

Numero 3 - 2016

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

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

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

Indice del fascicolo 3°

(settembre-dicembre 2016)

Gli Autori.....	5
-----------------	---

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

VALERIA SPAGNOLETTI, <i>La nuova produttività del giudice civile e la valorizzazione delle definizioni alternative alla sentenza</i>	6
CORRADO MISTRI, <i>La responsabilità disciplinare dei magistrati per ritardata scarcerazione nell'esperienza operativa dell'Ispettorato Generale del Ministero della Giustizia</i>	16

CIVILE

GIORGIO RISPOLI, <i>Responsabilità da manutenzione stradale della p.a.: riflessioni sulla più recente evoluzione giurisprudenziale</i>	31
ALBERTO BARBAZZA, <i>L'art. 709 ter c.p.c.: "danni e responsabilità nella crisi delle relazioni familiari: forme di tutela e rimedi processuali"</i>	50
ANTONIO MONDINI, <i>Limiti di effettività delle sanzioni civili per illeciti depenalizzati: ripensare il d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7 riconoscendo la dimensione sanzionatoria della responsabilità civile</i>	59
GIORGIO RISPOLI, <i>I nebulosi confini del divieto di patto commissorio</i>	69
GIORGIO RISPOLI, <i>Questioni in tema di revoca giudiziale dell'amministratore di condominio</i>	86

TRIBUTARIO

FRANCESCA PICARDI, <i>L'imposta di registro agevolata per l'acquisto della prima casa: novità legislative ed orientamenti giurisprudenziali</i>	92
LUCA VARRONE, <i>Le sezioni unite ribadiscono che le norme di proroga dei termini sono di stretta interpretazione e insuscettibili di applicazione «allargata» a tributi diversi da quelli espressamente indicati (nota a S. U., sentenza n. 18574 del 22 settembre 2016, Rv. 641073).</i>	108

PENALE

IRENE SCORDAMAGLIA, <i>Tempo e ragione nella riforma della giustizia penale</i>	121
VERONICA RIZZARO, <i>Truffa on line: la distanza fisica configura sempre l'aggravante della minorata difesa? La particolare ipotesi del sito "e-bay"</i>	127
MANUEL BIANCHI, <i>Memorandum sulla prescrizione</i>	134
ANTONIO D'AMATO - SERGIO OCCHIONERO, <i>Primi approdi ermeneutici inerenti i profili processuali e sostanziali del reato di omicidio stradale (legge 23 marzo 2016, n. 41)</i>	145

EUROPA

PAOLO BRUNO, <i>Le procedure europee di infrazione</i>	166
--	-----

Gli Autori

Alberto BARBAZZA, *giudice del Tribunale di Treviso*

Manuel BIANCHI, *giudice del Tribunale di Rimini*

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

Antonio D'AMATO, *procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*

Corrado MISTRI, *sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Antonio MONDINI, *giudice del Tribunale di Lucca*

Sergio OCCHIONERO, *Sostituto procuratore presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*

Francesca PICARDI, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Giorgio RISPOLI, *avvocato e professore a contratto nell'Università di Roma tre*

Veronica RIZZARO, *dottore in legge*

Irene SCORDAMAGLIA, *consigliere della Corte di cassazione*

Valeria SPAGNOLETTI, *giudice del Tribunale di Bari. R.I.D. settore civile del distretto della Corte d'appello di Bari*

VALERIA SPAGNOLETTI

La nuova produttività del giudice civile e la valorizzazione delle definizioni alternative alla sentenza¹

La nuova produttività del giudice civile e la coerenza con il dato normativo

I più recenti interventi normativi in tema di giustizia civile sono stati invariabilmente accomunati da un dichiarato intento di accelerazione e deformalizzazione del processo, funzionale agli obiettivi, individuati come prioritari, di riduzione dell'arretrato e ragionevole durata dei procedimenti.

Il legislatore ha scelto, in tale ottica, di modificare profondamente anche la struttura della fase decisoria del processo civile, non soltanto incentivando la redazione di sentenze con struttura semplificata e motivazione sintetica, ma anche assoggettando una quota sempre crescente di pronunce giurisdizionali definitive a modelli provvedimentali alternativi alla sentenza (in particolare, ordinanze)².

Benché il semplice cambiamento della forma richiesta per la pronuncia giurisdizionale non abbia, evidentemente, alcuna incidenza sull'impegno richiesto al magistrato per lo studio del fascicolo e la stesura della motivazione, i provvedimenti c.d. "alternativi" alla sentenza non risultano analiticamente e distintamente censiti a livello statistico: i principali prospetti statistici oggetto di elaborazione, infatti, pur a fronte dei richiamati mutamenti normativi, continuano a contemplare quasi esclusivamente le sentenze, così cristallizzando una rappresentazione tutt'altro che esaustiva della quantità di lavoro svolta dal magistrato e della sua produttività complessiva.

A ciò si aggiunga che, ormai da alcuni anni, il legislatore ha scelto di valorizzare e promuovere, in funzione deflativa dell'ingente arretrato di cause civili, la figura del giudice-conciliatore, codificando l'istituto processuale della proposta conciliativa endoprocessuale

¹ Testo dell'intervento svolto all' Incontro di approfondimento su tematiche organizzative degli uffici giudiziari, Praia a Mare (CS), 1° ottobre 2016.

² Basti pensare alle ordinanze conclusive dei procedimenti instaurati con i cc.dd. "rito sommario di cognizione" - artt. 702 *bis* e ss. c.p.c. e "rito Fornero" - art. 1, comma 47, l. n. 92/2012 -; all'ordinanza c.d. "filtro in appello" - art. 348 *bis* c.p.c. -; all'ordinanza con la quale, a mente del nuovo art. 279 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 46, l. n. 69/2009, deve essere adottata ogni pronuncia declinatoria della competenza.

attraverso l'art. 185 *bis* c.p.c. (che trova il suo omologo nell'art. 420, co. 1, c.p.c. per il rito del lavoro).

Orbene, è evidente come, anche in tal caso, il giudice dovrà dedicare tempo e risorse allo studio del fascicolo, nella prospettiva di una sua integrale definizione, riveniente dall'adesione delle parti ad una proposta conciliativa che, indipendentemente dal suo essere diffusamente motivata, avrà tante più possibilità di essere accettata quanto più sarà congrua, ragionata ed equilibrata rispetto alle contrapposte posizioni delle parti, oltre che aderente alle già acquisite emergenze processuali: eppure, anche di tali provvedimenti, specie ove seguiti non da una conciliazione giudiziale, ma dall'abbandono del giudizio ex artt. 309-181 c.p.c., non resta significativa traccia nelle statistiche ufficiali del lavoro svolto.

Orbene, non può dubitarsi che tutti i provvedimenti sin qui citati, benché emessi in forma di ordinanza, siano del tutto sovrapponibili ad una sentenza per funzione definitoria ed oneri di studio e/o motivazionali, e siano dunque meritevoli di apprezzamento e valutazione nell'ambito del complessivo lavoro svolto dal giudice civile; né appare congruo che una parte ormai relevantissima del lavoro del magistrato, peraltro contraddistinto da un effetto interamente definitorio dei giudizi pendenti, alla stessa stregua che se venisse pronunciata una sentenza, sfugga ad una possibilità di piena cognizione e ragionato apprezzamento, confluendo in maniera indifferenziata all'interno della macro-categoria degli "altri provvedimenti"³ ovvero degli "altrimenti definiti"⁴.

Del resto, in assenza di una ricognizione sistematica ed ufficiale delle predette modalità di definizione non è affatto agevole estrapolare i relativi dati e conseguire un'adeguata valorizzazione: se, infatti, i prospetti statistici comparati redatti ed acquisiti ai fini della valutazione di professionalità contemplano perlopiù solo le sentenze, ogni ricognizione di provvedimenti di diversa natura resta di fatto rimessa all'iniziativa del singolo magistrato in sede di autorelazione, peraltro in assenza della predisposizione periodica di un prospetto statistico comparato ed omogeneo avente funzione certificativa.

³ Confondendosi in tal modo con decreti ed ordinanze comportanti impegno di gran lunga inferiore, quali, ad es., decreti di liquidazione, autorizzazioni, proroghe, ecc.

⁴ Con inevitabile equiparazione delle cause abbandonate dalle parti che hanno aderito alla proposta conciliativa del giudice, recependola al di fuori del processo in una transazione stragiudiziale, alle cause che sono state, invece, cancellate o estinte per mero sopravvenuto disinteresse delle parti.

Produttività e valutazione di professionalità

L'esigenza di prendere in considerazione altri provvedimenti definitivi, assimilabili alle sentenze, è da tempo avvertita, ma è spesso destinata a scontrarsi con la difficoltà conclamata di disporre di rilevazioni statistiche realmente esaustive, attendibili ed uniformi su tutto il territorio nazionale; tuttavia, non può ulteriormente prescindersi da una rilevazione capillare delle definizioni alternative alla sentenza, né appare più rinviabile l'effettiva valorizzazione dell'attività definitoria nel suo complesso, quantomeno nell'attuale contesto caratterizzato da sempre più penetranti verifiche della produttività del giudice, legate alla predisposizione di obiettivi prioritari prefissati⁵ e di *standards* generali, precostituiti e – tendenzialmente – omnicomprensivi di rendimento.

Ai fini delle valutazioni quadriennali di professionalità, è infatti espressamente previsto⁶ che il parametro della laboriosità sia riferito *“alla produttività, intesa come numero e qualità degli affari trattati in rapporto alla tipologia degli uffici e alla loro condizione organizzativa e strutturale, ai tempi di smaltimento del lavoro, nonché all'eventuale attività di collaborazione svolta all'interno dell'ufficio, tenuto anche conto degli standard di rendimento individuati dal Consiglio Superiore della Magistratura, in relazione agli specifici settori di attività e alle specializzazioni”*; ne consegue che uno degli elementi cui riferire la valutazione di laboriosità del magistrato, alla luce del peculiare concetto quali-quantitativo di produttività, è costituito da *standard* di rendimento individuali, la cui determinazione è affidata, in via esclusiva, al CSM.

Nel quadro della complessiva rimeditazione delle fonti e dei parametri da utilizzare in sede di valutazione di professionalità, il CSM si è pure espresso nel senso della necessità di inclusione, nei prospetti statistici del lavoro svolto dal magistrato, oltre che dei provvedimenti d'urgenza, possessori, cautelari e di inibitoria, anche delle ordinanze di cui all'art. 702 *ter* c.p.c. e 348 *bis* c.p.c.⁷.

⁵ Basti pensare alle recenti indicazioni ministeriali in tema di arretrato dei processi civili note come “metodologia Strasburgo” e “progetto Strasburgo 2”, reperibili sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia, all'URL www.giustizia.it.

⁶ V. l'art. 11, co. 2, lettera b), d. lgs. 5.4.2006, n. 160, come modificato dall'art. 2, co. 2, l. 30.7.2007, n. 111.

⁷ Il riferimento è alle delibere del 24.7.2014 e 10.9.2014 ed alle schede statistiche per il Tribunale/Corte d'Appello (registro contenzioso) allegate, benchè con successiva delibera dell'11.3.2015 sia stato stabilito di sospendere allo stato la previsione contenuta nel Capo XIV, co. 4, della Circolare relativa ai “Nuovi criteri per la

Tuttavia, in materia di *standard* di rendimento⁸, pare essere stata ribadita la tradizionale distinzione tra procedimenti “*definiti con sentenza*” ed “*altrimenti definiti*”⁹; senza contare che il dato relativo agli “*altrimenti definiti*” sembra allo stato emergere in collegamento con l’indicatore di valutazione della durata e dell’anzianità mediana dei processi piuttosto che trovare congrua espressione nel dato definitorio in senso stretto (nel cui ambito le c.d. “*variabili di laboriosità*” sono apparentemente sviluppate con esclusivo riferimento alle “*definizioni con sentenza*”).

Al contempo, anche ove, ai fini della valutazione di professionalità, sia prescritta¹⁰ la ricognizione dei procedimenti conciliati, essendo la tracciabilità attualmente limitata alle controversie definite tramite verbale di conciliazione, è di tutta evidenza come il dato sia largamente carente e non esaustivo, avuto riguardo all’ingente quota di procedimenti civili che, a seguito di definizione bonaria, vengono semplicemente abbandonati dalle parti ex artt. 309-181 c.p.c.

Eppure, l’attività conciliativa del giudice, ormai espressamente codificata dal diritto positivo, può fornire utili spunti non soltanto per l’apprezzamento degli indici di laboriosità, ma pure per la valutazione della capacità organizzativa nella gestione del ruolo¹¹, del parametro dell’impegno e di quello dell’aggiornamento professionale¹².

In definitiva, non pare siano stati ancora messi in campo adeguati strumenti in vista di una sintesi e di una sinergia tra il profilo tecnico-statistico e quello normativo, idonei a garantire la differenziazione e la valorizzazione del c.d. “*lavoro al nero*”¹³, come “*parametro equitativo di*

valutazione di professionalità dei magistrati” (n. 20691/2007), limitatamente al profilo della trasmissione al CSM delle nuove schede statistiche, proprio in ragione delle significative difficoltà pratiche incontrate dagli Uffici nella compilazione delle schede, oltre che della reingegnerizzazione in corso dei sistemi informatici del CSM.

⁸ Cfr. la delibera sugli *standard* di rendimento elaborati dal CSM per il settore civile del 23.7.2014, con particolare riferimento all’aggiornamento delle procedure di rilevazione con implementazione dell’acquisizione dei dati attraverso la *datawarehouse* della giustizia civile.

⁹ A loro volta scomposti nelle quattro materie: convalide di sfratto, famiglia consensuale, volontaria giurisdizione e art. 101 l.f.

¹⁰ Cfr. le medesime Circolari sopra citate.

¹¹ In collegamento con l’obiettivo di contenimento dei tempi di durata dei procedimenti.

¹² In rapporto all’adozione di schemi definitori del tutto inediti e produttivi di effetti virtuosi deflativi del contenzioso.

¹³ È stato efficacemente scritto che “...*stabilire con tutta esattezza il rendimento della magistratura non è cosa agevole. Se la sentenza è l’atto tipico della giurisdizione, tuttavia questa non si esaurisce sempre e soltanto in quella, giacchè sono funzione giurisdizionale, ai fini che qui interessano, oltre che provvedimenti diversi dalla sentenza, ma adottati dal giudice, anche una serie di attività che (...) mal si prestano ad essere contabilizzate*”. Così G. Ferrari, *Soliloquio sulla magistratura*, 1984, 45, citato da A. Lepre, *Standards di definizione del processo: un bivio culturale tra quantità e qualità*.

fondo in riferimento alle più ampie problematiche dell'individuazione del rendimento dei magistrati e del c.d. carico esigibile”¹⁴.

Del resto, l'auspicabile ampliamento delle fonti di conoscenza sul lavoro oggettivo svolto dal magistrato, ai fini di un apprezzamento della sua produttività che ne valorizzi la specificità professionale, non può in alcun modo prescindere da un maggiore dettaglio nell'elaborazione statistica delle definizioni, ora più che in passato concretamente accessibile e verificabile grazie all'implementazione di sistemi informatici ministeriali – come il SICID – su tutto il territorio nazionale ed alle utilità avanzate – ed ulteriormente migliorabili, attraverso opportune modifiche evolutive – offerte dagli applicativi del PCT.

Una svolta nella direzione dell'abbandono di un'ormai anacronistica logica fondata sulla corrispondenza biunivoca tra produttività e numero di sentenze, in favore di una coerente valorizzazione delle definizioni alternative, appare necessaria anche al fine di evitare un effetto disincentivante sul magistrato, in controtendenza con le scelte di politica legislativa; in altre parole, continuare ad incentrare l'apprezzamento della produttività individuale unicamente – o in via preferenziale – sul mero dato numerico delle sentenze è un'opzione che reca in sé il rischio ineliminabile di penalizzare ingiustificatamente – e forse persino demotivare – proprio quei magistrati che, concentrandosi sull'obiettivo delle definizioni complessive, riescano a conseguire proficui risultati sotto il profilo dell'abbattimento dell'arretrato e della durata dei procedimenti, piuttosto che sotto quello del mero raggiungimento o superamento di una soglia numerica di sentenze immediatamente apprezzabile in chiave statistica tradizionale.

Produttività e programmi di gestione.

Il ripensamento della logica di valutazione della produttività dovrebbe poi, per evidenti ragioni di coerenza del sistema, investire anche l'elaborazione dei programmi di gestione¹⁵, nella prospettiva di un auspicabile allineamento dei dati e dei parametri della produttività individuale con quella complessiva dell'ufficio.

¹⁴ Cfr. A. Lepre, *Standards di definizione del processo: un bivio culturale tra quantità e qualità*, in cui si propone, tra l'altro, di riconoscere rilievo, ai fini del raggiungimento dello *standard* di rendimento individuale, anche a provvedimenti definitori diversi dalla sentenza, secondo lo schema del *c.d. "portafoglio provvedimentale del giudice"*, comprendente, in particolare, le ordinanze ex art. 688- 700- 702 *bis*- 703 c.p.c., in quanto assimilabili alle sentenze.

¹⁵ V. l'art. 37, d.l. 6.7.2011, n. 98, conv. in l. 15.7.2011, n.111.

Anche in quest'ultimo contesto, appare di stringente attualità l'esigenza di tenere conto, nell'interpretazione dei flussi e nella determinazione dei carichi esigibili, anche delle sempre più numerose – e perciò, verosimilmente, di non trascurabile, ed anzi crescente, incidenza statistica – definizioni alternative alla sentenza, che, quindi, dovrebbero rientrare a pieno titolo ad integrare il numero delle definizioni previste per ciascun magistrato appartenente all'ufficio giudiziario, specie sotto il profilo del carico esigibile per il quadriennio cui il programma si riferisce¹⁶.

Tanto vieppiù ove si tenga nella giusta considerazione il progressivo e fisiologico mutamento¹⁷ della composizione qualitativa dei carichi di lavoro dell'ufficio giudiziario e, correlativamente, delle tipologie di definizione, con una prevedibile sempre maggiore incidenza numerica delle ordinanze a discapito delle sentenze.

L'attendibilità di tale previsione è ulteriormente rafforzata dalle recenti restrizioni introdotte in tema di indennizzo da irragionevole durata del processo (*c.d. legge Pinto*¹⁸), che lasciano presumere un ulteriore e notevole incremento dei flussi in ingresso dei procedimenti sommari ex art. 702 *bis* c.p.c., e, di conseguenza, una verosimile flessione nel medio-lungo periodo delle cause da definire con sentenza rispetto a quelle da definire con ordinanza¹⁹.

D'altro canto, la sostanziale imprevedibilità dal punto di vista numerico dei procedimenti definibili ex art. 702 *ter* c.p.c.²⁰ ed ancor più ex art. 348 *bis* c.p.c.²¹, non consente, in sede di

¹⁶ Appare importante segnalare che, nelle more tra l'intervento al Convegno e la pubblicazione del presente contributo è intervenuta la nuova Circolare CSM n. prot. 22890/2016 del 9.12.2016 in tema di programmi di gestione dei procedimenti civili ex art. 37, D. L. n. 98/2011, che ha espressamente richiesto di tenere conto, ai fini della produttività sostenibile e del carico esigibile, di tutte le definizioni, anche diverse dalla sentenza, e dell'attività conciliativa del magistrato (punto 4).

¹⁷ Attraverso il ricambio, dato dalla definizione dei procedimenti più risalenti, soggetti al rito ordinario di cognizione, e la progressiva sopravvenienza di procedimenti sottoposti a rito sommario di cognizione ed altri riti speciali interamente definibili con ordinanza.

¹⁸ L. n. 89/2001, come modificata dalla l. 28.12.2015, n. 208 (c.d. Legge di stabilità 2016), ove l'introduzione del giudizio nelle forme di cui all'art. 702 *bis* e ss. c.p.c. e la richiesta di passaggio dal rito ordinario al rito sommario ex art. 183 *bis* c.p.c. sono considerati "rimedi preventivi" (art. 1 *ter*) che la parte proponente la domanda di equa riparazione deve dimostrare di aver tempestivamente esperito a pena di inammissibilità (art. 2).

¹⁹ Almeno a legislazione invariata, dovendosi dare atto dell'esistenza di una nuova bozza di riforma del processo civile, prevedente, tra l'altro, la soppressione del rito sommario di cognizione e l'introduzione di un unico rito semplificato innanzi al giudice monocratico di I grado, caratterizzato dalla definizione con sentenza a verbale ex art. 281 *sexies* c.p.c., solo da ultimo stralciata dal c.d. "Decreto giustizia" n. 168/2016, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 31.8.2016, intitolato "Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari nonché per la giustizia amministrativa".

²⁰ Non solo per la difficoltà di prevedere esattamente i flussi in ingresso, ma altresì per l'eventualità, non rara, che il Giudice debba mutare il rito in ordinario, ove la causa abbisogni di istruzione non sommaria, anche in relazione alle difese del resistente.

elaborazione del programma di gestione, una differenziazione a priori della c.d. “*quota di definizioni esigibile*” per distinte categorie provvedimentali, neppure prendendo a parametro il dato statistico²² del periodo precedente, potendosi solo fare riferimento, in una sede fisiologicamente prognostica, qual è quella di fissazione degli obiettivi e dei carichi esigibili, alla loro cifra complessiva.

L’alternativa concreta ad una rappresentazione della produttività dell’ufficio limitata alla sola quota prevedibile di definizioni con sentenza – nella consapevolezza, però, in quest’ultimo caso, di un fisiologico e progressivo abbassamento del *target* – non può che essere costituita dalla soluzione di indicare, quale livello di definizioni annuali esigibili dai magistrati, una cifra da intendersi comprensiva delle sentenze, così come degli altri provvedimenti interamente definitivi, o quantomeno di quelli comportanti analogo impegno in termini di studio e sforzo motivazionale (*ordinanze ex art. 702 ter c.p.c.; ex art. 348 bis c.p.c.; ex art. 279 c.p.c.; ex art. 1, comma 47, l. n. 92/2012; ordinanze cautelari in genere; etc.*).

Sotto altro profilo, appare utile valorizzare, anche ai fini della produttività dell’ufficio, l’incidenza sulle definizioni complessive delle conciliazioni endoprocessuali, attraverso una rilevazione statistica mirata, in grado di evidenziare correttamente ogni ricaduta positiva in termini di riduzione delle pendenze di più risalente iscrizione a ruolo, in consonanza con le recenti indicazioni ministeriali di cui alla c.d. “*metodologia Strasburgo*”; e tanto specialmente in tutte quelle ipotesi in cui il modulo della conciliazione endoprocessuale venga adottato dall’ufficio giudiziario quale vera e propria “buona prassi organizzativa”²³, orientata al contenimento dei tempi di durata media dei procedimenti ed allo smaltimento dell’arretrato.

Prospettive di evoluzione dei sistemi informatici ministeriali ed esaustività del dato statistico: l’esperienza della B.D.D.C.²⁴

²¹ Ciò in quanto l’applicabilità del meccanismo del c.d. “filtro in appello” dipende essenzialmente dal contenuto dell’atto e dei motivi di appello, interamente rimesso all’iniziativa ed alla sfera di dominio della parte.

²² Ottenibile a seguito dell’auspicata modifica evolutiva dei sistemi informatici in utilizzo.

²³ Sul valore della proposta conciliativa ex art. 185 *bis* c.p.c. in una dimensione programmatica organizzativa della gestione del contenzioso, v. L. Razete, *Giudice e conciliatore. L’esperienza del nuovo articolo 185 bis c.p.c.*, in *Questione Giustizia*, 1/2015, 138 ss.

²⁴ L’acronimo sta per Banca Dati Digitale Conciliativa.

La riflessione complessiva sulla nuova produttività del giudice civile può oggi giovare dell'ausilio di tutte le opportunità offerte dai sistemi informatici ministeriali, già disponibili ed utilizzabili in modo diffuso ed omogeneo presso gli uffici giudiziari di tutto il territorio nazionale, e suscettibili di ulteriore implementazione anche come estrattori statistici avanzati, attraverso lo sviluppo delle utilità già accessibili lato SICID e lato *console* (*basti pensare al c.d. controllo di gestione del "cruscotto" ed ai relativi filtri "per oggetto"*).

In tale ottica, appare, però, auspicabile l'adozione di opportune modifiche evolutive²⁵ del SICID e della *console* del magistrato, al fine di adeguare i "tipi di evento", predeterminati dal sistema informatico, alla varietà, tipizzata dal legislatore, di riti e di provvedimenti definitivi alternativi alla sentenza, così da consentire un censimento informatico immediato ed attendibile del lavoro giudiziario "aggiuntivo", valorizzabile in chiave di produttività sia individuale, sia dell'ufficio.

L'estrazione di una statistica più esaustiva, perchè "arricchita" di una notevole mole di attività giurisdizionale che allo stato sfugge ad una compiuta rilevazione, consentirebbe non solo di apprezzare nella sua giusta dimensione la produttività complessiva in ambito civile, ma anche di disporre di un patrimonio di dati condivisi, perchè sempre consultabili anche dal singolo magistrato in valutazione e dal singolo dirigente dell'ufficio giudiziario per l'elaborazione del programma di gestione; al contempo, si porrebbero le premesse per riportare a coerenza l'intero sistema, allineando i "tipi di evento" censiti sui registri informatici con la varietà di opzioni processuali introdotte dalle ultime riforme normative, consentendo, oltretutto, la concreta verifica dell'efficacia dei nuovi istituti giuridici rispetto all'obiettivo dichiarato di deflazione del contenzioso giurisdizionale ed abbattimento della durata media dei processi.

In tale prospettiva, si colloca l'esperienza maturata dal Tribunale di Bari ed esportabile presso altri uffici giudiziari con la diffusione del Progetto "*Ufficio del Processo, Ragionevole Durata e Best Practice Conciliativa*"²⁶: nel più ampio quadro della buona prassi conciliativa

²⁵ Allo stato, infatti, non risulta generalmente accessibile un'interrogazione dei singoli eventi a livello statistico, come emerso a seguito di apertura di apposito Ticket n. 15422.

²⁶ Il riferimento è, in particolare, al Progetto di creazione di una Banca Dati delle ordinanze ex art. 185 bis c.p.c. e di rilevazione dell'incidenza statistica della conciliazione endoprocessuale sulla definizione dei procedimenti, autorizzato dal Presidente della Corte d'Appello di Bari in data 30.11.2015 e dal Presidente del Tribunale di Bari in data 24.12.2015. In argomento, cfr. M. Delia, *Il giudice e le nuove combinazioni endoprocessuali nei moduli della mediazione. Gli artt. 185 e 185 bis c.p.c.*, in *La nuova procedura civile*, 6 febbraio 2015, reperibile all'URL

sottesa al Protocollo distrettuale²⁷, si è avviata²⁸ in via sperimentale una rilevazione statistica mirata dell'incidenza delle ordinanze ex art. 185 bis c.p.c. sulle definizioni del contenzioso civile, idonea a consentire una prima valutazione su base locale della concreta applicazione ed efficacia del nuovo strumento processuale della proposta conciliativa del giudice²⁹.

