minor rilievo).

In definitiva, mi pare si debba prender atto dell'importante ruolo culturale che oggi esercita il “Centro Livatino” costituendo una “voce fuori dal coro” del “pensiero unico” portato avanti, anche nel settore giuridico, da riviste di peso e rilevante spessore quali “Giustizia Insieme” e “Questione Giustizia”.

Giancarlo Cirielli

La rilevanza dei precedenti disciplinari nell'ordinamento giudiziario, in assenza della riabilitazione disciplinare

I precedenti disciplinari hanno un indubbio rilievo in molti aspetti della vita professionale e della progressione di carriera dei magistrati e risulta necessario domandarsi in che modo essi abbiano incidenza sulle valutazioni di professionalità, sull'accesso agli incarichi direttivi e semidirettivi e sull'assunzione di incarichi di vario genere da parte dei magistrati e se il passare del tempo, unitamente al successivo percorso professionale virtuoso, possa determinare una attenuazione ovvero un totale venir meno dei loro effetti negativi. La presente disamina, che non ha la pretesa di essere esaustiva della materia, intende porre l'attenzione su alcuni degli aspetti più rilevanti e per certi versi, controversi, della questione nella articolata disciplina dell'ordinamento giudiziario e nella prassi applicativa.

È necessario porre in rilievo in quali situazioni i precedenti disciplinari incidano sulla vita professionale e sulla progressione di carriera dei magistrati, con quali modalità e con quali limiti si manifesti la detta rilevanza, tenendo conto della mancanza di una forma generale di riabilitazione disciplinare nell'ordinamento giudiziario.

La Corte costituzionale con la sentenza del 22 giugno 1992, n. 289¹ aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto formato dall'art. 87 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), e dall'art. 276 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario), nella parte in cui consentiva - tra le disposizioni generali relative agli impiegati civili dello Stato non in contrasto con le norme dell'ordinamento giudiziario - l'applicazione ai magistrati della riabilitazione prevista per i detti impiegati colpiti da sanzione disciplinare. La questione si era posta perché la Corte di Cassazione civile a sezioni unite² aveva sostenuto che l'art. 87 d.P.R. 1957 n. 3 - il quale, per gli impiegati civili dello Stato cui sia stata inflitta sanzione disciplinare, prevede, con eliminazione degli effetti della sanzione medesima, la riabilitazione, ove siano trascorsi due anni con il

¹ Corte costituzionale sentenza 22.6.1992, n. 289 <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1992/06/24/092C0758/s1>

² Cassazione civile a sezioni unite - 06/04/1991, n. 3612 Nuova giur. civ. commentata 1992, I,77 (nota). Foro it. 1992, I,2802.

conseguimento della qualifica di “ottimo” - trovasse applicazione anche nei confronti dei magistrati, in relazione al richiamo delle disposizioni generali relative a detti impiegati contenuto nell'art. 276 R.d.l. 31 maggio 1946 n. 511. La Suprema Corte aveva considerato che tale riabilitazione non si ponesse in contrasto con le norme dell'ordinamento giudiziario, nè con lo “status” riconosciuto ai giudici, mentre la mancanza, per questi ultimi, di “note caratteristiche”, con qualifiche di merito, implicasse, ai fini della riabilitazione, la necessità di acquisire un apposito parere del competente consiglio giudiziario.

La Corte costituzionale, investita dalla Sezione disciplinare in via incidentale in un procedimento relativo ad un magistrato, che aveva richiesto l'applicazione della riabilitazione, in costanza della sopra indicata interpretazione giurisprudenziale, aveva ritenuto di dover escludere l'applicazione dell'istituto nelle forme previste dall'art. 87 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, in ragione delle differenze e delle peculiarità sussistenti nello status del magistrato rispetto al quello del dipendente dello Stato. La Corte aveva evidenziato che il trattamento differenziato per i magistrati era *“imposto dalla stessa Costituzione, la quale, agli articoli da 101 a 113, prevede apposite disposizioni dirette ad assicurare, a garanzia dell'autonomia e dell'imparzialità di una funzione di vitale importanza per l'esistenza e l'attuazione di uno Stato di diritto, la più ampia tutela dell'indipendenza dei giudici, considerati sia come singoli soggetti sia come ordine giudiziario”*. Inoltre, nella sentenza si sottolineava che correttamente il legislatore, in ragione delle suddette differenze e peculiarità dello status giuridico delle due categorie di dipendenti pubblici, aveva regolato diversamente il relativo procedimento disciplinare, prevedendo le forme del procedimento amministrativo per quello inerente il pubblico impiegato comune e del procedimento giurisdizionale per quello riguardante i magistrati.

Con l'esclusione dall'ordinamento giudiziario della particolare riabilitazione di cui all'art. 87 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, ritenuta specificamente non adatta allo scopo, la Corte costituzionale non ha inteso impedire il futuro inserimento di un adeguato istituto riabilitativo disciplinare per i magistrati. Infatti, la Corte ha esplicitamente ammesso la possibilità che il legislatore possa prevedere un istituto di tal tipo, che sia però coerente con il sistema disciplinare e con lo status giuridico dei magistrati³.

³ Sentenza nota 1: “ ... Del resto, se si può ammettere che la riabilitazione, come istituto in sé considerato, sia espressione di un principio generale e di un'esigenza che, ancorché non rispondenti ad alcuna norma costituzionale, possono comunque trovar applicazione anche all'interno di un sistema disciplinare ispirato a paradigmi giurisdizionali, come quello previsto per i magistrati, ciò non può significare affatto che la raffigurazione di

Anche il CSM, con delibera approvata il 31 maggio 2017, ha proposto al Ministro, ex art. 10, l. n. 195/58 di attivarsi per introdurre l'istituto della riabilitazione disciplinare, delineando un regime in cui, a richiesta del magistrato interessato, possa dichiararsi la riabilitazione per illeciti disciplinari sanzionati con le più lievi sanzioni dell'ammonizione e della censura⁴. Tuttavia, allo stato, l'istituto non ha trovato ancora una adeguata formula normativa, con la previsione di una figura generale di riabilitazione disciplinare.

quell'istituto generale sia perfettamente rispecchiata nella particolare fattispecie regolata dall'impugnato art. 87. Infatti, se è ben vero che in ciascuna delle forme di riabilitazione previste nell'ordinamento vigente - segnatamente sia nella riabilitazione penale (art. 178 c.p.) e in quella civile (art. 466 c.c.), sia nella riabilitazione dei pubblici impiegati (art. 87, del d.P.R. n. 3 del 1957) e in quella del fallito (artt. 142-145 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267) - si riscontra un nucleo normativo comune, tanto con riferimento ai presupposti per l'applicazione (decorso del tempo e valutazione della buona condotta) quanto con riferimento agli effetti (estinzione di specifiche incapacità giuridiche e di effetti ulteriori rispetto alla sanzione principale della condanna), non è meno vero che ciascuna delle forme di riabilitazione indicate costituiscono un modello a sé, composto da una diversa combinazione e da una diversa determinazione degli elementi essenziali sopra ricordati. E non vi è dubbio che la scelta di un modello ovvero di un altro e, persino, la scelta di affidare alla riabilitazione ovvero a meccanismi diversi l'eliminazione degli effetti ulteriori della condanna disciplinare spettano al legislatore, il quale, nell'esercizio non irragionevole della sua discrezionalità politica, deve valutare quale istituto o quale modello sia più coerente con il sistema disciplinare considerato".

32

ampia delle norme che contemplano l'attenuarsi o l'eliminazione degli effetti deteriori delle sanzioni disciplinari non espulsive, perché se è un indubbio interesse del singolo - dopo un certo tempo - a vedersi riammesso a pieno titolo nell'istituzione in cui opera, senza il residuo di "marchi" infamanti, è sicuramente utile alla stessa istituzione la ricostituzione completa del rapporto fiduciario con il magistrato, dal quale non può che scaturire un maggiore impegno e determinazione del magistrato medesimo nell'adempimento dei propri doveri d'ufficio. Viceversa, come è ovvio, la sussistenza e la permanenza per un tempo indefinito di uno stigma in capo al magistrato sanzionato, non può che generare disaffezione e disimpegno e quindi un rendimento professionale inferiore a quello potenziale.

Sicuramente, rientra nei poteri valutativi dei Consigli giudiziari e, soprattutto, del Consiglio Superiore della Magistratura l'applicazione delle norme vigenti, che consentano effetti di tipo riabilitativo. L'interpretazione di tali norme, per le ragioni sopra esplicitate, non dovrà necessariamente ispirarsi al principio di negatività e di aprioristica preclusività della sanzione disciplinare, sulla scorta di una lettura affrettata della sentenza 1992/289 della Corte costituzionale e della constatazione dell'assenza della riabilitazione disciplinare. Difatti, la stessa sentenza, oltre a non prevedere una esclusione "a prescindere" dell'istituto della riabilitazione nell'ordinamento giudiziario, come già osservato, ha espressamente indicato la previsione dei meccanismi diversi dalla riabilitazione, ma concorrenti all'eliminazione degli effetti negativi della condanna disciplinare (vedi nota 2).

Il DLG 2006/160, sulla progressione economica e di funzioni dei magistrati, all'art. 11, nel disciplinare le valutazioni di professionalità quadriennali, individua situazioni nelle quali si debbano valutare, anche, i precedenti disciplinari dei magistrati. Infatti, al comma 4, si afferma che il Consiglio giudiziario debba acquisire e valutare, tra le altre cose, *"le informazioni disponibili presso il Consiglio superiore della magistratura e il Ministero della giustizia, anche per quanto attiene agli eventuali rilievi di natura contabile e disciplinare"* allo scopo di formulare il parere motivato da trasmettere al Consiglio superiore della magistratura.

La correlata Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007, sulle valutazioni di professionalità dei magistrati, al Capo II "DISPOSIZIONI GENERALI", stabilisce che *"Il Consiglio superiore procede alla valutazione di professionalità acquisiti il parere del Consiglio giudiziario o del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e la relativa documentazione, le risultanze delle ispezioni ordinarie e tutti gli elementi di conoscenza ulteriori che ritenga di assumere"*. Sono, a tal

fine, elementi di conoscenza anche gli elementi di fatto negativi inerenti ai parametri valutativi⁵ e segnatamente i precedenti disciplinari incidenti sugli stessi. Infatti, il Capo VII, n. 1 cita, tra le fonti di conoscenza, le informazioni disponibili presso la segreteria della sezione disciplinare⁶.

Il Capo II n. 6, poi, detta un limite alla valutazione di fatti attinenti alla sfera privata del magistrato, *“salvo che siano provvisti di rilievo ai fini dell’art. 2 r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511, disciplinare o penale; in questi casi, il Consiglio giudiziario o il Consiglio direttivo della Corte di Cassazione ne verificano l’incidenza sulle qualità professionali del magistrato, anche con riferimento al profilo dell’attualità qualora si tratti di elementi relativi a periodi oggetto di pregresse valutazioni”*.

La norma se da un lato pone un limite alla valutazione dei fatti attinenti alla sfera privata del magistrato, salvo che abbiano rilevanza disciplinare o penale, consente che tali fatti siano valutati anche se relativi a quadrienni precedenti, purché mantengano una loro autonoma rilevanza nell’attualità. La sopravvivenza degli effetti negativi della condanna disciplinare, quindi, parrebbe oltrepassare i limiti temporali del quadriennio in valutazione.

Tale evenienza può considerarsi naturale laddove nel quadriennio in valutazione sia intervenuta la sentenza di condanna pur se i fatti ascritti riguardino quadrienni precedenti e gli stessi

⁵ La Circolare n. 20691/2007 al Capo III indica i prerequisiti dell’indipendenza, dell’imparzialità e dell’equilibrio e al Capo IV i parametri della capacità, della laboriosità, della diligenza e dell’impegno.

⁶ Sul punto confronta: Procedimento disciplinare e valutazione di professionalità: differenze e interferenze di Gianluca Grasso - 24 luglio 2015, par. 3.2. Interferenze. <https://www.associazionemagistrati.it/doc/1998/procedimento-disciplinare-e-valutazione-di-professionalit.htm>

“...Al di là dei richiamati punti di contatto, una stretta connessione tra disciplinare e valutazione emerge in presenza di una condanna in sede disciplinare, dove il rischio è quello di un’automatica incidenza sul piano della verifica della professionalità, quasi che la valutazione non positiva o negativa costituisca una sanzione accessoria o ulteriore rispetto a quella disciplinare. Nella prassi, infatti, le valutazioni non positive di professionalità sono spesso legate a condanne in sede disciplinare. Escludere l’automaticità dell’incidenza non vuol dire che la valutazione debba prescindere dagli esiti disciplinari ma che questi debbano essere esaminati nel diverso contesto del giudizio di professionalità. Le risultanze disciplinari, invero, anche quando abbiano portato all’esclusione di responsabilità, formano oggetto del vaglio del CSM. La presenza di un procedimento disciplinare conclusosi con condanna o anche con proscioglimento può richiedere una motivazione rinforzata rispetto a quella standard, per dare conto delle ragioni che hanno indotto la Commissione a ritenere non rilevante la vicenda disciplinare ai fini della valutazione. Le motivazioni possono essere le più varie, ma tra di esse si segnala quella dell’episodicità della vicenda, che non ha inciso in maniera significativa sul giudizio di professionalità.

Guardando alla prassi, i punti di maggiore criticità sono emersi in corrispondenza non tanto degli illeciti disciplinari conseguenti a condotte penalmente rilevanti o di comportamenti incidenti sui prerequisiti di professionalità (indipendenza, imparzialità ed equilibrio), ma in relazione al fenomeno dei ritardi nel deposito dei provvedimenti, ove talvolta si sono registrate applicazioni non sempre omogenee. Al riguardo, va segnalato che l’assemblea plenaria, durante la precedente consiliatura, nella seduta del 10 settembre 2014, ha respinto, a maggioranza, una proposta di delibera di sesta commissione che tendeva a introdurre un certo automatismo tra esito disciplinare e valutazione di professionalità, definendo i contenuti del giudicato e del principio del “dedotto e deducibile” utilizzabili in sede di verifica della professionalità”.

vengano valutati la prima volta, nel qual caso è più che legittimo verificarne l'incidenza sulle qualità professionali del magistrato, con riguardo al profilo dell'attualità, occorre domandarsi se sia lecito riproporre una valutazione non positiva (Capo X Circolare n. 20691/2007) o negativa (Capo XI) degli stessi fatti dopo che gli stessi abbiano formato oggetto di una precedente valutazione dello stesso tipo. In altri termini, se dopo che un magistrato sanzionato in via disciplinare sia stato oggetto di una valutazione non positiva o negativa, sulla scorta dei fatti oggetto della condanna disciplinare, sia possibile valutare l'incidenza negativa di quei fatti sulle qualità professionali attuali del magistrato, dopo il decorso del periodo, rispettivamente (Capo XVII nn. 4 e 6) di 1 anno o 2 anni successivi al quadriennio valutato, indicato dalla circolare quale oggetto del nuovo scrutinio. Chi scrive ritiene, concordemente con la giurisprudenza del Consiglio di Stato⁷, in ossequio all'assunto che gli effetti negativi della sanzione disciplinare debbano formare oggetto di una interpretazione restrittiva delle norme che li prevedono, che la valutazione di quei fatti debba essere compiuta una sola volta e che, nel rispetto delle norme del Capo XVII della circolare, il nuovo scrutinio si debba limitare alla valutazione della condotta professionale, secondo i parametri indicati, dell'anno o dei due anni successivi, senza procedere ad un *bis in idem in malam partem*.

Invece, in via ordinaria, se i fatti di rilievo disciplinare verificatisi in un quadriennio non siano ancora stati accertati dalla Sezione Disciplinare, il Capo XII detta le norme sul rapporto tra valutazioni di professionalità e procedimenti disciplinari (e penali) pendenti, stabilendo la sospensione obbligatoria della procedura di valutazione di professionalità in caso siano adottate talune misure cautelari nell'ambito del procedimento disciplinare, ovvero la sospensione facoltativa in tutti gli altri casi di pendenza di procedimento, se l'accertamento dei fatti oggetto di quel procedimento incida sulla definizione della procedura di valutazione della professionalità.

Anche in materia di conferimento delle funzioni direttive e semidirettive i precedenti disciplinari assumono un sicuro rilievo. Le norme primarie sul conferimento di tali funzioni si

⁷ Quanto alla rilevanza disciplinare in relazione al profilo temporale il Consiglio di Stato sent. n. 3544/2010 ha affermato che possono rilevare nel giudizio di professionalità anche fatti antecedenti al periodo in valutazione, in ragione della gravità dei comportamenti stessi, della loro effettiva connessione con lo svolgimento di funzioni giudiziarie, della prevalenza degli elementi di insufficiente equilibrio e compostezza sulle pur riconosciute e condivise doti di capacità e diligenza e, infine, dell'attinenza di tali elementi alla inidoneità alla progressione in carriera.

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa, nel quadro normativo dell'attuale sistema di valutazione, ha stabilito che se i fatti oggetto della sentenza disciplinare di condanna sono stati già valutati nell'ambito del procedimento amministrativo di professionalità con giudizio non positivo, deve escludersi che esso possa fondare un nuovo giudizio di analogo tenore nelle valutazioni successive, non potendo risolversi il precedente disciplinare in un elemento negativo permanente della carriera del magistrato (Tra le altre cfr. Consiglio di Stato sent. 8 luglio 2013, n. 3600; Consiglio di Stato Sezione IV Sentenza 21 settembre 2015, n. 4397).

rinvengono nel Dlg 160/2006 agli artt. 10, che individua le funzioni dei magistrati ordinari, tra le quali quelle in argomento e 12, che stabilisce i requisiti e i criteri per il conferimento delle medesime funzioni. L'art. 12, in relazione alle funzioni di cui si tratta, afferma che debbano essere posti alla base della valutazione del CSM, per il conferimento delle funzioni de quo, anche gli elementi desunti dalle valutazioni di cui all'articolo 11, commi 3 e 5 (valutazioni di professionalità) ed in tal modo devono ritenersi richiamate le norme che consentono di valutare i precedenti disciplinari e comunque i fatti di rilevanza disciplinare in via di accertamento.

La Circolare n. P-14858-2015 del 28 luglio 2015 e successivi modifiche (Testo Unico sulla Dirigenza Giudiziaria) all'art. 37 (Procedimenti disciplinari) esplicitamente prevede che le decisioni adottate dalla Sezione Disciplinare nei confronti degli aspiranti alle funzioni direttive e semidirettive siano comunque oggetto di valutazione. Quindi il Consiglio Superiore deve sempre valutare non solo le decisioni di condanna, ma anche quelle di assoluzione. Naturalmente, laddove il fatto sia escluso perché insussistente, non potranno trarsi da quel fatto conseguenze negative ai fini del conferimento delle funzioni richieste. Viceversa se l'assoluzione dipende da altre cause quali l'esclusione dell'elemento soggettivo da parte del giudice disciplinare o il proscioglimento per scarsa rilevanza del fatto, si potrà tenere conto della condotta materiale accertata.

Il Consiglio Superiore al secondo comma 2 del citato all'art. 37 ha stabilito che le “*condanne disciplinari sono di regola preclusive al conferimento dell'ufficio in caso di irrogazione della sanzione della perdita dell'anzianità oppure nell'ipotesi di condanna alla censura per fatti commessi nell'ultimo decennio*”. Questa norma, sicuramente molto severa quanto alla lunghezza del periodo di permanenza degli effetti preclusivi della censura, stabilisce la normale (*di regola*) impossibilità di accesso alle funzioni direttive o semidirettive nel caso di condanna alla perdita dell'anzianità. La relazione introduttiva alla circolare non chiarisce le ragioni della specificazione del limite decennale preclusivo della censura e la sostanziale incapacità perpetua conseguente alla perdita dell'anzianità, né risultano nella norma fornite indicazioni circa la sorte dei magistrati puniti con le altre sanzioni previste dalla legge⁸, diverse dalla rimozione. Dovrebbe dedursi, in assenza di specifica previsione, che le altre sanzioni siano sempre valutate, ma non siano causa di incapacità

⁸ L'art. 5 DLGS 23 febbraio 2006 n. 109 prevede le seguenti sanzioni: ammonimento; censura; perdita dell'anzianità; incapacità temporanea a esercitare un incarico direttivo o semidirettivo; sospensione dalle funzioni da tre mesi a due anni; rimozione.

giuridica obbligatoria. La scarsa coerenza della normativa secondaria sul punto con il dettato legislativo ha dato luogo ad argomentate critiche⁹.

⁹ Giuseppe Campanelli in *Questione Giustizia*, Nuovo Testo unico sulla Dirigenza giudiziaria: possibili effetti sui limiti del sindacato giurisdizionale 9.4.2016;

https://www.questionegiustizia.it/articolo/nuovo-testo-unico-sulla-dirigenza-giudiziaria_possibili-effetti-sui-limiti-del-sindacato-giurisdizionale_09-04-2016.php

“...In particolare sembra permanere un'evidente criticità con riferimento all'art. 37 concernente i procedimenti disciplinari.

La disposizione in esame riproduce quasi esattamente l'ultima parte del paragrafo 4.2 (Le fonti di conoscenza e valutazione) del punto 4 del precedente Testo unico.

Le due normative si discostano semplicemente per il fatto che la nuova disciplina prevede che «comunque», mentre la vecchia «sempre» «le decisioni adottate dalla Sezione disciplinare nei confronti degli aspiranti sono oggetto di valutazione». In maniera assolutamente identica, invece, nel secondo comma dell'art. 37 e nell'ultimo del paragrafo 4.2 stabiliscono che «le condanne disciplinari sono di regola preclusive del conferimento dell'ufficio in caso di irrogazione della sanzione della perdita dell'anzianità oppure nell'ipotesi di condanna alla censura per fatti commessi nell'ultimo decennio». Le possibili criticità, in realtà, sorgono sia con riguardo alla prima sia con riguardo alla seconda parte dell'articolo in esame.

Non ritenendo possibile che la modifica da «sempre» a “«comunque» spostati di molto la questione, per prassi consolidata, l'aspirante, gravato da una decisione disciplinare, difficilmente o, per meglio dire, quasi mai, verrà preso in considerazione per il conferimento di un incarico direttivo o semidirettivo.

La concreta inconciliabilità tra quanto previsto quale oggetto di valutazione e quanto invece realmente considerato quale impedimento permanente, trova altresì riscontro soprattutto nella seconda parte della medesima disposizione. Sul punto, infatti, l'assoluta mancanza di coordinamento tra la precedente Circolare e il Dlgs 109/2006 si ripropone, negli stessi termini, anche per ciò che attiene al nuovo Testo unico.

L'argomentazione può risultare più comprensibile prendendo in considerazione la tipologia e gli effetti delle sanzioni disciplinari, così come stabilite dalla normativa di livello primario e come recepite dalla Circolare.

In generale si può affermare che se le condanne sono di regola (rectius sempre) preclusive al conferimento dell'ufficio nel caso delle sanzioni della perdita dell'anzianità o della censura (lettere c) e b) dell'art. 5 del Dlgs 109/2006) per fatti commessi negli ultimi dieci anni, lo stesso non può assolutamente sostenersi per la specifica sanzione immediatamente ricollegabile ai conferimenti di cui al presente Testo unico, vale a dire l'incapacità temporanea ad esercitare un incarico direttivo o semidirettivo (lett. d) del medesimo art. 5).

La criticità, già presente nel vecchio par. 4.2 e non risolta dall'art. 37 sta nel fatto che la lett. d) dell'art. 5 del Dlgs 109/2006 va letta in combinato disposto con l'art. 9 dello stesso Dlgs.

Quest'ultima disposizione, infatti, nel prevedere, appunto una sanzione temporanea ne fissa il termine minimo (sei mesi) e quello massimo (due anni).

La peculiarità che produce l'assenza di un qualsiasi coordinamento con l'art. 37 della Circolare sta nel fatto che il secondo comma dell'art. 9 del Dlgs. 109/2006 stabilisce che «applicata la sanzione, il magistrato non può riprendere l'esercizio delle funzioni direttive o semidirettive presso l'ufficio ove le svolgeva anteriormente al provvedimento disciplinare». A contrario il magistrato, scaduto il termine sanzionatorio può ritornare ad esercitare le funzioni pregresse, con l'unica condizione di dover cambiare ufficio. Per farlo deve però accedere al sistema di cui al Nuovo Testo unico con l'effetto, paradossale, che pur avendo scontato la sanzione e pur avendo la possibilità, espressamente attribuitagli dall'art. 9 del Dlgs, di riprendere le funzioni direttive o semidirettive, le stesse gli siano precluse, stante il mancato coordinamento del Testo unico alla normativa primaria.

L'effetto è doppiamente paradossale per il fatto che la fattispecie del magistrato sanzionato con la temporanea incapacità ad esercitare un incarico direttivo o semidirettivo può trovare un effetto preclusivo, rispetto alla sua futura posizione, sia in considerazione del primo, sia in considerazione del secondo comma dell'art. 37. Di fatto la tipologia di sanzione, se irrogata, gli pregiudica, alla luce degli orientamenti fino ad ora adottati dal Consiglio superiore, di essere preso in qualche considerazione per il conferimento degli incarichi di cui al nuovo Testo unico del 2015”.

Analoghi effetti negativi conseguono ai precedenti ed alle pendenze disciplinari nei procedimenti di conferma nelle funzioni direttive o semidirettive come disciplinati negli artt. 83 e 87 della circolare richiamata.

Altri effetti limitativi delle sanzioni disciplinari alle funzioni concretamente esercitate dai magistrati, in una ricognizione non esaustiva, si rinvencono in materia di incarichi extragiudiziari. La materia ha la sua fonte normativa nell'art. 16 comma R.d. 12/1941 e, in quanto compatibile, nell'art. 53 D.Lgs. 165/2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche).

La normativa primaria non specifica la valenza dei precedenti disciplinari nel procedimento di autorizzazione ad incarichi extragiudiziari da parte del Consiglio Superiore della magistratura. Tuttavia, il Consiglio nel disciplinare il procedimento autorizzatorio degli incarichi extragiudiziari, diversi da quelli elettivi e da quelli che comportano un collocamento fuori dal ruolo organico dei magistrati, che restano regolati da fonti differenti, ha dettato la Circolare n. P. 22581 del 9 dicembre 2015 - Delibera del 2 dicembre 2015 e succ. mod. al 12 aprile 2017 (Circolare in materia di incarichi extragiudiziari). L'art. 10 della norma secondaria individua precise e severe condizioni soggettive ostative all'autorizzazione, conseguenti anche a precedenti e/o pendenti disciplinari¹⁰. Tra gli altri incarichi contemplati dalla circolare, per i quali potenzialmente si determinano effetti negativi nel

¹⁰ Articolo 10 *Condizioni soggettive ostative all'autorizzazione*.

10.1. Per i magistrati nei cui confronti è pendente procedimento penale a seguito di iscrizione nominativa nel registro degli indagati, oppure hanno in corso procedimenti disciplinari nell'ambito dei quali sia stata avanzata richiesta di fissazione dell'udienza di discussione orale, ovvero è stato disposto, con l'invio della relativa comunicazione all'interessato, l'inizio della procedura di trasferimento d'ufficio nel caso previsto dalla seconda parte del primo capoverso dell'art. 2 R.D. Lgs. 31 maggio 1946 n. 511, il C.S.M. provvede negativamente sull'istanza di autorizzazione o sulla designazione quando la pendenza di detti procedimenti, per la gravità del fatto o per la relazione tra il fatto e la natura dell'incarico, pregiudica per ciò solo la credibilità del magistrato o il prestigio dell'ordine giudiziario.

10.2. Sono immediatamente revocate le autorizzazioni concesse a magistrati sottoposti alle misure della custodia cautelare in carcere, arresti domiciliari e/o della sospensione dalle funzioni e dallo stipendio ed ai magistrati condannati, anche in primo grado, salvo che la revoca possa pregiudicare irreparabilmente la procedura nella quale s'inserisce l'attività autorizzata.

10.3. Non possono essere rilasciate autorizzazioni né designati per incarichi i magistrati che sono stati condannati con sentenza definitiva per delitto non colposo negli ultimi 10 anni, oppure sanzionati disciplinarmente negli ultimi cinque anni computati a decorrere dalla sentenza definitiva e/o trasferiti d'ufficio in via cautelare negli ultimi tre anni computati a decorrere dalla data di pronuncia di tale provvedimento cautelare, eccettuato il caso in cui il trasferimento sia stato disposto in forza degli artt. 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, ovvero per incompatibilità ex art. 2 R.D. Lgs. 31 maggio 1946, n. 511, in quest'ultimo caso si applica il disposto dell'articolo 10.1. Il Consiglio ha facoltà di derogare al predetto divieto in relazione alla natura dei fatti oggetto del procedimento disciplinare.

10.4. Il C.S.M., anche oltre i termini temporali di cui al precedente 10.3, mantiene integro il proprio potere valutativo e può provvedere negativamente sull'istanza di autorizzazione o sulla designazione quando la condanna per delitto non colposo o la condanna disciplinare, per la gravità del fatto o per la relazione tra il fatto e la natura dell'incarico, possono pregiudicare per ciò solo la credibilità del magistrato o il prestigio dell'ordine giudiziario.

procedimento di autorizzazione, nel caso sussistano precedenti o pendenti disciplinari, rientrano gli incarichi di docente, di esperto formatore e di tutor presso la Scuola della Magistratura.

Ancora possono individuarsi effetti negativi della condanna o della pendenza disciplinare a carico del magistrato nella materia degli incarichi di “magistrato affidatario” dei magistrati ordinari in tirocinio. La normativa primaria rappresentata dal DLGS 30 gennaio 2006, n. 26 (Istituzione della Scuola superiore della magistratura, nonché disposizioni in tema di tirocinio e formazione degli uditori giudiziari, aggiornamento professionale e formazione dei magistrati) contempla la figura del magistrato affidatario relativamente alla parte del tirocinio che si svolge presso gli uffici giudiziari. L’art. 21 cita i magistrati affidatari ai commi 3, relativamente alla designazione a cura del Consiglio superiore della magistratura, su proposta del competente consiglio giudiziario e 4, con riferimento alla compilazione per i M.O.T. della scheda valutativa.

Il citato decreto legislativo non menziona i requisiti soggettivi del magistrato affidatario, che invece sono individuati dal Regolamento per la formazione iniziale dei magistrati ordinari (delibera CSM 13 giugno 2012 e successive modifiche al 20 marzo 2019). Questa norma secondaria disciplina nel dettaglio le modalità di nomina e lo statuto tecnico-deontologico-disciplinare del magistrato affidatario il quale deve essere dotato di *“particolare preparazione teorica e pratica, di elevato prestigio professionale e di capacità comunicative e didattiche”*. Tuttavia la *“pendenza di un procedimento disciplinare con richiesta di fissazione di udienza ovvero la precedente sanzione disciplinare”*, pur non rilevanti in via generale quali circostanze ostative alla nomina, possono divenirlo laddove incidano in senso negativo, *“tenuto conto dell’epoca dell’illecito, della natura, della sanzione inflitta e di eventuali successive positive valutazioni di professionalità, sul prestigio professionale ovvero sulle capacità formative e didattiche”*.

In un recente caso venuto all’attenzione del CSM, un magistrato già affidatario di M.O.T. per diversi anni, aveva visto la propria posizione “censurata” in relazione alla procedura di nomina a magistrato affidatario, con una delibera del 2/12/2020 che, prendendo atto di una sanzione disciplinare risalente al 19/10/2009 valutata grave, aveva rivalutato negativamente il proprio precedente deliberato del 10/7/2019, *“con il quale il precedente disciplinare era stato ritenuto non ostativo all’affidamento dell’incarico”*, invitando nel contempo il Consiglio Giudiziario competente a tenerne conto in futuro. Il CSM, nel fare una applicazione in *malam partem* di una normativa secondaria non sorretta da un supporto normativo primario - in contrasto con il principio che si è tentato di sostenere in questo scritto, secondo il quale le sanzioni disciplinari ammesse e non

concesso che non possano avere una diretta funzione anche riabilitativa, non debbano porsi come stigma permanente per il magistrato - ha addirittura revocato una precedente deliberazione troppo “liberale” che aveva ritenuto, dopo dieci anni, il precedente disciplinare non ostativo all’affidamento dell’incarico.

In seguito, al montare di proteste di numerosi magistrati che hanno stigmatizzato l’operato del Consiglio è parso evidente il mancato rispetto del principio dell’ “affidamento” con la delibera in argomento. Il detto principio, dapprima inserito nell’ordinamento attraverso decisioni della giustizia comunitaria, poi recepito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ed, infine, inserito nella L. 241/1990 con la novella L.15/2005, tutela la situazione di vantaggio, assicurata al destinatario di un atto specifico e concreto dell’autorità amministrativa, che non può essere successivamente rimossa *ad libitum* dalla pubblica amministrazione. Sulla questione è intervenuta anche l’ANM con un comunicato che ha evidenziato l’anomalia della delibera del CSM che, in data 20/1/2021 è nuovamente intervenuto in autotutela, revocando la delibera del 2/12/2020 (che in paradossale autotutela aveva revocato la precedente delibera favorevole del 10/7/2019).