In attesa della creazione dello specifico “evento di sistema 185 bis”³⁰ è stata adottata una soluzione provvisoria³¹, consistente nell'annotazione nel fascicolo informatico, a cura della Cancelleria, della voce omogenea ed univoca “art. 185 bis”, annotazione che consente, a seguito di un'interrogazione del sistema con ricerca per “parole chiave”, un censimento informatico con cadenza trimestrale delle ordinanze ex art. 185 bis c.p.c. emesse e, correlativamente, dei procedimenti definiti a seguito dell'espletamento di tale incombenza processuale, quale che sia la forma di definizione³².

Uno degli obiettivi che si propone il monitoraggio è quello di garantire un'effettiva **differenziazione del dato statistico “neutro”**, relativo al numero complessivo di procedimenti cancellati, estinti o abbandonati, mediante un'estrapolazione ragionata ed attendibile, dal totale delle definizioni, di tutte quelle non casuali, ma direttamente ed interamente riconducibili all'attività conciliativa del magistrato; e tanto nella consapevolezza che, attraverso l'adozione uniforme su tutto il territorio nazionale, con modalità automatizzate³³, di un sistema di rilevazione delle proposte conciliative e di monitoraggio dei procedimenti in cui il giudice le ha emesse, si

www.lanuovaproceduracivile.com nonché Id. *Il senso della giustizia ed il valore della conciliazione*, in *Questione Giustizia*, 8 novembre 2015, reperibile all'URL www.questionegiustizia.it; L. Fazio, *La giustizia tra riforme e buone prassi: appunti sulla conciliazione*, in *La nuova procedura civile*, 5 febbraio 2016, reperibile all'URL www.lanuovaproceduracivile.com

²⁷ I Protocolli del Progetto, censiti nella Banca Dati Buone Prassi del CSM ai nn. 2526 e 2671, sono disponibili e scaricabili sul sito istituzionale della Corte d'Appello di Bari, all'URL www.giustizia.bari.it, accedendo al link dell'area Buone Prassi.

²⁸ Con decorrenza gennaio 2016.

²⁹ Sul punto sia consentito rinviare a V. Spagnoletti, *La banca dati conciliativa (BDDC) e la rilevazione informatica dell'incidenza dell'attività conciliativa del giudice sulla definizione del contenzioso civile*, 23 febbraio 2016, reperibile all'URL www.ilprocessotelematico.it

³⁰ Formalmente richiesto nel gennaio 2016 con apertura Ticket n. 15219.

³¹ C.d. *workaround*.

³² Particolarmente interessante è il dato relativo ai fascicoli definiti con estinzione e/o cancellazione della causa dal ruolo ex artt. 309-181 c.p.c. ovvero con non luogo a provvedere (per i procedimenti cautelari o d'urgenza), in quanto del tutto irrecuperabile in chiave statistica tradizionale.

³³ Tale rilevazione, come innanzi accennato, potrebbe essere resa tecnicamente più rapida ed immediata attraverso la tipizzazione all'interno dei sistemi informatici ministeriali di un evento predeterminato ed univocamente associato agli artt. 185 bis e 420 c.p.c., lato SICID e lato *consolle*.

potrebbe conseguire agevolmente il risultato di recuperare in chiave statistica un'attività di natura comunque giurisdizionale, allo stato sostanzialmente priva di riscontro e di rendicontazione.

L'individuazione di una soluzione tecnica, verosimilmente praticabile tramite un semplice adeguamento dei sistemi informatici in utilizzo, costituisce il presupposto dell'espresso riconoscimento e della corretta valorizzazione, in sede di valutazione di professionalità, non solo dell'attività conciliativa del giudice, ma, più in generale, di tutte le pronunce definitive emesse in forma diversa dalla sentenza, in vista della piena equiparazione tra produttività desumibile dalla sentenza e produttività che, benché cristallizzata in un diverso esito definitivo del giudizio, appare espressione di analoga profusione di risorse e di professionalità: e ciò tanto nell'ottica della produttività individuale del magistrato, quanto di quella dell'intero ufficio giudiziario.

CORRADO MISTRI

La responsabilità disciplinare dei magistrati per ritardata scarcerazione nell'esperienza operativa dell'Ispettorato Generale del Ministero della Giustizia

1. Premessa.

Dall'attività ispettiva ordinaria svolta presso gli uffici giudiziari del territorio nazionale emerge come di particolare rilievo il dato relativo alle scarcerazioni disposte in ritardo rispetto alla scadenza del termine.

Nel periodo gennaio 2013 - maggio 2016, infatti, sono state effettuate n. 115 ispezioni ordinarie presso uffici giudiziari di primo e di secondo grado, all'esito delle quali ben n. 58 uffici ispezionati, ossia il 50,4%, è risultato interessato da problematiche di ritardata scarcerazione oggetto di segnalazione preliminare al Capo dell'Ispettorato, con un *trend* che si presenta pressoché costante nelle varie annualità esprimendo valori pari a 44,4% per il 2013, a 54,8% per gli anni 2014 e 2015 ed a 47,0% per il primo semestre 2016, sino al turno ispettivo di maggio³⁴.

A fronte di n. 68 proposte di esercizio dell'azione disciplinare relative ad eventi di ritardata scarcerazione formulate dall'Ispettorato Generale nel periodo gennaio 2013 - giugno 2016, sono state esercitate dal Ministro della Giustizia n. 45 azioni disciplinari, in ragione di un valore pari al 66,1% di accoglimento delle proposte formulate dall'ufficio; al proposito è interessante osservare come, scomponendo il dato, la risultanza statistica di maggiore impatto è rappresentata dal prevalente coinvolgimento degli uffici di dimensioni medio-piccole, rispetto a quelli di grandi dimensioni,³⁵ nella problematica di che trattasi, atteso che, mentre per gli uffici di minore dimensione si è verificato un accoglimento di oltre i quattro/quinti delle proposte dell'Ispettorato (85,1%), per gli uffici di maggiore dimensione la percentuale di accoglimento delle proposte di azione disciplinare scende al 53,6%, ossia a poco più della metà.

³⁴ In particolare: nell'anno 2013, su n. 36 uffici ispezionati, n. 16 sono stati interessati da problematiche di ritardata scarcerazione oggetto di segnalazione preliminare da parte dei magistrati ispettori; negli anni 2014 e 2015, su n. 31 uffici ispezionati, n. 17 sono stati interessati da problematiche di ritardata scarcerazione; e nel primo semestre 2016, sino al turno ispettivo di maggio, su n. 17 uffici ispezionati, n. 8 sono stati interessati da problematiche di ritardata scarcerazione.

³⁵ Tali intendendosi quelli aventi sede nel capoluogo del distretto di Corte di appello; va precisato che i dati indicati sono aggiornati alla data del 29 agosto 2016.

2. La rilevazione dei dati conoscitivi.

L'attività ispettiva diretta all'accertamento degli eventi di ritardata scarcerazione perché disposta oltre la scadenza dei termini massimi custodiali, ha inizio con l'acquisizione dei necessari elementi conoscitivi, ovviamente avuto riguardo allo specifico segmento o fase procedimentale in cui è maturata la scadenza del termine custodiale, ed è accompagnata dall'esame del fascicolo processuale in cui si è verificata l'intempestività.

Va preliminarmente ricordato che l'attuale sistema dei termini massimi di custodia cautelare è così sostanzialmente articolato:

- termini di fase, variabili in funzione della gravità della pena prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza e della fase in cui si trova il procedimento, stabiliti dall'art. 303, comma 1, cod. proc. pen.;

- termini complessivi, riferiti all'intera durata del procedimento ed anch'essi variabili in funzione della gravità della pena prevista per il reato, stabiliti dall'art. 303, comma 4, cod. proc. pen.;

- termini finali di fase, in funzione di limiti massimi insuperabili per ciascuna fase e pari al doppio dei termini di fase di cui all'articolo 303, comma 1, cod. proc. pen., stabiliti dall'art. 304, comma 6, cod. proc. pen.;

- termini finali complessivi (c.d. massimo dei massimi), in funzione di limite massimo insuperabile, oggi disciplinati dall'art. 304, comma 6, cod. proc. pen.

In particolare, la prassi operativa consolidata dall'ufficio prevede l'accertamento della data di inizio della custodia cautelare, di quella di scarcerazione, delle specifiche imputazioni oggetto del provvedimento restrittivo, con rilevazione delle eventuali modificazioni alla qualificazione giuridica dei fatti intervenute *in itinere*; la verifica in ordine ad eventuali provvedimenti modificativi del regime cautelare, compresi i provvedimenti del giudice del riesame e della Corte di legittimità, nonché di eventuali provvedimenti di sospensione o di proroga adottati ai sensi degli articoli 304, 305 e 303 co. 1, lett. b), n. 3 *bis*, cod. proc. pen.; l'indicazione nominativa dei magistrati del pubblico ministero e dell'ufficio giudicante titolari del procedimento alla data di scadenza del termine custodiale, con specifica indicazione delle date di assegnazione del procedimento e del momento della effettiva disponibilità del fascicolo in capo al magistrato assegnatario; la ricognizione di date e modalità di sviluppo della vicenda processuale,

dall'esercizio dell'azione penale sino all'eventuale decisione della Corte di legittimità, ovviamente in relazione alla fase in cui si è verificata la scadenza del termine custodiale, nonché dell'esistenza di determinazioni organizzative adottate in via generale dalla dirigenza dell'ufficio circa l'eventualità che possa maturare una scadenza del termine custodiale durante il periodo feriale, l'aspettativa, il congedo, l'assenza extraferiale o l'avvenuto trasferimento ad altro ufficio del magistrato titolare del procedimento, con specifica indicazione, in caso positivo, delle eventuali determinazioni adottate dal capo dell'ufficio ovvero dal presidente di sezione.

Relativamente agli uffici di appello specifica attenzione è dedicata alla rilevazione ed all'accertamento della data in cui il giudice di prime cure ha inviato il fascicolo al giudice di appello, della data di assegnazione del fascicolo alla sezione competente e del pervenimento del fascicolo alla sezione designata, della data del provvedimento di fissazione della prima udienza e di nomina del relatore, con indicazione nominativa del relatore e del magistrato (presidente di sezione o del collegio) che ha proceduto alla sua designazione e della data di effettiva consegna dell'incarto processuale al relatore; ancora, della data di effettiva celebrazione della prima udienza del processo di appello e di eventuali mutamenti intervenuti nella composizione del collegio.

3. Il controllo delle scadenze dei termini custodiali presso gli uffici giudiziari.

Allo stato la materia, oltre che dalle disposizioni del codice di rito, è regolata:

1. dalla circolare prot. n. 131.52.542/90, del Ministero della Giustizia, Direzione Generale Affari Penali, in data 20 giugno 1990, nella quale per evitare il verificarsi di scarcerazioni fuori termine, si consiglia e raccomanda:

- che <<ove sia adottata una [misura cautelare personale], venga formato un sotto-fascicolo da allegare al fascicolo principale (e, quindi, a quello per il dibattimento nei caso di rinvio a giudizio), nel quale vengano raccolte le copie dell'ordinanza con cui la misura è stata adottata (art. 292 cod. proc. pen.), del verbale di esecuzione della ordinanza (art. 293, comma primo, cod. proc. pen.) e di tutti gli atti incidenti sulla durata, modifica o cessazione della misura>>;

- che, <<qualora venga proposto ricorso per cassazione, tale sotto-fascicolo sarà trattenuto presso la cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza impugnata>>;

- che, <<fermi restando [...] i diversi accorgimenti che ciascun ufficio abbia ritenuto o riterrà più opportuni al fine di evitare ritardi nell'adozione dei provvedimenti in esame>> si provveda alla<<istituzione, presso ciascuna cancelleria [...] e, per gli uffici suddivisi in sezioni, presso la cancelleria di ciascuna sezione, di uno scadenziario nel quale, non appena il processo sarà pervenuto, verrà annotata la data di scadenza dei termini di durata delle misure, ovvero - se anteriore - quella nella quale l'imputato sarà scarcerato per avvenuta espiazione della pena in custodia cautelare o agli arresti domiciliari (ciò riguarda quasi esclusivamente la corte d'appello)>>;

2. dalla circolare prot. n. 131.98.506/2000, del Ministero della Giustizia, Direzione Generale Affari Penali, in data 6 febbraio 2001, nella quale si sollecita l'osservanza delle prescrizioni concernenti:

- le annotazioni da apporre sulla copertina del fascicolo, in guisa tale che sulla stessa risulti sempre<<riportata l'esatta indicazione delle generalità delle parti, del loro domicilio, dei nomi dei loro difensori nonché della data di prescrizione dei reati>> e siano <<adeguatamente evidenziati, nel caso di procedimenti con imputati detenuti, lo stato di custodia degli imputati e i termini di durata della custodia cautelare>>;

- la tenuta degli incartamenti processuali, in guisa tale che i fogli all'interno dei fascicoli siano sempre<<legati e numerati e [] preceduti da un indice scrupolosamente compilato>>;

3. dalla circolare prot. n. 91233.U del Ministero della Giustizia, Direzione Generale Affari Penali, in data 8 luglio 2008, nella quale, richiamate le precedenti direttive, si invitano gli uffici giudiziari ad<<assicurare che sulla copertina dei fascicoli>>, oltre a quanto previsto in via generale dall'art 3 del D.M. 30 settembre 1989, n. 334, siano tra l'altro indicati: la <<data di prescrizione dei reati, con riferimento anche alle eventuali cause di sospensione>> e, nel caso di procedimenti con imputati detenuti, i<<termini di durata della custodia cautelare>>, il<<pertinente termine di fase>> il <<termine complessivo ex art. 303 c.p.p.>>, le <<eventuali proroghe o sospensioni dei termini medesimi, nonché le <<data d'arresto, del fermo o comunque della data di esecuzione della misura cautelare>>.

L'esperienza pratica ha consentito di constatare una forte disomogeneità degli strumenti utilizzati nei vari uffici per il controllo dei termini cautelari ed, in molti casi, l'assenza ovvero l'inadeguatezza dei sistemi di monitoraggio del fascicolo nelle varie fasi processuali, circostanza

questa che contribuisce, sovente in maniera determinante, al verificarsi delle intemperatività, con conseguenze inaccettabili sul piano della tutela dei diritti di libertà, indipendentemente dalle valutazioni di natura disciplinare e di impatto ed economico dipendenti dall'attivazione di azioni dirette ad ottenere l'equa riparazione per la custodia cautelare ingiustamente subita, ai sensi degli articoli 314 e 315, cod. proc. pen. Si va, infatti, dall'apprestamento di scadenziari cartacei alla predisposizione di scadenziari mediante agende informatiche, collegate o meno con le cancellerie e tra uffici (ufficio del pubblico ministero e del giudice per le indagini e l'udienza preliminare e tra questo e l'ufficio del dibattimento), dalla formazione di programmi in formato *excel* ad altri più sofisticati realizzati, per così dire, *in house*, mentre risulta purtroppo scarsamente utilizzato, forse perché attivato ancora troppo di recente, il modulo BDMC (banca dati misure cautelari), integrato all'interno del SIC.P., pensato per raccogliere e gestire le informazioni relative alle misure cautelari personali e quindi garantire un supporto informatizzato di utilità per l'intero ciclo di vita della misura cautelare personale, compreso quindi anche il profilo dello scadenziario dei termini.

Al proposito va evidenziato che presso il Dipartimento per gli Affari di Giustizia risulta essere stato costituito un apposito tavolo di lavoro per verificare le criticità inerenti la problematica in argomento e l'effettiva operatività, negli uffici giudiziari dell'intero territorio nazionale, del modulo BDMC di SIC.P., nella prospettiva di pervenire ad un aggiornamento ovvero all'emanazione di una nuova circolare in tema di procedure e di strumenti diretti al controllo delle scadenze dei termini custodiali presso gli uffici giudiziari, oltremodo auspicabile, a parere di chi scrive, essendo di tutta evidenza l'importanza di accompagnare il passaggio dalla fase attuale a quella del monitoraggio informatico, disciplinando specificamente competenze e tempistiche degli incumbenti facenti capo all'Autorità Giudiziaria ed al personale delle cancellerie e delle segreterie.

4. I criteri di individuazione dei soggetti responsabili.

In relazione alle singole fasi in cui si riscontra un evento di ritardata scarcerazione avente astrattamente rilievo disciplinare, i criteri per l'individuazione dei soggetti cui far risalire la responsabilità risultano in genere individuati come segue:

4.1. Ove il procedimento si trovi nella fase delle indagini preliminari, il soggetto responsabile della tardiva scarcerazione viene individuato nel Pubblico Ministero e non nel

giudice per le indagini preliminari, il quale assume la veste di un <<giudice senza processo a funzione intermittente [...che non dispone] atti d'indagine e non è a conoscenza dello sviluppo del procedimento>> (Corte Cost., sentenza n. 89 del 1998), sussistendo ovviamente la responsabilità di quest'ultimo solamente quando egli ha <<la disponibilità degli atti per il compimento di attività rientranti nella sua competenza funzionale durante la fase delle indagini preliminari>>³⁶;

4.2. una volta che il giudizio è stabilmente radicato avanti al giudice, a questi soltanto spetta il compito di adottare d'ufficio i provvedimenti conseguenti alla scadenza del termine massimo di custodia; sussiste peraltro corresponsabilità del pubblico ministero di udienza quando l'intervenuto decorso dei termini massimi di custodia cautelare non viene rilevato o segnalato in quella sede dal pubblico ministero, sul quale pure incombe l'obbligo di diuturnamente vigilare sulle condizioni legittimanti la privazione della libertà personale dell'imputato/indagato³⁷. In particolare, ove il procedimento sia pendente avanti ad organi collegiali, viene seguito l'indirizzo secondo cui, nei procedimenti di competenza collegiale, essendo richiesta per la sussistenza dell'illecito disciplinare l'inescusabilità della negligenza, questa non ricorre in capo al giudice che non ha la disponibilità materiale del fascicolo, come avviene<<nella prassi che può dirsi consolidata, secondo la quale, nel caso di organo collegiale, durante il dibattimento il fascicolo è di regola nella disponibilità del relatore e del presidente>>³⁸; al proposito va ricordato come espressamente la sentenza n. 136 del 2013, della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, abbia deciso nel senso che la

³⁶ Tale indirizzo, contrastato da una sola decisione della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura (trattasi dell'ordinanza n. 9 del 2014, depositata il 1° gennaio 2014), nella quale si sostiene che, nella fase delle indagini preliminari, in virtù <<dello specifico dovere di garanzia, rispetto al permanere delle condizioni che legittimano la misura cautelare, impostogli dalla citata norma dell'art. 306 c.p.p.>>, grava comunque sul G.I.P. - la cui responsabilità concorre, quindi, con quella del Pubblico Ministero - l'obbligo <<di vigilare sulla persistenza delle condizioni temporali della misura, in modo da poter adottare tempestivamente il provvedimento di liberazione nel caso di estinzione della misura per decorso del termine>>, è stato ulteriormente confermato in due recenti pronunce della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura (sentenze n. 106 del 7 luglio 2014, e n. 107 del 9 luglio 2014), che ribadiscono il principio secondo cui, poiché nella fase delle indagini preliminari la gestione dell'indagato detenuto appartiene al pubblico ministero - il solo soggetto processuale a conoscenza dell'evoluzione dell'inchiesta - ricade su di esso il dovere di attivarsi per assicurare il rispetto dei termini massimi custodiali ed evitare illegittime compressioni della libertà personale dell'indagato, mentre la responsabilità del giudice per le indagini preliminari sussiste quando egli ha la disponibilità degli atti per il compimento di attività rientranti nella sua competenza funzionale durante la fase delle indagini preliminari ovvero dopo l'esercizio dell'azione penale e quindi durante le fasi del processo vero e proprio; e da ultimo convalidato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la pronuncia n. 5866, del 20 marzo 2015 (udienza del 10 marzo 2015).

³⁷ Sentenza Sezione Disciplinare 12 febbraio 2016, depositata l'8 maggio 2016, n. 39.

³⁸ Principio affermato nelle ordinanze della Sezione Disciplinare del CSM n. 67 e n. 88 del 2012 e nella sentenza n. 66 del 2012.

responsabilità dell'omessa scarcerazione per gli organi collegiali compete al presidente ed al relatore, stante l'incolpevole affidamento del terzo componente del collegio sulla condotta dei colleghi, con orientamento che non ha evidenziato successive pronunce in controtendenza;

4.3. ove il procedimento si trovi nella fase successiva a quella delle indagini preliminari nei procedimenti a citazione diretta, viene tenuto presente che, se è indirizzo giurisprudenziale consolidato che il decreto di citazione a giudizio si perfeziona con la sottoscrizione del pubblico ministero e dell'ausiliario che lo assiste, con conseguente passaggio ai successivi termini di fase di cui all'articolo 303, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., è altrettanto vero che, in tali procedimenti, il giudice del dibattimento assume la disponibilità del fascicolo solo successivamente all'avvenuta notificazione del decreto di citazione a giudizio, con la materiale trasmissione del fascicolo ai sensi dell'articolo 553, cod. proc. pen., come si desume dalla lettura dell'articolo 554, cod. proc. pen., che prevede che il giudice per le indagini preliminari è competente ad assumere gli atti urgenti ed a provvedere sulle misure cautelari sino a quando il decreto, unitamente al fascicolo per il dibattimento, non è trasmesso al giudice a norma dell'articolo 553, comma 1, cod. proc. pen. Conseguentemente, nei procedimenti a citazione diretta, il momento attributivo della competenza a provvedere sullo *status libertatis* in capo al giudice del dibattimento monocratico si ritiene individuato con riferimento alla trasmissione materiale del fascicolo e del decreto nella cancelleria del giudice del dibattimento, mirando la norma richiamata ad evitare possibili incertezze e vuoti di competenza in una situazione di transizione tra una fase processuale e l'altra;

4.4. ove il procedimento sia pendente nella fase di appello, premesso che la fase del giudizio di secondo grado pone maggiori problemi per la molteplicità dei segmenti processuali che la contraddistingue ed all'interno dei quali può risultare problematica l'individuazione del magistrato che ha la disponibilità degli atti, ci si è orientati nel senso che, in assenza di specifiche disposizioni organizzative esistenti presso il singolo ufficio - ossia nella quasi totalità dei casi, stando all'esperienza operativa dell'Ispettorato Generale - l'individuazione del soggetto responsabile avviene nel modo seguente:

a. - nella fase precedente la nomina del relatore e la fissazione dell'udienza: la disponibilità deve ritenersi in capo al presidente di sezione, salvo che l'assegnazione dei processi avvenga automaticamente al singolo collegio, quindi con immediata individuazione e trasmissione degli

atti al presidente del collegio, in tal caso soggetto responsabile in questo segmento procedimentale;

b. - nella fase successiva alla nomina del relatore, ma precedente l'inizio del processo: la disponibilità deve ritenersi in capo al presidente del collegio ed al relatore, salvo risulti comprovata la mancata comunicazione ai predetti della loro intervenuta designazione, permanendo comunque la responsabilità del presidente di sezione (qualora abbia provveduto all'incombente) in caso di fissazione della data della prima udienza successivamente alla scadenza dei termini custodiali;

c. - nella fase del giudizio e sino al momento del deposito della motivazione: la disponibilità deve ritenersi in capo al presidente del collegio ed al relatore-estensore; al riguardo, occorre aver cura di verificare eventuali mutamenti nella composizione del collegio giudicante;

4.5. frequenti criticità e situazioni problematiche si manifestano nella fase procedimentale successiva al deposito della motivazione della sentenza di appello, durante la pendenza dei termini per la proposizione del ricorso per cassazione e durante la pendenza del giudizio di legittimità, fino alla fissazione dell'udienza dell'eventuale giudizio di rinvio. In tale fase l'Ispettorato Generale ha ripetutamente riscontrato un vero e proprio oblio del fascicolo: mancano quasi sempre disposizioni organizzative specifiche assunte al proposito dalla dirigenza dell'ufficio o della sezione e plurimi sono stati i casi accertati di ritardata scarcerazione, anche di non breve estensione temporale, ove non intervenga istanza di parte difesa.

Va ricordato che nella fase di che trattasi, la competenza a provvedere in ordine alle misure cautelari è in capo al «*giudice che ha emesso il provvedimento impugnato*», ai sensi dell'articolo 91, disp. att. cod. proc. pen.; si è ritenuto, quindi, che in tale segmento temporale la responsabilità della ritardata scarcerazione debba gravare sul presidente del collegio di appello che ha deliberato la sentenza oggetto di gravame nonché sul relatore-estensore, qualora questi non abbia provveduto, all'atto del deposito della motivazione della sentenza, ad indicare specificamente la data di scadenza del termine massimo custodiale più prossimo (di fase, finale di fase, complessivo ovvero *ex* articolo 300, comma 4, cod. proc. pen.) nel sottofascicolo dell'esecuzione provvisoria ovvero nel registro scadenziario in uso presso la sezione³⁹; altrimenti, la costante verifica del

³⁹ La Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura (si vedano le sentenze n. 64 del 2009 e, recentemente, n. 15 del 2015), ha infatti ritenuto che <<*costituisce onere di ogni magistrato responsabile dello status*

rispetto dei termini massimi custodiali la cui scadenza è stata specificamente annotata dal relatore-estensore incombe al solo presidente del collegio di appello che ha deliberato la sentenza oggetto di gravame, in quanto a lui compete la convocazione del collegio ovvero la trasmissione degli atti al collegio *de libertate* tabellarmente competente per la pronuncia della doverosa ordinanza di revoca della misura cautelare per decorso dei termini massimi custodiali e, in caso di suo trasferimento o impedimento, al presidente di sezione, cui compete l'adozione degli opportuni interventi organizzativi nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza sull'attività della sezione, ai sensi dell'articolo 47-*quater* Ordinamento Giudiziario;

4.6. da ultimo, va rimarcato come anche la scadenza dei termini massimi custodiali verificatasi a seguito di regressione del procedimento, ai sensi dell'articolo 303, comma 2, cod. proc. pen., abbia sovente evidenziato situazioni problematiche, soprattutto in conseguenza delle pronunce di annullamento con rinvio da parte della Corte di Cassazione, dovendosi in tali casi procedere ad una operazione di ricalcolo *ex post* dei termini di custodia cautelare conseguente alla pronuncia del giudice di legittimità.

Va osservato, al riguardo, che le principali criticità rilevate attengono:

- da un lato, alla necessità che il giudice *a quo* riceva tempestiva comunicazione dell'esito del giudizio di legittimità;

- dall'altro, alla necessità di individuare correttamente la data di scadenza del termine custodiale più prossimo a seguito della pronuncia di annullamento con rinvio, che in genere investe il termine finale di fase, stabilito dall'articolo 304, comma 6, cod. proc. pen. e pari al doppio dei termini di fase di cui all'articolo 303, comma 1, cod. proc. pen., ovvero il termine complessivo stabilito dall'articolo 303, comma 4, cod. proc. pen., riferito all'intera durata del procedimento e variabile in funzione della gravità della pena prevista per il reato.