Senza voler approfondire in modo particolare la natura e la funzione della sanzione disciplinare, credo di poter affermare che le sanzioni disciplinari, nei settori del diritto del lavoro e del diritto amministrativo, allorché non siano di tipo espulsivo, abbiano anche una funzione rieducativa rispetto ai valori ed ai doveri propri del consesso nel quale la sanzione stessa opera. Nell’ambito penale il principio ha natura costituzionale e, pur avendo reiteratamente escluso la Corte Costituzionale l’estensione del detto principio alle sanzioni amministrative¹¹, tuttavia deve ritenersi che il legislatore nel regolare il sistema sanzionatorio disciplinare nel pubblico impiego ed anche nell’ordinamento giudiziario abbia ritenuto immanente l’idea che la sanzione, diversa da quella espulsiva, debba tendere alla ricostituzione del rapporto fiduciario compromesso con l’illecito. Di questa affermazione si trova traccia della stessa legge regolatrice del sistema disciplinare dei magistrati, il DLGS 23 febbraio 2006 n. 109, che all’art. 6 definisce l’ammonimento come un richiamo all’osservanza, da parte del magistrato, dei suoi doveri, in rapporto all’illecito commesso. È evidente che la sanzione serve da monito, affinché il soggetto sanzionato torni ad ispirare la propria condotta professionale ai valori ed ai doveri tipici della propria funzione.

¹¹ Corte Costituzionale Sentenza n. 197 del 04/07/2018 dep. 12/11/2018 pubblicazione in G. U. 14/11/2018 n. 45; sentenza n. 281 del 2013; ordinanza n. 169 del 2013 ed altre.

La stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, nella materia disciplinare dei magistrati, si ispira ai principi di proporzionalità tra il fatto addebitato e la sanzione e di adeguatezza della sanzione rispetto alla tutela dei valori che la legge intende perseguire e che sono costituiti dalla fiducia e dalla considerazione di cui il magistrato deve godere nonché dal prestigio dell'Ordine giudiziario¹². La Suprema Corte ha reiteratamente affermato che il giudice di merito nella scelta della sanzione, soprattutto quando questa sia espulsiva, deve compiere una valutazione particolarmente approfondita rispetto ai principi prima indicati e ciò non può non collegarsi al valore del rapporto fiduciario tra magistrato, istituzione e collettività che, laddove possibile, debba essere mantenuto, con la scelta di una sanzione se possibile gradata.

Se però ad una sanzione meno grave di quella espulsiva si dovessero riconnettere, nell'interpretazione delle norme ordinamentali che regolano la vita professionale dei magistrati, effetti negativi pressoché permanenti, spesso disciplinati solo con norme secondarie e senza il supporto normativo primario, ne deriverebbe una contraddizione insanabile con i valori perseguiti e tutelati con le norme disciplinari, secondo la lettura data dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

L'auspicio è che, in mancanza di una disciplina normativa primaria, nel salvaguardare la più rigorosa tutela del prestigio dell'ordine giudiziario, rientrando tra i più rilevanti beni costituzionalmente protetti, a fronte del quale è richiesto ai magistrati un altrettanto rigoroso dovere di indipendenza, imparzialità ed equilibrio, connessi alla credibilità, sia come singoli soggetti, sia come ordine giudiziario, il Consiglio superiore adotti, nell'ambito dei suoi poteri, norme secondarie generali che si ispirino a criteri di apertura alla riabilitazione dei magistrati. E che lo stesso Consiglio nelle singole delibere applicative di quelle norme non scelga di regola interpretazioni necessariamente restrittive.

¹² Cass., Sez. U, Sentenza n. 11137 del 04/07/2012; Sez. U. n. 23778 del 2010; Sez. U, Sentenza n. 15399 del 15/10/2003.

Gianluca Grasso

La prova documentale nell'età digitale¹

Sommario: 1. Premessa. Analogico vs. digitale. - 2. Documenti informatici e rilievo probatorio nel Codice dell'amministrazione digitale. - 2.1. Documento informatico. - 2.2. Firma digitale. - 2.3. Copie informatiche di documenti analogici. - 2.4. Copie analogiche di documenti informatici. - 2.5. Duplicati e copie informatiche di documenti informatici. - 2.6. Riproduzioni informatiche. - 3. Giurisprudenza di merito e di legittimità. - 3.1. Messaggi di posta elettronica (e-mail). - 3.2. Sms e applicazioni informatiche di messaggistica (*Whatsapp*, *Telegram*). - 3.3. Pagine web.

1. Premessa. Analogico vs. digitale.

Si suol definire la scrittura² un «*sistema organizzato di simboli figurati o astratti (pittogrammi, ideogrammi) o di simboli ridotti a segni convenzionali atto a fissare, comunicare, conservare e trasmettere nel tempo in forme stabili e in maniera perspicua procedimenti mentali ed espressioni linguistiche; sotto l'aspetto materiale è il risultato di un gesto fisico compiuto per tracciare (e di norma lasciare impressi) tali simboli o segni*». La scrittura coincide con la nascita delle civiltà ed è stata uno strumento necessario per il loro sviluppo.

Oggi possiamo interpretare e conoscere la storia grazie alla tradizione scritta che ha via via soppiantato quella orale. Sono i documenti che ci consentono di conoscere il passato e di interpretarlo.

Ma cosa accade se i documenti non sono più interpretabili e conoscibili? È questo uno dei problemi posti dall'età dell'informatica: siamo in grado di leggere i testi della villa dei papiri di 2000 anni fa ma abbiamo difficoltà a visionare un floppy disk di 30 o 50 anni fa. È questo il fenomeno dell'obsolescenza digitale³.

La dematerializzazione dei documenti ha condotto l'interprete a riflettere su termini che sembravano scontati nell'età dominata dal documento cartaceo o altresì detto analogico.

¹ Testo destinato al volume P. Spaziani (a cura di), *Le prove nell'ordinamento giuridico del nuovo millennio*, Bari, in corso di pubblicazione.

² AA.VV., voce *Scrittura*, in *Dizionario di Storia*, Roma 2011, https://www.treccani.it/enciclopedia/scrittura_%28Dizionario-di-Storia%29/

³ M. GUERCIO, voce *Obsolescenza digitale*, in *Enciclopedia Italiana*, IX Appendice, Roma 2015, https://www.treccani.it/enciclopedia/obsolescenza-digitale_%28Enciclopedia-Italiana%29/

Difficilmente, infatti, potrebbero sorgere dubbi sull'identificazione fisica di un documento e di una copia cartacea, essendo agevolmente identificabili sul piano concettuale. Dinanzi a un documento tradizionale, redatto manualmente su supporto cartaceo, è così in genere agevole stabilire quale sia l'originale e quale la riproduzione fotostatica. La questione si complica nel momento in cui ci spostiamo nella sfera del digitale quando, in ragione della dematerializzazione del testo, viene meno l'immediatezza della percezione dell'originale e della sua copia.

Il documento informatico è infatti composto da una combinazione di informazioni basilari, dette bit, replicabili all'infinito, che rendono quello informatico privo del carattere dell'originalità rispetto al documento cartaceo.

Pertanto, in assenza della percezione propria dei sensi che consente di identificare nell'immediatezza il documento nel mondo analogico, l'identificazione del documento nel mondo digitale discende dalla combinazione della tecnica informatica, che rende possibile la creazione del testo, con la norma giuridica, che attribuisce al documento digitale il medesimo valore riconosciuto a quello cartaceo nella dimensione analogica e pre-informatica.

Sulla base di tali presupposti, numerose sono le questioni che si pongono all'interprete.

Come si identifica un documento informatico? Come si forma una sua copia? Che cos'è la copia informatica di un documento analogico?

Sul piano delle prove, come si controlla l'affidabilità del documento informatico? È sufficiente una mera stampa del documento o è necessaria una riproduzione informatica del file? Va disposta una perizia di parte o l'esame diretto del supporto ove il documento informatico è contenuto, onde verificare con certezza sia la paternità delle registrazioni sia l'attendibilità di quanto da esse documentato?

Per l'utilizzazione probatoria dei dati contenuti in documenti informatici, l'attore dovrebbe produrli con modalità tali da consentirne la verifica nel contraddittorio delle parti e nei termini del codice di rito al fine di procedere al riscontro delle specifiche tecniche nel caso (autenticità su indirizzo IP, file di log, data, ora, pagina richiesta, login, account etc. etc.)?

2. Documenti informatici e rilievo probatorio nel Codice dell'amministrazione digitale.

Prima di richiamare gli orientamenti della giurisprudenza che hanno affrontato il tema della prova documentale nell'era digitale è necessario partire dal quadro normativo definito dal Codice

dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) e delimitare, innanzitutto, il contenuto delle nozioni di "documento informatico", nonché di quelle di "copia" e "duplicato" informatici⁴.

2.1. Documento informatico.

La progressiva digitalizzazione dei documenti, pur facendo confluire nel linguaggio informatico gran parte della preesistente documentazione cartacea, non ha eliminato quella analogica, che mantiene la sua rilevanza nell'ambito del processo civile, pur evolvendosi il sistema verso una piena dematerializzazione degli atti processuali.

I principali riferimenti normativi sul documento informatico e le sue copie, ai fini della loro rilevanza giuridica, sono contenuti nel d.lgs. n. 82 del 2005.

In particolare, per documento informatico s'intende il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti (art. 1, lett. p). Per sottrazione, il documento analogico indica la rappresentazione non informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti (art. 1, lett. p-bis).

Il d.lgs. n. 82 del 2005, inoltre, fornisce una dettagliata definizione del sistema delle copie ricavabili dai documenti originali.

È possibile così distinguere la copia informatica di documento analogico, ovverosia il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento analogico da cui è tratto (art. 1, i-bis). Si tratterà in questo caso di una trascrizione od OCR (*Optical Character Recognition*).

La copia per immagine su supporto informatico di documento analogico identifica, invece, il documento informatico avente contenuto e forma identici a quelli del documento analogico da cui è tratto (art. 1, i-ter). Si pensi, in questo caso, a una scansione.

⁴ E. DE GIOVANNI, *Il codice dell'amministrazione digitale: genesi, evoluzione, principi costituzionali e linee generali*, in *Rass. avv. Stato*, 2018, fasc. 3, 155; F. CARDARELLI, *Il codice dell'amministrazione digitale*, in *Libro dell'anno del diritto-Encicl. giur. Treccani*, Roma, 2017; *Codice dell'amministrazione digitale - D.leg. 7 marzo 2005 n. 82, commentato e annotato per articolo*, a cura di BOCCIA C., CONTESSA C. e DE GIOVANNI E., Piacenza, 2018; *Il codice dell'amministrazione digitale riformato*, a cura di F. MINAZZI, Milano, 2017; *Codice dell'amministrazione digitale*, a cura di F. TUCCARI e A.L.G. TARANTINO, Milano, 2017; *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale dopo il d.leg. 179/2016 e il regolamento eIDAS*, a cura di F. TROJANI, Santarcangelo di Romagna, 2016; D. MARONGIU, *Dieci anni del codice dell'amministrazione digitale: percorsi, tendenze, prospettive*, in *Riv. nel diritto*, 2015, 785; G. COZZOLINO, *Codice dell'amministrazione digitale [aggiornamento-2012]*, in *Digesto pubbl.*, Torino, 150.

La copia informatica di un documento informatico indica il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento da cui è tratto su supporto informatico con diversa sequenza di valori binari arrivo (art. 1, i-quater).

Duplicato informatico, infine, è il documento informatico ottenuto mediante la memorizzazione, sullo stesso dispositivo o su dispositivi diversi, della medesima sequenza di valori binari del documento originario (art. 1, i-quinquies).

2.2. Firma digitale.

Il documento informatico può essere sottoscritto attraverso una firma digitale, che costituisce l'equivalente informatico di quella autografa che tradizionalmente viene apposta sul documento cartaceo.

La firma digitale è costituita da un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, tra loro correlate, che consente di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici.

Una volta che sia apposta la firma digitale su un documento informatico, questi soddisfa il requisito della forma scritta e consente di attribuire al documento l'efficacia stabilita dall'art. 2702 c.c. (art. 20, comma 1-bis)

Il sistema consente altresì di conseguire l'equipollenza rispetto alla firma digitale attraverso un sistema di identificazione informatica dell'autore, rispettando i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immutabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore (Sistema Pubblico di Identità Digitale, SPID).

L'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare di firma elettronica, salvo che questi dia prova contraria.

La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle linee guida.

Le regole tecniche per la formazione, per la trasmissione, la conservazione, la copia, la duplicazione, la riproduzione e la validazione dei documenti informatici, nonché quelle in materia di generazione, apposizione e verifica di qualsiasi tipo di firma elettronica, sono stabilite con le linee guida dell'AgID.

In assenza di una firma digitale o dei suoi equipollenti, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità.

Restano ferme le disposizioni concernenti il deposito degli atti e dei documenti in via telematica secondo la normativa, anche regolamentare, in materia di processo telematico.

Regole specifiche sono inoltre previste per le copie informatiche di documenti analogici, le copie analogiche di documenti informatici, i duplicati e le copie informatiche di documenti informatici.

2.3. Copie informatiche di documenti analogici.

I documenti informatici contenenti copia di atti pubblici, scritture private e documenti in genere, compresi gli atti e documenti amministrativi di ogni tipo formati in origine su supporto analogico, spediti o rilasciati dai depositari pubblici autorizzati e dai pubblici ufficiali, hanno piena efficacia, ai sensi degli artt. 2714 e 2715 c.c., se sono formati ai sensi dell'art. 20, comma 1-bis, primo periodo (art. 22). La loro esibizione e produzione sostituisce quella dell'originale.

La copia per immagine su supporto informatico di un documento analogico è prodotta mediante processi e strumenti che assicurano che il documento informatico abbia contenuto e forma identici a quelli del documento analogico da cui è tratto, previo raffronto dei documenti o attraverso certificazione di processo nei casi in cui siano adottate tecniche in grado di garantire la corrispondenza della forma e del contenuto dell'originale e della copia.

Le copie per immagine su supporto informatico di documenti originali formati in origine su supporto analogico hanno la stessa efficacia probatoria degli originali da cui sono estratte, se la loro conformità è attestata da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, secondo le linee guida.

Le copie per immagine su supporto informatico di documenti originali formati in origine su supporto analogico nel rispetto delle linee guida hanno la stessa efficacia probatoria degli originali da cui sono tratte se la loro conformità all'originale non è espressamente disconosciuta.

Le copie formate ai sensi delle norme richiamate sostituiscono ad ogni effetto di legge gli originali formati in origine su supporto analogico, e sono idonee ad assolvere gli obblighi di conservazione previsti dalla legge.

A questo regime sono sottratte alcune particolari tipologie di documenti analogici, originali unici, per le quali, in ragione di esigenze di natura pubblicistica, permane l'obbligo della conservazione dell'originale analogico oppure, in caso di conservazione sostitutiva, la loro conformità all'originale deve essere autenticata da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato con dichiarazione da questi firmata digitalmente e allegata al documento informatico. Questi atti sono stati individuati con D.P.C.M. 21 marzo 2013 (tra di essi, ad esempio, figurano i decreti del presidente del Consiglio dei ministri, i decreti ministeriali, gli atti che vanno adottati con d.P.R., i decreti dirigenziali e direttoriali, gli atti del catasto , etc.).

2.4. Copie analogiche di documenti informatici.

Le copie su supporto analogico di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (art. 23).

Le copie e gli estratti su supporto analogico del documento informatico, conformi alle vigenti regole tecniche, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale se la loro conformità non è espressamente disconosciuta. Resta fermo, ove previsto, l'obbligo di conservazione dell'originale informatico.

Sulle copie analogiche di documenti informatici può essere apposto a stampa un contrassegno, sulla base dei criteri definiti con le linee guida, tramite il quale è possibile accedere al documento informatico, ovvero verificare la corrispondenza allo stesso della copia analogica. Tale contrassegno sostituisce a tutti gli effetti di legge la sottoscrizione autografa del pubblico ufficiale e non può essere richiesta la produzione di altra copia analogica con sottoscrizione autografa del medesimo documento informatico. I soggetti che procedono all'apposizione del contrassegno rendono disponibili gratuitamente sul proprio sito Internet istituzionale idonee soluzioni per la verifica del contrassegno medesimo.

2.5. Duplicati e copie informatiche di documenti informatici.

I duplicati informatici hanno il medesimo valore giuridico, ad ogni effetto di legge, del documento informatico da cui sono tratti, se prodotti in conformità alle linee guida (art. 23 bis).

Le copie e gli estratti informatici del documento informatico, se prodotti in conformità alle vigenti linee guida, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale, in tutti le sue componenti, è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato o se la conformità non è espressamente disconosciuta.

Resta fermo, ove previsto, l'obbligo di conservazione dell'originale informatico.

2.6. Riproduzioni informatiche.

Come norma di chiusura sul piano probatorio, dopo la previsione sui documenti amministrativi informatici (art. 23 ter), il d.lgs. n. 82 del 2005 integra la formulazione dell'art. 2712 c.c. sulle riproduzioni meccaniche, inserendo, dopo le parole: "riproduzioni fotografiche" il termine "informatiche".

In questo modo, in ragione della novella, anche le riproduzioni informatiche, comunque prodotte, acquisiscono piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime. Ciò al pari di quanto già avveniva espressamente per le altre riproduzioni meccaniche indicate dalla norma (riproduzioni fotografiche o cinematografiche, registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose). In ogni caso, quello previsto dall'art. 2712 c.c. costituisce un elenco non tassativo, per cui la novella ha finito per esplicitare la riconduzione del documento informatico alla fattispecie disciplinata dalla norma.

3. Giurisprudenza di merito e di legittimità.

Il quadro normativo offerto dal Codice dell'amministrazione digitale sembrerebbe apparentemente esaustivo, disciplinando i requisiti necessari per la validità ed efficacia non solo il documento informatico ma anche delle sue copie, nonché delle copie informatiche del documento analogico.

La realtà processuale, tuttavia, pone l'interprete di fronte alla necessità di ricondurre i fatti dedotti alle previsioni normative e così, se è chiara la definizione di documento informatico o di sua copia, qual è il valore probatorio di un messaggio di posta elettronica, di un SMS o di una chat di *Whatsapp* prodotti in fotocopia o con l'immagine dello schermo (*screenshot*) o semplicemente trascritti? Che rilievo ha un post su *Facebook* o una ricerca effettuata attraverso un motore di ricerca?

3.1. Messaggi di posta elettronica (e-mail).

Il sistema di posta elettronica certificata (pec) consente di inviare e-mail con valore legale equiparato a una raccomandata con ricevuta di ritorno, come stabilito dal d.P.R. 11 febbraio 2005 n. 68, fornendo agli utenti la certezza e il valore legale dell'invio e della consegna (o mancata consegna) delle e-mail al destinatario.

Se i messaggi di posta elettronica (e-mail) assistiti da firma digitale o equipollente soddisfano il requisito della forma scritta, consentendo di attribuire al documento il valore di scrittura privata che fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, alle condizioni stabilite dall'art. 2702 c.c., quale valore assume l'e-mail che ne risulti priva⁵? È valido, ad esempio, lo scambio di e-mail prive di firma digitale o equipollente ai fini della conclusione del contratto? È sufficiente l'immissione di userid e password nella fase iniziale di accesso al server per ritenere che il messaggio di posta elettronica provenga dal suo presunto autore?

In giurisprudenza, l'orientamento maggioritario⁶ ritiene che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. p), d.lgs. n. 82 del 2005, la e-mail priva di sottoscrizione costituisca un "documento informatico", ovvero un "documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti". Ne consegue che, seppur priva di firma, l'e-mail rientra tra le riproduzioni informatiche, ovvero fra le rappresentazioni meccaniche indicate, con elencazione non

⁵ In dottrina, tra i diversi contributi: F. RICCI, *L'efficacia probatoria dell'e-mail non sottoscritta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 629; C. COSTABILE, *Il valore probatorio della mail*, in *Ilprocessocivile.it*, fasc., 4 luglio 2018; M. NARDELLI, *La valenza probatoria della e-mail priva di firma elettronica*, in *Ilprocessotelematico.it*, 11 aprile 2018; F. TESTA, *Valore probatorio e disconoscimento del messaggio di posta elettronica*, in *Ilprocessotelematico.it*, 3 febbraio 2017; M. SCARPA, *Riflessioni sull'e-mail come possibile prova scritta ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, 1 ss.; C. SGOBBO, *Il valore probatorio dell'email*, in *Corriere merito*, 2011, 8-9; L. GIACOPUZZI, *Il valore probatorio di una «e-mail»*, in *www.diritto.it*; G. NAVONE, «Username» e «password», sono firme elettroniche leggere?, in *www.diritto.it*; M. CAMMARATA-E. MACCARONE, *Un messaggio «e-mail» non è «prova scritta»*, in *Interlex.it*, 2004; N. GARGANO, *L'«e-mail» come scrittura privata, e le possibili conseguenze nei rapporti privatistici*, in *Cyberspazio e dir.*, 2004, 243; M. LUPANO, *Natura dell'«e-mail», sua efficacia probatoria nella normativa vigente e nel d.leg. 7 marzo 2005 n. 82*, in *Nuova giur. civ.*, 2005, I, 938; M. FARINA, *Riflessioni sul valore legale dell'«e-mail» a seguito della pronuncia di alcuni decreti ingiuntivi basati esclusivamente sulla produzione di una «e-mail»*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 615; M.G. JORI, *L'efficacia probatoria dell'«e-mail»*, in *Giur. it.*, 2005, 1028; M. PANI, *Il valore di prova scritta di una «e-mail»: la giustizia inizia a porsi al passo coi tempi*, in *Giur. merito*, 2005, 560.

⁶ Cass. 14 maggio 2018, n. 11606.

tassativa, dall'art. 2712 c.c., e dunque forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale viene prodotta non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime⁷.

Si è altresì ritenuto⁸ che la semplice mail - priva di certificazione - non costituisce documento informatico sottoscritto con firma elettronica, seppure "leggera", non sussistendo alcun collegamento logico tra l'immissione di username e password nella fase iniziale di accesso al server e gli altri dati elettronici che costituiscono il messaggio mail. L'inserimento di userid e password da parte dell'utente, è infatti finalizzato ad escludere che terzi possano accedere al servizio, senza alcun accertamento in merito all'identità dell'autore del documento informatico. Di conseguenza, la fattispecie viene ricondotta all'art. 2712 c.c., essendo la stampa di una pagina *web* che contiene il messaggio di posta elettronica nient'altro che una riproduzione di un documento informatico⁹.

Il formale, ma sommario, disconoscimento di documenti costituenti riproduzioni informatiche, ai sensi dell'art. 2712 c.c., non può dare luogo all'esclusione di tali documenti dal novero degli atti di causa utili per la decisione, perché esso deve essere chiaro, circostanziato ed esplicito, dovendosi concretizzare nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta¹⁰.

In questo filone si colloca la giurisprudenza¹¹ che ha ritenuto che l'e-mail contenente una promessa di pagamento costituisca prova scritta anche ai fini della pronuncia del decreto ingiuntivo, poiché, essendo un documento informatico, la presenza di un codice identificativo permette d'individuare la sua provenienza e, inoltre, si può equiparare al telegramma non accompagnato da un originale sottoscritto valutato come scrittura privata in base all'art. 2705 c.c.

⁷ Cass. n. 11606 del 2018, cit. considera corretta la ricostruzione della Corte d'appello che aveva ritenuto che il contratto di fornitura intercorso fra le parti, e il conseguente credito azionato in sede monitoria, fosse stato provato dallo scambio di mail intervenuto tra i rappresentanti delle due società, mail non contestate "quanto alla loro provenienza e testuale contenuto". Nel merito, Corte appello Napoli, 9 giugno 2021, in *Dejure*; Trib. Firenze 7 febbraio 2020, in *Dejure* riferita a mail.

⁸ Trib. Milano 4 novembre 2015, in *Ilprocessotelematico.it*, 2016; Trib. Roma 27 maggio 2010, in *Dir. informatica*, 2011, 3, 513 (s.m.) con nota di S. BARBARO, *Un decreto ingiuntivo fondato sulla produzione di una mail: la posta elettronica non certificata non supera il vaglio del Tribunale di Roma*.

⁹ Trib. Roma 27 maggio 2010, cit.

¹⁰ Trib. Milano 4 novembre 2015, cit.

¹¹ Trib. Verona 26 novembre 2005, in *Giur. merito*, 2005, 10, 2129 (s.m.). Altra giurisprudenza di merito, qualificando l'e-mail come documento informatico dotato di firma elettronica, ritiene la stessa idonea a soddisfare il requisito legale di forma scritta ai fini dell'emanazione di un decreto ingiuntivo: Trib. Lucca 17 luglio 2004, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Ingiunzione (procedimento per)*, n. 29; Trib. Mondovì 7 giugno 2004, *ibid.*, n. 28; Trib. Bari 20 gennaio 2004, *ibid.*, n. 27; Trib. Cuneo 15 dicembre 2003, *ibid.*, n. 26; Giud. pace Pesaro 2 novembre 2004, *ibid.*, n. 30.

Altro orientamento¹², tuttavia, in applicazione dell'art. 20 d.lgs. n. 82 del 2005, ritiene che il messaggio di posta elettronica privo di firma elettronica, sul piano probatorio, sia liberamente valutabile in giudizio in ordine all'idoneità a soddisfare il requisito della forma scritta, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità.

In tal senso, Cass. 8 marzo 2018, n. 5523 ha ritenuto che il messaggio di posta elettronica privo di firma elettronica non abbia l'efficacia della scrittura privata prevista dall'art. 2702 c.c. quanto alla riferibilità al suo autore apparente, attribuita dall'art. 21 del d.lgs. n. 82 del 2005 solo al documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, sicché esso è liberamente valutabile dal giudice, ai sensi dell'art. 20 del medesimo decreto. La fattispecie riguardava l'ammissibilità del licenziamento fondato sul contenuto di e-mail aziendali. Secondo la Cassazione, tale licenziamento può essere considerato illegittimo dal giudice di merito che abbia ragione di dubitare della riferibilità delle e-mail al loro autore apparente¹³.

Riguardo all'efficacia del licenziamento comunicato mediante allegato a messaggio di posta elettronica inviato all'indirizzo e-mail del lavoratore, Trib. Santa Maria Capua Vetere, 25 settembre 2018¹⁴ ha ritenuto che lo stesso non si possa dire conosciuto o conoscibile dal destinatario, qualora manchi la ricevuta di consegna, sicché è da ritenere nullo e inefficace.

3.2. Sms e applicazioni informatiche di messaggistica (*Whatsapp, Telegram*).

Altra questione di particolare rilievo riveste il valore da attribuire sul piano probatorio agli sms (sigla dell'inglese *Short Message Service*, servizio messaggi brevi) e alle applicazioni

¹² Trib. Prato 15 aprile 2011, *Foro it.*, 2011, I, 3198. Nella specie, l'e-mail tradizionale era volta a provare l'avvenuta tempestiva denuncia dei vizi della merce acquistata. Secondo il tribunale, in assenza di un meccanismo di posta elettronica certificata, come quello di cui all'art. 48 d.lgs. 82 del 2005, non esiste alcuna certezza in ordine all'avvenuta ricezione del messaggio da parte del destinatario.

¹³ La vicenda ha riguardato la contestazione al lavoratore di una condotta irregolare in merito all'applicazione della procedura cd. "rivalutazioni di magazzino" che, secondo le indagini aziendali, aveva portato all'accredito di somme non dovute in favore di alcune società commerciali partner, in quanto relative a giacenze di prodotti, in realtà non esistenti. La Corte di appello aveva osservato che la prospettazione della parte datoriale era fondata su messaggi di posta elettronica di "dubbia valenza probatoria" nonché su dichiarazioni provenienti da soggetti direttamente coinvolti nella vicenda e quindi inattendibili perché interessati ad un certo esito della lite. La Corte distrettuale concludeva per l'accertamento di illegittimità del recesso, in quanto, in difetto di riscontri certi che dimostrassero il diretto coinvolgimento del lavoratore nella procedura irregolare di rivalutazione, la responsabilità che andava a configurarsi era di natura oggettiva, connessa cioè esclusivamente alla posizione dirigenziale ricoperta. La decisione impugnata non metteva in discussione la sussistenza di una corrispondenza relativa all'indirizzo di posta elettronica del dipendente, sicché era da escludere una violazione dell'art. 2712 c.c. La sentenza della corte territoriale escludeva, piuttosto, che i messaggi fossero riferibili al suo autore apparente; trattandosi di e-mail prive di firma elettronica, la statuizione non è censurabile in relazione all'art. 2702 c.c. per non avere i documenti natura di scrittura privata, ai sensi dell'art. 1 d.lgs. n. 82 del 2005.

¹⁴ *Foro it.*, 2018, I, 3741.

informatiche di messaggistica (tra cui i programmi *Whatsapp* e *Telegram*). Per la validità legale della trascrizione di messaggi tratti da sms o da chat, come prova in un processo, è necessario acquisire anche il supporto - telematico o figurativo - contenente la registrazione, essendo la trascrizione una semplice riproduzione del contenuto della principale prova documentale?

Secondo la S.C., un sms contiene la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti ed è riconducibile nell'ambito dell'art. 2712 c.c., con la conseguenza che forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne contesti la conformità ai fatti o alle cose medesime¹⁵. È dunque sufficiente la mera riproduzione del testo senza la necessità di doverne acquisire il supporto, né è necessaria una perizia che attesti la conformità in quanto riprodotto rispetto all'originale.

Lo stesso principio è applicabile a ogni corrispondenza di messaggistica telematica.

Il "disconoscimento" che fa perdere alle riproduzioni informatiche di cui all'art. 2712 c.c. la qualità di prova, pur non soggetto ai limiti e alle modalità di cui all'art. 214 c.p.c., deve tuttavia essere non solo tempestivo¹⁶, soggiacendo a precise preclusioni processuali, ma anche chiaro, circostanziato ed esplicito, dovendosi concretizzare nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta¹⁷. Sono perciò inefficaci, ad esempio, i semplici richiami, fatti dal ricorrente, ai propri scritti difensivi nei quali dichiarava che quanto rappresentato dalle riproduzioni informatiche non corrispondeva alla realtà dei fatti in essa descritta¹⁸.

Tale disconoscimento, tuttavia, non produce gli stessi effetti di quello previsto dall'art. 215, comma 2, c.p.c., perché mentre questo, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo di questa, preclude l'utilizzazione della scrittura, il primo non impedisce che il giudice possa

¹⁵ Cass. 21 febbraio 2019, n. 5141. Il giudizio traeva origine dall'opposizione al decreto ingiuntivo per la restituzione di una somma mutuata. Il Giudice di pace respingeva l'opposizione sulla scorta della rilevanza dell'assegno bancario quale prova del rapporto causale sottostante e della conformità della trascrizione degli sms prodotti a quelli contenuti nella scheda telefonica e la cui provenienza dall'utente telefonica della parte non era stata contestata. Il Tribunale di Macerata, quale giudice d'appello, in accoglimento del gravame, revocava il decreto ingiuntivo. Secondo la Cassazione, il giudice d'appello ha correttamente applicato l'art. 2712 c.c. riconducendo nell'ambito di tale disposizione, che ora ricomprende anche le riproduzioni informatiche prive di firma, il documento sms, formando piena prova dei fatti e delle cose rappresentate in assenza di disconoscimento.

¹⁶ Cass. 13 maggio 2021, n. 12794, in *Guida al diritto*, 2021, 25, riguardante una relazione extraconiugale intrattenuta dal ricorrente a cui i giudici di merito avevano addebitato la separazione anche in ragione della messaggistica prodotta in giudizio.

¹⁷ Cass. 17 luglio 2019, n. 19155 in *Diritto & Giustizia*, 2019, 18 luglio con nota di K. MASCIA in fattispecie relativa alla valenza probatoria di alcuni sms. Nel merito, Trib. Prato 21 maggio 2019, in *Dejure*.

¹⁸ Cass. n. 12794 del 2021, cit.

accertare la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni¹⁹.

Al di fuori dell'ampia casistica sulla separazione e sul divorzio dei coniugi, in cui la prova dell'adulterio ben può fondarsi su messaggi estratti dal telefono cellulare del coniuge, di cui la moglie è entrata in possesso, essendo recessivo, rispetto al diritto di difesa in giudizio, quello alla inviolabilità della corrispondenza²⁰, la produzione di messaggi è stata ritenuta ammissibile al fine di accertare la responsabilità in ordine alla rottura della promessa matrimoniale e ottenere il risarcimento dei danni subiti²¹ o per provare il mancato pagamento di canoni di locazione per alcuni mesi e degli oneri condominiali maturati e ottenere la risoluzione anticipata del contratto di locazione²².

In materia lavoristica è stata ritenuta legittima l'intimazione del licenziamento tramite l'applicazione *Whatsapp*, allorquando dal testo del messaggio si evinca la chiara volontà del mittente di recedere dal rapporto di lavoro e il messaggio sia riconducibile, con certezza, al datore di lavoro²³. Il recesso intimato a mezzo *Whatsapp* assolve l'onere della forma scritta allorché parte ricorrente abbia con certezza imputato al datore di lavoro il documento informatico.

Analogamente, il licenziamento intimato tramite sms non è stato ritenuto assimilabile a quello intimato oralmente, ma piuttosto al licenziamento comunicato a mezzo tele fax e che al pari di questo possiede il requisito della forma scritta²⁴. Conseguentemente, si è ritenuto di rispettare i termini di decadenza dal diritto di proporre l'azione di impugnazione di cui all'art. 32 l. n. 183 del 2010.