In tale ipotesi, il magistrato chiamato a provvedere - e che quindi ha la disponibilità degli atti - è il presidente della sezione competente alla celebrazione del giudizio di rinvio individuata secondo gli ordinari criteri tabellari, beninteso una volta che il fascicolo sia stato trasmesso alla

libertatis degli indagati tenere un'agenda e uno scadenziario personali tali da costituire un sicuro allarme in ordine alle date di scadenza dei termini massimi di custodia, scadenziario da conservare presso di sé e non già presso la segreteria.>>.

sezione deputata alla celebrazione del giudizio di rinvio, salvo eventuali specificità legate alla concreta fattispecie.

5. Anche il verificarsi della scadenza dei termini custodiali durante il periodo feriale ha sovente evidenziato criticità e situazioni problematiche.

Al proposito, in sede di verifica ispettiva viene in primo luogo accertata l'esistenza di determinazioni organizzative adottate dalla dirigenza dell'ufficio e verificata l'esistenza o meno di apposita comunicazione, resa dal magistrato titolare all'atto del congedo feriale, circa la pendenza di procedimenti con persone sottoposte ad indagini o imputate in stato di custodia cautelare, la cui omissione può fondare la sua responsabilità per evidente violazione dell'«*obbligo di diuturnamente vigilare circa la persistenza delle condizioni, anche temporali, cui la legge subordina la privazione della libertà personale*»», di cui parla Cass. Sez. Un., n. 507 del 2011.

Analogamente può ritenersi quando la scadenza dei termini custodiali avvenga durante il periodo di aspettativa, congedo o assenza extraferiale ovvero in caso di trasferimento ad altro ufficio o di collocamento a riposo.

Anche in questo caso viene accertata l'esistenza di determinazioni organizzative adottate dall'ufficio, che l'esperienza dimostra quasi mai presenti; nei suddetti casi, peraltro, trattandosi di evento non preventivamente programmato e che incide direttamente sull'attività della sezione, richiedendo necessariamente l'adozione di opportune determinazioni organizzative sull'assegnazione dei fascicoli di cui era titolare il magistrato non presente in ufficio, temporaneamente ovvero in via definitiva, la violazione dell'obbligo di costante vigilanza di cui si è detto grava comunque su chi aveva il compito di provvedere all'assunzione delle suddette determinazioni organizzative, ossia sul presidente di sezione, nell'esercizio dei poteri di vigilanza sull'attività della sezione che gli competono, ai sensi dell'articolo 47-*quater* Ordinamento Giudiziario.

6. Orientamenti giurisprudenziali del giudice disciplinare.

Il rigido orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di ritardata scarcerazione è cristallizzato nell'insegnamento di Sez. Un., sentenza n. 507 del 2011, secondo cui «*è compito precipuo del magistrato, nei procedimenti di cui è investito, diuturnamente vigilare circa la*

persistenza delle condizioni, anche temporali, cui la legge subordina la privazione della libertà personale di chi è sottoposto alle indagini o imputato>>>, emergendo la gravità e l'inescusabilità dell'infrazione dalla lesione cagionata al fondamentale diritto alla libertà personale, direttamente tutelato dall'articolo 13 della Costituzione.

Conferma tale rigidità la circostanza che non si ritiene di attribuire rilevanza alla condanna riportata dal soggetto interessato da un evento di ritardata scarcerazione, con sentenza divenuta irrevocabile, a pena maggiore del presofferto in custodia cautelare;⁴⁰ nonché l'indirizzo secondo cui, in materia di ritardata scarcerazione, non ha efficacia esimente o comunque giustificativa l'unicità dell'episodio nella vita professionale del magistrato, anche in un contesto di evidenziata capacità e laboriosità, atteso che la gravità dell'infrazione emerge dalla prodotta lesione del diritto fondamentale alla libertà personale, tutelato direttamente dall'art. 13 della Costituzione⁴¹; quello secondo cui il ritardo nella scarcerazione non è scusabile dal carico di lavoro, da problematiche familiari, dimenticanze o affidamenti su scadenziari tenuti dalla cancelleria⁴²; quello secondo cui non ha efficacia esimente la disorganizzazione dell'ufficio⁴³; ed ancora quello secondo cui, nei casi di ritardata scarcerazione, non valgono ad escludere l'inescusabilità della negligenza e non costituiscono quindi elementi di giudizio caratterizzati da decisività, né singolarmente considerati, né nel loro complesso, i problemi di carenza di organico dell'ufficio di appartenenza, l'entità complessiva del carico di lavoro, quand'anche superiore alle stime di esigibilità, l'assenza di iniziative da parte del difensore, la situazione familiare del ricorrente ove non caratterizzata da circostanze di estremo rilievo, le positive valutazioni sull'attività professionale e, come ricordato, tanto meno, l'entità delle sanzioni in prosieguo inflitte ai soggetti sottoposti alle misure cautelari⁴⁴.

⁴⁰ Si veda Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 4954, del 12 marzo 2015 (udienza 10 febbraio 2015), che afferma il principio di diritto secondo cui, in materia di ritardata scarcerazione, non rileva la successiva condanna a pena di durata superiore al presofferto, atteso che l'illegittima privazione della libertà personale in sede cautelare non può essere compensata da una successiva condanna a pena di durata superiore, essendo diversi i beni giuridici tutelati; ciò in quanto l'illegittima protrazione dello stato custodiale viola non solo il diritto alla libertà personale, ma anche il diritto, ulteriore e distinto, ad essere sottoposti ad indagini senza subire limitazioni superiori a quelle consentite dalla legge, garanzia che costituisce una declinazione del diritto di difesa garantito dall'articolo 24 della Costituzione.

⁴¹ Si veda Sez. Un., 29 luglio 2013, n. 18191, confermata dalla sentenza Sez. Un., n. 3019, udienza dell'11 febbraio 2014, depositata il 16 febbraio 2015.

⁴² Si vedano Sez. Un., sentenza n. 18191 del 2013, e Sez. Disc. 17 luglio 2015, dep. 22 settembre 2015, n. 101.

⁴³ Si veda Sez. Un., sentenza n. 5683, udienza del 10 febbraio 2015, depositata il 20 marzo 2015.

⁴⁴ Si veda Sez. Un., sentenza n. 14688, udienza del 7 luglio 2014, depositata il 14 luglio 2015.

Alcuni spiragli di tolleranza, a prescindere da ipotesi legate a problematiche di carattere soggettivo di rilevante spessore⁴⁵, sono stati riconosciuti in casi qualificati come “di incolpevole affidamento” ed inquadrati nell’ipotesi prevista dall’articolo 3 *bis*, decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, nelle seguenti ipotesi: erronea annotazione della data di scadenza dei termini massimi custodiali sugli appositi registri informatici dell’ufficio del giudice per le indagini preliminari, trasmessi o comunque accessibili al pubblico ministero⁴⁶; presenza nell’intestazione della sentenza della indicazione “detenuto per altra causa”, in assenza di indicazioni dello stato custodiale in copertina ed a fronte del gravoso carico di lavoro; ricezione di un fascicolo con imputato in stato custodiale a termini già scaduti (quindi con l’intervenuta scadenza del termine massimo custodiale già maturata in una fase precedente) e con l’indicazione della corretta data di scadenza del termine custodiale della fase successiva annotata dal collega in copertina, in assenza di richieste di revoca della misura da parte del difensore ed a fronte del gravoso carico di lavoro⁴⁷.

È poi stata esclusa, in via generale, la responsabilità del magistrato in caso di <<alto numero dei provvedimenti da adottare contemporaneamente a causa dell’applicazione dell’indulto>>, ovvero in caso di <<circostanze del tutto particolari tra le quali un difetto di comunicazione interna all’ufficio, nonostante l’adozione di tutti gli accorgimenti necessari a prevenire il verificarsi di ritardi nelle scarcerazioni>>, ovvero, ancora, quando <<pur nell’ambito di un generale necessario rispetto di disposizioni processuali dettate a garanzia di primarie esigenze connesse alla libertà personale dei cittadini, non poteva essere chiesto al magistrato di controllare l’operato della cancelleria nella fase di esecuzione dei provvedimenti da lui adottati, tanto più in assenza di elementi fattuali che avrebbero potuto o dovuto indurre ad immaginare un errore da parte di ausiliari amministrativi sul cui operato, in precedenza, il giudice aveva potuto fare tranquillamente affidamento>>. In particolare non è stata ritenuta negligenza inescusabile il mancato controllo sull’operato della cancelleria nell’ipotesi di ritardata trasmissione del fascicolo alla Corte di appello e di conseguente scadenza dei termini di fase di tale grado del giudizio, qualora: -) il magistrato abbia correttamente indicato nel sottofascicolo delle misure cautelari la

⁴⁵ Secondo Sez. Disc. 19 settembre 2014, n. 152 <<in caso di ritardata scarcerazione non si configura la negligenza inescusabile a fronte di grave patologia documentata (si omette in questa sede l’indicazione) che si pone in nesso di causalità con la violazione contestata, in caso di episodio isolato>>.

⁴⁶ Si veda Sez. Disc. 4 aprile 2014, n. 71.

⁴⁷ Sentenze Sez. Disc. 3 luglio 2015, dep. 15 settembre 2015, n. 92 e 24 luglio 2015, dep. 23 settembre 2015, n. 105.

esatta data di scadenza dei termini massimi custodiali; -) il termine per l'espletamento degli incombeni di cancelleria collegati alla trasmissione del fascicolo al giudice di seconde cure era assolutamente congruo rispetto alla data di scadenza del termine custodiale di fase; -) l'assoluta mancanza di un precedente analogo disservizio tale da giustificare il sicuro affidamento del giudice sul tempestivo trattamento preferenziale del fascicolo⁴⁸.

7. L'ipotesi di scarcerazione formale.

Nell'ipotesi in cui il soggetto, all'atto della intempestiva pronuncia del provvedimento di scarcerazione, risulti detenuto in virtù anche di altro titolo, cautelare ovvero definitivo, si è osservato che, se è vero che: <<un imputato/detenuto ha tutto il diritto e l'interesse di vedersi riconosciuto il titolo alla scarcerazione, anche se nella pratica priva di effetti. E, del resto, non può non tenersi conto del fatto che sovente le vicende processuali interferiscono l'una con l'altra, come quando vi siano procedimenti penali a carico della stessa persona; con la conseguenza che quelle che potrebbero apparire in un determinato momento "scarcerazioni formali" in realtà assumono inopinatamente rilievo anche sostanziale - quindi con grave nocimento della libertà personale - per il concomitante verificarsi di eventi relativi ad altri procedimenti penali>> (Sez. Disc.c.S.M., ord. n. 88 del 2012); e che la mancanza di pregiudizio per effetto della illegittima prosecuzione della misura custodiale: <<non cancella l'ingiusta protrazione della misura subita [...] né fa venir meno la violazione, da parte del magistrato, dell'obbligo di continua vigilanza della persistenza delle condizioni, anche temporali, cui la legge subordina la privazione della libertà personale di chi è sottoposto a indagini>> (Sez. Disc.c.S.M., ord. n. 117 del 2012); pur tuttavia è altrettanto innegabile l'affievolirsi della concreta offensività del fatto nei casi in cui, anche qualora fosse intervenuta la doverosa pronuncia di revoca della misura custodiale per decorrenza dei termini massimi di fase, il soggetto non potesse riacquistare lo *status libertatis* perché sottoposto ad altri titoli di restrizione.

Seguendo tale impostazione il Gabinetto del Ministero della Giustizia, e quindi l'Ispettorato Generale, si sono orientati nel senso che - fatta salva l'astratta ricorrenza della sola ipotesi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera g), decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, e non anche, quindi, della più grave ipotesi di cui alla lettera a), mancando il *danno ingiusto* - la fattispecie

⁴⁸ Sentenza Sez. Disc. 11 marzo 2016, dep. 24 marzo 2016, n. 52.

della scarcerazione virtuale possa inquadarsi, di regola, nell'ipotesi della *scarsa rilevanza*, ai sensi dell'articolo 3-*bis*, decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, per l'assenza di concrete ed effettive conseguenze pregiudizievoli sullo *status libertatis* del soggetto, fatti salvi i casi di particolare gravità da valutare in concreto; nell'ultimo triennio, infatti, non sono state registrate ipotesi di esercizio di azione disciplinare da parte del Ministro della Giustizia per ritardata scarcerazione nelle ipotesi di c.d. scarcerazione formale, quando cioè il soggetto si trovava ristretto anche per altra causa, in virtù di diverso titolo di natura cautelare ovvero definitiva.

8. L'inquadramento giuridico.

Nelle ipotesi di ritardata scarcerazione, dopo iniziali pronunce di segno difforme da parte della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura si è consolidato l'indirizzo secondo cui va riconosciuto il concorso formale tra le ipotesi di cui all'articolo 2, co. 1, lett. a) e lett. g), decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, il primo essendo illecito di evento ed il secondo di mera condotta; per la configurabilità dell'illecito *sub* lettera a), infatti, è sufficiente la violazione di anche di uno solo dei doveri primari indicati dalla norma (ad esempio quello della diligenza, come accade nelle ipotesi di che trattasi), ma è sempre necessaria la prova del danno ingiusto ovvero dell'ingiusto vantaggio in concreto e non in base a mera prospettazione apodittica, sanzionando l'illecito di cui alla lettera a) anche violazioni ai doveri deontologici del magistrato commesse attraverso condotte connotate da sola colpa⁴⁹.

A tale indirizzo si è conformata Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura nella sentenza 9 giugno 2016, depositata il successivo 5 luglio, n. 107, che ha ribadito il principio del concorso formale degli illeciti di cui all'articolo 2, co. 1, lettere a) e g), decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, beninteso purché sia offerta la prova del danno ingiusto ovvero dell'ingiusto vantaggio in concreto arrecato/derivato dalla condotta del magistrato; al proposito va ricordata la recente pronuncia della Corte Costituzionale, intervenuta con sentenza n.ro 170 del 2015, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 13, comma 1, decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, laddove disponeva l'automatica applicazione della sanzione accessoria obbligatoria del trasferimento del magistrato ad altra sede o

⁴⁹ Si vedano al proposito Sez. Un., 11 marzo 2013, n. 5943, 22 aprile 2013, n. 9691 e 11 febbraio 2014, dep. 16 febbraio 2015, n. 3019.

ad altro ufficio in caso di condanna per violazione della lettera a), dell'articolo 2, comma 1, decreto legislativo n. 109 del 2006.

9. Conclusioni.

Come evidenziato anche nel paragrafo 1., l'attenzione rivolta dall'Ispettorato Generale al fenomeno delle ritardate scarcerazioni è stata particolarmente attenta e mirata, stante il primario rilievo costituzionale che riveste la tutela della libertà personale ed il rigore seguito dal giudice disciplinare in materia.

La dimensione del fenomeno, ad avviso di chi scrive, rende indispensabile un decisivo salto di qualità in sede di organizzazione dell'ufficio ed improcrastinabile l'implementazione degli idonei strumenti informatici diretti ad allertare il magistrato nell'imminenza della scadenza di un termine custodiale, valorizzando *in primis* le molteplici funzioni di cui dispone il modulo BDMC (banca dati misure cautelari) realizzato all'interno del SIC.P., oramai operativo in tutti gli uffici del territorio nazionale.

GIORGIO RISPOLI

Responsabilità da manutenzione stradale della p.a.: riflessioni sulla più recente evoluzione giurisprudenziale

Sommario: 1. La tematica. – 2. L'evoluzione storica: dall'insidia o trabocchetto all'art. 2051 c.c. – 3. I caratteri della responsabilità custodiale della p.a. – 4. Le questioni ancora aperte: la preferibile impostazione dell'art. 2051 c.c. come ipotesi di responsabilità aggravata da presunzione di colpa. – 5. I limiti alla responsabilità della p.a. – 6. Conclusioni.

1. La tematica.

La responsabilità della p.a. relativa alla manutenzione delle strade è argomento da decenni vivacemente dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza⁵⁰.

Tuttavia compito del giurista non è soltanto analizzare le problematiche nuove, offerte dalla continua evoluzione della realtà economica e sociale, ma anche provare ad osservare con occhi diversi le fattispecie note.

Il presente contributo si propone dunque di approfondire i più recenti approdi giurisprudenziali in tema di responsabilità custodiale della p.a. alla luce dell'evoluzione compiuta negli ultimi anni e di individuare possibili soluzioni alle questioni attualmente ancora controverse.

Ed infatti il livello di civiltà giuridica di un sistema si coglie soprattutto dalla trasparenza dell'azione amministrativa e dalla democraticità dei rapporti fra l'operatore statale e la generalità dei consociati.

In tale ottica snodo essenziale dei predetti rapporti è costituito dalle regole di responsabilità risarcitoria inerenti i danni cagionati da difetti di manutenzione delle pubbliche vie.

⁵⁰La letteratura giuridica in argomento è fluviale. Fra i contributi più recenti Cfr. LAGHEZZA, *Di custodia, caso fortuito e responsabilità oggettiva*, in *Danno e Resp.*, 2012, 3, 282 ss.; MORLINI, *La responsabilità custodiale della pubblica amministrazione per sinistri stradali*, in *Giur. Mer.*, 2011, 5, 1282 ss.; VANACORE, *La responsabilità civile per danni subiti dall'utente dell'autostrada*, in *Resp. Civ.*, 2011, 6, 463 ss.; LAGHEZZA, *Strade e responsabilità della P.A.: la lenta evoluzione della giurisprudenza*, in *Danno e Resp.*, 2011, 1, 54 ss.; CARRATO, *Alla ricerca di una possibile soluzione equilibrata sulla responsabilità da custodia della p.a. in tema di manutenzione stradale*, in *Corr. Giur.*, 2010, 11, 1499 ss.; BUFFONE, *Il danno da mancata manutenzione del demanio stradale*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009, 6, 1302 ss.

Siffatta tematica rappresenta peraltro un oggetto di contenzioso statisticamente fra i più frequenti in materia civile.

Occorre altresì rilevare come nell'odierna coscienza sociale emerge con maggior nitore l'esigenza⁵¹ di allocare in capo al soggetto in posizione di preminenza, oppure che trae qualche vantaggio da una determinata situazione giuridica, la responsabilità dei rischi che derivano dalla propria attività (in conformità all'antico brocardo *ubi comoda ibi incommoda*).

Si pensi all'esercente di un'attività qualificata pericolosa, chiamato – ai sensi dell'art. 2050 c.c. – al risarcimento del danno cagionato ove non provi di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il verificarsi dell'*eventus damni*.

Si consideri inoltre la responsabilità che riguarda il proprietario o utilizzatore di un animale per il danno da questi cagionato, salva la prova del caso fortuito in virtù dell'art. 2052 c.c.

Siffatta linea evolutiva parrebbe così propendere per la tendenziale traslazione della responsabilità risarcitoria in capo al soggetto economicamente più forte.

È tuttavia opportuno – ai fini di comprendere appieno gli attuali approdi in materia ed i quesiti che questi suscitano – una breve *excursus* inerente la recente evoluzione giurisprudenziale a proposito della responsabilità custodiale della p.a.

2. L'evoluzione storica: dall'insidia o trabocchetto all'art. 2051 c.c.

L'impostazione giurisprudenziale tradizionale – espressa in un consolidato filone⁵² anteriore al 2005 – riconduceva la responsabilità della p.a. per la manutenzione delle strade entro il paradigma dell'art. 2043 c.c., negando l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 2051 c.c.

⁵¹ Sul punto BELLI, *La responsabilità oggettiva*, in *Resp. Civ.*, 2011, 5, 373 ss.

⁵² Cfr., *ex multis*, Cass. 4 giugno 2004 n. 10654, in *Mass. Giur. It.*, 2004, per cui «La pubblica amministrazione incontra, nell'esercizio del suo potere discrezionale anche nella vigilanza e controllo dei beni demaniali, limiti derivanti dalle norme di legge e di regolamento, nonché dalle norme tecniche e da quelle di comune prudenza e diligenza, ed, in particolare, dalla norma primaria e fondamentale del *neminem laedere*, in applicazione della quale essa è tenuta a far sì che il bene demaniale non presenti per l'utente una situazione di pericolo occulto, cioè non visibile e non prevedibile, che dia luogo al cosiddetto trabocchetto o insidia stradale; ai fini dell'accertamento della responsabilità risarcitoria ex art. 2043 c.c. dell'amministrazione e dell'ente concessionario per i danni subiti dall'utente stradale, incombe su quest'ultimo l'onere di provare l'esistenza dell'insidia non visibile e non prevedibile, ma non anche il comportamento omissivo dell'ente concessionario per non avere tempestivamente rimosso o segnalato l'insidia pur avendone avuto notizia»; Cass. 28 gennaio 2004 n. 1571, in *Foro Amm. Cds*, 2004, 93, secondo cui «Costituisce insidia stradale ogni situazione di pericolo che l'utente medio non è in grado di prevedere facendo uso della normale diligenza, per cui, al fine di escludere la responsabilità risarcitoria dell'ente che abbia la gestione della strada, è necessaria la dimostrazione da parte dell'ente che, nonostante l'obiettiva esistenza dell'insidia l'utente fosse

In particolare la funzione nomopoietica di una costante giurisprudenza pretoria ha elaborato la discussa figura della cd. insidia o trabocchetto, consistente in una situazione di pericolo occulto per l'utente della strada non visibile e non prevedibile, pertanto non evitabile attraverso il ricorso alla normale diligenza.

Detto filone giurisprudenziale ha progressivamente specificato ed ampliato il contenuto di siffatta figura, qualificandola dapprima alla stregua di un'opzione sintomatica dell'attività colposa della p.a. e successivamente come un necessario elemento costitutivo della responsabilità dell'amministrazione⁵³.

L'onere della prova circa la sussistenza dell'insidia o trabocchetto era peraltro allocato in capo all'utente della strada danneggiato⁵⁴.

soggettivamente in grado di prevederla o evitarla. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto esente da vizi la sentenza di merito in cui, poiché dall'istruttoria emergeva la prova che al momento del sinistro sul luogo dei fatti esisteva una adeguata illuminazione, si era ritenuto di escludere l'esistenza in concreto di una situazione di pericolo occulto o insidia); Per Cass. 3 dicembre 2002 n. 17152, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2003, I, 799, «La responsabilità colposa della p.a. in caso di insidia o trabocchetto stradale, che trova fondamento nella *Generalklausel* di cui all'art. 2043 c.c., è astrattamente compatibile con il concorso del fatto colposo del danneggiato tutte le volte in cui il fatto stesso non sia idoneo ad interrompere *tout court* il nesso causale tra l'evento ed il comportamento colposamente omissivo dell'ente pubblico, non essendo predicabile, in astratto, l'opposto principio dell'interruzione del detto nesso causale per il solo fatto che l'utente abbia tenuto, a sua volta, un comportamento irregolare, ma dovendosi, per converso, valutare in concreto (in sede di giudizio di merito) l'entità dell'apporto causale del comportamento colposo del danneggiato nella produzione dell'evento dannoso (nell'affermare il principio di diritto che precede, la S.C. ha così confermato la sentenza del giudice di merito che, sul presupposto dell'astratta compatibilità del concorso colposo del danneggiato con il colpevole comportamento della p.a., ha condannato quest'ultima al risarcimento danni *in parte qua*, ritenendola corresponsabile con il danneggiato per avere aperto al traffico una strada senza aver previamente rimossa una barriera di sacchi di sabbia sita all'uscita di una curva e difficilmente avvistabile perché mimetizzata con la vegetazione circostante, pur individuando il concorrente fatto colposo del danneggiato stesso nell'aver questi tenuto una velocità superiore a quella consentita - centodieci Km/h anziché cento - tenuto conto altresì della di lui consapevolezza che la strada percorsa si trovava in area evacuata fino a poche ore prima per la nota alluvione della Valtellina, ciò che gli avrebbe imposto una condotta di guida particolarmente attenta ed una velocità estremamente moderata»).

⁵³ Sul punto Cass. 1 dicembre 2004 n. 22592, in *Resp. Civ. Prev.*, 2005, 276, con nota di BONA, per cui «La presunzione di responsabilità per danni da cose in custodia, di cui all'art. 2051 c.c., non si applica agli enti pubblici ogni qual volta il bene, sia esso demaniale o patrimoniale, per le sue caratteristiche (estensione e modalità d'uso) sia oggetto di - una utilizzazione generale e diretta da parte di terzi, che limiti in concreto le possibilità di custodia e vigilanza sulla cosa; in questi casi, l'ente pubblico risponde secondo la regola generale dettata dall'art. 2043 c.c., e quindi può essere ritenuto responsabile per i danni subiti da terzi a causa di una insidia stradale solo quando l'insidia stessa non sia visibile, e neppure prevedibile. (Nella specie, la Corte cass. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità di un Comune per il danno subito da un ciclista a seguito dell'urto contro un paletto conficcato nel manto stradale, ritenendo che il paletto fosse visibile, e quindi evitabile, in quanto l'incidente si era verificato in pieno giorno e il paletto sporgeva di circa un metro dal suolo, e ritenendo, per contro, non rilevante che esso fosse inclinato e di colorazione simile a quella dell'asfalto»).

⁵⁴ Si vd. Cass. 8 novembre 2002 n. 15707, in *Studium Juris*, 2003, 250, per cui «Per quanto concerne i danni subiti dall'utente in conseguenza dell'omessa o insufficiente manutenzione di strade pubbliche, il referente normativo per l'inquadramento della responsabilità della p.a. è costituito - non dall'art. 2051 c.c., che sancisce una presunzione inapplicabile nei confronti della p.a., con riferimento ai beni demaniali quando essi siano oggetto di un uso generale e

Una tale disciplina rinveniva il proprio fondamento nel generale *favor* che tradizionalmente accompagnava l'esplicazione dell'azione amministrativa secondo moduli privatistici e non già autoritativi.

Tuttavia la predetta opzione interpretativa è stata aspramente criticata da attenta dottrina⁵⁵ che ha rilevato come la figura dell'insidia o trabocchetto costituisca un *quid pluris* non richiesto dalla generale disciplina in tema di responsabilità aquiliana.

Ed infatti l'illecito extracontrattuale – come configurato dalla norma cardine dell'art. 2043 c.c. – annovera fra i suoi elementi costitutivi il fatto doloso o colposo, l'ingiustizia del danno ed il nesso eziologico fra la condotta del danneggiante e l'evento lesivo.

Non rientrano invece in tale fattispecie né la natura occulta del pericolo né la sua imprevedibilità.

Siffatta dottrina ha altresì sottolineato l'opportunità della comprensione della fattispecie nell'alveo della responsabilità da cose in custodia in una prospettiva di migliore trattamento degli utenti danneggiati e di abbandono della pregressa posizione di privilegio attribuita alla p.a.

La recezione dei sopra citati apporti dottrinali ha condotto la giurisprudenza a riconoscere la configurabilità in capo alla p.a. della responsabilità per danni da cose in custodia ai sensi dell'art. 2051 c.c. con riguardo ai danni cagionati dalla fruizione di strade pubbliche.

Occorre peraltro rilevare che in un primo tempo siffatta applicazione è stata limitata alle strade di proprietà del Comune o della Provincia ma non anche a quelle di proprietà dello Stato o alle autostrade.

diretto da parte dei terzi - ma dall'art. 2043 c.c. che impone, nell'osservanza della norma primaria del *neminem laedere*, di far sì che la strada aperta al pubblico transito non integri per l'utente una situazione di pericolo occulto; detta responsabilità, pertanto, è configurabile a condizione che venga provata dal danneggiato l'esistenza di una situazione insidiosa caratterizzata dal doppio e concorrente requisito della non visibilità oggettiva e della non prevedibilità subiettiva del pericolo stesso».

⁵⁵ Cfr., *ex pluribus*, SANGIORGIO, *Appunti sulla responsabilità civile della p.a. per danni conseguenti alla omessa manutenzione di strade pubbliche*, in *Dir. Inf.*, 2001, 279 ss.; SALVAGO, *La perdurante incertezza giurisprudenziale circa la responsabilità ex art. 2051 c.c. dell'ente per omessa o insufficiente manutenzione della strada*, in *Giust. Civ.*, 2007, 1, 167 ss.; CAPPUCIO, *La pubblica amministrazione e l'art. 2051 c.c.*, in *Nuovo Dir.*, 2000, 697 ss.; BALZAROTTI, *Insidie e trabocchetti nelle pubbliche strade*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, 39 ss.; PEILA, *La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia: nozione ed applicazione alla Pubblica Amministrazione*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1996, 72 ss.

In tale prospettiva il discrimine riguardo l'applicazione dell'art. 2051 c.c. sarebbe stato da ricercarsi nell'effettivo potere di controllo della p.a., tendenzialmente escluso nelle ipotesi di notevole estensione e collocazione extraurbana del manto stradale⁵⁶.

3. I caratteri della responsabilità custodiale della p.a.

A partire dal 2005 si consolida dunque l'orientamento volto ad inquadrare entro l'ambito applicativo dell'art. 2051 c.c. la responsabilità della p.a. per la manutenzione delle strade⁵⁷.

Tale qualificazione è casualmente suffragata sia dalla titolarità delle strade pubbliche da parte della p.a., in virtù dell'art. 16, lettera b, L. n. 2248/1865 All. F. sia da una serie di puntuali obblighi di manutenzione stabiliti da un'articolata normativa settoriale.

Si pensi all'art. 14 C.d.s. a proposito delle strade ed autostrade statali. All'art. 2 d.lg. 143/94 per le strade urbane ed extraurbane. Al d.m. 223/92 per le strade ferrate. All'art. 8 D.P.R. 753/80 per le strade comunali e provinciali.

⁵⁶ Sul punto, *ex multis*, Cass. 23 luglio 2003 n. 11446, in *Foro Amm. Cds*, 2003, 2171, per cui «In materia di responsabilità civile, per i danni conseguenti ad omessa od insufficiente manutenzione di strade pubbliche (nel caso, strada comunale) l'art. 2051 c.c. trova applicazione nei confronti della p.a. (nel caso, Comune) non solo nelle ipotesi in cui essa svolga una determinata attività sulla strada, ma ogni qualvolta non sia ravvisabile l'oggettiva impossibilità di un esercizio del potere di controllo dell'ente sulla strada in custodia, in dipendenza del suo uso generale da parte dei terzi e della notevole estensione del bene»; Cass. 27 settembre 1999 n. 10703, in *Danno e Resp.*, 2000, 99, secondo cui «In tema di responsabilità per danno cagionato da cose in custodia, le misure di precauzione e salvaguardia imposte al custode del bene devono ritenersi correlate all'ordinaria avvedutezza di una persona e perciò non si estendono alla considerazione di condotte irrazionali, o comunque al di fuori di ogni logica osservanza del primario dovere di diligenza, con la conseguenza che non possono ritenersi prevedibili ed evitabili tutte le condotte dell'utente del bene in altrui custodia, ancorché colpose».

⁵⁷ Si vd., fra le decisioni più recenti Cass. 13 marzo 2012 n. 3951, in *Dir. e Giust.*, 2012, 13 marzo, per cui «Quando l'ente pubblico proprietario del bene (nella specie, piazza di un centro cittadino) consente ad altri (associazione) la realizzazione di una impalcatura su detto bene per rendere di comodità ai suoi cittadini la assistenza ad una manifestazione canora, da quest'ultima organizzata, allorchè dalla rovina di detta impalcatura sugli astanti ne consegue un danno alle persone, permane in capo all'ente la responsabilità dell'evento, in quanto titolare dell'attività promozionale turistico-culturale per il perseguimento dei relativi interessi pubblici generali, e delle funzioni di polizia locale e di controllo in tutte le relative fasi organizzative, in mancanza dell'indicazione del contenuto e delle prove - che devono essere scritte - del trasferimento o delega - di competenze, poteri disciplinari, di polizia, sorveglianza, attività vincolate da norme legislative e regolamentari per la tutela dell'incolumità personale pubblica, all'associazione incaricata della gestione tecnica della rappresentazione»; Cass. 13 luglio 2011 n. 15389, in *Mass. Giust. Civ.*, 2011, 7-8, 1059, secondo cui «La disciplina di cui all'art. 2051 c.c. è applicabile agli enti pubblici proprietari o manutentori di strade aperte al pubblico transito in riferimento a situazioni di pericolo derivanti da una non prevedibile alterazione dello stato della cosa; detta norma non dispensa il danneggiato dall'onere di provare il nesso causale tra cosa in custodia e danno, ossia di dimostrare che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta dalla cosa, mentre resta a carico del custode, offrire la prova contraria alla presunzione iuris tantum della sua responsabilità, mediante la dimostrazione positiva del caso fortuito, cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità».

Ed infatti i presupposti della responsabilità custodiale⁵⁸ prevista dall'art. 2051 c.c. sono da un lato il potere-dovere di custodia e dall'altro la derivazione del danno dalla *res* custodita.

Custodi sono peraltro non solo i proprietari o possessori ma anche i detentori della cosa⁵⁹.

La responsabilità da cosa in custodia contemplata dall'art. 2051 c.c. si differenzia dall'archetipo normativo tracciato all'art. 2043 c.c. essenzialmente per la diversa distribuzione dell'onere probatorio fra danneggiante e danneggiato.

La regola generale dell'art. 2043 c.c. prescrive infatti in capo al danneggiato l'onere di dimostrare il danno subito, la natura dolosa o colposa del comportamento del danneggiante nonché il nesso di causalità fra il fatto del danneggiante ed il danno.

Nella fattispecie delineata dall'art. 2051 c.c. incombe invece sul danneggiato l'onere di provare il danno ed il nesso eziologico fra questo e la *res* custodita.

Grava al contrario sul custode l'onere di dimostrare che il danno sia verificato per caso fortuito al fine di elidere la propria responsabilità⁶⁰.

Siffatta regola parrebbe giustificata dalla situazione di vicinanza alla prova in cui si trova il custode⁶¹.

La giurisdizione in tema di danni derivanti da omessa manutenzione stradale della p.a. è attribuita al giudice ordinario in conformità ai principi previsti dall'art. 7 del D. lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (cd. codice del processo amministrativo).

⁵⁸ In argomento GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2003, 706; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 712; ALPA, *Trattato di diritto civile, La responsabilità civile*, IV, Milano, 1999, 691; ALPA-BESSONE-ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. Civ.* (a cura di) P. RESCIGNO, XIV, Torino, 1995, 354;

⁵⁹ Si vd. Cass. 20 novembre 2009 n. 24530, in *Giust. civ.*, 2010, 6, I, 1396, per cui «Può essere qualificato "custode" della cosa, per i fini di cui all'art. 2051 c.c., colui che ha la disponibilità di fatto di una cosa, non disgiunta però dalla disponibilità giuridica di essa. È da considerarsi, perciò, "custode", ai sensi della norma indicata, sia il proprietario che il conduttore del bene, in quanto detentore qualificato, ma non il loro dipendente. (Nella specie, nel corso delle operazioni di taglio d'un albero d'alto fusto all'interno del parco di una villa, la caduta di un ramo aveva provocato la morte di uno dei lavoranti. La S.C., in base all'enunciato principio, ha ritenuto - cassando con rinvio la sentenza impugnata - che erroneamente il giudice di merito aveva escluso la responsabilità del conduttore dell'immobile e del relativo parco, mentre correttamente aveva negato la configurabilità di una responsabilità *ex art. 2051 c.c.* in capo al dipendente del conduttore stesso)».

⁶⁰ Si vd. BELLI, *Cose in custodia: incendio, caso fortuito e aggravamento della prova liberatoria*, in *Resp. Civ.*, 2012, 3, 222 ss.; SEVERI, *La condotta del custode nella fattispecie di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c.*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 7-8, 1469 ss.; BENEDETTI, *La condotta del danneggiato e i limiti della responsabilità da cose in custodia*, in *Danno e Resp.*, 2011, 7, 735 ss.; GASPARRO-SERANI, *Il risarcimento del danno alla persona nelle ipotesi speciali di responsabilità*, in *Danno e Resp.*, 2011, 6, 39 ss.

⁶¹ In argomento DRAGONE, *Le SU, la vicinanza alla prova e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. Civ.*, 2008, 8-9, 698 ss.; VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 5, 2, 707 ss.

Questo perché la p.a. nella fattispecie agisce *iure privatorum* e la manutenzione costituisce pertanto un mero comportamento non connesso – neppure mediatamente – all’esplicazione di un potere pubblico.

L’applicazione dell’art. 2051 c.c. può essere peraltro – ad avviso della giurisprudenza – realizzata dal giudice anche allorché la domanda di parte abbia invocato l’art. 2043 c.c.

Siffatta applicazione non impingerebbe infatti nel vizio di ultrapetizione *ex art.* 112 c.p.c.

Ciò in quanto il principio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato sancito dall’art. 112 c.p.c. non impedirebbe che il giudice adito renda una pronuncia suffragata da una norma diversa rispetto a quella invocata dall’istante⁶².

Questo perché tale mutamento rientrerebbe nel potere di qualificazione insito nella funzione giudicante.

Il limite di cui all’art. 112 c.p.c. riguarderebbe pertanto solo l’attribuzione di un bene della vita diverso da quello richiesto e non già la diversa qualificazione normativa della fattispecie.

⁶² Cfr., sul punto, Cass. 24 marzo 2011 n. 6757, in *Mass. Giust. Civ.*, 2011, 3, 457, per cui «La corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, che vincola il giudice *ex art.* 112 c.p.c. riguarda il *petitum* che va determinato con riferimento a quello che viene domandato sia in via principale che in via subordinata, in relazione al bene della vita che l'attore intende conseguire, ed alle eccezioni che in proposito siano state sollevate dal convenuto. Tuttavia, tale principio, così come quello del *tantum devolutum quantum appellatum* (art. 434 e 437 c.p.c.), non osta a che il giudice renda la pronuncia richiesta in base ad una ricostruzione dei fatti autonoma, rispetto a quella prospettata dalle parti, nonché in base alla qualificazione giuridica dei fatti medesimi e, in genere, all'applicazione di una norma giuridica, diversa da quella invocata dalla parte»; Cass. 21 dicembre 2009 n. 26919, in *Mass. Giur. It.*, 2009, secondo cui «L'identificazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale deve essere fatta in base al principio dell'apparenza, e cioè con riferimento esclusivo alla qualificazione dell'azione proposta effettuata dal giudice *a quo*, sia essa corretta o meno, e a prescindere dalla qualificazione che ne abbiano dato le parti; tuttavia, occorre altresì verificare se il giudice *a quo* abbia inteso effettivamente qualificare l'azione proposta, o se abbia compiuto, con riferimento ad essa, un'affermazione meramente generica. In tal caso, ove si ritenga che il potere di qualificazione non sia stato esercitato dal giudice *a quo*, esso può essere legittimamente esercitato dal giudice *ad quem*, e ciò non solo ai fini del merito, ma anche dell'ammissibilità stessa dell'impugnazione. (Nella specie, la S.C. ha qualificato come opposizione a sanzione amministrativa - e non come opposizione all'esecuzione - il giudizio introdotto per ottenere l'annullamento della cartella di pagamento, nonché dei verbali di contestazione e dell'ordinanza-ingiunzione relativi a violazione del codice della strada, ritenendo per tale ragione ammissibile l'impugnazione col ricorso per cassazione)»; Per Cass. 7 luglio 2009 n. 15904, in *Guida al diritto* 2010, 2, 41 «Nell'esercizio del potere di interpretazione e qualificazione della domanda il giudice di merito, da un lato, non è condizionato dalle espressioni adoperate dalla parte, dall'altro, ha il potere -dovere di accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa, quale desumibile non solo dal tenore letterale degli atti, ma anche dalla natura delle vicende rappresentate dalla parte e dalle precisazioni dalla medesima fornite nel corso del giudizio, nonché dal provvedimento concreto dalla stessa richiesto, con i soli limiti della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e di non sostituire d'ufficio un'azione diversa da quella esercitata».

4. Le questioni ancora aperte: la preferibile impostazione dell'art. 2051 c.c. come ipotesi di responsabilità aggravata da presunzione di colpa.

Si discute circa la natura della responsabilità custodiale della p.a. per la manutenzione delle strade ai sensi dell'art. 2051 c.c.

Il relativo dibattito si riverbera poi inevitabilmente sul contenuto della prova liberatoria – costituita dalla dimostrazione caso fortuito – che grava in capo al danneggiante in virtù del sopra citato articolo.

Secondo una tesi dottrinale⁶³ largamente seguita – fatta propria anche dalla giurisprudenza della Cassazione – tale forma di responsabilità avrebbe natura oggettiva⁶⁴ e sarebbe esclusa solamente dal caso fortuito.

⁶³ Occorre rilevare come i fautori delle concezioni cd. oggettivistiche sottendano tuttavia un caleidoscopio di opinioni divergenti. Alcuni autori inseriscono l'art. 2051 c.c. nel quadro di una ricostruzione unitaria della responsabilità oggettiva. In particolare TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, 191 ss., menziona la teoria del rischio, declinata da altri in termini di esposizione al pericolo. Così COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, 176 ss. Tale visione è comune alla dottrina francese del *Risque dans la garde* proposto da LAMBERT-FAIVRE, in *Riv. Trim. Droit Civil*, 1987, 4. Si vd. inoltre DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Cedam, Padova, 1983, 229 ss. Ulteriore prospettazione configura invece l'esercizio della custodia – intesa quale potere di fatto sulla cosa – come criterio d'imputazione. In tal senso RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, 176 ss.; SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, MONATERI, *Art. 2050 e parametri giuridici di controllo sull'attività della P.A.*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1982, 763; FRANZONI, *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, Cedam, Padova, 1988, 213. Si segnala inoltre l'autorevole ma isolata opinione di, GERI, *La responsabilità civile da cose in custodia, animali e rovina di edificio*, Giuffrè, Milano, 1974, 94, che – pur riconoscendo la natura oggettiva della responsabilità ex art. 2051 c.c. – ammette una limitata indagine inerente la condotta del custode in relazione al suo peculiare dovere di vigilanza.

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, Cass. 28 giugno 2012 n. 10860, in *Dir. e Giust.*, 2012, 2 luglio, per cui «La responsabilità ex art. 2051 c.c. per i danni cagionati da cose in custodia ha carattere oggettivo; perché essa possa, in concreto, configurarsi è sufficiente che l'attore dimostri il verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene, salvo la prova del fortuito, incumbente sul custode (nella specie, relativa alla richiesta di risarcimento danni avanzata da un condomino investito dal portone di ingresso dello stabile, la Corte ha stabilito che spettava al danneggiato dimostrare il nesso causale tra cosa in custodia e danno, e cioè la dipendenza eziologica dei pregiudizi da lui riportati per effetto della chiusura del portone d'ingresso; mentre incombeva sulla controparte dare la prova del fortuito, deducendo e dimostrando il buon funzionamento del dispositivo di chiusura e la correlativa addebitabilità dell'evento all'utente che, contro le più elementari regole di prudenza si era attardato nel raggio di chiusura, rimanendo investito dal rientro del battente)»; Cass. 8 febbraio 2012 n. 1769, in *Mass. Giur. It.*, 2012; Cass. 7 aprile 2010 n. 8229, in *Arch. giur. circol. sin.*, 2010, 7-8, 604, secondo cui «La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia prevista dall'art. 2051 c.c. prescinde dall'accertamento del carattere colposo dell'attività o del comportamento del custode e ha natura oggettiva, necessitando, per la sua configurabilità, del mero rapporto eziologico tra cosa ed evento; tale responsabilità prescinde, altresì, dall'accertamento della pericolosità della cosa stessa e sussiste in relazione a tutti i danni da essa cagionati, essendo esclusa solo dal caso fortuito, che può essere rappresentato - con effetto liberatorio totale o parziale - anche dal fatto del danneggiato, avente un'efficacia causale tale da interrompere del tutto il nesso eziologico tra la cosa e l'evento dannoso o da affiancarsi come ulteriore contributo utile nella produzione del danno. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito la quale - avendo accertato che il conducente aveva perso il controllo della propria vettura a causa di un malore e che, dopo aver urtato contro il muro di

Detto fattore non atterrebbe alla condotta del responsabile bensì alla struttura causale dell'evento⁶⁵ sostanziandosi in un elemento esterno qualificato dai caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità.

In particolare il caso fortuito sarebbe idoneo ad interrompere il rapporto eziologico fra la cosa e l'evento lesivo⁶⁶.

Siffatta prospettazione sembrerebbe tuttavia prestare il fianco ad una pluralità di rilievi critici.

Ciò in quanto: 1) il caso fortuito non interromperebbe il nesso di causalità fra la *res* e l'evento lesivo; 2) La condotta della p.a. non sarebbe irrilevante ai fini dell'allocatione della responsabilità per la manutenzione delle strade ai sensi dell'art. 2051 c.c.; 3) La natura della responsabilità *de quo* non parrebbe perciò – ad una più attenta analisi – di natura oggettiva.

Occorre infatti anzitutto sottolineare come – da un punto di vista squisitamente logico – la sussistenza del caso fortuito non parrebbe determinare, a ben vedere, alcuna cesura del nesso intercorrente fra la *res* custodita e l'evento lesivo.

Un esempio valga ad illustrare tale asserzione.

Un motociclista cade a causa di una buca del manto stradale e riporta alcune lesioni.

contenimento, si era poi arrestato contro il *guard rail*, perdendo la vita nell'impatto - aveva escluso ogni responsabilità dell'Anas, sul rilievo che il *guard rail* era posizionato correttamente, che la presenza di barriere di contenimento era finalizzata proprio ad evitare incidenti e che l'urto, perciò, non era addebitabile all'ente proprietario della strada»); Per Cass. 6 febbraio 2007 n. 2563, in *Giust. civ.*, 2007, 6, I, 1344, «La responsabilità prevista dall'art. 2051 c.c. per i danni cagionati da cose in custodia ha carattere oggettivo e, ai fini della sua configurabilità, è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e l'evento dannoso, indipendentemente dalla pericolosità attuale o potenziale della cosa stessa (e, perciò, anche per le cose inerti) e senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza. La responsabilità del custode, in base alla suddetta norma, è esclusa in tutti i casi in cui l'evento sia imputabile ad un caso fortuito riconducibile al profilo causale dell'evento e, perciò, quando si sia in presenza di un fattore esterno che, interferendo nella situazione in atto, abbia di per sé prodotto l'evento, assumendo il carattere del c.d. fortuito autonomo, ovvero quando si versi nei casi in cui la cosa sia stata resa fattore eziologico dell'evento dannoso da un elemento o fatto estraneo del tutto eccezionale (c.d. fortuito incidentale), e per ciò stesso imprevedibile, ancorché dipendente dalla condotta colpevole di un terzo o della stessa vittima. (Nella specie, la S.C., sulla scorta dell'enunciato principio, ha confermato la sentenza impugnata rilevandone l'adeguatezza della motivazione con riferimento all'esclusione della responsabilità da custodia di una società gestrice di un impianto di sci per le lesioni occorse ad uno sciatore conseguenti alla collisione, durante la discesa, con un casotto in muratura per il ricovero di un trasformatore dell'energia elettrica necessaria per il sistema di risalita posto in prossimità della pista, sul presupposto dell'accertata assenza del nesso di causalità tra la cosa e l'evento, invece determinato, così configurandosi un'ipotesi di caso fortuito, dalla condotta colposa della medesima vittima che non aveva osservato una velocità adeguata al luogo e che si era, perciò, imprudentemente portato fino al margine estremo del piazzale di arrivo, risultato comunque sufficientemente ampio, senza riuscire ad adottare manovre di emergenza idonee ad evitare l'urto contro il predetto ostacolo)»; Si vd. inoltre Cass. 20 febbraio 2006 n. 3651, in *Foro it.*, 2006, 10, I, 2801.

⁶⁵ Così MORLINI, *La responsabilità custodiale della pubblica amministrazione*, cit., 1292.

⁶⁶ Per tutti ANNUNZIATA, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, Padova, 2010, 434.

Orbene l'evento lesivo sarà eziologicamente connesso alla strada sia che la buca sia presente sulla sede stradale da un considerevole lasso di tempo sia che venga ad esistenza a causa di un improvviso smottamento (evento imprevedibile ed inevitabile).

Ed infatti le lesioni sono in ogni caso provocate dalla caduta determinata dal manto stradale sconnesso.

Ciò che differenzia le due ipotesi non sarebbe pertanto l'elemento oggettivo consistente nel legame fra la cosa custodita e l'evento bensì l'elemento soggettivo ovvero la condotta del custode in relazione al suo potere/dovere di controllo.

Nel primo caso (ossia la presenza da un considerevole lasso di tempo della buca) infatti emergerebbe la spia di una condotta del custode difforme dai propri doveri di controllo, nel secondo no.

Alla luce di quanto prospettato si evincerebbe come qualificare il caso fortuito alla stregua di un fattore interruttivo del nesso di causalità fra *res* ed evento lesivo si rivelerebbe nulla di più che un'illusione ottica.

Di conseguenza l'esatta connotazione del caso fortuito sembrerebbe dover essere colta sul piano della riconducibilità o meno dell'evento nell'alveo dei doveri di controllo del custode.

Del resto anche l'orientamento che propende per la natura oggettiva del responsabilità della p.a. per la manutenzione delle strade ricollega l'esclusione della stessa all'impossibilità – da parte dell'operatore statale – di esplicare un potere di controllo⁶⁷ sulla *res*.

⁶⁷ Si vd. Cass. 22 aprile 2010 n. 9546, in *Giust. Civ.*, 2011, 11, I, 2679, secondo cui «La presunzione di responsabilità per danni da cose in custodia prevista dall'art. 2051 c.c. non si applica, per i danni subiti dagli utenti dei beni demaniali, le volte in cui non sia possibile esercitare sul bene stesso la custodia intesa quale potere di fatto sulla cosa. In riferimento al demanio stradale, la possibilità concreta di esercitare tale potere va valutata alla luce di una serie di criteri, quali l'estensione della strada, la posizione, le dotazioni e i sistemi di assistenza che la connotano, per cui l'oggettiva impossibilità della custodia rende inapplicabile il citato art. 2051; tale impossibilità, peraltro, non sussiste quando l'evento dannoso si è verificato su un tratto di strada che in quel momento era in concreto oggetto di custodia o quando sia stata proprio l'attività compiuta dalla p.a. a rendere pericolosa la strada medesima». Per Cass. 8 agosto 2007 n. 17377, in *Arch. giur. circol. e sin.*, 2008, 1, 32, «In materia di responsabilità da cosa in custodia, sempre che questa non sia esclusa dall'oggettiva impossibilità per l'ente pubblico proprietario o gestore di esercitare sul bene quel potere di governo in cui si estrinseca la custodia, il giudice, ai fini dell'imputabilità delle conseguenze del fatto dannoso, non può arrestarsi di fronte alla natura giuridica del bene o al regime o alle modalità di uso dello stesso da parte del pubblico, ma è tenuto ad accertare, in base agli elementi acquisiti al processo, se la situazione di fatto che la cosa è venuta a presentare e nel cui ambito ha avuto origine l'evenienza che ha prodotto il danno, sia o meno riconducibile alla fattispecie della relativa custodia da parte dell'ente pubblico. Ove tale accertamento risulti compiuto con esito positivo, la domanda di risarcimento va giudicata in base all'applicazione della responsabilità da cosa in custodia, dovendo valutarsi anche l'eventuale concorso di colpa del danneggiato ai sensi dell'art. 1227 c.c.».

Tale filone implicherebbe un presupposto che contraddice, rivelando così un'antinomia di fondo: da un lato fonderebbe la responsabilità della p.a. su un comportamento positivo coincidente con la concreta possibilità di controllo della strada custodita⁶⁸.

Dall'altro invece escluderebbe qualsiasi rilevanza del comportamento della p.a. a proposito del caso fortuito, in punto di esonero della responsabilità.

A ben vedere, poi, proprio la previsione di una prova liberatoria (il caso fortuito) – contenuta nell'art. 2051 c.c. – dovrebbe far dubitare l'interprete della qualificazione di siffatta regola di responsabilità come oggettiva⁶⁹.

Ciò in virtù di una considerazione di carattere sistematico.

Ed infatti le ipotesi codificate d'indubbia responsabilità di natura oggettiva parrebbero qualificate proprio dall'assenza di una possibile prova liberatoria invocabile dal soggetto responsabile.

Si pensi alla responsabilità dei preponenti per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro preposti nell'esercizio delle mansioni cui sono adibiti prevista dall'art. 2049 c.c. oppure alla responsabilità del proprietario o conducente di veicolo per i danni derivati da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione dello stesso ai sensi dell'art. 2054, comma quarto, c.c.

Pertanto sembrerebbe forse maggiormente appropriata l'analisi ricostruttiva – attualmente minoritaria in dottrina⁷⁰ ed in giurisprudenza⁷¹ – che identifica nel disposto dell'art. 2051 c.c. una

⁶⁸ Sul punto Corte Cost. 10 maggio 1999 n. 156, in *Il Civilista*, 2012, 1, 23, con nota di SAVOIA.

⁶⁹ Lo rileva C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, Milano, Rist., 1994, 718.

⁷⁰ In tal senso GLAJESES, *Sull'inapplicabilità dell'art. 2051 all'incendio d'immobili*, in *Foro It.*, 1955, 1158 ss.; VENDITTI, *Del fondamento della responsabilità per danni da cose in custodia*, in *Giust. Civ.*, 1956, I, 877 ss.; DE CUPIS, *Dei Fatti illeciti*, in *Comm. Cod. Civ.*, (a cura di) SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1971, II ed., 93; BONVICINI, *La responsabilità per fatto altrui*, Giuffrè, Milano, 1976, 282; PAGLIARA, *L'obbligazione al risarcimento del danno cagionato da cose in custodia*, in *Dir. Prat. Assicur.*, 1976, 617 ss.