¹⁹ Cass. 6 settembre 2001, n. 11445, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 1377. Si tratta di un orientamento consolidato della Cassazione: Cass. 12 maggio 2000 n. 6090, in tema di copie fotostatiche; Cass. 26 gennaio 2000 n. 866 e Cass. 5 febbraio 1996 n. 940, in tema di copie fotografiche, Cass. 22 dicembre 1997 n. 12949 in tema di tabulati informatici riepilogativi di retribuzioni, Cass. 8 luglio 1994 n. 6437 in tema di dischi cronotachigrafi; Cass. 10 settembre 1997 n. 8901 sugli oneri probatori dell'utente che contesti la corrispondenza al proprio traffico telefonico delle risultanze del misuratore di centrale. Le norme del codice civile sul disconoscimento della conformità all'originale di copie fotostatiche non autenticate di una scrittura si applicano solo quando questa sia fatta valere come negozio giuridico per derivarne direttamente e immediatamente diritti e obblighi, e non anche quando il documento sia esibito al solo fine di dimostrare un fatto storico da valutare nell'apprezzamento di una più complessa fattispecie, restando in tal caso il giudice libero di formarsi il proprio convincimento utilizzando qualsiasi circostanza atta a rendere verosimile un determinato assunto, come qualsiasi altro indizio, purché essa appaia grave, precisa e concordante (Cass. 25 gennaio 1999 n. 659).

²⁰ Trib. Roma, 17 maggio 2017, in *Foro it.* 2018, 6, I, 2206 (s.m.), con nota di MORACE PINELLI con riferimento ad alcuni sms.

²¹ Trib. Pavia 5 giugno 2018, in *Dejure*.

²² Trib. Alessandria 28 maggio 2018, in *Dejure*.

²³ Trib. Catania 27 giugno 2017, in *Dejure*.

²⁴ Trib. Torino 23 luglio 2014, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2015, 1, 85 (s.m.) con nota di FORNATTO.

3.3. Pagine web.

Tra i documenti che vengono prodotti in giudizio possono esservi anche riproduzioni di pagine web. In che modo è possibile produrle validamente?

La pagina web si forma davanti all'utente allorquando questi interroga un sito. Il collegamento alla rete Internet avviene attraverso uno specifico programma detto *browser* (Chrome, Explorer, Firefox, etc.), mediante il quale si può navigare da un sito telematico all'altro, stabilendo una comunicazione tra la posizione dell'utente e il server remoto. È attraverso la comunicazione, negoziata tramite l'url, che il programma traduce i singoli file in una composizione grafica. Non siamo, pertanto, di fronte a un documento informatico "unico" come un file pdf o un file immagine. Inoltre, le pagine web possono essere, e sovente lo sono, soggette a modifiche di contenuti sia nel testo sia sul piano grafico, per cui è quasi obbligata la necessità di fissarne il contenuto in un dato momento storico per potersene avvalere a fini probatori. Ecco, dunque, che la pagina web viene acquisita agli atti del processo attraverso una riproduzione analogica dello schermo, attraverso la stampa della pagina, o mediante una copia informatica, ottenuta attraverso la stampa in pdf o un file immagine da essa tratto.

Che valore probatorio riveste un documento così prodotto? È necessario procedere a una perizia informatica o un accertamento tecnico ai sensi dell'art. 696 c.p.c. atteso il contenuto "volatile" delle pagine web e del pericolo di perdita o deterioramento della prova?

Al riguardo, la S.C.²⁵ ha chiarito che la conformità della riproduzione cartacea delle risultanze di un sito internet può essere oggetto di contestazione ai sensi dell'art. 2712 c.c. e delle norme del codice dell'amministrazione digitale, ma al giudice è sempre consentito - anche d'ufficio ai sensi dell'art. 447 bis, comma 3, c.p.c., se applicabile (che consente al giudice, nelle controversie in materia di locazione, comodato e affitto, di disporre d'ufficio, in qualsiasi momento, l'ispezione della cosa e l'ammissione di ogni mezzo di prova) - l'accertamento della contestata conformità con qualunque mezzo di prova, inclusa la richiesta di informazioni al gestore del servizio ai sensi dell'art. 213 c.p.c. ovvero, come nella specie, mediante verifica diretta del sito. Nella specie, la Corte ha confermato la correttezza della verifica, svolta d'ufficio dal giudice ed eseguita mediante l'accesso diretto al sito internet del servizio postale degli Emirati Arabi Uniti, dell'esito dell'invio di una raccomandata semplice, trasmessa per la disdetta di un contratto di comodato.

²⁵ Cass. 26 agosto 2020, n.17810.

La pagina *web* può essere senza dubbio ricompresa nella definizione di documento informatico non sottoscritto, per cui è possibile ricondurre la sua copia informatica o analogica tra le fattispecie delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. Se ne deduce, pertanto, la piena validità ai fini probatori in assenza di contestazione specifica²⁶.

Può in tal senso ritenersi superata la tesi secondo cui la stampa su supporto cartaceo di una pagina *web*, i cui contenuti sono per natura estremamente mutevoli, non consente alcuna certezza in merito al momento in cui il documento (telematico) è stato formato²⁷.

²⁶ Trib. Milano 3 settembre 2019.

²⁷ Affermazione espressa in motivazione da Cass. 16 febbraio 2004, n. 2912 che, escludendo si trattasse di un "documento", ne aveva messa la produzione anche nel giudizio di appello, quando fosse mancata la prova certa della sua precostituzione.

Peculato (art. 314 c.p.) – Omesso riversamento dell'imposta di soggiorno al comune da parte di gestore di struttura alberghiera/ricettiva – Condotte commesse anteriormente al d.l. n. 34/2020, conv. l. 77/2020 – Non punibilità perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Con la pronuncia di seguito riprodotta, il Tribunale di Rimini ha dichiarato non punibili, in forza della novella introdotta con l'art. 180 del d.l. 34/2020 (cosiddetto Decreto Rilancio), che ha ritenuto legge d'interpretazione autentica, le condotte di appropriazione, mediante omesso riversamento dell'imposta di soggiorno, commesse dal titolare di impresa alberghiera/ricettiva prima del 19 maggio 2020, data di entrata in vigore del predetto decreto-legge.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI RIMINI
UFFICIO DEI GIUDICI PER LE INDAGINI PRELIMINARI
E DELL'UDIENZA PRELIMINARE
IL GIUDICE
Dott. *Manuel Bianchi*
ha pronunciato mediante lettura del dispositivo la seguente
SENTENZA
nel processo penale
CONTRO

XXX - libero, non comparso - nato a XXX (CE) il giorno XXX, residente a XXX ed elettivamente domiciliato a XXX, difeso di fiducia dall'Avv. St. A. R. del Foro di Rimini;

IMPUTATO

del delitto p. e p. dagli artt. 81 cpv - 314 c.p., in relazione all'art. 4 comma 1 del D.lgs. 14.03.2011 n. 23 poiché, quale albergatore e legale rappresentante della struttura alberghiera di cui appresso incassava, rivestendo la qualifica di incaricato di pubblico servizio (nella specie, agente contabile), per conto del Comune di Rimini somme di denaro a titolo di imposta di soggiorno spettanti al Comune senza corrispondere il dovuto all'ente a cui doveva essere corrisposta ai sensi dell'art. 6 del Regolamento Comunale di Rimini (C.C. n. 30 del 14.6.2012) entro il 16 del mese successivo al trimestre solare di riferimento:

Struttura Ricettiva	Legale Rapp.te	Imposta di Soggiorno trattenuta per complessivi euro	Annu alita'
Hotel XXX	XXX	euro 22.341.21	2013- 2014-2015- 2016

In Rimini (RN), in epoche dette.

Persona offesa:

Comune di Rimini, nella persona del Sindaco *pro tempore*; nessuno è comparso.

Con l'intervento del Pubblico Ministero e del Difensore.

Il **P.M.** chiede che venga riconosciuta la penale responsabilità dell'imputato e la condanna dello stesso alla pena-base di anni 4 di reclusione, aumentata *ex art.* 81 cpv. c.p. ad anni 4 mesi 2 di reclusione, diminuita per il rito alla pena finale di anni 2 mesi 9 giorni 10 di reclusione.

La Difesa chiede l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non è previsto dalla legge come reato o perché il fatto non costituisce reato.

MOTIVI DELLA DECISIONE

All'odierna udienza XXX, all'esito del giudizio abbreviato, è stato assolto dal reato a lui contestato.

1. Lo *status materiae*: il peculato del gestore di struttura ricettiva per appropriazione dell'imposta di soggiorno.

Allo stato attuale dell'ordinamento, il gestore di una struttura alberghiera o comunque ricettiva che ometta di riversare nelle casse dell'ente locale il denaro raccolto dagli avventori, a titolo di imposta di soggiorno, risponde di peculato con riferimento alle condotte commesse prima dell'entrata in vigore del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con m. dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, mentre non incorre in sanzioni di natura penale, bensì esclusivamente di natura amministrativa, con riferimento alle condotte tenute successivamente.

Dunque, oggi, due albergatori chiamati a varcare la soglia di un'aula di giustizia per rispondere entrambi dell'accusa di peculato, per essersi appropriati dell'imposta di soggiorno riscossa dalla clientela, l'uno – poniamo – per l'ammontare di 2 mila euro ma prima della novella legislativa, l'altro per l'ammontare di 2 milioni di euro ma in periodo successivo all'intervento del legislatore, si vedrebbero il primo condannato per peculato ad una pena minima di 4 anni di reclusione ed il secondo assolto perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

È l'esito, in termini di disciplina, di quanto recentemente affermato, con sentenza n. 30227, dalla Sesta sezione penale della Corte di cassazione, in data 28 settembre 2020, con motivazione depositata il 30 ottobre scorso, secondo cui sul piano dogmatico si sarebbe “*al cospetto di una successione nel tempo di norme extrapenali che lasciano però inalterati, per i fatti anteriori, tanto il precetto (art. 314 c.p.) quanto la qualifica soggettiva (art. 358 c.p.)*”.

Nonostante la segnalata notevolissima disparità di trattamento, non è tuttavia chi non veda come, se essa fosse fondata su argomentazioni formalmente corrette dal punto di vista giuridico, a nulla varrebbe invocare quelle che resterebbero mere considerazioni equitative, non certo vevoli a rimuovere la persistente tipicità dei comportamenti realizzati prima dell'entrata in vigore delle nuove norme.

Ed in effetti, *prima facie*, e con particolare riguardo ai rapporti strutturali fra le fattispecie per come ricostruite prima e dopo l'intervento del c.d. “Decreto rilancio”, le motivazioni addotte dalla Suprema Corte risultano assolutamente convincenti.

Se invero il gestore di struttura ricettiva viene qualificato dapprima (*ante* 19 maggio 2020) come incaricato di un pubblico servizio, nella specie come agente contabile estraneo al rapporto tributario che avvince in modo esclusivo l'ospite pernottante e l'ente locale impositore, e invece poi

(post 19 maggio 2020) quale “*responsabile del pagamento dell’imposta di soggiorno (...) con diritto di rivalsa sui soggetti passivi*”, allora non vi è dubbio che si dà eterogeneità fra la fattispecie anteriore e quella posteriore, per cui quest’ultima non può dirsi né in rapporto di continenza strutturale né di continuità normativa con la prima: nessuna *abolitio criminis* si è verificata e nessuna successione retroattiva della nuova norma può evidentemente profilarsi.

Segnatamente, non può sostenersi che l’art. 180 del citato decreto-legge, nel definire *ex novo* i compiti del titolare di un’azienda alberghiera in relazione a tale particolare imposta, abbia ritagliato in capo ad esso una particolare sottocategoria di incaricati di p.s. che debba pertanto essere espunta, per sottrazione, dall’insieme complessivo degli incaricati di p.s., determinando così l’abolizione della rilevanza penale delle rispettive condotte.

Oltretutto, essendo l’albergatore ormai divenuto parte dell’obbligo tributario, è noto che, per costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità, il soggetto passivo del rapporto impositivo, in caso di omesso versamento, non commette alcuna appropriazione, difettando il requisito dell’altruità del denaro (cfr. la giurisprudenza intervenuta sul sostituto di imposta, figura solo affine ma qui assimilabile, per quanto di ragione, a quella del “responsabile di imposta” ex art. 64 TUIR: ad es. Sez. un., sent. n. 1327/05, Li Calzi, Rv. 229634-01).

Ciò premesso e tenuto per fermo, occorre tuttavia verificare se effettivamente la previgente qualificazione del gestore di struttura alberghiera quale agente contabile discendesse *expressis verbis* direttamente dalla legge o se piuttosto fosse il frutto di un (peraltro meritorio) sforzo della giurisprudenza teso a colmare le incertezze e le lacune della disciplina legale.

Perché, in quest’ultimo caso, non sarebbe fuor di luogo domandarsi se – come acutamente suggerito in dottrina – la novella di cui all’art. 180 d.l. 34/2000 non rivesta a sua volta carattere di norma interpretativa e quali ne siano, di conseguenza, le possibilità e i limiti di applicazione retroattiva.

2. La natura di legge d’interpretazione autentica della novella dettata con l’art. 180 d.l. 34/2000.

L’art. 180 del decreto-legge 34, al comma 3, stabilisce, per quanto di rilievo in questa sede:

“All’articolo 4 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23, dopo il comma 1-bis, è inserito il seguente: «1-ter. Il gestore della struttura ricettiva è responsabile del pagamento dell’imposta di

soggiorno di cui al comma 1 e del contributo di soggiorno di cui all'articolo 14, comma 16, lettera e), del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, con diritto di rivalsa sui soggetti passivi, della presentazione della dichiarazione, nonché degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale. [...] Per l'omessa o infedele presentazione della dichiarazione da parte del responsabile si applica la sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma dal 100 al 200 per cento dell'importo dovuto. Per l'omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno e del contributo di soggiorno si applica la sanzione amministrativa di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471”.

La novella, come si vede, non dichiara espressamente di voler fungere da norma interpretativa, ma ciò non è in verità necessario, perché – come si dirà – risulta in modo inequivocabile da tutta una serie di indici.

Del resto, è pacifico nella giurisprudenza di legittimità che una norma di legge, per poter dispiegare effetti esegetici, non debba necessariamente autodefinirsi come “d’interpretazione autentica”.

È altresì ovvio come sia assai più probabile che una norma interpretativa rivesta tale qualità se essa interviene in materia di diritto penale sostanziale, piuttosto che sul sistema processuale, come noto governato dal principio *tempus regit actum* (cfr. ad esempio, rispettivamente: Sez. 5, n. 18072 del 15/04/2010 - dep. 12/05/2010, S. e altri, Rv. 247148-01, sulla riconduzione retroattiva della condotta di “*mantenimento*” alla fattispecie di “*riduzione*” in schiavitù, anche prima che la rubrica dell’art. 600 c.p., pur modificata da norma non espressamente definitasi “d’interpretazione autentica”, l’annoverasse *ex professo*; e Sez. 5, n. 7236 del 18/01/2019 - dep. 15/02/2019, PG in proc. Marano Eduardo, Rv. 275233-01, in materia di questione di competenza territoriale nel procedimento di prevenzione, caso regolato in modo innovativo dalla legge 17 ottobre 2017, n. 161, che fra l’altro detta apposita norma transitoria).

Gli indici della natura interpretativa delle nuove disposizioni sono di tipo sia letterale che sistematico.

La novella, invero, interviene dettando una norma di carattere definitorio: “*Il gestore della struttura ricettiva è responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno ... con diritto di rivalsa sui soggetti passivi*”.

Dimostra così palesemente l'intento di fare chiarezza in una materia fino a quel punto assai carente di riferimenti certi e di indicazioni esplicite, tanto da aver determinato la giurisprudenza a porvi rimedio giustificando per via ermeneutica, e con non poco sforzo, la riconduzione del "gestore di struttura ricettiva", il quale maneggia il denaro riscosso a titolo d'imposta di soggiorno, a quella dell'agente contabile (e di conseguenza dell'incaricato di p.s.).

Essa, inoltre, interviene – non a caso – proprio nel contesto della legge istitutiva dell'imposta di soggiorno, integrando con un ulteriore comma, enumerato 1-ter, l'art. 4 del d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23.

Il legislatore, dunque, non modifica innovativamente una definizione preesistente, ma ne aggiunge una, laddove la normativa anteriore era sostanzialmente muta, non avendo dettato nulla di specifico al riguardo né la legge primaria, né il pur previsto, e tuttavia mai adottato, regolamento governativo di attuazione.

Il nuovo decreto, infine, non si premura di dettare una disciplina transitoria o di regolamentare il rapporto intertemporale delle norme avvicendatesi: *in primis*, perché una norma precedente – in definitiva – manca, ma in secondo luogo anche perché dà per presupposto il carattere naturalmente retroattivo delle leggi interpretative, qual è pure quella da esso introdotta.