⁷¹ Cfr., *ex multis*, Cass. 18 ottobre 2011 n. 21508, in *Mass. Giust., Civ.*, 2011, 11, 1542, per cui «L'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile, ai sensi dell'art. 2051 c.c., dei sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo connesse in modo immanente alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione, salvo che dia la prova che l'evento dannoso era imprevedibile e non tempestivamente evitabile o segnalabile. (Nella specie la S.C. ha confermato la decisione con cui il giudice di merito aveva statuito la responsabilità dell'ente per i danni derivati dal mancato intervento manutentivo diretto alla rimozione, dalla sede stradale, del fango e dei detriti trasportati da piogge torrenziali, la presenza dei quali, dopo tali precipitazioni, rappresentava fattore di rischio conosciuto o conoscibile)»; Cass. 20 novembre 2009 n. n. 24529, in *Giust. civ.*, 2010, 6, I, 1399, secondo cui «L'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile, ai sensi dell'art. 2051 c.c., dei sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione. Tale responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito, che può consistere sia in una alterazione dello stato dei luoghi imprevedibile e non tempestivamente eliminabile o segnalabile ai conducenti nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza, sia nella

fattispecie di responsabilità aggravata da presunzione di colpa e non di pura responsabilità oggettiva.

Questo perché siffatta impostazione parrebbe più coerente sotto il profilo sistematico, nonché maggiormente lineare rispetto al dato testuale dell'art. 2051 c.c. ed in armonia con i presupposti fondanti la regola di responsabilità inerente la manutenzione delle strade da parte della p.a. imperniati sul potere di controllo dell'operatore statale.

Tale condivisibile ricostruzione – che gode comunque di un costante seguito da parte di una giurisprudenza costante nel corso dei decenni⁷² – sottolinea come la disciplina delle cose in custodia *ex art. 2051 c.c.* prevederebbe una presunzione *iuris tantum* di colpa a carico del custode.

Ciò per una duplice ragione.

In primis detta norma consentirebbe di tutelare adeguatamente l'interesse della collettività ponendo a carico di chi esercita il potere di governo e di controllo della *res* un particolare obbligo di vigilanza.

In secundis l'inversione dell'onere probatorio permetterebbe di superare le naturali difficoltà cui andrebbe incontro il danneggiato nel dimostrare l'imputabilità del fatto in capo al custode.

Quest'ultimo, invece, avrebbe una possibilità più elevata di acclarare la causa dell'evento lesivo in virtù della propria relazione qualificata con la *res* custodita.

Si tratterebbe, comunque, di una presunzione posta esclusivamente in favore del danneggiato.

Pertanto non potrebbe giovare il terzo chiamato in giudizio.

condotta della stessa vittima, ricollegabile all'omissione delle normali cautele esigibili in situazioni analoghe. (Nella specie, un automobilista dopo essere sbandato a causa della strada ghiacciata, era uscito di strada a causa della inadeguatezza del *guard rail*, danneggiato il giorno precedente da altro sinistro e non riparato dall'ente proprietario della strada, convenendo conseguentemente in giudizio quest'ultimo ed invocandone la responsabilità *ex art. 2051 c.c.* La S.C., applicando l'enunciato principio, ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità dell'ente proprietario della strada, sul presupposto che le dimensioni di quest'ultima non consentissero un'adeguata sorveglianza); Per Cass. 20 febbraio 2006 n. 3651, in *Riv. Giur. Circ. Trasp.*, 2006, 4, «La p.a., quale ente proprietario gestore di una strada pubblica, risponde *ex art. 2051 c.c.* dei danni subiti dagli utenti per difetto di manutenzione della sede stradale e delle relative pertinenze salvo dimostrare di essersi comportata diligentemente adottando - in relazione alla natura della cosa e alle circostanze del caso concreto - tutte le misure idonee a prevenire ed impedire la produzione di danni a terzi».

⁷² Fra le decisioni più risalenti si vd., *ex pluribus*, Cass. 7 gennaio 1980 n. 98, in *Mass. Giur. It.*, 1980; Cass. 20 marzo 1982 n. 1817, in *Mass. Giur. It.*, 1982; Cass. 22 febbraio 1983 n. 1394, in *Mass. Giur. It.*, 1983; Cass. 23 gennaio 1985 n. 288, in *Mass. Giur. It.*, 1985.

Secondo tale prospettazione, infatti, la responsabilità discenderebbe comunque dal fatto dell'uomo.

Poiché infatti sussiste in capo al custode un dovere di vigilanza, in presenza di un danno egli dovrebbe essere chiamato a rispondere sulla base di una sua presunta negligenza nella sorveglianza della cosa.

Autorevole dottrina sottolinea pertanto come la prova del caso fortuito prevista dall'art. 2051 c.c. sarebbe la prova che il danno si è verificato per un evento non prevedibile e non superabile con la diligenza normalmente adeguata in relazione alla natura della cosa⁷³.

5. I limiti alla responsabilità della p.a.

Sembrerebbe inoltre opportuno soffermarsi sui limiti alla responsabilità custodiale della p.a. per la manutenzione delle strade emergenti dal dato giurisprudenziale.

A fini classificatori parrebbe adeguato distinguere fra limiti esterni ed interni alla fattispecie.

I primi escludono in radice l'applicabilità della di regola di responsabilità in capo alla p.a., configurando ipotesi estranee al paradigma normativo dell'art. 2051 c.c.

I secondi operano invece entro l'ambito applicativo della predetta norma, determinando tuttavia un temperamento dell'obbligazione secondaria a carattere risarcitorio della p.a.

Fra i limiti esterni occorre dunque annoverare quelle ipotesi in cui la strada ove si è verificato il danno non è soggetta al potere di controllo⁷⁴ della p.a.

⁷³ Così C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, cit., 719.

⁷⁴ Sul punto Cass. 14 giugno 2012 n. 9722, in *Mass. Giur. It.*, 2012, per cui «In caso di sinistro dovuto all'urto di un veicolo contro un cassonetto dei rifiuti posizionato in modo pericoloso lungo la sede stradale, l'ente custode non va esente da responsabilità se si limita a eccepire l'impossibilità di intervenire tempestivamente per la rimozione dell'ostacolo in ragione del numero e della dislocazione dei cassonetti. La responsabilità può essere esclusa quando l'ente custode dimostri di non aver potuto esercitare un continuo ed efficace controllo sul bene, idoneo ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo per gli utenti, come nel caso in cui dimostri che l'alterazione dello stato dei luoghi - idonea ad integrare il fortuito - era imprevedibile ed imprevedibile e non tempestivamente eliminabile o segnalabile agli utenti»; Cass. 9 maggio 2012 n. 7037, in *Dir. e Giust.*, 2012, 10 maggio, secondo cui «In mancanza di prova di omessa manutenzione della recinzione stradale, il probabile abbandono di cani da parte di un terzo, desunto nella specie dalla presenza nelle adiacenze del luogo del sinistro di un'area di servizio e dalla mancanza di una via di fuga per gli animali, costituisce fatto imprevedibile ed inevitabile nel suo accadimento repentino, idoneo ad integrare il caso fortuito, non potendosi pretendere un continuo controllo della sede autostradale onde impedirlo (confermata la decisione dei giudici del merito che avevano escluso la responsabilità dell'ente gestore dell'autostrada per il sinistro occorso ad un automobilista che, per evitare due cani che gli si erano improvvisamente parati davanti, aveva bruscamente sterzato andando ad impattare contro il *guard - rail*)»; Per Cass. 16 marzo 2012 n. 4251, in *Dir. e Giust.*, 2012, 16 marzo, «In tema di responsabilità per cose in custodia, la presunzione di responsabilità non si applica agli enti pubblicitari per danni subiti dagli utenti di beni demaniali ogni qual volta sul bene demaniale stesso, per le sue

Ed infatti la custodia – nonché la connessa regola di responsabilità – implica il potere di governo della cosa che ne costituisce oggetto, intesa quale concreta possibilità di vigilare e modificare la situazione fattuale potenzialmente lesiva dell'altrui sfera giuridica⁷⁵.

In assenza di siffatta possibilità di controllo non sarebbe pertanto applicabile la disciplina prevista dall'art. 2051 c.c.

La giurisprudenza ha precisato come l'astratta controllabilità di una strada da parte della p.a. non possa essere desunta oppure esclusa a priori ma debba essere valutata empiricamente caso per caso⁷⁶.

Di conseguenza circostante quali la notevole estensione della sede stradale, la fruizione intesa da parte degli utenti oppure la sua appartenenza al demanio non varrebbero ad escludere *in re ipsa* la responsabilità custodiale della p.a. ma costituirebbero meri indici di potenziale difficoltà del potere di controllo.

Nel caso delle autostrade, in particolare, la giurisprudenza⁷⁷ afferma la sussistenza di una responsabilità custodiale ai sensi dell'art. 2051 c.c. in capo alla figura soggettiva che ne ha la titolarità o la gestione in virtù della natura di siffatta struttura.

caratteristiche, non risulti possibile - all'esito di un accertamento da svolgersi da parte del giudice di merito in relazione al caso concreto - esercitare la custodia, intesa quale potere di fatto sul bene».

⁷⁵ Sul punto Cass. 26 novembre 2007 n. 24617, in *Dir. maritt.*, 2008, 3, 973, con nota di GRIMALDI, secondo cui «L'applicabilità dell'art. 2051 c.c. alla p.a. per i beni demaniali soggetti ad un uso ordinario generale e diretto da parte dei cittadini può essere esclusa soltanto nell'ipotesi in cui sul bene demaniale non sia possibile - per la notevole estensione di esso e le sue modalità d'uso - un continuo ed efficace controllo, idoneo ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo per gli utenti. Da ciò consegue che è proprio l'esistenza o meno del potere di controllo e di vigilanza sul bene - la cui sussistenza in concreto deve essere oggetto di indagine mirata, caso per caso, da parte del giudice del merito - a costituire il discrimine per l'applicabilità della norma suddetta e non già la natura demaniale del bene medesimo. (Nella specie, la sentenza di merito aveva escluso l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. nei confronti dell'Agenzia del demanio marittimo per l'infortunio occorso ad un privato in conseguenza della caduta determinata da una buca esistente su una scala di cemento sita sull'arenile in corrispondenza della strada comunale, affermando che l'estensione del demanio marittimo era tale che, di per sé, non poteva consentire la vigilanza ed il controllo proprio dello statuto di responsabilità del custode; la S.C., enunciando l'anzidetto principio di diritto, ha cassato l'impugnata decisione per omessa considerazione di tutte le concrete circostanze del caso, avendo trascurato di valutare adeguatamente la valenza autonoma della scala come strumento indispensabile per l'accesso al bene demaniale e la sua limitata e circoscritta estensione)».

⁷⁶ In tal senso Cass. 3 aprile 2009 n. 8157, in *Guida al Dir.*, 2009, 21, 77, per cui «Agli enti pubblici proprietari di strade aperte al pubblico transito in linea generale è applicabile l'art. 2051 c.c., in riferimento alle situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada, essendo peraltro configurabile il caso fortuito in relazione a quelle provocate dagli stessi utenti ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato delle cose che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere».

Questo perché l'autostrada sarebbe naturalmente destinata alla percorrenza veloce in condizioni di sicurezza.

Ne consegue che, a proposito delle autostrade, sarebbero veramente angusti gli ambiti oggettivi sottratti all'applicazione della disciplinata tracciata all'art. 2051 c.c.

Il sopra citato potere di controllo – ed il correlativo dovere di vigilanza – non verrebbe meno, ad avviso della giurisprudenza⁷⁸, in presenza di lavori di manutenzione affidati a soggetti terzi (ad es. appalto o contratto d'opera).

Questo perché l'eventuale contratto in essere fra la p.a. ed i terzi costituirebbe un mero strumento tecnico-giuridico volto alla realizzazione concreta del compito istituzionale di manutenzione, gestione e pulizia delle strade affidate alla cura dell'ente territoriale.

Pertanto non escluderebbe la responsabilità della p.a. committente nei confronti degli utenti delle strade in applicazione dell'art. 2051 c.c.

Siffatta responsabilità non si ravviserebbe infatti in capo alla p.a. solo in ipotesi di totale trasferimento⁷⁹ all'appaltatore del potere di fatto sulla *res*.

⁷⁷ Cfr. *ex pluribus*, Cass. 24 febbraio 2011 n. 4495, in *Il civilista*, 2012, 1, 25, con nota di SAVOIA, per cui «L'automobilista che, percorrendo l'autostrada, resti coinvolto in un incidente a causa del ghiaccio sull'asfalto, può chiedere il risarcimento dei danni anche al gestore della stessa designato alla custodia di quel tratto autostradale. Per le autostrade, destinate per loro natura alla percorrenza veloce in condizioni di sicurezza, l'apprezzamento sull'effettiva possibilità del controllo da parte del gestore non può che indurre a ravvisare in capo allo stesso un rapporto di custodia con relativa applicabilità del regime di responsabilità *ex art. 2051 c.c.*»; Cass. 7 aprile 2009 n. 8377, in *Guida al diritto*, 2009, 21, 77, secondo cui «La presunzione di responsabilità per danni da cosa in custodia, di cui all'art. 2051 c.c., non si applica agli enti pubblici per danni subiti dagli utenti di beni demaniali ogni qual volta sul bene demaniale, per le sue caratteristiche, non risulti possibile - all'esito di un accertamento da svolgersi da parte del giudice di merito in relazione al caso concreto - esercitare la custodia, intesa quale potere di fatto sulla stessa. L'estensione del bene demaniale e l'utilizzazione generale e diretta dello stesso da parte di terzi, sotto tale profilo, assumono soltanto la funzione di circostanze sintomatiche dell'impossibilità della custodia. Alla stregua di tale principio, con particolare riguardo al demanio stradale, la ricorrenza della custodia deve essere esaminata non soltanto con riguardo all'estensione della strada, ma anche alle sue caratteristiche, alla posizione, alle dotazioni, ai sistemi di assistenza che li connotano, agli strumenti che il progresso tecnologico appresta, in quanto tali caratteristiche assumono rilievo condizionante anche delle aspettative degli utenti. Alla stregua di tale criterio deriva che mentre in relazione alle autostrade (di cui già all'art. 2 d.P.R. n. 393 del 1959, e ora all'art. 2 d.lg. n. 285 del 1992), attesa la loro natura destinata alla percorrenza veloce in condizioni di sicurezza, si deve concludere per la configurabilità del rapporto custodiale, in relazione alle strade riconducibili al demanio comunale non è possibile una simile, generalizzata, conclusione, in quanto l'applicazione dei detti criteri non la consente, ma comporta valutazioni ulteriormente specifiche. In quest'ottica, per le strade comunali - salvo il vaglio in concreto del giudice di merito - circostanza eventualmente sintomatica della possibilità della custodia è che la strada, dal cui difetto di manutenzione è stato causato il danno, si trovi nel perimetro urbano delimitato dallo stesso Comune».

⁷⁸ Così Cass. 23 gennaio 2009 n. 1691, in *Guida al Dir.*, 2009, 7, 20, con nota di SACCHETTINI.

⁷⁹ Lo rileva Cass. 6 luglio 2006 n. 15383, in *Giust. Civ.*, 2007, 1, I, 154.

Laddove invece il trasferimento di potere a terzi sia solo parziale l'ente proprietario continua a rispondere come custode. In tal caso dunque questi deve continuare ad esercitare sull'*opus* l'opportuna vigilanza ed i necessari controlli.

In applicazione di questi principi la giurisprudenza ha rilevato la responsabilità concorrente dell'appaltatore e del committente in ipotesi di sinistro causato da omessa o insufficiente segnalazione di lavori in corso⁸⁰.

Ciò anche in riferimento all'obbligo per l'appaltatore – prescritto dall'art. 8 C.d.S. – di custodire il cantiere ed apporre e mantenere efficiente la segnaletica oltre a tutte le altre opportune cautele.

La responsabilità esclusiva dell'appaltatore è stata invece riconosciuta nella diversa ipotesi di area di cantiere delimitata ed esclusa dal traffico veicolare e pedonale⁸¹.

È peraltro opportuno interrogarsi su quale sia la disciplina applicabile alla fattispecie lesiva da manutenzione stradale non compresa nel paradigma dell'art. 2051 c.c. per mancanza di potere di controllo da parte della p.a.

Parte della dottrina⁸² e della giurisprudenza sottolineano come tali ipotesi rientrerebbero nella residuale regola di responsabilità che rappresenta la norma cardine in materia d'illecito aquiliano, ossia l'art. 2043 c.c.

In relazione alla peculiare ipotesi delle autostrade si potrebbe forse ipotizzare anche una qualificazione in senso contrattuale della relativa responsabilità.

Ciò valorizzando il legame di carattere negoziale che si instaura fra l'utente corrisponditore del pedaggio ed la figura soggettiva titolare della predetta infrastruttura⁸³.

In tale ottica sembrerebbe dunque presumibilmente possibile ravvisare la sussistenza di un pregresso vincolo negoziale fra il fruitore e la figura soggettiva titolare dell'autostrada ed una

⁸⁰ Cass. 26 settembre 2006 n. 20825, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

⁸¹ Cass. 6 luglio 2006 n. 15383, cit.

⁸² Sul punto MORLINI, *La responsabilità custodiale*, cit., 1294. In giurisprudenza si vd. Cass. 6 luglio 2006 n. 15383, cit.

⁸³ Si vd. LUBERTI, *Il ruolo della responsabilità civile nella nuova frontiera dei concetti giuridici*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2009, 2, 203 ss.; GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. Impr.*, 2008, 1, 73 ss.; AMBROSELLI, *IV direttiva r.c. auto e tutela dei consumatori: la posizione comune del Consiglio*, in *Dir. Econ. Assic.*, 1999, 2-3, 319 ss.

responsabilità da contatto sociale⁸⁴ qualificato nei confronti del gestore della stessa anche in virtù del disposto dell'art. 1374 c.c. a mente del quale “*il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*”.

Sicché nella fattispecie si potrebbe applicare la disciplina propria della responsabilità di natura contrattuale prevista dall'art. 1218 c.c. riferendosi in particolare all'obbligo di corretta esecuzione del contratto che informa l'operazione ai sensi dell'art. 1375 c.c.

Ne conseguirebbe un diverso termine di prescrizione dell'azione risarcitoria (dieci anni e non già cinque) ed un'inversione dell'onere della prova (spetta al danneggiante dimostrare che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile) rispetto alla norma cardine in tema di responsabilità aquiliana prevista dall'art. 2043 c.c.

In tema di limiti interni alla responsabilità custodiale della p.a. per la manutenzione delle strade occorre invece principalmente riferirsi al concorso del fatto colposo del danneggiato⁸⁵ che – ai sensi dell'art. 1227 c.c. – è idoneo a determinare una riduzione proporzionale della misura del risarcimento dovuto dall'ente in capo al quale grava la responsabilità custodiale *ex art.* 2051 c.c.

La condotta del danneggiato non basterebbe pertanto ad escludere la responsabilità della p.a. ove non tale da integrare gli estremi del caso fortuito, ben potendo tuttavia influire sulla

⁸⁴ Cfr. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 9, 1693 ss.; ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. Merito*, 2007, 2, 555 ss.

⁸⁵ In tal senso Cass. 8 febbraio 2012 n. 1769, in *Dir e Giust.*, 2012, 9 febbraio, per cui «Poiché la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia, prevista dall'art. 2051 c.c., ha carattere oggettivo, essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte dell'attore del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene in custodia, una tale responsabilità non è di per sé esclusa dal fatto volontario della vittima, salva la valutazione della sua condotta ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., consistente nella fruizione del bene custodito, benché non conforme al suo uso ordinario, quando non vi sia ragionevole modo di attendersi una peculiare oggettiva pericolosità dell'uso diverso, ma reso possibile dalla facile accessibilità alla cosa medesima (la Corte si è così espressa nella vicenda che ha visto coinvolta una studentessa, caduta dalla terrazza di un albergo che non presentava alcuna protezione, a cui aveva fatto accesso dopo aver scavalcato un parapetto in muratura)»; Cass. 30 gennaio 2012 n. 1310, in *Dir. e Giust.*, 2012, 2 febbraio, secondo cui «In relazione ai danni verificatisi nell'uso di un bene demaniale, tanto nel caso in cui risulti in concreto configurabile una responsabilità oggettiva della P.A. ai sensi dell'art. 2051 c.c., quanto in quello in cui risulti invece configurabile una responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c., l'esistenza di un comportamento colposo dell'utente danneggiato esclude la responsabilità della P.A., qualora si tratti di un comportamento idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno ed il danno stesso, mentre in caso contrario esso integra un concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 c.c., comma 1, con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante in proporzione all'incidenza causale del comportamento stesso (nella specie, la Corte ha escluso ogni responsabilità dell'ente, in quanto l'insidioso avvallamento che secondo il danneggiato era privo di idonea segnalazione e costituiva un pericolo per gli utenti della strada non era altro che un'ordinaria griglia per lo scarico delle acque piovane; non era quindi ipotizzabile la lesione dell'aspettativa alla regolarità del manto stradale. All'uomo sarebbe bastata l'ordinaria diligenza nel percorrere la strada per evitare la caduta)».

determinazione del *quantum debeatur* in relazione all'incidenza causale di siffatto comportamento.

6. Conclusioni.

Alla luce di quanto prospettato emerge come la comprensione della responsabilità della p.a. per la manutenzione delle strade entro il paradigma applicativo dell'art. 2051 c.c. rappresenta un'evoluzione dei moduli relazionali fra cittadino ed operatore statale connotati oggi da maggiore trasparenza e democratizzazione.

È pertanto opportuno guardare con favore all'abbandono dell'analisi ricostruttiva imperniata sull'applicazione dell'art. 2043 c.c. qualificata dal requisito (preterlegale) dell'insidia o trabocchetto.

D'altro canto, tuttavia, parrebbe destare alcune perplessità l'accettazione tratizia – fatta propria da una parte della giurisprudenza di merito e di legittimità – delle plurivoche visioni⁸⁶ che propendono per la natura oggettiva⁸⁷ della regola di responsabilità da cosa in custodia prevista dall'art. 2051 c.c.

Ed infatti, pur se tali multiformi (e non unitarie) ricostruzioni sembrerebbero apparentemente conciliarsi con quel processo di tendenziale traslazione della responsabilità risarcitoria in capo al soggetto economicamente più forte attualmente in essere parrebbero però inevitabilmente configgere tanto con la struttura della norma *de quo* – che prevede testualmente una prova liberatoria dimostrabile dal danneggiante – quanto con il fondamento della responsabilità custodiale della p.a. per la manutenzione delle strade, identificato da costante giurisprudenza nel potere di controllo della *res* custodita da parte dell'operatore statale.

Ne consegue che le impostazioni oggettive dell'istituto – ancorchè parzialmente condivisibili nei fini – non lo sarebbero nei mezzi, perché suscettibili di determinare una forzatura del dato testuale ben oltre l'intenzione del legislatore.

⁸⁶ Ad un'attenta disamina, infatti, i fautori della natura oggettiva della responsabilità da cose in custodia *ex art.* 2051 c.c. si scindono in una miriade di posizioni divergenti in relazione al fondamento ed ai criteri d'imputazione della stessa. Sul punto si rinvia alla nota 14. Sia tuttavia consentito osservare che una tale diversificazione di opinioni rappresenta la controprova delle criticità sottese alla lettura in chiave oggettiva di siffatta regola di responsabilità.

⁸⁷ Cfr. SCIACCA, *La responsabilità civile della P.A. per il danno causato dalle cose in custodia*, in *Resp. Civ.*, 2011, 4, 301 ss.; LAGHEZZA, *Rischio da custodia e responsabilità*, in *Danno e Resp.*, 2010, 10, 950 ss.; G.B. FERRI, *Garanzia, rischio e responsabilità oggettiva*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2005, 10-12, 867 ss.; CLERICO, *Incidente, livello di precauzione e risarcimento del danno*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2003, 2, 271 ss.

Né varrebbe ad avvalorare una ricostruzione in chiave oggettiva della fattispecie la circostanza che, diversamente opinando, sarebbe nella prassi oltremodo difficile per il danneggiato la dimostrazione del danno subito.

Ove infatti operasse la prassi il diritto non sarebbe stato inventato.

Di conseguenza sembrerebbe forse maggiormente adeguata la prospettazione che identifica nella fattispecie prevista dall'art. 2051 c.c. una forma di responsabilità aggravata da presunzione di colpa e non già di pura responsabilità oggettiva⁸⁸.

Pertanto, anche in considerazione della rilevanza statistica della tematica sembrerebbe auspicabile una pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite idonea a comporre gli orientamenti della giurisprudenza ed i disorientamenti dell'interprete.

⁸⁸ Per un raffronto del dualismo fra tali forme di responsabilità in un altro settore del diritto BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 3, 911 ss.

ALBERTO BARBAZZA

L'art. 709 ter c.p.c.: “danni e responsabilità nella crisi delle relazioni familiari: forme di tutela e rimedi processuali”⁸⁹.

Introduzione

Consapevole che il giurista che tralascia di commentare le notizie di attualità sembra rifugiarsi nella proiezione platonica di ombre sul soffitto della caverna, in questi pochi minuti a mia disposizione, proverò con Voi ad affrontare l'intricata disciplina e applicazione dell'art. 709 ter c.p.c., paragonabile, a mio giudizio, ad un misterioso scoglio nel mare del nostro ordinamento civilistico.

Chiarisco le ragioni di tale affermazione. Si tratta, infatti, di una norma che, a causa della tecnica di redazione impiegata, spicca tra le altre per l'oscurità del significato.

Essa, inserita nel Libro IV, Titolo II del codice di rito, è frutto di un compendio di disposizioni sostanziali e di disposizioni squisitamente processuali, tale da rendere difficile l'operazione di distinguere, all'atto pratico e dal punto di vista sostanziale, fra le controversie che nel suo campo applicativo rientrano e quelle regolate, invece, dagli artt. 316 e 337 bis ss. c.c. nonché dagli artt. 709 e 710 c.p.c. (di quest'ultimo, addirittura, il primo comma del 709 ter c.p.c., disciplina inspiegabilmente la competenza). In tal maniera, in presenza di controversie familiari, si dubita sulle condizioni per l'attivazione e sulle conseguenze ad esempio dell'art. 709 ter o del successivo 710 c.p.c.⁹⁰.

Sul punto ci si è chiesto, proprio, se in entrambi i casi le pronunce del giudice possano portare a modificare i provvedimenti in vigore: in senso contrario si è espresso il Tribunale di Catania nel 2006⁹¹, che ha ritenuto il 709 ter c.p.c. non comprensivo della possibilità di modificare

⁸⁹ Articolo basato sulla relazione tenuta dall'Autore al Convegno, organizzato dall'Osservatorio sul Diritto di Famiglia, a Treviso, il 24 giugno 2016.

⁹⁰ G. F. RICCI, *Commento agli artt. 709-ter-710*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, I, Milano, 2007, p. 678.

⁹¹ Trib. Catania, 6 giugno 2006, 18 giugno 2006, 12 luglio 2006, 18 agosto 2006, ma in particolare 15 – 22 dicembre 2006.

le condizioni di affidamento in essere; favorevoli risultano, invece, la maggioranza delle pronunce dei Tribunali di merito⁹².

L'interprete, custode del compito di spiegare e capire le ragioni di atti e fatti, si deve cimentare allora nella comprensione della differenza tra il procedimento di cui all'art. 709 *ter*, dove la modifica dei provvedimenti insorti scaturisce da un "contrasto sull'esercizio della responsabilità genitoriale o sull'affidamento"⁹³, e quindi il perimetro applicativo è limitato alle controversie concernenti la prole, nel quadro del contenzioso che può insorgere tra genitori o coniugi in fase di separazione o già separati, e non ad ogni tipo di controversia o questione, anche di natura patrimoniale, che determini la necessità di modifica dei provvedimenti in vigore⁹⁴, e quelli contigui di cui agli artt. 709 e 710 c.p.c.

1. Brevi cenni sulla disciplina

L'articolo 709 *ter* c.p.c., introdotto nel nostro ordinamento dalla Legge 8 febbraio 2006, n. 54, "*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso*"⁹⁵, rappresenta il tentativo da parte del legislatore, che pone al centro del sistema l'affido condiviso inteso quale modalità normale di affidamento, di giungere alla progressiva riduzione delle controversie sull'esercizio della responsabilità genitoriale e quindi la gestione della prole, originate da tensioni irrisolte tra i genitori. La norma fa riferimento, testualmente, a "*gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento*"⁹⁶.

⁹² Trib. Ascoli Piceno, 18 maggio 2006; Trib. Chieti, 28 giugno 2006; Trib. Bologna, 19 giugno 2007 e 14 luglio 2008; Trib. Napoli, 11 agosto 2007; Trib. Bologna, 12 ottobre 2007; Trib. Reggio Emilia, 5 novembre 2007; Trib. Genova, 4 dicembre 2007; Trib. Varese, 7 maggio 2010. Offre riscontro dei primi contrasti e dell'orientamento maggioritario, V. ROSSINI, *Commento all'art. 709-ter*, in AA. VV., *Codice della famiglia*, cit. (nota 2), p. 2108 ss.

⁹³ F. TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e Dir.*, 2010.

⁹⁴ A. CARRATTA, *Artt. 706 – 709 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, II, Bologna, 2007; C. PADALINO, *L'ambito di applicazione dell'art. 709 ter c.p.c.*, in www.minoriefamiglia.it, 2007.

⁹⁵ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'1 marzo 2006, n. 50, la legge ha operato una rivoluzione copernicana dell'affido condiviso; l'articolo, inserito dall'art. 2, co. 2, è stato successivamente modificato dall'art. 95, co. 1, lett. b), d.lg. 28 dicembre 2013, n. 54.

⁹⁶ Negli atti che "*ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento*" sono compresi gli impedimenti al diritto di visita del genitore non affidatario, da tenersi distinto rispetto al problema dell'attuazione coattiva della consegna dei minori. Sul punto si veda A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, in *Dir. Famiglia*, 2008, 2, p. 880.

La strada seguita è un procedimento, che può innestarsi in quello di separazione o di divorzio (ma può aver luogo anche tra genitori non uniti in matrimonio), strumentale alla verifica della concreta funzionalità rispetto all'interesse del minore del provvedimento in precedenza assunto in sede giudiziale⁹⁷. Codesto "provvedimento in precedenza assunto" è il presupposto giuridico essenziale per l'adozione dei rimedi di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., la cui funzione precipua è appunto quella di rendere effettiva la sua ottemperanza, in presenza di ostacoli che derivano dalla condotta di uno dei genitori⁹⁸.

La maggior parte delle controversie in materia sorgono, infatti, nella fase di attuazione dei provvedimenti giudiziali, tanto di natura economica quanto riguardanti la gestione della prole⁹⁹.

Il secondo comma dell'articolo in commento introduce disposizioni di carattere processuale e tratta della materia delle sanzioni¹⁰⁰, le quali vengono in considerazione tutte le volte in cui

⁹⁷ G. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur.Mer.*, fasc. spec. "Riforma Diritto di Famiglia" n. 3/2006, p. 59 ss.; *Id.*, Art. 709-*ter* c.p.c.: una prima applicazione giurisprudenziale, in *Giur. Mer.*, 2007, p. 2534 ss.; V. ROSSINI, *Provvedimenti in caso di inadempienze e violazioni*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Brigoglio e Capponi, I, Padova, 2007, sub art. 709 *ter*, p. 395 ss., per quest'ultima Autrice "non può ragionevolmente dubitarsi che le controversie alle quali è dedicato il nuovo art. 709-*ter* siano quelle insorte tra genitori i cui rapporti con i figli siano già regolati da un provvedimento giudiziale". In giurisprudenza, si vedano Corte App. Cagliari, 18 luglio 2006; Corte App. Milano, 6 luglio 2006; Corte App. Bari, 16 giugno 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3244 con nota di C. CEA, *Ancora sul controllo delle misure nell'interesse dei coniugi e della prole: nuovi provvedimenti, vecchi andazzi*; Trib. Foggia, 2 maggio 2006, *ibid.*, c. 2213, con nota di C. CEA, *La nuova torre di Babele: la legge sull'affidamento condiviso e il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore*.

⁹⁸ Ovvero "gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento". Sul punto in maniera approfondita, si vedano in aggiunta, A. ARCERI, *L'affidamento condiviso, Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Milano 2007; A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sull'art. 709-*ter* c.p.c.*, in *Famiglia*, 6, 2006, p. 1031 ss.; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709-*ter* c.p.c., I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. E Dir.*, 2008, p. 64; A. LUPOI, *Commento dell'art. 709-*ter* c.p.c.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, VI ed., CARPI - TARUFFO, Padova, 2009, p. 2353 ss.; G. CASSANO, *Il tema di danni endofamiliari: la portata dell'art 709 *ter*, Il comma, c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti*, www.altalex.com, 22 ottobre 2007, *Id.*, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale: il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Cedam, 2006; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *I procedimenti di separazione e divorzio*, Milano, 2011, p. 173 ss.

⁹⁹ Come successivamente meglio si dirà, le controversie più frequenti nei procedimenti sopra indicati possono essere di ordine economico, riguardanti i figli o i coniugi (spazio è qui riservato anche all'applicazione dell'art. 570 c.p.); possono scaturire dalla mancanza di accordo sulle adeguate scelte di istruzione e salute dei figli (art. 337 *ter* c.c.); possono riguardare la responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento (art. 709 *ter* c.p.c.), in caso di "insuperabile conflittualità", come nel caso trattato da Trib. Milano, 5 dicembre 2012. Per approfondimenti su queste diverse controversie, si vedano: G. BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in Balena - Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2009, p. 421; A. DORONZO, *La riforma del processo di separazione*, in *La riforma del processo civile*, a cura di CIPRIANI, MONTELEONE, Padova, 200, p. 619.

¹⁰⁰ B. DE FILIPPIS, *I poteri e l'ambito di intervento del giudice tutelare ai sensi del 337 c.c.*, nota a Trib. min. Milano, 6 luglio 2012, n. 529, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 1.

l'inadempimento agli obblighi oggetto della decisione presidenziale sia espressione di comportamenti lesivi degli interessi della prole¹⁰¹. In tal caso, i poteri del giudice sono subordinati in concreto all'accertamento dell'inadempienza o del compimento di atti pregiudizievoli¹⁰².

Atteso quanto sopra, la portata innovativa della norma risiede, da un lato nel potere di modificare i provvedimenti in vigore e dall'altro, nel potere di adottare provvedimenti sanzionatori¹⁰³.

Il potere sanzionatorio attribuito al giudice dovrebbe, nell'intenzione del legislatore, risolvere o almeno fungere da deterrente per il problema della incoercibilità dei provvedimenti in ordine all'affidamento e all'esercizio della responsabilità genitoriale¹⁰⁴. Per alcuni studiosi, tale missione viene perseguita dal 709 *ter* c.p.c. attraverso un procedimento attuativo – esecutivo dei provvedimenti preesistenti¹⁰⁵, per altri, al contrario, secondo uno schema marcatamente punitivo con conseguente condanna per inottemperanza al provvedimento dell'autorità giudiziaria, una sorta di *punitive damages*¹⁰⁶.

Laddove non si possa ascrivere, a seguito di accertamento che rimanda alla discrezionalità del giudicante deficitando una tipizzazione legislativa¹⁰⁷, una effettiva e concreta responsabilità genitoriale per lesione al benessere della prole o un effettivo inadempimento del provvedimento *ut supra*, il giudice limiterà il proprio potere decisorio ad una rideterminazione dei ruoli genitoriali, esplicando un potere mediativo e non puramente punitivo.

¹⁰¹ Per G. FINOCCHIARO, *Commento all'art. 709-ter c.p.c.*, in AA.VV., *Codice di procedura civile ipertestuale*, II ed., COMOGLIO – VACCARELLA, Torino, 2008, p. 2795, l'art. 709 *ter* c.p.c. abbraccia un ampio catalogo di comportamenti, che vanno dalla compressione del diritto del minore alla bigenitorialità (Trib. Bari, 29 aprile 2010) e alla strumentale denuncia di gravi carenze e condotte penalmente rilevanti per neutralizzare la figura dell'altro genitore (Trib. min. Bologna, 22 luglio 2010), dalla collocazione presso l'uno o l'altro genitore all'obbligo di tenere con sé la prole, dalla violazione delle disposizioni in tema di mantenimento alle controversie originate dalla richiesta da parte di un genitore e/o coniuge della modifica dei provvedimenti della separazione di carattere patrimoniale o concernenti i figli.

¹⁰² Trib. Modena, sez. II, 17 settembre 2012, n. 1425.

¹⁰³ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XX ed., III, Torino, 2009.

¹⁰⁴ G. MANERA, *Brevi spunti sui provvedimenti punitivi preventivi dell'art. 709 ter c.p.c. quali strumenti per l'attuazione della bigenitorialità*, in *Dir. fam.*, 2008, p. 314.

¹⁰⁵ G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, in *Guida al Dir.*, 11, 2006.

¹⁰⁶ G. PONZANELLI, *I punitive damages, parte prima e parte seconda*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2, 2008, p. 31; E. D'ALESSANDRO, *Pronunce di condanna al pagamento dei punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. Dir. civ.*, 3, 2007, p. 386.

¹⁰⁷ G. CASABURI, *Il nuovo regime sull'affidamento*, in *Giur. di merito, Spec. Riforma del Diritto di Famiglia*, 2006, p. 46.

A fronte, invece, dell'accertamento positivo di un grave inadempimento ovvero del mancato rispetto del contenuto degli obblighi previsti nel provvedimento giudiziale, il Giudice potrà, anche congiuntamente, eventualmente in via gradata, a) “*ammonire il genitore inadempiente*”¹⁰⁸, disporre b) “*il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti del minore*”, c) “*il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro*”¹⁰⁹ oppure potrà d)

¹⁰⁸ L'ammonimento consiste in un avvertimento al genitore inadempiente dal desistere dalla sua condotta, collaborando invece, per il bene della prole, all'attuazione del provvedimento dell'Autorità giudiziaria di prime cure. Le successive sono sanzioni amministrative pecuniarie la cui entità dovrà essere dal giudice calcolata in ragione della gravità della condotta, del reddito e del patrimonio del genitore ritenuto inadempiente.

¹⁰⁹ Per Cass. Civ., 7 giugno 2000, n. 7713, la nozione di danno risarcibile a carico del genitore va “*estesa fino a ricomprendere non solo i danni in senso stretto patrimoniali ma tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana*”. Sull'entità ed estensione del danno risarcibile si veda L. SALVANESCHI, *I procedimenti separazione e divorzio*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma (Parte I)*, Milano, 2006, p. 152. Non si comprende se tale misura risarcitoria sia diretta alla riparazione del pregiudizio subito dal figlio o dal coniuge o se abbia una prevalente natura punitiva, volta dapprima a dissuadere il coniuge – genitore dal tenere una condotta inadempiente e non collaborativa e successivamente a sanzionare il suo comportamento illecito. In questo secondo caso, si avrebbe il risarcimento per un cd. danno punitivo, che si aggiunge ad altre voci di danno. Dà atto di un contrasto giurisprudenziale e dottrinario sul tema della natura compensativa o punitiva di tale risarcimento e parla di “risarcimento sanzionatorio”, F. FAROLFI, *L'art. 709 ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva o punitiva?*, nota a Trib. Padova, 3 ottobre 2008, in *Fam. e Dir.*, 2009, p. 609. Questo contrasto si riflette anche nella scelta dei parametri risarcitori di riferimento. Indubbia è, poi, la particolare complessità che deriva dal dover conciliare le regole dell'azione ordinaria di risarcimento del danno con quella in commento, ad esempio per l'instaurazione del contraddittorio, l'onere della prova, le preclusioni processuali, i criteri di accertamento della responsabilità, complessità che fa propendere per l'incompatibilità del suo diretto inserimento nel processo divorzile o di separazione. Le condanne per danni punitivi sono, per definizione, volte a sanzionare il danneggiante per un comportamento considerato altamente riprovevole, e sono comminate anche per evitare che in futuro si ripetano comportamenti simili perché si aggiungono alla somma di denaro riparativa e comportano una sanzione esemplare. Si discute sulla compatibilità dei danni punitivi con i principi generali del sistema di responsabilità civile italiano, l'assunto di partenza sarebbe il seguente: il risarcimento del danno nel nostro ordinamento ha solo la funzione di rimediare la perdita patita in effetti dalla vittima, mentre l'attribuzione di una somma di denaro per il mero accertamento della lesione configura una sanzione civile punitiva che non ha copertura normativa, essendo esclusa una concorrente funzione sanzionatoria del rimedio risarcitorio. Chi sostiene il contrario, trova appiglio, invece, nella giurisprudenza e, oggi sempre più, nella normativa in materia ambientale, sul diritto d'autore, in materia di lite temeraria (art. 96 c.p.c.) e diffamazione (art. 12, l. 8 febbraio 1948, n. 47) che ricorre alla categoria dei cd. danni punitivi. La stessa Corte costituzionale, sent. 14 luglio 1986, n. 184 ha sostenuto come “*la responsabilità civile ben può assumere, nel contempo, compiti preventivi e sanzionatori*” e come sia “*impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche, e almeno in parte, a ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato*”, senza che con ciò sia “*necessario aderire alla tesi che sostiene la natura di pena privata del risarcimento del danno non patrimoniale*”. Va comunque, quindi, dedotto che la funzione punitiva non potrebbe considerarsi prevalente. Su tutto quanto sopra, v. E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c.*, cit. (nota 10). Di recente, anche Cass. Civ., sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613, nell'ambito della circolazione dei provvedimenti giurisdizionali all'interno dello spazio giuridico europeo, ha sostenuto che “*non è in contrasto con l'ordine pubblico, cioè con un principio fondamentale desumibile dalla Costituzione o da fonti equiparate, il provvedimento di condanna al pagamento di una somma che si accresce con il protrarsi dell'inadempimento, impartito dal giudice al fine di coazione all'adempimento di un obbligo infungibile. Al contrario, la misura comminata tutela il diritto del credito alla prestazione principale accertata con il provvedimento giudiziale, dunque mira ad assicurare il rispetto di fondamentali e condivisibili principi, quali il giusto*

“condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di 75 euro ad un massimo di 5.000,00 euro a favore della Cassa delle ammende”¹¹⁰.

Il giudice può adottare queste misure sanzionatorie anche senza giungere ad alcuna modifica dell'originario provvedimento¹¹¹.

La competenza per queste misure spetta al giudice della causa in corso¹¹²; la richiesta si introduce con ricorso e senza formalità; il Giudice può provvedere con ordinanza, secondo un procedimento molto simile a quello camerale, con garanzia del contraddittorio¹¹³. Da parte di nutrita giurisprudenza e dottrina si ritiene che il Giudice possa provvedere anche d'ufficio in ragione dell'accentuato carattere sanzionatorio che garantisce il prevalente e primario interesse del minore¹¹⁴.

processo civile, inteso come attuazione in tempi ragionevoli e con effettività delle situazioni di vantaggio, ed il diritto alla libera iniziativa economica”. La conformità all'ordine pubblico si riverbera su tutte le sanzioni coercitive indirette interne e quindi anche sulla piena conformità dello strumento di coazione nei confronti dei genitori posto dall'art. 709 *ter*, n. 2 e 3, c.p.c.

¹¹⁰ Per taluni interpreti, si tratta di uno strumento di coercizione indiretta, punitivo e non risarcitorio. Il rimando immediato è all'ordinamento francese, dove la cd. *astrainte*, ovvero la minaccia di condanna al pagamento di una somma di denaro è suscettibile di divenire definitiva condanna in ipotesi di mancata o ritardata esecuzione del provvedimento giudiziale. La misura della sanzione è dall'art. 709 *ter* c.p.c. determinata in maniera fortettaria e va versata alla Cassa delle ammende, infatti la sua finalità è solo quella di sanzionare la disobbedienza ad un ordine del giudice e non di riparare al pregiudizio subito dal coniuge o dal figlio. Infine, si rammenta che l'art. 614 *bis* c.p.c., introdotto dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, ha incluso nell'ordinamento una nuova misura di carattere generale, che si ritiene applicabile anche ai casi di inottemperanza agli obblighi di natura familiare. Per un approfondimento, v. F. Tommaseo, *L'adempimento dei doveri parentali*, cit. (nota 5).

¹¹¹ Corte App. Firenze, decreto 29 agosto 2007.

¹¹² La norma non prevede il rito da seguire né indica l'organo che deve pronunciarsi. In relazione a quest'ultima questione, parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto che organo sia il giudice istruttore, non avendo senso rimandare l'emissione dei provvedimenti in oggetto alla fine della decisione; per altra parte della giurisprudenza, invece, la valutazione andrebbe rimessa al Collegio in sede decisoria, in ragione del contenuto e del contesto in cui il provvedimento viene invocato.

¹¹³ E. VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. e Dir.*, 10, 2010, p. 927. *Contra*, con opinione che vede concorde anche l'odierno relatore, A. ARCERI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 2007, p. 286, secondo cui l'impugnabilità con i modi ordinari, sembra escludere la possibilità di pronunciarsi con ordinanza e quindi sembra escludere il provvedimento del giudice istruttore, poiché la proposizione in corso di causa del ricorso non dà luogo ad un procedimento camerale incidentale di natura collegiale.

¹¹⁴ Trib. Modena, 20 gennaio 2012, in *Giur. di merito*, 2012, p. 600; Trib. Torino, 15 giugno 2009. F. DANOVÌ, *I provvedimenti riguardanti i figli nella crisi della famiglia: profili processuali*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, Tratt. BONILINI - CATTANEO, II ed., I, *Famiglia e matrimonio*, t. 2, Torino, 2007, p. 1084.

Attraverso la procedura semplificata del secondo comma, questi provvedimenti possono essere emessi dal Giudice, presumibilmente con ordinanza¹¹⁵, in qualsiasi momento del procedimento, purché se ne manifesti la necessità.

I provvedimenti sono impugnabili “*nei modi ordinari*”, espressione che ha ingenerato contrasti poiché la legge non parla espressamente di “*mezzi ordinari*” *ex art. 323 c.p.c.*, per cui i modi ordinari sembrano essere quelli dipendenti dalla natura del provvedimento con cui le misure sono concesse¹¹⁶.

2. Il contenzioso in fase di separazione, divorzio o che può insorgere fra genitori non uniti in matrimonio:

Indubbiamente l'art. 709 *ter* c.p.c. va analizzato nel più generale e vasto ambito delle controversie che insorgono tra genitori o tra coniugi in fase di separazione oppure già separati, per comprendere quali di queste rientrino nel perimetro della disposizione e quali invece ne devono essere escluse.

Di seguito un'elencazione, forse non esaustiva di tutte le possibilità, ma sicuramente delle più frequenti nella prassi:

a) ***Mancato versamento o versamento parziale dell'assegno di mantenimento o divorzile*** (tra coniugi¹¹⁷): il creditore invoca l'efficacia di titolo esecutivo dei provvedimenti *ex artt. 708 e 709* o del provvedimento finale di separazione¹¹⁸;

b) ***Mancato versamento, versamento parziale o comunque irregolare dell'assegno di mantenimento nei confronti dei figli***: il creditore può invocare i rimedi del punto a) e

¹¹⁵ A. ARCERI, *L'affidamento condiviso*, cit. (nota 10); G. FANELLI, *Brevi note su misure coercitive e art. 709 ter c.p.c.*, in www.judicium.it. La pronuncia può aversi anche nella sentenza finale di separazione o divorzio oppure della controversia tra genitori non coniugati, se la necessità del provvedimento si manifesta in quel momento o la richiesta viene avanzata nelle conclusioni finali. Il provvedimento può essere invocato anche in appello o in Cassazione. Se, ai sensi del 710 c.p.c., il provvedimento è richiesto dopo la chiusura della controversia, la competenza a provvedere rimane radicata nel luogo di residenza abituale del minore.

¹¹⁶ G. FINOCCHIARO, E. POLI, *Esecuzione dei provvedimenti di affidamento dei minori*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2007, p. 532. L'art. 709 *ter* c.p.c. ha per molti studiosi determinato l'abrogazione tacita dell'art. 337 c.c., norma che attribuisce al giudice tutelare la vigilanza sul rispetto delle condizioni che il tribunale ha fissato per l'esercizio della responsabilità genitoriale.

¹¹⁷ Provvede il giudice del procedimento di separazione in corso.

¹¹⁸ Le questioni relative al titolo esecutivo possono risolversi *ex art. 615 c.p.c.* Dal punto di vista penalistico, per taluni, attraverso l'art. 570 c. p. potrebbe ottenersi il risultato di un rafforzamento di tutela anche per la violazione di obblighi economici tra coniugi.

l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 709 *ter*, co. 2, c.p.c. perché i figli, in conseguenza di tale comportamento, subiscono un pregiudizio per mancanza dei mezzi di sussistenza¹¹⁹;

c) **Disaccordo su decisioni inerenti l'istruzione e la salute dei figli:** tali controversie, alle quali si applica l'art. 337 *ter* c.c., rientrano nel campo di azione della norma dell'art. 709 *ter*, co. 1, in commento, in quanto concernenti l'esercizio della responsabilità genitoriale;

d) **Esercizio della responsabilità genitoriale o controversie sulle modalità di affidamento:** possono manifestarsi con varia intensità; essere sia decisionali, relative cioè a una o più attività che il minore dovrebbe compiere, sia interpretative, sulla portata dei provvedimenti già emessi dal giudice per l'esercizio della responsabilità genitoriale e l'affidamento. Sono comprese, per elezione, nel perimetro dell'art. 709 *ter*, co. 1¹²⁰. Il giudice è chiamato ad intervenire solamente in casi di “*insuperabile conflittualità, che integri, attraverso il blocco delle funzioni decisionali inerenti la vita del soggetto minore, un consistente pregiudizio ai suoi pregnanti interessi, non già in presenza di una forte difformità di vedute o di orientamenti educativi*”¹²¹.

e) **Richiesta da parte di un coniuge - genitore della modifica dei provvedimenti della separazione di carattere patrimoniale o concernenti i figli:** alla modifica chiesta dopo la chiusura

¹¹⁹ La dottrina non è unanimemente concorde, ma la giurisprudenza in più occasioni è tornata sulla questione accordando la richiesta tutela, *ex multis*: Trib. Modena, 29 gennaio 2007, in Fam. e Dir., 2007, p. 823, con nota di C. ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709 ter c.p.c.*

¹²⁰ Se sono originate da dolo o mala fede di uno dei genitori, il giudice può applicare anche le sanzioni di cui al comma secondo.

¹²¹ Trib. Milano, 5 dicembre 2012, in www.ilcaso.it (archivio Dir. Fam.), in riferimento alla seguente vicenda: le parti, unite in matrimonio nel 2003, avevano due figli minori, si separavano consensualmente nel 2009 e nel 2012 uno dei genitori denunciava l'altro, con ricorso *ex art. 709 ter*, per comportamento ostruzionistico, connotato dall'assunzione di continue e defatiganti iniziative giudiziarie, tese a frapporre ostacoli formali al rimborso delle spese straordinarie sostenute nell'interesse dei figli ovvero nell'immotivato rifiuto di acconsentire a prendere scelte utili e/o necessarie per i figli quali, ad esempio, un percorso di ippoterapia per uno dei figli (non vedente ad un occhio) ovvero al suo ausilio con l'affiancamento di un'insegnante di sostegno a casa, ovvero ancora alla partecipazione di un corso di karate per l'altro figlio, o il negare al genitore ricorrente il proprio assenso al rilascio delle deleghe per il ritiro dei figli da scuola; o ulteriori comportamenti ostruzionistici nella gestione dei conti correnti gestibili solo con la firma congiunta dei genitori. Di recente ha ribadito tale consolidata interpretazione Trib. Milano, sez. IX civ., ordinanza 23 maggio 2016. L'ingerenza giurisdizionale presuppone, infatti, che il mancato perfezionamento dell'accordo tra i genitori esercenti la potestà sia accertato come dissidio insuperabile, diversamente opinando, in presenza di una forte difformità di vedute e di orientamenti educativi tra i genitori, si avrebbe quale effetto che l'esercizio della potestà, e proprio con riguardo alle questioni di maggior rilievo, finirebbe per concentrarsi sul giudice, con conseguente sostanziale svuotamento dello stesso esercizio da parte dei titolari della potestà medesima e accumulo di responsabilità in capo all'organo giudiziario. Solamente nel caso in cui emerga, dunque, piena prova dell'estrema ed ormai assolutamente insanabile conflittualità tra i genitori e risulti pure che la stessa possa essere foriera di un grave pregiudizio in relazione all'esercizio della responsabilità genitoriale per l'interesse dei figli minori, è necessario ed opportuno che il giudice adotti provvedimenti limitativi della potestà genitoriale, delegando ai Servizi Sociali territorialmente competenti di assumere, previo contraddittorio con entrambi i genitori, le opportune e necessarie decisioni finali.

della separazione si applica l'art. 710 c.p.c., poiché il 709 *ter*, co. 2, condiziona la modifica dei provvedimenti del giudice a comportamenti dolosi o colposi¹²². Se la modifica è chiesta in corso di causa, invece, non sono applicabili né il 709 *ter*¹²³ né il 709¹²⁴ e si dovrà chiedere la modifica al giudice della separazione che provvederà con sentenza;

f) **Controversie ex art. 709 *ter*, co. 1, relative ai figli minori, che non comportano modifica dei provvedimenti già emessi e che sorgono dopo la chiusura del giudizio di separazione:** per alcune pronunce giurisprudenziali, in tali rare ipotesi si applica l'art. 316, co. 3, c.c. e competente è il tribunale per i minorenni; per altre, rimane esperibile il procedimento di cui all'art. 709 *ter* c.p.c.;

g) **Comportamenti che danno luogo alle pronunce di cui agli artt. 330 o 333 cod. civ.:** di competenza del Tribunale, se proposte in pendenza di separazione o divorzio, permettono l'attivazione del ricorso ex art. 709 *ter* cod. proc. civ.