Oltre a tali argomenti testuali e topografici, vi è poi tutta una serie di elementi di contesto che denotano tipicamente l'adozione, da parte del legislatore, di una norma avente finalità esegetica.

La fertilità del terreno normativo preesistente rispetto all'introduzione di una novella interpretativa è plasticamente rappresentata dalle lacune e dalla assoluta genericità della previgente disciplina dell'imposta di soggiorno.

Tanto è vero che, nel 2016, dovette intervenire la Corte dei conti, a Sezioni Riunite, con la sentenza n. 22, in giudizio per questione di massima deferibile dalla Sezione giurisdizionale per la regione Abruzzo.

All'esito di tale vicenda, riconosceva, preliminarmente, il Giudice contabile:

"In tema di ammissibilità di detto quesito, è da osservare:

a) è indubbio che la qualificazione di agenti contabili degli operatori presso le strutture alberghiere costituisce una questione particolarmente complessa e relativamente nuova, in considerazione del loro inserimento, disposto dai regolamenti comunali, nella procedura di riscossione e riversamento dell'imposta di soggiorno;

b) la complessità emerge dal quadro normativo di settore che, come precedentemente evidenziato, è caratterizzato dalla laconicità della norma istitutiva del tributo, accompagnato dall'assenza del pur previsto regolamento governativo, sì che la disciplina di attuazione va individuata nei singoli regolamenti comunali; [...] emerge quindi un quadro normativo che si presta ad incertezze e diverse opzioni interpretative”.

Concludeva infine la Corte:

“La riserva di legge posta dall'articolo 23 della Costituzione in materia di imposizione tributaria, comporta che sia la norma primaria a disciplinare gli aspetti essenziali del tributo, stabilendo non solo il presupposto e la misura del tributo, ma anche il soggetto attivo e quello passivo dell'imposizione tributaria, aspetti quindi sui quali non può incidere la normativa regolamentare di attuazione.

La normativa primaria intervenuta in materia è l'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2011 che, come precedentemente già evidenziato, ha individuato i soggetti passivi del rapporto tributario esclusivamente in coloro che alloggiano nelle strutture ricettive.

Ne consegue che il “gestore” della struttura ricettiva è del tutto estraneo al rapporto tributario virgola, non potendo assumere, nel silenzio della norma primaria, la funzione di “sostituto” o “responsabile d'imposta”, né tale ruolo potrebbe essergli attribuita dai regolamenti comunali”.

Così, asseverato dalla Corte dei Conti il grave stato di incertezza normativo in cui versava l'ordinamento prima del recente intervento legislativo, nonché confermata di conseguenza l'astratta plausibilità dell'inquadramento dell'albergatore fra i sostituti o fra i responsabili d'imposta, è altrettanto pacifico, d'altra parte, che affinché una legge possa ambire a dispiegare retroattivamente efficacia interpretativa non è necessario un pregresso contrasto giurisprudenziale, ma è sufficiente una situazione di indeterminatezza della fonte regolatrice cui la magistratura abbia tentato di ovviare elaborando un indirizzo giurisprudenziale c.d. indesiderato (*scilicet*: indesiderato dal legislatore).

Anzi: come autorevolmente sottolineato in dottrina, le norme d'interpretazione autentica sono in genere propriamente intese a riaffermare il principio di soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), perché *“è evidente come la vera funzione delle norme di interpretazione sia soprattutto*

quella di vincere con l'autorità del legislatore eventuali interpretazioni ad esso sgradite e che si siano affermate nella pratica (generalmente per opera dei giudici) dopo l'entrata in vigore della disposizione «interpretata»” (PIZZORUSSO).

Quanto precede appartiene al patrimonio ermeneutico consolidato della giurisprudenza costituzionale sul tema.

Si rammentino soltanto alcune delle molte pronunce.

Sentenza n. 271 del 2011, (Presidente: Quaranta, redattore: Criscuolo):

“Questa Corte ha più volte chiarito che il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, così rendendo vincolante un significato ascrivibile ad una norma anteriore (ex plurimis: sentenze n. 209 del 2010, n. 24 del 2009, n. 170 del 2008 e n. 234 del 2007)”.

Sentenza n. 209 del 2010 (Presidente: Amirante, Redattore: Silvestri):

“Questa Corte ha costantemente affermato che il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche «quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore»”.

Sentenza n. 170 del 2008, (Presidente: Bile, Redattore: Tesauro):

“La disposizione, come questa Corte ha affermato, è interpretativa qualora, esistendo una oggettiva incertezza del dato normativo (ordinanza n. 400 del 2007) ed un obiettivo dubbio ermeneutico (sentenza n. 29 del 2002), sia diretta a chiarire il contenuto di preesistenti norme, ovvero ad escludere o ad enucleare uno dei significati tra quelli plausibilmente ascrivibili a queste. Tuttavia, il legislatore può emanare norme che precisino il significato di preesistenti disposizioni anche se non siano insorti contrasti giurisprudenziali (sentenza n. 123 del 1988; ordinanza n. 480 del 1992), ma sussista comunque una situazione di incertezza nella loro applicazione (sentenze n. 291 del 2003; n. 374 del 2002; n. 525 del 2000), essendo sufficiente che la scelta imposta rientri tra

le possibili varianti di senso del testo interpretato e sia compatibile con la sua formulazione (sentenze n. 409 del 2005; n. 168 del 2004; n. 292 del 2000), fermo restando che non spetta a questa Corte esprimere valutazioni sulla fondatezza delle differenti esegesi (sentenza n. 229 del 1999)”.

Né vi è spazio per sostenere che le nuove disposizioni rivestano carattere non interpretativo, perché innovative.

Ed infatti.

Va in primo luogo tenuto conto del fatto che tutte le leggi d’interpretazione autentica, in fondo, dispiegano anche, *necessariamente*, un effetto modificativo dello stato dell’ordinamento giuridico preesistente.

Trattasi di un insegnamento risalente, addirittura, ad una delle primissime pronunce della Corte costituzionale, la n. 118 del 1957, che così si esprimeva: *“non diversamente dalle altre leggi, anche la legge interpretativa innova all’ordine legislativo preesistente: il quid novi che essa introduce in tale ordine consiste nell’attribuire a certe norme anteriori un significato obbligatorio per tutti (con conseguente esclusione di ogni altra possibile interpretazione)”*.

Un chiaro autore, al riguardo, ha icasticamente osservato: *“Quando il legislatore crede di auto interpretarsi, ha la forza del legislatore, non ha la forza dell’interprete”* (SACCO).

In secondo luogo, va considerato che la prima sentenza della Corte di cassazione (n. 32058 del 2018) che ha sussunto la figura del gestore di struttura ricettiva, in relazione all’omesso riversamento dell’imposta di soggiorno, nella nozione di incaricato di p.s. lo ha fatto mutuando gli sforzi interpretativi compiuti nel 2016 dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti, tesi ad annoverare il titolare di azienda alberghiera fra gli agenti contabili.

Ciò era stato possibile soltanto attingendo a fonti normative in gran parte assai risalenti nel tempo, e in ogni caso non specificamente deputate a disciplinare la peculiare figura del titolare d’impresa alberghiera che proceda alla riscossione di un emolumento di natura tributaria, quale l’imposta di soggiorno: ci si riferisce alla definizione generale di agente contabile contenuta nella legge sulla contabilità dello Stato, l’art. 74, comma 1, del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, nonché al principio contabile di cui al punto 4.2. dell’allegato n. 4/2 del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118.

Quest’ultimo così recita:

“4.2 Gli incaricati della riscossione assumono la figura di agente contabile e sono soggetti alla giurisdizione della Corte dei conti, a cui devono rendere il conto giudiziale, previa formale parificazione, per il tramite dell'amministrazione di appartenenza, che vi provvede entro 60 giorni dall'approvazione del rendiconto della gestione insieme con la trasmissione del conto del tesoriere”.

Con tale ultima norma (*recte* principio contabile), tuttavia, nulla era detto in realtà con specifico riguardo alla figura del titolare di azienda alberghiera, tanto è sì vero che oggetto principale del più volte menzionato intervento della Corte dei Conti, a SS.RR., con sentenza n. 22/2016, era stata proprio la questione se la qualifica di agente contabile, spettasse, relativamente all'imposta di soggiorno, al singolo titolare della struttura ricettiva o, piuttosto, all'ufficio comunale all'uopo delegato, il c.d. “agente contabile collettore”.

Prima del decreto c.d. “Rilancio”, dunque, la fattispecie penale del peculato, con riferimento al gestore di azienda alberghiera che ometta il riversamento dell'imposta di soggiorno, non riposava su una precisa norma extrapenale che includesse il soggetto attivo fra coloro che sono incaricati di un pubblico servizio, ma essa si basava sulla elaborazione giurisprudenziale di quest'ultima nozione, condotta sul filo dei principi generali della contabilità dello Stato.

3. L'assenza di controindicazioni, dal punto di vista della legalità costituzionale, all'intervento di una legge interpretativa *in subjecta materia*.

Già si è detto della naturale efficacia retroattiva delle leggi interpretative.

Tale qualità non incontra limiti che siano sindacabili da parte del Giudice di legittimità, se non come riflesso di un difetto di legalità costituzionale e/o convenzionale la cui sussistenza è tuttavia più correttamente da appurarsi in sede di giudizio sulla costituzionalità della norma che si presuma viziata.

Fra i vizi più di sovente riscontrati dalla Consulta nelle norme di interpretazione autentica, vi è quello di irragionevole ingerenza in un procedimento già iniziato, e in particolare, quindi, di invasione della sfera di attribuzioni di un altro potere dello Stato, nella specie il potere giudiziario.

Va tuttavia doverosamente premesso che tale ingiustificata alterazione di equilibri processuali preesistenti è stata di regola sanzionata, come emerge passando in rassegna i repertori delle pronunce della Corte costituzionale o della Corte europea dei diritti dell'uomo, in ipotesi in cui la

causa retroattivamente condizionata dalla norma interpretativa era di natura civile, e segnatamente in cui una delle parti era lo Stato, che, diversamente, contro ogni principio di *fair play*, si sarebbe ingiustamente avvantaggiato dell'intervento normativo (cfr., in particolare: Cedu, sent. 14 febbraio 2012, Arras e altri c. Italia, nonché sent. 31 maggio 2011, Maggio e altri c. Italia, entrambe in materia pensionistica; Cedu, sent. 11 dicembre 2012, Anna De Rosa c. Italia, e sent. 7 giugno 2011, Agrati c. Italia, entrambe in materia di personale scolastico ATA).

È di tutta evidenza come non sia affatto questo il caso, controvertendosi – nella specie – di una possibile applicazione *in bonam partem* di una norma afferente alla materia penale, settore dell'ordinamento in cui la valenza retrospettiva di una legge favorevole al reo è principio da annoverarsi fra quelli di massimo rango.

Qui, invero, l'unico affidamento nella certezza dei rapporti giuridici che riceva tutela costituzionale è quello dell'imputato a non vedersi sanzionato per una condotta che, nel momento in cui fu realizzata, non costituiva reato; non essendo concepibile, nell'ipotesi inversa (quella dell'eliminazione, anche per il passato, della rilevanza penale di un fatto), alcun affidamento della “controparte”.

Altra ipotesi frequente di incostituzionalità, come pure d'illegittimità convenzionale, è quella della violazione di diritti quesiti.

Ma anche questa evenienza è assolutamente inconferente nella materia *de qua*, a meno di non voler escogitare un del tutto inopinato “diritto acquisito” del Pubblico Ministero ad ottenere una pronuncia di condanna.

A fronte di una acclarata retroattività *in bonam partem*, dunque, l'unico limite seriamente prospettabile, a segnare una sorta di cortina protettiva del potere giudiziario e dell'ammirazione della giustizia contro interferenze del legislatore, a torto o a ragione ritenute indebite, ed a sopire i malumori solitamente da queste provocati, è forse il giudicato penale di condanna.

La questione se la norma interpretativa dettata dall'art. 180 del decreto-legge n. 34/2000 travolga anche il giudicato non è tuttavia di rilievo in questa sede, e pertanto non sarà affrontata.

Dal punto di vista sostanziale, infine, la novella potrebbe incappare in un vizio di irrazionalità intrinseca qualora la sua valenza retroattiva risultasse priva di adeguate giustificazioni sul piano dei valori e dei beni di rilievo costituzionale.

Ma si crede di aver già convenientemente sottolineato come la qualificazione del titolare di impresa alberghiera come responsabile solidale del pagamento dell'imposta di soggiorno serva, per

un verso, ad assicurare la certezza del diritto, intervenendo su di un terreno in precedenza assolutamente carente sotto tale profilo, e per altro verso soddisfi chiarissime esigenze equitative, evitando che si possa sanzionare con una pena assai severa una fattispecie in fondo corrispondente ad un omesso versamento tributario, e purtuttavia priva di una soglia di punibilità capace di garantire quantomeno la proporzionalità delle conseguenze al disvalore del fatto.

Esula dunque, già solo per questo, ogni possibilità di tacciare la nuova norma di eccesso di potere legislativo (vizio che peraltro la dottrina costituzionalistica ritiene di difficilissima, se non diabolica, prova) per essere intervenuta la fonte primaria con il malcelato intento di regolare una situazione particolare, *ad personam*.

La finalità è piuttosto quella già segnalata: assicurare la certezza e la proporzionalità delle pene, evitando che due condotte assolutamente simili o addirittura l'una assai più grave dell'altra, in relazione all'entità del denaro sottratto alla finanza pubblica, vengano giudicate lo stesso giorno, e magari nel medesimo ufficio giudiziario, la prima con verdetto di assoluzione e la seconda con una pronuncia di (severa) condanna.

4. L'ultima pronuncia di legittimità intervenuta sul tema.

La Suprema Corte di cassazione si è da ultimo pronunciata sul tema del peculato dell'albergatore, per omesso riversamento dell'imposta di soggiorno, con sentenza n. 36317 del 2020, Pres. Bricchetti, Rel. Calvanese.

Poiché con tale decisione il Giudice di legittimità ha espressamente escluso che la novella del decreto "Rilancio" possa essere qualificata come legge d'interpretazione autentica del precedente assetto normativo, è bene riportare integralmente il paragrafo 7 del Considerato in diritto, a ciò dichiaratamente dedicato:

"Non può ritenersi infine che l'art. 180 cit., sia in realtà una norma interpretativa, che abbia inteso cioè vincolare il giudice nella qualificazione giuridica del rapporto tributario sottostante alla tassa di soggiorno, non risultante da una norma specifica e ricostruito sulla base dei principi generali.

Una siffatta soluzione richiama quanto a suo tempo affermato dalla sentenza delle Sezioni Unite Tuzet⁶³ (Sez. U, n. 8342 del 23/05/1987. Tuzet, Rv. 176404), con la quale si è ritenuta rilevante, ai fini della abolitio criminis in tema di peculato, la diversa qualificazione data ai dipendenti bancari, che avevano perso la qualità di incaricati di pubblico servizio: in tal caso le Sezioni unite hanno rilevato che la diversa qualificazione, più che di una modificazione normativa, era stato il frutto di una diversa interpretazione, alla quale andava riconosciuto valore retroattivo, come avviene normalmente per le operazioni interpretative.

Nel caso in esame, una siffatta interpretazione “autentica” con effetto retroattivo non è praticabile per una serie di ragioni.

In primo luogo, essa risulterebbe contraria ai principi costituzionali in tema di riserva di legge in materia tributaria, che impone al legislatore di individuare con sufficiente analiticità gli elementi essenziali della stessa prestazione (presupposto d'imposta, base imponibile, soggetti obbligati, indici di capacità contributiva) (tra tante, Corte Cost. n. 69 del 2017).

Anche l'art. 52, d.lgs. n. 446 del 1997, sopra richiamato che disciplina la potestà regolamentare comunale in materia tributaria, richiamato dall'art. 4 cit., stabilisce che tale potestà non possa estendersi all'individuazione dei soggetti passivi.

Il silenzio del legislatore in altri termini quanto all'imputazione in capo al gestore del rapporto tributario assume un significato non diversamente interpretabile.

Ma vi sono anche argomenti che fanno protendere per un consapevole silenzio del legislatore.

Si tratta delle plurime occasioni nelle quali il legislatore ha riformato l'imposta di soggiorno di cui all'art. 4 cit., lasciando tuttavia volutamente inalterata la disciplina relativa al gestore delle strutture ricettive.

Significativa è la novella dell'art. 4 introdotta dal D.L. 22 marzo 2012, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 aprile 2012, n. 44, che, nell'ambito di disposizioni in materia di “semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento”, ha introdotto (comma 3-bis) la “imposta di sbarco” (ora denominata “contributo di sbarco”) che i comuni, che hanno sede giuridica nelle isole minori e i comuni nel cui territorio insistono isole minori, possono istituire “in alternativa all'imposta di soggiorno di cui al comma 1”.