¹²² L'art. 709 *ter*, co. 1, può, per giurisprudenza maggioritaria, applicarsi anche dopo il passaggio in giudicato della separazione, se ne ricorrono i presupposti, fuori dal procedimento per la modifica delle condizioni.

¹²³ Il comma primo non si occupa della modifica del provvedimento del giudice mentre il comma secondo se ne occupa ma solo in caso di "gravi inadempienze" o altre violazioni.

¹²⁴ Consente al giudice istruttore la sola modifica dei provvedimenti emessi dal Presidente del Tribunale.

ANTONIO MONDINI

Limiti di effettività delle sanzioni civili per illeciti depenalizzati: ripensare il d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7 riconoscendo la dimensione sanzionatoria della responsabilità civile.

1. Con il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, attuativo della Legge delega 28 aprile 2014, n. 67, sono state abrogate alcune previsioni di reato punibili a querela, assoggettando le fattispecie (art. 4 d.leg. cit.), senza incisive variazioni di struttura (¹²⁵), ove dolose, ad una sanzione cosiddetta civile (art. 3 d.leg.) che affianca gli obblighi di restituzione e di risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale.

La sanzione è detta appunto così solo perché è irrogata dal giudice civile –specificamente dal tribunale o dal giudice di pace chiamati a conoscere della domanda di risarcimento proposta dalla “persona offesa” (¹²⁶) (¹²⁷)- con applicazione delle regole del codice di procedura civile, in quanto compatibili con le norme del capo III del decreto legislativo (art. 8).

¹²⁵ Le fattispecie di reato abrogate sono: la falsità in scrittura privata (art. 485 c.p.); l’abusivo riempimento con un atto privato di un foglio firmato in bianco, posseduto per un titolo che importi l’obbligo o la facoltà di riempirlo (art. 486 c.p.); l’ingiuria (art. 594 c.p.); la sottrazione di cose comuni (art. 627 c.p.); l’appropriazione di cose smarrite (art. 647, n. 1, c.p.); l’appropriazione del tesoro (art. 647, n. 2, c.p.); l’appropriazione di cose avute per errore o caso fortuito (art. 647, n. 3, c.p.); ed ancora, le falsità, diverse da quelle di cui alle disposizioni già citate, commesse in un foglio firmato in bianco (art. 488 c.p.); l’uso di una scrittura privata falsa (art. 489 c.p.) e la soppressione, distruzione od occultamento di scrittura privata vera (art. 490 c.p.); il danneggiamento semplice. Le non incisive variazioni apportate riguardano l’ingiuria, ora realizzabile anche con documenti informatici o comunicazioni telematiche, e per la quale è divenuta illimitatamente possibile la prova liberatoria della verità del fatto determinato; riguardano poi il danneggiamento, ora integrabile con condotte in precedenza costituenti circostanze aggravanti (PADOVANI, *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *Guida dir.*, 2016, 8, p. 79).

¹²⁶ La legge mantiene la nozione penalistica di persona offesa. Per l’opinione maggioritaria (GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di rati in illeciti sottoposti a sanzione pecuniaria amministrativa e civile*, in *Dir. pen e proc.*, 2016, p. 583; GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un’analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in *www.lalegislazione penale.eu*, p. 48; LAVARINI, *I profili processuali dei recenti provvedimenti di depenalizzazione*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 6, nota 23) ne deriva che la sanzione non è applicabile se l’azione di risarcimento è proposta dal danneggiato che non sia anche la persona offesa. In senso contrario è stato tuttavia posto in rilievo che alla lettera del secondo comma dell’art. 8 del decreto in esame non parrebbe doversi dare “tanta importanza ... perché ... qui ciò che conta è che sia esercitata un’azione risarcitoria derivante dall’illecito, insomma che un interesse privato coinvolto sia fatto valere: questo dovrebbe sempre far scattare anche il ... dipendente profilo sanzionatorio” (BOVE, *Un nuovo caso di pronuncia d’ufficio: profili processualciviltistici del d.lgs. n. 7/2016*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 418, nota 8).

¹²⁷ Vi è un nesso inscindibile tra processo di danno e irrogazione della sanzione dato il chiaro tenore letterale dell’art. 8 del decreto e dato, ancora prima, che la sanzione non può formare oggetto di un processo a sé non essendovi chi possa dare avvio ad un tale apposito processo: non il PM, ovviamente non il Giudice, e neppure, per difetto di legittimazione, la persona offesa.

Per natura e finalità, la misura è invece estranea alla categoria delle sanzioni civili, tanto come pene private (¹²⁸) tanto come danni punitivi (¹²⁹), ed è qualificabile come istituto di contrasto avverso condotte che, incidendo, a seconda dei casi, sulla fede documentale, l'onore, il patrimonio mediante violenza alle cose, mantengono, pur dopo la depenalizzazione, un disvalore collettivo.

La irriducibilità alla categoria della sanzione civile e la natura pubblicistica della misura in esame emergono essenzialmente da ciò che essa è devoluta non alla parte privata, come è proprio di ogni sanzione civile, ma alla Cassa delle Ammende (art.10, d.lgs.); la natura pubblicistica si

¹²⁸ Per la definizione della pena privata, v., tra tutti, PONZANELLI, *Pena privata*, in *Enc. Giurid. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p. 5: "la pena privata, nella sua forma pura, dovrebbe costituire una sanzione giuridica lasciata unicamente alla previsione dei privati, la cui operatività ... dovrebbe essere rimessa all'iniziativa degli stessi e i cui beneficiari dovrebbero essere sempre i privati"; F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in AA.VV., *Le pene private*, a cura di BUSNELLI- G. SCALFI, Milano 1985, p. 28, secondo cui la pena privata si qualifica per essere "a tutela di interessi privati e destinata, salve talune eccezioni, a tradursi a beneficio del privato e non dell'Erario", per "essere applicata, inoltre, tramite il filtro giudiziale e su iniziativa della parte danneggiata o esposta a pericolo" e per "essere ... contrassegnata dal fine preventivo e afflittivo, in forma esclusiva o prevalente, e non da una finalità meramente riparatoria". Peraltro, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, vengono poi talvolta qualificate come pene private figure non esattamente corrispondenti a queste definizioni "idealtipiche" e assai diversificate tra loro, tra cui, ad esempio, l'art.709 *ter* c.p.c.; l'art. 12 l. n. 47 del 1948; l'art. 4 l. n. 281 del 2006; l'art. 96, comma 3°, c.p.c.

¹²⁹ Sulla figura di derivazione anglo-americana, dei c.d. *punitive damages*, tra gli innumerevoli contributi, limitando i riferimenti all'ultimo decennio, v., in particolare, SPILLARI, *I danni punitivi: mito o realtà?*, in *Stud. jur.* 2014, p. 1407 ss.; BONA, *Tortious interference with business relationships, rimedio effettivo, «nuova» (ulteriormente affinata) causalità civile e danni punitivi*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 505; BENATTI, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 263; TESCARO, *I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?*, in *Contratto e impr.-Europa*, 2012, p. 599 ss.; P. PARDOLESI, *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in P. PARDOLESI (a cura di), *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, 2011, p. 59; RICCIO, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno*, in *Contratto e impr.*, 2009, p. 854; BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. privato*, 2009, p. 909 ss.; PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1461; P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da «vorrei, ma non posso?»*, in *Riv. critica dir. privato*, 2007, p. 341 ss.; P. PARDOLESI, v. *Danni punitivi*, in *Dig. civ., agg., III*, Torino, 2007, p. 453. Sulla figura è, di recente, intervenuta la Corte di Cassazione con ordinanza 16.5.2016, n. 9978, in *Foro it.*, 2016, I, c.1973, con la quale è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione della recepibilità interna delle sentenze straniere di condanna al pagamento di danni punitivi. La questione, risolta in senso negativo da Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 983, Cassazione, 8 febbraio 2012, n. 1781 in *Corr. giur.*, 2012, p. 1068, e Cass., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2682, è ora considerata suscettiva di riconsiderazione alla luce sia di aperture giurisprudenziali contenute nelle pronunce della stessa Corte n.77613 del 15 aprile 2015, in *Danno e resp.*, 2015, p. 1155, e n. 1126 del 22 gennaio 2015, in *Danno e resp.*, 2015, p. 511, sia "dei numerosi indici normativi che segnalano la già avvenuta introduzione, nel nostro ordinamento, di rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria", tra cui, nell'ordinanza di rimessione, sono segnalati, "a titolo solo esemplificativo, i seguenti: -la l. 8 febbraio 1948, n. 47, articolo 12, ...; - l'articolo 96, comma 3°, c.p.c., ...; - l'articolo 709 *ter* c.p.c. ...; - la L. 22 aprile 1941, n. 633, articolo 158 e, soprattutto, Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, articolo 125 ...; - il Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, articolo 187 undecies, comma 2, ...; - il Decreto Legislativo 15 gennaio 2016, n. 7 (articoli 3 - 5)...". Va notato che la qualificazione delle figure incluse nell'elenco non è indiscussa giacché per ciascuna vi sono interpretazioni secondo cui si tratterebbe di pene private o di fattispecie risarcitorie o miste, e che l'elenco erroneamente include il rimedio previsto dal d.lgs. 7 del 2016, essendo questo, per la ragione di cui nel testo, senz'altro un'ipotesi non di danno punitivo.

evidenzia inoltre nel fatto che la misura è applicata d'ufficio, come corollario dell'accoglimento della domanda di risarcimento, e non su istanza di parte.

La funzione, immutata rispetto alla preesistente sanzione criminale, è repressivo-preventiva; del ch  è indice e, al tempo stesso, portato, il fatto che la sanzione deve essere commisurata non al danno sofferto dalla persona offesa ma "alla gravit  della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze nonch  alla personalit  dello stesso e alle sue condizioni economiche"(art. 5, d.lgs.).

2. Il decreto ha dunque trasposto alcuni illeciti dal piano penalistico a quello civilistico innestandone la sanzione nel processo civile.

Due gli scopi perseguiti:

alleggerire il carico della giustizia penale e, segnatamente, il lavoro delle Procure della Repubblica;

contrastare determinate condotte con maggiore effettivit  rispetto al passato.

Il primo scopo   stato immediatamente raggiunto: la sanzione che in precedenza presupponeva l'attivit  dell'organo inquirente ora implica l'attivit  della parte offesa.

Importa evidenziare che il peso della repressione e della prevenzione di alcune condotte antisociali   stato cos  caricato sulla persona offesa senza che per quest'ultima ne sia stato fatto derivare alcun vantaggio.

Quanto meno dubbio   se il meccanismo delineato dal legislatore sia idoneo rispetto all'altro scopo e se, in radice, sia capace di ben funzionare.

Ad un concreto recupero di effettivit  e all'effettivo funzionamento ostano ragioni di due ordini.

Per un verso, in un processo condizionato dall'impulso di parte, l'applicazione della c.d. sanzione civile   affidata integralmente all'attore; questi, tuttavia, nella logica del processo di danno, mira soltanto alla tutela del proprio diritto al risarcimento e non ha alcun interesse per una sanzione destinata allo Stato.

Per altro verso, la prospettiva sanzionatoria, essendo la sanzione cosiddetta civile, in realt , alla stregua della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, afferente alla materia

penale, impone di forzare le regole ordinarie del processo in modo da assicurare al convenuto garanzie difensive imprescindibili (130).

Per l'una o per l'altra delle suddette ragioni, si profilano queste criticità:

-i costi, economici e personali, e le incertezze del giudizio possono risultare tali, ad una valutazione comparativa rispetto al risarcimento conseguibile, specie allorché si tratti di danni non patrimoniali (¹³¹), da indurre la persona offesa ad astenersi dall'iniziativa processuale. Nel calcolo non entra l'importo della sanzione, in quanto la persona offesa non ne è beneficiaria. Anche in passato, data la perseguibilità a querela dei reati ora depenalizzati, la punizione era condizionata alla scelta del privato; questa scelta tuttavia prescindeva completamente dall'attuale comparazione. Inoltre, nei casi di illeciti commessi da autore sconosciuto, una querela contro ignoti poteva portare all'individuazione del responsabile mentre oggi l'avvio del processo civile è, in quei casi, impossibile salvo che la persona offesa "disponga degli ingenti mezzi economici necessari a un'investigazione privata"(132);

¹³⁰ Ritengono che gli illeciti ai quali si applica la sanzione civile appartengano alla "materia penale" come definita dalla Corte di Strasburgo, LAVARINI, *op.cit.*, p. 4; PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture: A proposito della legge n. 67/2014*, in *Rivista it. dir. e proc. penale*, p. 1720; GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di 'riforma della disciplina sanzionatoria' (art.2 l.28.4.2014 n.67)*, in www.lalegislazionepenale.eu; GULLO, *op. cit.*, p. 43. Al contrario, la Relazione illustrativa dello "Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili" (n. 246) sottoposto al parere della Camere, in www.penalecontemporaneo.it, afferma che l'entità massima delle sanzioni è tale da escludere che queste "debbero essere qualificate come sanzioni sostanzialmente penali ai fini delle necessarie verifiche di conformità, del procedimento con le quali sono irrogate, alle previsioni convenzionali sull'equo processo". Tuttavia, da un lato, la stessa Relazione sembra riconoscere la funzione afflittiva della sanzione e quindi l'attrazione di essa alla sfera di ciò che è, "convenzionalmente", materia penale, laddove afferma che "in ogni caso, le garanzie offerte dal rito civile pongono al riparo dal timore che il nuovo sistema possa essere esposto a censure di incompatibilità con le statuizioni convenzionali" e, dall'altro, "per la più recente giurisprudenza convenzionale, anche sanzioni di limitata entità vanno qualificate "penali" ove assolvano alle funzioni tipiche della pena, anziché a mere funzioni compensativo-riparatorie" (così, LAVARINI, *op.cit.*, p. 3, e nota 15, nella quale viene citata, a titolo di esempio, Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, Nykanen c. Finlandia, in www.echr.coe.int).

131 Alcuni dei fatti ora assoggettati alle sanzioni civili sono fonte di danno non patrimoniale. Così, a titolo d'esempio, il fatto ora depenalizzato di ingiuria, fonte di danno da lesione del decoro della persona. In assenza di specifiche disposizioni di legge che per tali fatti prevedano la risarcibilità di questo tipo di danno, il risarcimento è conseguibile soltanto se derivante da lesione grave di diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale e selezionati caso per caso dal giudice (Cass. S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Guida dir.*, 2008, *fasc. 47*, p. 18). In precedenza, allorché gli illeciti erano astrattamente configurabili come reato, il danno era sempre risarcibile; la depenalizzazione ha reso quindi più complesso, per la persona offesa, ottenere ristoro.

¹³² Sul punto, v. F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 1721 e LAVARINI, *op. cit.*, p. 5, la quale pone la questione anche nella prospettiva del pregiudizio al diritto di azione della persona offesa portando ad esempio i frequenti casi di danneggiamenti di autore sconosciuto, per i quali l'indagine penale, avviata dalla querela contro ignoti, poteva condurre all'identificazione del responsabile e quindi permettere al danneggiato di agire per il risarcimento in sede penale o civile. Nello stessa prospettiva anche PADOVANI, *op. cit.*, p. 77.

-il responsabile dell'illecito non può non essere informato del fatto che, come conseguenza dell'accoglimento della domanda di risarcimento del danno, potrà essere assoggettato alla sanzione civile. La garanzia è imposta dal diritto convenzionale ed anche da quello interno (133). Il decreto offre una prima risposta a questa esigenza laddove stabilisce che quando l'atto introduttivo del giudizio è stato notificato nelle forme di cui all'articolo 143 del codice di procedura civile, la sanzione non può essere imposta salvo che il convenuto si sia costituito in giudizio o risulti con certezza che abbia avuto comunque conoscenza del processo (art. 8, comma 3°, d.lgs.). Al di là di questo, va considerato che l'informazione non è contenuta nell'atto introduttivo: l'attore, infatti, nel dare avvio all'azione di risarcimento nella quale poi si inserisce, per previsione legislativa, la potestà sanzionatoria statale, non è tenuto a far riferimento, né ha interesse a far riferimento alla sanzione (134). Occorre allora ipotizzare che vi sia un dovere del giudice di rendere edotto il convenuto della prospettiva sanzionatoria connessa all'accoglimento della domanda di risarcimento. Tale dovere andrebbe esercitato all'udienza di prima comparizione e tuttavia, per una qualsiasi ragione, potrebbe di fatto essere esercitato in un momento successivo e addirittura al termine del giudizio. In questi casi, per consentire al convenuto un'adeguata difesa sia in punto di allegazione che di prova e per consentire all'attore il contraddittorio, occorre far regredire il processo per quanto necessario, con pregiudizio inevitabile per la tempestività e quindi per l'effettività della sanzione e per l'interesse dell'attore a conseguire il risarcimento il più possibile rapidamente. Ulteriori problemi e ritardi si verificano nel caso di convenuto contumace,

133 V. SPINA, *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016. I nuovi illeciti con sanzioni pecuniarie civili: tutele sostanziali e strategie processuali*, in *www.lanuovoproceduracivile*, § 4.4., il quale muove dalla considerazione che se il giudice applicasse la sanzione senza aver prima consentito al convenuto di interloquire, si "rischierebbe di ledere il diritto di difesa costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.)"; BOVE, *op. cit.*, p. 415, il quale fa leva sul principio del contraddittorio sancito dall'art. 111 Cost. Per vero, a questo richiamo potrebbe essere opposto che la sanzione è imposta dalla legge quale conseguenza automatica della condanna risarcitoria, talché non sembra esservi un problema di rispetto dell'art. 111 Costituzione. In questo senso v. MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 25a ed., Torino, 2016, p. 101, nota 17, dove si dice che la comminatoria della sanzione civile pecuniaria, in quanto accessoria rispetto a una pronuncia di condanna principale, non può annoverarsi tra le autentiche pronunce d'ufficio.

134 La presenza nell'atto introduttivo di un riferimento alla sanzione o di un'espressa domanda di applicazione della sanzione è certamente possibile ma del tutto eventuale. L'ipotetica domanda non è poi tale in senso tecnico perché non esiste un diritto dell'offeso alla sanzione; si tratta di una mera sollecitazione al giudice per l'esercizio di un potere-dovere ufficioso.

in cui è altresì da ipotizzarsi una comunicazione dell'avviso giudiziale da parte della Cancelleria (135);

-valgono interamente i principi di allegazione e di prova propri dell' ordinario processo dispositivo ed inoltre il diritto dell'accusato al silenzio osta all'impiego di prove presuntive tratte dalla mancata contestazione (art. 115 c.p.c.) o dalla mancata comparizione a rendere l'interrogatorio (art. 232 c.p.c.) (136); il giudice, benché sia chiamato ad applicare una sanzione pubblicistica, resta, come di regola, privo di poteri inquisitori (137) e il pubblico ministero non ha alcun ruolo; le fattispecie dell'illecito extracontrattuale o contrattuale e la fattispecie tipica degli illeciti depenalizzati di cui all'art. 4 d.lgs. 7 del 2016, non sempre coincidono (¹³⁸); spesso poi gli elementi sufficienti per il risarcimento non sono sufficienti per la adeguata quantificazione della misura ai sensi dell'art. 5 del d.lgs.; da tutto questo deriva la concreta possibilità che al giudice siano offerti soltanto gli elementi per la condanna al risarcimento e non invece gli elementi richiesti per applicare la sanzione o per liquidarne l'ammontare in modo equo; il meccanismo repressivo pubblico finisce per funzionare solo ove l'attore abbia assolto al proprio onere e i dati determinanti per l'accoglimento della domanda risarcitoria siano anche di per sé sufficienti a

135 Quanto alla comunicazione dell'avviso, pare non condivisibile l'affermazione secondo cui il giudice dovrebbe disporre "in applicazione estensiva (*rectius* analogica) dell'art. 292 c.p.c." (così, invece, LAVARINI, *op. cit.*, p. 8), atteso che ciò si tradurrebbe nell'addossare all'attore un onere che essendo strumentale all'interesse repressivo pubblico deve invece rimanere a carico dello Stato (ed essere perciò adempiuto appunto dalla Cancelleria); del resto si tratterebbe di un onere privo di sanzione.

¹³⁶ LAVARINI, *op. cit.*, p. 10.

137 A. PALMIERI, *L'altra faccia della decriminalizzazione: prime impressioni sugli illeciti aquiliani sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 125; MARTINI, *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili. Il diritto penale tra evoluzione e mutazione*, in www.laegislazionepenale.eu, p. 13; SPINA, *op. cit.* § 4.3 e nota 55. L'unico potere "inquisitorio" che può ritenersi essere stato implicitamente attribuito al giudice è quello di consultare il registro automatizzato di cui all'art. 11 d.lgs., al fine della determinazione dell'entità della sanzione. In senso diverso, BOVE, *op. cit.*, p. 417, il quale ritiene "evidente" che il giudice abbia poteri inquisitori per la ricerca dei fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria e dei fatti rilevanti per la quantificazione della sanzione, gravando sullo Stato il relativo onere probatorio, fermo restando invece che gli elementi negativi della fattispecie sanzionatoria devono essere allegati e provati dal convenuto. Quali sono questi straordinari poteri investigativi d'ufficio resta imprecisato; la base normativa del loro riconoscimento è incerta; l'Autore stesso (ivi, nota 21) afferma poi che "il giudice civile avrà in concreto ben scarsa possibilità di spingersi così oltre, di farsi, se così si può dire, investigatore". Pare propendere per l'attribuzione al giudicante di poteri istruttori anche GULLO, *op. cit.*, p. 59, sul presupposto che "se di "pena" in larga parte con connotati pubblicistici si tratta", il giudice deve avere un ruolo centrale nella ricerca della prova.

138 Basta infatti pensare che per l'una è sufficiente la colpa, per l'altra occorre il dolo e che, almeno stando ad una certa tesi (BOVE, *op. cit.*, p. 418), per l'una è sufficiente, in punto di nesso causale tra condotta ed evento, la probabilità semplice, per l'altra, vale il criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" (in senso contrario, v., tuttavia, SPINA, *op. cit.*, § 4.3, sul motivo che il criterio più tenue "non pare ledere diritti costituzionalmente garantiti"; nella Relazione di accompagnamento al d.lgs., si afferma che l'uniformità dello standard probatorio a quello impiegato a fini civilistici si impone per esigenze di coerenza e di funzionalità pratico-applicativa).

consentire l'esercizio del potere sanzionatorio oppure ove l'attore, andando al di là di quanto gli incombe, abbia allegato e provato anche i presupposti della comminatoria e i fattori per la relativa quantificazione (posto che allora il giudice, per il principio di acquisizione, potrà e dovrà tenere conto di tali elementi nell'esercizio officioso del potere sanzionatorio) (139) ⁽¹⁴⁰⁾.

Manca un rimedio per il caso in cui il Giudice ometta di pronunciare sulla sanzione pur essendovene i presupposti ⁽¹⁴¹⁾ o affermi erroneamente l'inesistenza di un elemento costitutivo della pretesa punitiva ovvero la sussistenza di una "scriminante" o, ancora, irroghi una sanzione incongruamente bassa. La parte offesa non è legittimata né comunque avrebbe interesse ad impugnare riguardo alla sanzione che non è oggetto di un suo diritto ed è destinata alla Cassa della Ammende. Peraltro, laddove la parte offesa impugni il capo relativo al risarcimento, non è ipotizzabile l'applicazione del meccanismo sanzionatorio in via officiosa ad opera del Giudice dell'impugnazione perché ciò significherebbe privare il responsabile di almeno un grado di giudizio ⁽¹⁴²⁾.

¹³⁹ In linea di fatto l'attore potrebbe introdurre nel giudizio elementi utili all'irrogazione della sanzione allo scopo di far sì che il convenuto sia sanzionato oppure allo scopo di porsi in una posizione di forza in vista di una trattativa extragiudiziale col danneggiante.

¹⁴⁰ Va poi, sotto un profilo affatto diverso, notato che le regole sull'onere assertivo e probatorio, possono determinare un risvolto opposto: non un *deficit* di effettività del meccanismo repressivo ma un ingiustificato eccesso nell'applicazione del mezzo repressivo; ciò laddove il convenuto non alleghi e non provi gli elementi negativi dell'illecito tipizzato dal d.lgs. 7 del 2016 o gli elementi impeditivi dell'applicazione della sanzione o gli elementi che ne attenuino l'entità, e il Giudice, sprovvisto anche su questo versante di poteri accertativi autonomi, conseguentemente applichi una sanzione di fatto ingiustificata o eccessiva. Ad esempio, nel caso dell'ingiuria, potrebbero non emergere le scriminanti dello stato d'ira determinato da fatto ingiusto dell'offeso (art. 4, comma 2°) o la reciprocità delle offese che può portare alla non applicazione della sanzione (anche ad uno solo dei responsabili); ancora, potrebbero non emergere fattori attenuanti quali l'attività svolta dal responsabile per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze dell'illecito (art. 5, lett. d).

¹⁴¹ Il giudice è tenuto all'irrogazione della sanzione. Su ciò non possono esservi dubbi attesa la natura e la funzione della sanzione stessa. Il disposto dell'art. 8, comma 2°, secondo cui "il giudice decide sull'applicazione di tale sanzione al termine del giudizio, qualora accolga la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa", non vale ad attribuire al giudice uno spazio di discrezionalità ma si correla alla sussistenza di uno scarto tra fattispecie risarcitoria e illecito sanzionabile, talché il giudice è chiamato a verificare se, dopo la prima, sussistano i presupposti del secondo.

¹⁴² Niente pare d'ostacolo invece a che il giudice di appello, fermo restando l'obbligo di risarcimento, ridetermini la sanzione in diminuzione o la escluda del tutto non essendovi qui alcuna esigenza difensiva da preservare. Diversamente, BOVE, *op. cit.*, p. 421, secondo cui "aperto il giudizio d'appello ad opera della parte privata", il giudice dovrebbe poter esercitare la pretesa punitiva statale "d'ufficio anche per la prima volta ... non trovando egli un limite nel divieto di domande nuove di cui al primo comma dell'art. 345 c.p.c." e "dovrebbe poter tornare sulla decisione assunta dal giudice di primo grado ... per irrogare la sanzione ove questa non sia stata prima irrogata ... [o] per quantificarla nuovamente ove egli ritenga che la commisurazione effettuata in primo grado non sia corretta." In senso ancora diverso, SPINA, *op. cit.*, § 4.6., secondo cui, in linea di massima, nel caso di omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado, il giudice di secondo grado non potrebbe pronunciarsi per il vincolo del giudicato implicito (posto che "se il primo giudice non si è pronunciato, vuol dire che ha valutato non sussistenti i

-è dubbio come possa svolgersi il processo di impugnazione promosso dal responsabile dell'illecito con riguardo solo e specificamente al capo della sentenza relativo alla sanzione, trattandosi di un processo a cui il danneggiato, estraneo alla pretesa punitiva statale, non può esser costretto a partecipare e che quindi deve poter essere un processo a parte unica (143).