⁶³ In verità, il richiamo a tale decisione è improprio: le Sezioni Unite Tuzet, infatti, argomentavano una intervenuta abolitio criminis nell'ottica del criterio del ‘fatto concreto’, senza ricorrere alla tesi della norma d'interpretazione autentica.

In tal caso, il legislatore ha inteso istituire il nuovo tributo con modalità (e conseguenze) del tutto analoghe rispetto a quelle ora previste anche per il gestore, definendo espressamente la compagnia di navigazione come “responsabile di imposta”, mantenendo tuttavia sino alla novella del 2020 una disciplina volutamente differenziata per l'imposta di soggiorno.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che l'imposta di sbarco, sia pur presentando analogie con la “tassa di soggiorno” e, potendosi sostituire ad essa, sia da considerare una imposta “nuova”, basata su presupposti alternativi a quelli dell'imposta di soggiorno (Sez. 5 civ., n. 31800 del 05/12/2019, Rv. 656027).

Nella stessa linea di differenziare espressamente il regime della imposta di soggiorno da altre forme di tributi comunali connessi ad analoghi presupposti si pone il D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito nella L. 21 giugno 2017, n. 96, che ha previsto la responsabilità del pagamento dell'imposta di soggiorno a carico di coloro che incassano, anche quali intermediari, i corrispettivi ed i canoni relativi alle locazioni brevi.

Non da ultimo, va rilevato che una interpretazione autentica abrogans da parte del legislatore, non accompagnata da disposizioni transitorie, avrebbe l'effetto illogico ed irragionevole di privare per il passato del tutto di sanzione (anche amministrativa o tributaria) la condotta del gestore che ha omissso il versamento dell'imposta - anche se effettivamente riscossa dal cliente.

Come ha chiarito la giurisprudenza (Sez. U, n. 25457 del 29/03/2012; Campagne, Rv. 252694), il principio di cui all'art. 2 c.p.p., comma 4, (retroattività della legge più favorevole al reo) non è stato recepito nella L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 1 e non è estensibile alla disciplina della “successione” dell'illecito amministrativo rispetto all'illecito penale, essendo, invece, necessarie apposite norme, affidate alla discrezionalità del legislatore ordinario (pur sempre nel rispetto del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.), per poter superare l'autonomo principio d'irretroattività, che per l'illecito tributario trova la sua costituzionalizzazione nell'art. 23 Cost.”.

Tali considerazioni non sono condivisibili.

Vediamo perché.

Secondo la Corte, la tesi dell'interpretazione autentica non è praticabile, perché “essa risulterebbe contraria ai principi costituzionali in tema di riserva di legge in materia tributaria, che impone al legislatore di individuare con sufficiente analiticità gli elementi essenziali della stessa

prestazione (presupposto d'imposta, base imponibile, soggetti obbligati, indici di capacità contributiva) (tra tante, Corte Cost. n. 69 del 2017)".

Tale argomentazione, se rettificata, deve tuttavia condurre ad un risultato opposto rispetto a quello avallato dai Supremi Giudici: infatti, che la materia tributaria sia coperta, in base all'art. 23 della Costituzione, da riserva (relativa) di legge non dovrebbe certo poter precludere alla legge di intervenire e fare chiarezza, specificando i soggetti passivi dell'imposizione, segnatamente se, prima di tale intervento, la regolamentazione era così lacunosa e generica da aver costretto la stessa Corte dei Conti a prendere posizione per precisarla.

In altri termini: quando un settore dell'ordinamento giuridico è coperto da riserva di legge, esso allora è semmai particolarmente vocato, e non certo refrattario, ad essere inciso da norme, di fonte primaria, aventi finalità e natura esecutiva.

"Anche l'art. 52, d.lgs. n. 446 del 1997, sopra richiamato che disciplina la potestà regolamentare comunale in materia tributaria, richiamato dall'art. 4 cit., stabilisce che tale potestà non possa estendersi all'individuazione dei soggetti passivi": tale affermazione è infondata, ed in verità incontestata.

È ovvio che la potestà di individuare i soggetti passivi del tributo non spetti agli enti *locali*.

Ma la questione è se il legislatore *nazionale* avesse compiutamente esercitato (prima del d.l. "Rilancio") tale sua prerogativa, dettando una disciplina dell'imposta di soggiorno completa e immune da lacune, ovvero vi avesse provveduto in modo – a tutto concedere – eccessivamente generico.

Prosegue la Corte escogitando l'inedita categoria della riserva di legge esercitata in forma tacita: il silenzio del legislatore non sarebbe diversamente interpretabile.

Il fatto che la fonte legislativa sia intervenuta più volte su materie affini o limitrofe all'imposta di soggiorno, e cioè nella specie sull'imposta di sbarco, assegnando la veste di responsabile d'imposta alla compagnia di navigazione, ovvero attribuendola a coloro che incassano, anche quali semplici intermediari, il corrispettivo delle cc.dd. locazioni brevi, dovrebbe far propendere per un silenzio consapevolmente serbato circa la figura del gestore di struttura ricettiva.

Non è tuttavia chi non veda come tale argomento sia quantomeno incerto, ed in particolare ambivalente: il fatto che il legislatore, alla fine, abbia espressamente assoggettato al rapporto impositivo anche l'albergatore (oltreché l'ospite soggiornante) può pure implicare, in maniera

altrettanto stringente dal punto di vista logico, che lo stesso abbia deciso di correggere un'interpretazione giurisprudenziale che, viceversa, non aveva inteso assecondare.

Infine, l'argomento del vuoto di tutela: *“Non da ultimo, va rilevato che una interpretazione autentica abrogans da parte del legislatore, non accompagnata da disposizioni transitorie, avrebbe l'effetto illogico ed irragionevole di privare per il passato del tutto di sanzione (anche amministrativa o tributaria) la condotta del gestore che ha omissso il versamento dell'imposta - anche se effettivamente riscossa dal cliente”*.

Il rilievo non coglie nel segno.

Prima di tutto non corrisponde a verità: non vi è invero alcuno spazio libero dal diritto.

Per le condotte precedenti al decreto n. 34/2020 continuano infatti a trovare applicazione le sanzioni amministrative previste dai regolamenti comunali, più o meno severe a seconda della maggiore o minore vocazione turistica del territorio.

Residua inoltre, in ogni caso, la responsabilità civile nei confronti dell'ente locale, per il fatto ingiusto dell'omesso riversamento.

Nessun vuoto di tutela, dunque.

Ma poi, anche se fosse: il diritto sanzionatorio, quale anche quello amministrativo-punitivo senz'altro è, risulta governato dal principio di frammentarietà, sicché, in senso tecnico, non è possibile denunciare lacune di sorta.

Conclude infine la S.C.: *“Come ha chiarito la giurisprudenza (Sez. U, n. 25457 del 29/03/2012; Campagne, Rv. 252694), il principio di cui all'art. 2 c.p.p., comma 4, (retroattività della legge più favorevole al reo) non è stato recepito nella L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 1 e non è estensibile alla disciplina della “successione” dell'illecito amministrativo rispetto all'illecito penale, essendo, invece, necessarie apposite norme, affidate alla discrezionalità del legislatore ordinario (pur sempre nel rispetto del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.), per poter superare l'autonomo principio d'irretroattività, che per l'illecito tributario trova la sua costituzionalizzazione nell'art. 23 Cost.”*.

Or, tuttavia; delle due l'una.

O si aderisce all'idea della omogeneità dell'illecito amministrativo a quello penale (con conseguente diretta applicabilità dell'art. 2 comma 4 c.p.), cosa che la Corte esclude, oppure, come

affermano di voler fare i Supremi Giudici, si continua a prestare fede alla c.d. *aliud-Theorie*⁶⁴, ovvero alla tesi della eterogeneità delle due branche dell'ordinamento (sistema del 'doppio binario' riaffermato da Cass., Sentenza, Sez. III, Sent. 14 gennaio 2021, dep. 4 febbraio 2021, n. 4439).

Ed allora non si può fare a meno di osservare che da una stessa disposizione possano derivare effetti opposti per la materia penale e per quella amministrativa/tributaria.

In altri termini: la stessa disposizione⁶⁵ del "Decreto Rilancio" opererà retroattivamente per quanto concerne la materia penale, privando di rilievo, sotto tale profilo, le condotte anteriormente compiute e ancora *sub iudice* (non coperte dal giudicato); mentre soggiacerà al divieto di applicazione retroattiva in ambito tributario, non consentendo di irrogare sanzioni a chi, prima di oggi, non avesse precisa contezza di rivestire la qualifica di responsabile d'imposta.

Siano infine consentite alcune considerazioni di sistema, volte a garantire l'equilibrio fra le varie tesi sin qui affacciate nella materia di che trattasi.

Piace sottolineare che la tesi dell'interpretazione autentica non collide con il c.d. criterio strutturale (patrocinato dalle Sezioni Unite *Giordano, Magera, Niccoli e Rizzoli*) e, a dir vero, non gli sottrae alcuno spazio di operatività⁶⁶.

I due paradigmi operano in settori diversi, non sovrapponibili.

Ogniqualvolta il legislatore abbia effettivamente dettato una precisa disciplina extrapenale, non integratrice del precetto del reato, e questa venga modificata da una norma successiva, ebbene in tutti tali casi si dovrà concludere per una modificazione mediata senza effetti di *abolitio criminis*.

Quante volte, viceversa, il legislatore abbia approntato una disciplina assolutamente vaga e lacunosa, non potendosi ricavare il detto dal non detto, la parola dal silenzio, ecco che allora vi sarà spazio per l'intervento di leggi di interpretazione autentica.

⁶⁴ Per questa denominazione, si veda la dottrina che recentemente si è occupata del fenomeno delle cc.dd. "pene nascoste".

⁶⁵ Un'unica disposizione, ma peraltro contenente *due* diverse norme: l'una consistente nella definizione del gestore della struttura alberghiera come "responsabile di imposta"; l'altra data dalla previsione di una sanzione amministrativa per l'omesso o ritardato riversamento dell'imposta ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471.

⁶⁶ Come viceversa si farebbe abbracciando la teorica del "fatto concreto" (Sez. Un. *Tuzet*), quale strumento di accertamento di una intervenuta *abolitio*.

Nel caso dell'imposta di soggiorno illegittimamente trattenuta dal gestore di una struttura alberghiera ricettiva è accaduto proprio questo: il legislatore aveva disciplinato la materia in maniera estremamente generica, la giurisprudenza (contabile) aveva colmato la lacuna, ma tale interpretazione si è rivelata sgradita al legislatore, che pertanto si è successivamente premurato di dettare norme più precise ed accurate, facendo chiarezza e in particolare escludendo che la condotta in questione potesse addirittura integrare gli estremi del grave delitto di peculato.

Viste le resistenze della giurisprudenza ad adeguarsi alla novella legislativa, oggi la dottrina è giunta persino ad invocare un provvedimento di amnistia.

A fronte di ciò ed alla luce di quanto argomentato, il Tribunale ritiene invece, più semplicemente, di riconoscere che il fatto sottoposto al suo esame non è previsto dalla legge come reato.

P.Q.M.

Visti gli artt. 442 e 530 c.p.p.,

assolve

l'imputato dal reato a lui ascritto perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Motivazione in 90 giorni.

Rimini, 26 novembre 2020.

Il Giudice

Manuel Bianchi

Cesare Parodi

Il controllo sull'inerzia del p.m.: la riforma Cartabia tra affermazione di principi e realtà operativa.

Sommario: 1. Premessa - 2. I termini per le indagini - 3. Il controllo sull'inerzia del p.m.

1. Premessa

La precisa volontà di segnare un punto di svolta in relazione alla “gestione” della giustizia in Italia, sulla base non sole delle esigenze di recupero di efficienza chiaramente indicate dall’Unione europea, quanto per tentare un recupero globale di credibilità nei confronti dei cittadini, dopo anni difficili, è già chiaramente percepibile dall’oggetto del disegno di legge della cd riforma Cartabia: c’è tutto, o quasi.

Recita l’art. 1 “ *Delega al Governo per la modifica del codice di procedura penale, delle norme di attuazione del codice di procedura penale, del codice penale e della collegata legislazione speciale nonché delle disposizioni dell’ordinamento giudiziario in materia di progetti organizzativi delle procure della Repubblica, per la revisione del regime sanzionatorio dei reati e per l’introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa e di una disciplina organica dell’ufficio per il processo penale*”.

Un progetto ambizioso, ampio, che si dispiega non solo sugli aspetti sostanziali e strettamente processuali del sistema penale, ma che affronta – in termini innovativi- anche i profili organizzativi di quest’ultimo, nonché le ricadute e l’impatto delle nuove disposizioni sul corpo sociale.

Entro un anno dalla pubblicazione della legge delega, il Governo sarà tenuto ad adottare “ *uno o più decreti legislativi per la modifica del codice di procedura penale, delle norme di attuazione del codice di procedura penale, del codice penale e della collegata legislazione speciale nonché delle disposizioni dell’ordinamento giudiziario in materia di progetti organizzativi delle procure della Repubblica, per la revisione del regime sanzionatorio dei reati e per l’introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa e di una disciplina organica dell’ufficio per il processo penale, con finalità di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale, nel rispetto delle garanzie difensive*”.... secondo i principi e criteri direttivi previsti dal primo articolo della legge in oggetto.

Anche troppo evidenti le ragioni delle scelte, che costituiscono la risposta a dati statistici allarmanti, con riferimento alle pendenze e ai tempi medi di durata dei procedimenti, in particolare nei giudizi di secondo grado. Scelte che, nondimeno, sono state in qualche modo conciliate con la disciplina della prescrizione, modificata dalla L. 9 gennaio 2019, n.3, per evitare (o tentare di evitare, quantomeno) un prolungamento dei tempi del processo tale da incidere non solo sull'interesse delle parti ad una definizione rapida del giudizio, quanto sulla complessiva efficienza del sistema giudiziario.

Ci sarà molto da dire, sulla delega e sull'attuazione della stessa. Se partiamo oggi dal tema indicato nel titolo è perché, per molte ragioni, è tra quelli più controversi, delicati e rilevanti. Altri ne seguiranno.

2. I termini per le indagini

La doverosa premessa riguarda la disciplina dei termini per le indagini, rispetto ai quali l'intervento previsto dalla delega risulta essere fortemente innovativo. E' sufficiente un rapido confronto tra la disciplina attuale e quella prevista dalla delega. E' stata prevista la modifica dei termini di durata delle indagini preliminari, di cui all'articolo 405 c.p.p., in relazione alla natura dei reati. La prima versione della norma prevedeva il termine "gravità" al posto di "natura".

Allo stato, per l'art. 405 c.p.p. il termine di durata delle indagini per la generalità di reati, a decorrere dall'iscrizione dell'indagato nel registro delle notizie di reato è di:

- sei mesi, in via ordinaria
- un anno se si procede per i reati di cui all'art. 407, comma 2 c.p.p.

La delega estende il termine annuale alla generalità dei reati, per garantire la segretezza delle stesse per un lasso di tempo adeguato alle esigenze di accertamento.

A fianco del termine "ordinario" annuale, è poi previsto:

- un termine "breve" – sei mesi per i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena non superiore nel massimo a tre anni
- un termine di un anno e sei mesi per i reati di criminalità organizzata o terroristica e, in generale, per i procedimenti relativi ai delitti contemplati dall'articolo 407, co. 2, c.p.p.

Rispetto al primo testo della riforma deve essere accolta con favore l'esclusione dal termine "breve" semestrale dei reati "i puniti con la sola pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni, sola o congiunta alla pena pecuniaria", in quanto per molti degli

stessi - sia in ragione del carico di lavoro degli uffici sia dell' oggettiva complessità - tale termine avrebbe potuto essere considerato inadeguato; si pensi ad alcune tipologie di truffe o comunque a reati il cui accertamento sia tale da implicare approfondimenti tecnici); nondimeno, anche rispetto alla categoria "contravvenzioni" – per le quali in sostanza sarà applicabile il termini di sei mesi- potranno porsi analoghi criticità, laddove si consideri che alla minore gravità del reato non sempre corrisponde una minore complessità delle indagini da porre in essere per l'accertamento del fatto e l'individuazione del responsabile. Si pensi- come ha rilevato il parere del CSM *“ad alcune fattispecie di abusi edilizi di cui al D.P.R. 380/2001 o scarichi acque reflue industriali anche contenenti sostanze pericolose di cui al D.lgs. 152/2006. In tutti questi casi, è spesso determinante, oltre che l'acquisizione di documentazione presso enti pubblici, avvalersi di consulenti specializzati e svolgere indagini tecniche finalizzate ad accertare la sussistenza dell'ipotesi di reato, accertamenti che quasi mai riescono ad essere completati nell'arco del breve termine anzidetto.* “

Con riguardo alla proroga, la delega prevede che il pubblico ministero potrà chiedere al giudice la proroga dei termini di cui all'articolo 405 c.p.p. una sola volta, prima della scadenza di tale termine, per un tempo non superiore a sei mesi *“quando la proroga sia giustificata dalla complessità delle indagini”*; formula, quest'ultima che non compariva nella prima versione della norma.

Una modifica diretta a limitare le ipotesi nelle quali può essere richiesta la proroga delle indagini, non essendo considerati i casi in cui, per le ragioni più diverse e indipendenti dalla volontà del pubblico ministero procedente, può rilevare una oggettiva impossibilità di concluderle nei termini di legge. E' stata così utilizzata – con scelta che non pare in concreto condivisibile - un'indicazione differente da quella dell'art. 406 comma 2 c.p.p., calibrata sul rilievo dell'oggettiva impossibilità di concluderle nei termini, prevista dall'attuale art. 406, comma 2 c.p.p., atteso che se la complessità è un dato oggettivo e prevedibile, la impossibilità a concludere le indagini può essere non solo “incolpevole” ma anche non ipotizzabile aprioristicamente.

Il problema, per altro, non riguarda specificamente la nuova disciplina sui termini – che, per quanto perfettibile non parrebbe globalmente tale da determinare insormontabili problemi- quanto la “ricaduta” su tali termini della disciplina del controllo dell'inerzia del p.m. Un problema che non emerge dalle norme in sé, ma quel doveroso coordinamento sulle conseguenze delle stesse che il legislatore può anche (forse) trascurare, ma che gli operatori del diritto devono prevedere e quindi affrontare.

3. Il controllo sull'inerzia del p.m.

Potrebbe essere- verosimilmente sarà, insieme al regime della procedibilità- uno dei punti più controversi della riforma. Occorre partire dalla Relazione illustrativa al D.d.l. nella sua versione originaria, ove si specifica che *“Il disegno di legge di delega prevede, altresì, una procedura di deposito degli atti di indagine, nel caso in cui il pubblico ministero non abbia notificato l'avviso di conclusione delle indagini preliminari o non abbia avanzato richiesta di archiviazione entro stringenti termini decorrenti dalla scadenza della durata massima delle indagini preliminari. Tale previsione consente agli interessati di prendere visione degli atti dell'indagine preliminare dopo la scadenza dei relativi termini, anche prima che il pubblico ministero abbia assunto le proprie determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale. Con la nuova disciplina della durata delle indagini preliminari si raggiungerà quindi, un punto di equilibrio tra le esigenze di segretezza, speditezza e adeguatezza delle indagini preliminari e le garanzie dovute alla persona sottoposta alle indagini in ordine all'effettivo rispetto della durata delle indagini preliminari e del diritto di difesa in relazione ai risultati acquisiti all'esito delle indagini”*.

La rilevanza e la centralità di tale nuovi profili nelle intenzioni del legislatore può essere dedotta anche dalle previsioni di sanzioni disciplinari che erano state indicate (anche se opportunamente non confermate nella versione finale della delega): *“prevedere che la violazione delle prescrizioni di cui alla lettera e) da parte del pubblico ministero costituisca illecito disciplinare quando il fatto è dovuto a negligenza inescusabile; prevedere che, dopo la notifica dell'avviso di deposito di cui alla lettera e), l'omesso deposito della richiesta di archiviazione o il mancato l'esercizio dell'azione soppresa penale da parte del pubblico ministero entro il termine di trenta giorni dalla presentazione della richiesta del difensore della persona sottoposta alle indagini o della parte offesa costituisca illecito disciplinare quando il fatto è dovuto a negligenza inescusabile”*. La “rimozione” delle sanzioni pare opportuna non tanto per esigenza di tutela dell'organo inquirente, quanto per evitare lunghe e inutili accertamenti destinati- in moltissimi casi, quantomeno- a concludersi con l'accertamento di situazione tali da giustificare la presunta inerzia (carico di lavoro dei singoli p.m., dell'ufficio, sopravvenienza delicate e improvvise, carenze organizzative, solo per citarne alcune).

Come chiarito dalla Relazione menzionata con la modifica il legislatore ha inteso *“sbloccare una situazione di stallo mediante il deposito coatto delle investigazioni, il quale permetterebbe al*

prevenuto e all'offeso di attivarsi, sia per compiere indagini difensive, sia (soprattutto) per pungolare l'accusa a prendere rapidamente le iniziative di loro interesse” e di rimediare all'inerzia del pubblico ministero che, anche dopo il decorso di un lasso di tempo piuttosto lungo (tre mesi, sei mesi o un anno a seconda del reato per il quale si procede), non abbia assunto alcuna determinazione in ordine all'esercizio dell'azione penale, all'archiviazione e alla discovery delle investigazioni espletate. “

Un intervento che si pone in linea di continuità con le previsioni introdotte nel sistema dal L. 23 giugno 2017, n. 103, attraverso la disposizione di cui all'art. 407, co. 3-bis, c.p.p., secondo la quale il pubblico ministero è tenuto ad esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e, comunque, dalla scadenza dei termini previsto nell'art. 415 bis c.p.p.

Un meccanismo di controllo del tutto nuovo, il cui presupposto- per il quale la versione finale della delega- a differenza di quella precedente – **non contiene specifiche indicazioni temporali**, rimette, pertanto, al legislatore delegato; in questo senso è previsto che decorsi i termini di durata delle indagini, il pubblico ministero sarà “ *tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro un termine fissato in misura diversa, in base alla gravità del reato e alla complessità delle indagini preliminari*”.

Il punto che suscita le maggiori perplessità riguarda la previsione di “*idonei meccanismi procedurali volti a consentire alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, la quale nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione abbia dichiarato di volerne essere informata, **di prendere cognizione degli atti di indagine** quando, scaduto il termine di cui alla lettera e), il pubblico ministero non assuma le proprie determinazioni in ordine all'azione penale*”; previsione mitigata dalla necessità comunque di tenere conto “ *delle esigenze di tutela del segreto investigativo nelle indagini relative ai reati di cui all'articolo 407 c.p.p. e di eventuali ulteriori esigenze di cui all'articolo 7, paragrafo 4, della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012*” ; un richiamo, quest'ultimo, alle necessità di coniugare l'obbligo di *discovery* con le esigenze di protezione dei soggetti potenzialmente coinvolti come “vittime” dei reati.

Quello che è chiaro è che la “stasi” dei procedimenti non appare più accettabile nelle intenzioni del legislatore. Principio del tutto condivisibile in astratto, anche se i dubbi possono sorgere con riguardo alla tipologia di risposta che la delega ha ipotizzato. La relazione illustrativa

evidenzia che *“il termine di conclusione delle indagini preliminari si arricchisce di momenti di interazione tra i soggetti del procedimento, al fine di ovviare al vuoto normativo relativo alla possibile stasi, intollerabile, del procedimento, a seguito della conclusione di tale fase. Tale momento rappresenta un esempio, tra i più problematici, di “tempi morti” che determinano un ingiustificato allungamento della durata complessiva del procedimento penale, sui quali il presente intervento riformatore intende agire, in tutte le fasi”* e specifica che *“Il pubblico ministero si vede confermato lo spazio di valutazione sulle risultanze delle indagini, susseguente al termine delle stesse. Affinché tale periodo non rischi di diventare un viatico all’ingiustificata inerzia del pubblico ministero, si prevede una nuova forma di controllo da parte della difesa e della persona offesa.”*

Al proposito è stata prevista:

- una disciplina che, in ogni caso, rimedi alla stasi del procedimento, mediante un intervento del giudice per le indagini preliminari;
- analoghi rimedi alla stasi del procedimento nelle ipotesi in cui, dopo la notificazione dell’avviso di cui all’articolo 415-bis c.p.p., il pubblico ministero non assuma tempestivamente le determinazioni in ordine all’azione penale.

Il legislatore ha previsto in questi casi una *discovery* obbligatoria degli atti di indagine, in modo che l’indagato, il suo difensore e la persona offesa prendano visione del materiale acquisito nel corso delle indagini preliminari *«dopo la scadenza dei termini relativi anche prima che il pubblico ministero abbia assunto le proprie determinazioni in ordine all’esercizio dell’azione penale»*.

La versione finale della delega ha indubbiamente semplificato (rispetto all’originario disegno di legge) l’individuazione dei “tempi” della predetta *discovery*, ancorandoli in termini estremamente lineari alla scadenza delle indagini preliminari (ferme restando le eccezioni già sopra ricordate) anche se pone un problema- ermeneutico e organizzativo - di non poca rilevanza.

Come si porrà l’avviso che le segreterie del p.m. - come evidenziato dal parere del CSM,” già in sofferenza in relazione alla nota carenza di personale amministrativo” - rispetto all’avviso di chiusura indagini di cui all’art 415 bis c.p.p.?. Atto che, tra l’altro, presuppone un vaglio critico da parte del p.m. (indubbiamente “rivedibile”, ma indicativo della volontà, allo stato di procedere all’esercizio dell’azione penale) con l’avviso previsto della riforma, che ha per presupposto la mera decorrenza del termine massimo delle indagini ?

E' sin troppo facile sottolineare la profonda differenza tra i due atti, considerato che l'avviso ex art 415 bis c.p.p. è espressivo di una sintesi critica dell'esito delle indagini e consente una valutazione dell'indagato, con il difensore, sulla strategia da seguire e sulla scelta di richiedere l'interrogatorio (o altri atti di indagine) a fronte di una contestazione che dovrebbe esser sufficientemente precisa.

Al contrario, l'avviso di "scadenza" del termine delle indagini dovrà avvenire al solo indagato e alla persona offesa e determinerà il mero deposito della documentazione relativa alle indagini espletate presso la segreteria del pubblico ministero, e la facoltà, oltre che per l'indagato e per la persona offesa, anche per il difensore del primo, di prenderne visione ed estrarne copia, senza alcuna organizzazione "critica" del pensiero da parte del p.m.. Come chiarisce la Relazione illustrativa *"vi è l'introduzione di una garanzia di assoluta novità e sostanziale portata per la tutela dei diritti della persona sottoposta a indagini e delle persone offese: la previsione di un meccanismo che impone al pubblico ministero la messa a disposizione degli atti, a meno che non sia stato notificato l'avviso della conclusione delle indagini previsto dall'articolo 415-bis c.p.p. ovvero non sia stata richiesta l'archiviazione. Fermo restando l'istituto dell'avocazione di cui all'articolo 412 del codice di rito, si rimedia a eventuali ritardi o stasi nelle indagini assicurando l'effettiva conoscenza di tutti gli atti alle persone interessate (siano persone soggette ad indagini, siano parti offese); queste saranno così in grado di attivarsi per eventuali indagini difensive e per sollecitare le iniziative nel loro interesse (archiviazione o esercizio dell'azione penale), fornendo di fatto un contributo utile alla dinamica procedimentale."*

Nella intenzioni del legislatore, pertanto, l'avviso in oggetto parrebbe alternativo a quello di chiusura delle indagini, che, a sua volta, imporrebbe una sollecita definizione del procedimento da parte del p.m.

Una "massa" di atti la cui interpretazione e valutazione è rimessa alla "fantasia" e alla intraprendenza dei destinatari dell'avviso. Al di là di ciò, è doveroso segnalare in questa fase- anche solo a livello di "principi" quali potranno essere le oggettive criticità del sistema.

Indubbiamente condivisibile l'intenzione di disciplinare dei meccanismi di accelerazione della procedura, che- correttamente, nell'ultima versione delle delega – non parrebbero correlare la "lentezza" della stessa solo alla capacità/buona volontà del p.m. (indicativa in tal senso l'esclusione di responsabilità disciplinari), quanto anche da fattori (carico di lavoro dell'ufficio, carenze di organico del personale amministrativo e di p.g. difficoltà nella notificazione degli atti, tempi di

“reazione” dell’ufficio G.I.P. alle richieste della procura) che esulano in parte o totalmente dalla sfera di responsabilità di quest’ultimo ufficio.

Nondimeno, pure auspicando che la richiesta “ accelerazione “ delle procedure possa dipendere dall’intervento complessivo sul sistema-a vari livelli- più che dal “pungolo” al p.m. , sul tema non è possibile non evidenziare alcuni concreti rischi.

Il primo- il più subdolo ma anche quello maggiormente verosimile - riguarda la possibilità che la duplice scadenza prevista dalla delega possa indurre – come segnalato dal parere del CSM – *“un approccio di frettolosa definizione dei procedimenti, a scapito della qualità e della necessaria approfondita ponderazione delle decisioni che dovrebbe sempre presidiare il delicato esercizio delle funzioni requirenti.”* Su quanto tale possibilità sia concreta e su quali danni possa apportare al “sistema” giustizia pare quasi inutile trattenersi, atteso che nel momento in cui si richiede in generale al P.M. efficienza e attenzione alle esigenze difensive, il termine introdotto rischia di costituire, almeno sul piano psicologico, un incentivo alla “evasione” – in ogni modo- del procedimento.

Una seconda criticità riguarda il fatto che l’obbligo di *discovery* alla scadenza del termine delle indagini di fatto (ma non per questo in termini meno concreto) abbrevia significativamente il tempo a disposizione della p.g. e del p.m. per le indagini vere e proprie, ossia per la “raccolta” delle prove.

Se alla scadenza del termine delle indagini la *discovery* è inevitabile, va da sé che per tale data tutte le richieste di misura cautelari (personali, e, perché noi, reali) dovranno non solo essere state predisposte, ma anche decise dal G.I.P. Il giudice non è vincolato dai tempi delle indagini, ma è facile- di nuovo - considerare quale potrebbero essere le conseguenze di una richiesta non ancora evasa per la quale l’indagato avrà a disposizione integralmente gli atti. E non si pensi solo alle indagini di criminalità organizzata o terrorismo; è sufficiente, per completare il quadro, un reato quale la corruzione per rendersi conto delle conseguenze della scelta del legislatore. E allora, con quanto anticipo rispetto alla scadenza naturale del termine delle indagini il P.M. dovrà cessare le stesse per predisporre una revisione ragionata degli atti in funzione di una richiesta di misura cautelare e per essere certo che il G.I.P. provvederà sulla sua richiesta prima che quegli stessi atti dovranno essere depositati ?

Ancora, considerando il secondo meccanismo di “accelerazione” – ossia quello conseguente all’avviso ex art. 415 bis c.p.p.- si deve considerare la possibilità che il termine di trenta giorni

previsto per l'assunzione della decisione circa l'esercizio dell'azione penale o l'archiviazione, possa non essere sempre conciliabile con “ *la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari e soprattutto con gli adempimenti conseguenti, essendo possibile che il pubblico ministero debba procedere dopo la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari all'interrogatorio dell'indagato e all'esito di questo, ovvero dopo il deposito di memorie e documenti, ad effettuare ulteriori attività investigative, che non consentono certamente l'osservanza del termine di trenta giorni*” come evidenziato dal parere del CSM sulla delega.

Difficoltà che potrebbero porsi anche nei casi nei quali “ *l'omessa assunzione di una formale determinazione conclusiva delle indagini dipenda dalla necessità di coordinare le indagini del procedimento con quelle, connesse, in atto presso altri uffici giudiziari nazionali o esteri.*”

Ancora, discutibile può apparire la scelta di considerare rilevanti le esigenze di tutela del segreto investigativo solo in relazione all'elenco di reati previsti dall'art. 407 c.p.p. e a quelle della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012”; troppe le ipotesi di assoluta gravità che potrebbero essere escluse da tale possibilità, di modo che deve ritenersi condivisibile l'auspicio formulato dal CSM nel suo parere per il quale nell'attuazione della delega sia inclusa una “ *clausola che consenta di limitare o ritardare la discovery per qualsiasi fattispecie di reato, e non solo per quelli di cui all'art. 407 c.p.p., quando ricorrano particolari condizioni, quali ad esempio: la pendenza di una richiesta al GIP di misura cautelare su cui quest'ultimo non si sia ancora espresso; la ricorrenza di indagini particolarmente complesse, per la pluralità dei fatti illeciti emersi, la pluralità di indagati e/o la commissione di fatti sul territorio nazionale e all'estero, che comporti l'esame di un imponente compendio probatorio non esauribile in breve tempo; l'esistenza di un collegamento investigativo con fatti oggetto d'indagine presso altre Procure nazionali o estere che importi un coordinamento con le attività di detti uffici.*”

Infine, un (si fa per dire) dettaglio. Si parla molto e giustamente della tutela della riservatezza, ma pare verosimile che in tutti i casi di deposito previsti dalla delega (non solo quindi in esito all'avviso ex art. 415 bis c.p.p., quanto anche alla scadenza del termine delle indagini) gli atti depositati saranno globalmente “ostensibili” e quindi pubblicabili. Ostensibili senza neppure che gli stessi possano essere corredati da una – giusta o sbagliata – prospettazione critica dell'ufficio di Procura. Dobbiamo attenderci tempi duri, durissimi anche sotto questo profilo.