3. Le criticità segnalate sarebbero superabili modificando la disciplina del decreto legislativo delegato nel senso di trasformare la sanzione in una maggiorazione del risarcimento spettante al danneggiato.

Precisamente: se la sanzione, quantificata in base ai parametri di cui all'art.5 d.lgs. n.7, tra un minimo e un massimo come previsto dall'attuale art. 4 del medesimo decreto e in percentuale dell'importo liquidato a fini compensativi (in modo da rispettare il principio di legalità della "pena", da evitare i rischi di sovra-deterrenza tante volte denunciati a proposito dei danni punitivi nell'esperienza americana, da rimarcare l'accessorietà della componente repressiva rispetto alla primaria componente riparatoria), fosse inglobata nel risarcimento, si avrebbe, innanzi tutto, un recupero di effettività del meccanismo sanzionatorio per l'incentivo dato alla persona offesa all'attivazione del processo dal maggior ammontare della somma ottenibile; sarebbe allora giustificata e coerente modifica procedurale quella che imponesse alla persona offesa, per il caso di domanda di risarcimento inclusivo della componente repressivo-preventiva, di far specifica menzione della prospettiva sanzionatoria nell'atto introduttivo, con il che non sarebbe poi più necessaria alcuna iniziativa giudiziale per avvisare il convenuto né vi sarebbero più i problemi legati all'eventualità di dover recuperare particolari spazi difensivi; l'attore, per ottenere l'intera

presupposti richiesti per l'irrogazione della sanzione") salvo però che emergesse "con assoluta chiarezza la presenza degli elementi richiesti dal legislatore delegato per l'irrogazione della sanzione pecuniaria"; parimenti il giudice dell'impugnazione potrebbe applicare la sanzione allorché ne ravvisasse i presupposti dopo aver riformato la decisione impugnata, reiettiva della domanda risarcitoria.

143 Ipotizzano senz'altro un processo di impugnazione a parte unica, GULLO, *op. cit.*, p.48; MARTINI, *op. cit.*, p. 14, secondo cui "è opinabile che, una volta soddisfatte le proprie pretese risarcitorie, l'attore abbia il diritto di partecipare al giudizio di gravame". In senso diverso, BOVE, *op.cit.*, p. 421, il quale vede nel danneggiato "una sorta di contro-interessato, ancorché molto sui generis". In realtà il danneggiato non è contro-interessato affatto alle sorti della sanzione. In senso ancora diverso, SPINA, *op. cit.*, § 4.6, il quale sostiene la tesi per cui l'appello deve necessariamente essere "rivolto nei confronti della pronuncia di condanna al risarcimento del danno" proprio perché "a rigore, non vi sarebbe una controparte da coinvolgere nel giudizio di appello se si ritenesse appellabile la sola condanna alla pena pecuniaria". La tesi suscita forti perplessità giacché si risolve nell'imporre un'impugnazione estesa anche a ciò per cui il condannato non ha motivi di doglianza e che è destinata ad essere in parte qua dichiarata inammissibile ex art. 348 c.p.c., allo scopo di costituire una dualità soggettiva riguardo ad altro oggetto dell'impugnazione stessa.

somma, sarebbe indotto a provare, oltre i presupposti applicativi dell'illecito civilistico, anche le componenti aggiuntive dell'illecito depenalizzato e ad allegare e dimostrare gli elementi richiesti per quantificare la componente ultra-compensativa del risarcimento; l'impugnazione del danneggiato offrirebbe un rimedio contro l'omissione della pronuncia giudiziale e contro l'erronea inapplicazione e la inadeguata quantificazione della misura; il processo di impugnazione sarebbe sempre regolarmente un processo con (almeno) due parti.

4. A questa soluzione che per quanto avvantaggia la persona offesa si giustifica considerando che sulla persona offesa è traslato l'onere del soddisfacimento del generale interesse repressivo e preventivo, niente pare fraporsi.

In primo luogo, riguardo alla dimensione repressivo-deterrente del risarcimento, non essendo questa la sede per affrontare a fondo il tema della funzione della responsabilità civile, può osservarsi che, di certo, come sottolineato dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza 16 maggio 2016, n. 9978 (144), di tale dimensione esistono ormai numerosi indici normativi, che, a livello comunitario, una apertura, sia pure circondata da molte cautele, alla possibilità di una "disposizione di legge che abbia l'effetto di determinare il riconoscimento di danni non risarcitori", è contenuta nel 32° considerando del Regolamento CE 864 del 2007 (¹⁴⁵), che, infine, autorevoli e tendenzialmente sempre più numerose, sono le voci dottrinarie a favore della plurifunzionalità della responsabilità civile (146).

In secondo luogo, la destinazione della somma alla persona offesa non contrasta né, malgrado l'opposta affermazione contenuta nella relazione illustrativa allegata allo schema di

¹⁴⁴ Citata alla nota 5.

¹⁴⁵ V. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, (a cura di) Sirena, Milano, 2011, p. 37 ss. e p. 57.

¹⁴⁶ PERLINGERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p.119; BRICOLA, op. cit., p.28, secondo cui esiste, "nell'ambito del settore di tutela definito da regole finalizzate *latu sensu* alla riparazione dei danni", spazi "per l'uso di tecniche sanzionatorie in senso proprio, aventi funzione di prevenzione ... e di repressione-punizione"; PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, in *Corr. giur.*, 2010, P. 1072; PONZANELLI, nota a Cass. n. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1460, per il quale la responsabilità civile è destinata «a non essere più mera riparazione, ma a svolgere anche una funzione di generale prevenzione nei confronti dei fatti illeciti». Per ulteriori riferimenti, MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile diretto da SACCO*, Torino, 1999; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato diretto da Iudica-Zatti*, Milano, 2005; FRANZONI, *L'illecito civile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004.

decreto legislativo, è “incoerente” con la «funzione general-preventiva ... sottesa alla minaccia della sanzione pecuniaria civile, nonché [con la sua] vocazione pubblicistica», posto, per un verso, che il soddisfacimento dell’interesse pubblicistico alla prevenzione e alla repressione degli illeciti è legato alla minaccia e alla applicazione di una condanna anche sanzionatoria e non alla destinazione della somma alla Cassa della Ammende o ad altro soggetto o organo pubblico, per altro verso, che l’attribuzione della somma alla persona offesa è coerentemente giustificabile rispetto alla sopradetta funzione considerando che la parte privata è in grado di “verosimilmente, provvedere alla riscossione della somma, in tempi e con oneri inferiori rispetto a quelli” che gravano sul soggetto pubblico (¹⁴⁷).

Non vi sono, infine, rischi di aumentare il potere della persona offesa di “mercanteggiare” sull’applicazione della sanzione: questo potere esiste già oggi essendo dato alla persona offesa di “offrire” di non iniziare il giudizio o di comporre la controversia a fronte della “disponibilità” del danneggiante a pagare un importo ultra-compensativo e nulla cambia per la trasformazione della sanzione destinata alla Cassa delle Ammende in elemento aggiuntivo del risarcimento destinato al danneggiato.

¹⁴⁷ Il virgolettato riprende un passaggio argomentativo impiegato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 23 giugno 2016, n. 152, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2639, con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 96, comma 3°, c.p.c., nella parte in cui dispone che, quando pronuncia sulle spese, il giudice, anche d’ufficio, può condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte anziché a favore dell’erario, di una somma equitativamente determinata, in riferimento agli art. 3, 24 e 111 Cost.

GIORGIO RISPOLI

I nebulosi confini del divieto di patto commissorio

Sommario: 1. L'ambito d'indagine. – 2. La natura della nullità riguardante le pattuizioni commissorie. – 3. L'evoluzione giurisprudenziale. – 4. Le diverse tesi riguardanti la *ratio* del divieto e le relative critiche. – 5. L'analisi ricostruttiva forse preferibile e le fattispecie non vietate in tale prospettiva.

1. L'ambito d'indagine.

Il pericolo insito in ogni divieto è quello di seguirlo tralattivamente senza soffermarsi a riflettere sul suo contenuto ridefinendone i contorni.

Rifuggendo dalle quiete lusinghe della prassi il presente contributo si propone di analizzare contenuto e portata dell'estensione ermeneutica del divieto di patto commissorio propugnata dall'elaborazione giurisprudenziale in essere alla luce della *ratio* di siffatto divieto¹⁴⁸.

Ciò al fine di alimentare il vivace dibattito inerente i limiti operativi dell'istituto proponendo una lettura idonea a delineare i confini applicativi dello stesso in armonia con le attuali esigenze della realtà economica e del sistema civilistico¹⁴⁹.

Ed infatti detto istituto risulta inscindibilmente connesso alla tematica delle garanzie, pertanto coesistente all'accesso al credito in cui si declina l'economia reale dei processi produttivi.

A tal proposito occorre rilevare come alla crescente estensione ermeneutica di matrice giurisprudenziale di tale divieto faccia da *pendant* una velata preoccupazione da parte del legislatore che – anche in virtù degli apporti della normativa sovranazionale e comunitaria – mira a circoscriverne l'ambito applicativo.

¹⁴⁸Cfr., fra i contributi più recenti, ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, in *Giur. It.*, 2012, 3, 570 ss.; TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, 12, 1026 ss.; SALVATORE, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notar.*, 2012, 6, 717 ss.; BOTTA, *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notar.*, 2010, 1, 75 ss.

¹⁴⁹Cfr. LENER, *Il contratto di brokerage*, in *I contratti del mercato finanziario*, in *Tratt. dei contr.* diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Utet, Torino, 2010, 728 ss.

A tal proposito la direttiva 2002/47/CE (attuata nel nostro ordinamento in virtù del D.Lgs. 21 maggio 2004 n. 170), ha espressamente escluso l'applicabilità dell'art. 2744 c.c. ai contratti finanziari che prevedono il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ove volti a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie allorché le parti contraenti rientrino nelle categorie tassativamente elencate (autorità pubbliche, banche centrali, enti finanziari soggetti a vigilanza prudenziale, controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione).

In tale novero è pertanto compreso sia il contratto di pronti contro termine sia qualunque altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie allorché le parti contraenti rientrino nelle predette categorie¹⁵⁰.

2. La natura della nullità riguardante le pattuizioni commissorie.

Nel silenzio della legge ci si chiede anzitutto se il negozio cui sia apposto un patto commissorio sia integralmente nullo ai sensi del art. 1419, comma primo, c.c. oppure se la nullità colpisca unicamente la pattuizione commissoria e non si trasmetta all'intero contratto *ex art.* 1419, secondo comma c.c., per cui la nullità di singole clausole di un contratto determina l'invalidità dell'intero negozio solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.

Autorevole ma risalente dottrina¹⁵¹ propende per la prima opzione teorica, giurisprudenza più recente¹⁵² è invece orientata nel senso della nullità parziale, anche in ossequio al principio – immanente nel nostro ordinamento – della conservazione del contratto.

3. L'evoluzione giurisprudenziale.

¹⁵⁰In argomento GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, Giuffrè, Milano, 2008; AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Utet, Torino, 2009.

¹⁵¹Sul punto ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in NICCOLÒ-ANDRIOLI-GORLA, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. Cod. Civ.* (a cura di) SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1945, 53.

¹⁵²Cass. 25 maggio 2000 n. 6864, in *Foro it.*, 2000, I, 3156, per cui «In tema di patto commissorio, la sanzione della nullità prevista dalla norma di cui all'art. 2744 c.c. riguarda il solo patto commissorio stipulato *a latere* dell'obbligazione restitutoria (con conseguente inefficacia del trasferimento del bene oggetto della stipulazione, *ex art.* 2744 cit.), e non anche detta obbligazione restitutoria, che resta del tutto valida indipendentemente dalle sorti del patto accessorio vietato».

Il divieto di patto commissorio, come in precedenza evidenziato, ha conosciuto nell'ultimo secolo una significativa estensione ermeneutica.

A tal proposito il previgente codice civile del 1865 – in virtù di un'impostazione mutuata dal *Code Civil* francese – prevedeva siffatto divieto esclusivamente con riguardo al pegno (art. 1884 c.c.) e all'anticresi (art. 1894 c.c.).

Di conseguenza il predetto divieto non riguardava il patto inerente a una garanzia immobiliare e si riferiva unicamente alla pattuizione commissoria cd. *in continenti*, ossia quella coeva alla costituzione della garanzia.

Gli artt. 2744 e 1963 c.c. vigente in tema, rispettivamente, di cause di prelazione e di anticresi, stabiliscono invece la nullità dell'accordo con cui si conviene che – in ipotesi d'inadempimento – la titolarità del bene oggetto della garanzia si trasferisca automaticamente dal debitore al creditore.

Il codice civile del 1942 ha pertanto espressamente esteso il divieto *de quo* al patto riguardante la garanzia immobiliare nonché al cd. patto stipulato *ex intervallo*, ovvero successivamente al sorgere della garanzia.

Una prima estensione interpretativa della sfera di applicabilità di siffatte disposizioni ha portato alla sussunzione entro il paradigma normativo di tale divieto delle pattuizioni relative a cespiti soggetti a privilegio legale o convenzionale nonché dell'accordo avente ad oggetto il trasferimento di diritti reali di godimento (superficie, enfiteusi, servitù, uso, usufrutto e abitazione).

Tuttavia – stante l'espresso divieto normativo – l'ipotesi del patto commissorio cd. tipico ossia accessorio a una garanzia reale o a un contratto di anticresi è ben presto divenuta meramente scolastica.

Nella prassi recente la pattuizione commissoria si presenta perciò il più delle volte come un'alienazione a scopo di garanzia.

Sono queste pertanto le fattispecie più discusse in quanto risulta assai ardua l'individuazione degli esatti confini dell'istituto.

In tema di patto commissorio autonomo (ossia non collegato a una contestuale o preesistente garanzia tipica) l'evoluzione giurisprudenziale si accompagna infatti a un vivace e mai sopito dibattito concernente i limiti oggettivi della fattispecie.

L'impostazione tradizionale era a tal proposito imperniata sul criterio temporale e ciò che rilevava era l'immediatezza dell'effetto traslativo¹⁵³.

Tale prospettazione riteneva pertanto che impingesse nel divieto di patto commissorio (e nella relativa nullità) soltanto la vendita condizionata sospensivamente all'inadempimento del debitore in quanto dissimulante un mutuo con patto commissorio.

Al di fuori di tale circoscritta ipotesi l'alienazione in garanzia era invece qualificata come tendenzialmente lecita così come la vendita con patto di riscatto, il trasferimento del bene sottoposto alla condizione risolutiva dell'adempimento del debito, le vendite con patto di retrocessione o di retrovendita.

Tale prospettazione mirava infatti ad evitare al debitore pressioni nella fase dell'adempimento e in quest'ottica il segmento caratterizzante del negozio vietato risiedeva nella coincidenza fra inadempimento e trasferimento della proprietà.

Di conseguenza esulavano dal novero delle pattuizioni illecite i negozi in cui il trasferimento della proprietà si verificava in un momento anteriore o posteriore rispetto a quello dell'inadempimento.

Nel 1989, però, due pronunciati¹⁵⁴ gemellari delle Sezioni Unite – facendo propria l'impostazione seguita da un'isolata decisione¹⁵⁵ del 1983 – hanno determinato un significativo mutamento di prospettiva aderendo al differente principio per cui il divieto di patto commissorio dovrebbe essere interpretato estensivamente avendo riguardo al reale assetto d'interessi sotteso all'operazione posta in essere dalle parti indipendentemente dallo schema negoziale impiegato.

In particolare la Suprema Corte ha ricondotto la fattispecie entro il paradigma normativo del contratto fraudolento *ex art. 1344 c.c.* privilegiando il criterio funzionale della realizzazione di un

¹⁵³In tal senso, *ex pluribus*, PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1945, I, 156; DE MARTINI, *Il negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. It.*, 1946, I, 2, 331. In giurisprudenza si vd. Cass. 6 marzo 1978 n. 1104, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 885; Cass. 2 gennaio 1980 n. 452, in *Mass. Giur. It.*, 1980; Cass. 12 novembre 1982 n. 6005, in *Rep. Foro It.*, 1982, voce *Patto commissorio*.

¹⁵⁴Cass. Sez. Un. 3 aprile 1989 n. 1611, in *Corr. Giur.*, 1989, 522; Cass. Sez. Un. 21 aprile 1989 n. 1907, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 1821. La letteratura su tali sentenze è fluviale. Cfr., *ex multis*, MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro It.*, 1989, I, 1427 ss.; M. COSTANZA, *Sull'alienazione in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 1821. Si vd. inoltre CARINGELLA, *Divieto del patto commissorio autonomo: nuovi confini e nodi ancora al pettine*, in *Corr. Giur.*, 1995, 61 ss.

¹⁵⁵Cass. 3 giugno 1983 n. 3800, in *Foro It.*, 1984, I, 212. Sul punto AZZARITI, *Principi innovativi sul patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 2953 ss.; AMATO, *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 1899 ss.; ROPPO, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1985, I, 97 ss.; LA TORRE, *Il lease back e il divieto del patto commissorio*, in *Riv. It. leasing*, 1985, 135 ss.

effettivo scopo di garanzia e sancendo l'irrelevanza – ai fini dell'operatività del divieto – del momento in cui si produce il trasferimento della titolarità del bene in capo al creditore.

Siffatto *revirement* giurisprudenziale e la contestuale interpretazione estensiva degli artt. 2744 e 1963 c.c. ha comportato perciò l'inclusione nell'area della difformità al divieto del patto commissorio di operazioni come il *sale and lease back*¹⁵⁶, il riporto¹⁵⁷, il mandato irrevocabile a vendere conferito dal creditore al debitore¹⁵⁸, la vendita con patto di riscatto¹⁵⁹, ove poste in essere in pendenza di un rapporto obbligatorio fra le parti.

In particolare il *sale and lease back* si sostanzia nell'operazione¹⁶⁰ con cui un'impresa commerciale o industriale vende un bene di sua proprietà a un imprenditore finanziario che ne paga il corrispettivo – diventandone proprietario – e contestualmente lo cede in *leasing* alla stessa

¹⁵⁶Cass. 22 marzo 2007 n. 6969, in *Contratti*, 2008, 33, per cui «Costituisce accertamento di fatto, in base a elementi sintomatici, soggettivi - quali, ad esempio, lo stato di debolezza economica dell'impresa venditrice - ed oggettivi - quali, ad esempio, la sproporzione tra valore del bene venduto e prezzo pagato dalla fornitrice - stabilire se il *lease back*, contratto di impresa in sé lecito, sia stato in concreto impiegato per eludere il divieto di patto commissorio, con conseguente sua nullità per frode alla legge»; Cass. 11 giugno 2007 n. 13621, in *Giust. Civ.*, 2007, I, 2716.

¹⁵⁷Cass. 15 novembre 1993 n. 11278, in *Mass. Giur. It.*, 1993; App. Cagliari 4 marzo 1991, in *Corr. Giur.*, 1994, 607, con nota di RENNA, *Riporto e patto commissorio*.

¹⁵⁸Cass. 5 marzo 2010 n. 5426, in *Mass. Giur. It.*, 2010, per cui «In tema di patto commissorio, l'automatismo del vietato trasferimento di proprietà del bene costituisce un connotato della figura tipica di cui alla previsione dell'art. 2744 c.c., mentre nelle ipotesi in cui non vi sia stata la concessione di pegno o ipoteca e l'illegittima finalità venga realizzata indirettamente in virtù di strumenti negoziali preordinati a tale particolare scopo, il requisito dell'anzidetto automatismo non può ritenersi esigibile, giacché la sanzione della nullità deriva dall'applicazione dell'art. 1344 c.c., per snaturamento della causa tipica del negozio, piegata all'elusione della norma imperativa di cui al citato art. 2744 c.c. In siffatti casi la coartazione del debitore, preventivamente assoggettatosi alla discrezione del creditore, è *in re ipsa*, non disponendo il medesimo (come nella specie, in cui era stata conferita procura irrevocabile a vendere il bene senza necessità di ulteriori «consensi, approvazioni o ratifiche») di alcuna possibilità di evitare la perdita del bene costituito in sostanziale garanzia»; Cass. 10 novembre 2000 n. 14637, in *Contratti*, 2001, 975.

¹⁵⁹Cass. 4 marzo 1996 n. 1657, in *Contratti*, 1996, 442, secondo cui «La vendita con patto di riscatto o di retrovendita, anche quando sia previsto il trasferimento effettivo del bene, è nulla se stipulata per una causa di garanzia (piuttosto che per una causa di scambio) nell'ambito della quale il versamento del danaro, da parte del compratore, non costituisca pagamento del prezzo ma esecuzione di un mutuo ed il trasferimento del bene serve solo per costituire una posizione di garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia o non l'obbligo di restituire le somme ricevute, atteso che la predetta vendita, in quanto caratterizzata dalla causa di garanzia propria del mutuo con patto commissorio, piuttosto che dalla causa di scambio propria della vendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato dall'art. 2744 c.c., costituisce un mezzo per eludere tale norma imperativa ed esprime, perciò, una causa illecita che rende applicabile, all'intero contratto, la sanzione dell'art. 1344 c.c.».

¹⁶⁰Per ulteriori approfondimenti si permetta di rinviare a RISPOLI, *Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e di garanzia*, in *Giur. It.*, 2012, 3, 576 ss. Cfr. altresì CASSANO, *Il contratto di sale and lease back*, in *Giur. It.*, 2005, 5, 927 ss.; LASCIARFARI, *Un lontano passato nel futuro del lease back: la validità del contratto tra acquisizioni commissorie e tutela marciiana*, in *Giur. It.*, 2007, 8-9, 1956 ss.; ID. *La cessione dei crediti a scopo di garanzia*, in CHINÈ-LASCIARFARI-MAGNI, *Le garanzie rafforzate del credito* a cura di V. CUFFARO, Torino, 2000, 288 ss.

società alienante, che corrisponde periodicamente un canone per una durata temporale determinata, con facoltà di riacquistare la proprietà del bene venduto versando alla scadenza del contratto il prezzo stabilito per il riscatto.

Qualora la parte alienante non eserciti detta facoltà ben potrebbe comunque optare per la continuazione del *leasing* a canoni ridotti.

L'ulteriore evoluzione giurisprudenziale – pur nel solco delle predette decisioni delle Sezioni Unite – si è soffermata ancora sulla funzione concretamente assolta dal negozio traslativo¹⁶¹.

Ed infatti si afferma che la vendita con patto di riscatto o di retrovendita – anche qualora sia previsto il trasferimento effettivo del bene sarebbe nulla ove stipulata per una causa di garanzia piuttosto che per una causa di scambio¹⁶².

Ciò sul rilievo che nella fattispecie il versamento del denaro da parte dell'acquirente non costituirebbe il pagamento del prezzo ma l'esecuzione di un mutuo e il trasferimento del bene servirebbe solo per determinare l'insorgenza di una posizione di garanzia provvisoria idonea ad evolversi variamente a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute.

Detta operazione – pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato ai sensi dell'art. 2744 c.c. – costituirebbe uno strumento idoneo a eludere siffatta norma imperativa, esprimendo pertanto una causa illecita *ex art. 1344 c.c.*

¹⁶¹ Cfr., *ex multis*, Cass. 20 febbraio 2013 n. 4262, in *Giust. civ.*, 2013, 3-4, I, 567, per cui «In materia di nullità per violazione del divieto del patto commissorio, non è possibile in astratto identificare una categoria di negozi soggetti a tale nullità, occorrendo invece riconoscere che qualsiasi negozio può integrare tale violazione nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento giuridico, di far ottenere al creditore la proprietà del bene dell'altra parte nel caso in cui questa non adempia la propria obbligazione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, che non aveva ravvisato il patto commissorio in una vendita fiduciaria di un immobile - finalizzata a far ottenere un mutuo al fiduciario per il soddisfacimento di un suo credito nei confronti del fiduciante - caratterizzata dall'effetto reale del trasferimento di proprietà al fiduciario e da un effetto obbligatorio, il ritrasferimento dell'immobile, non condizionato ad un adempimento del fiduciante)»; Cass. 14 settembre 2012 n. 15449, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, 2063; Cass. 12 ottobre 2011 n. 20956, in *Giust. civ.*, 2012, 7-8, I, 1757.

¹⁶² Per Cass. 3 febbraio 2012 n. 1675, in *Giust. civ.*, 2012, 3, I, 625 «Incorre nella sanzione della nullità per violazione del divieto del patto commissorio posto dall'art. 2744 c.c. la convenzione mediante la quale le parti abbiano inteso costituire, con un determinato bene, una garanzia reale in funzione di un mutuo, istituendo un nesso teleologico o strumentale tra la vendita del bene e il mutuo, in vista del perseguimento di un risultato finale consistente nel trasferimento della proprietà del bene al creditore-acquirente nel caso di mancato adempimento dell'obbligazione di restituzione del debitore-venditore. Ove, sulla base della corretta qualificazione della fattispecie, si accerti che il versamento del denaro non costituisca il pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo e il trasferimento del bene non integri l'attribuzione al compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria, mancando la funzione di scambio tipica del contratto di compravendita si realizzerebbe proprio il negozio vietato dalla legge».

Dall'applicazione dell'art. 1344 c.c. deriverebbe l'ammissibilità della prova testimoniale anche *inter partes* ai sensi dell'art. 1417 c.c.

A proposito del *sale and lease back* occorre poi sottolineare come la funzione nomopoietica di un'accorta giurisprudenza pretoria – soprattutto di merito¹⁶³ – ha determinato la genesi di distinzioni e classificazioni fra un *lease back* cd. normale nonché lecito¹⁶⁴ e diverse varianti cd. anomale e illecite perchè in frode al disposto dell'art. 2744 c.c.

In particolare questo processo ha condotto all'elaborazione di tutta una serie di indici da cui desumere l'anomalia dell'operazione.

Tale impostazione è stata peraltro seguita anche dalla Cassazione¹⁶⁵.

A giudizio della Suprema Corte, infatti, il divieto di patto commissorio dovrebbe ritenersi violato allorché risulti che il *lease back* sia volto al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore in base a dati sintomatici e obiettivi quali la presenza di un rapporto debitorio preesistente o contestuale alla vendita, la sproporzione fra entità del prezzo e valore del bene alienato o le difficoltà economiche del venditore.

La sopra menzionata linea ermeneutica ha perciò ampliato in maniera considerevole l'ambito applicativo del divieto di patto commissorio.

In quest'ottica applicativa caleidoscopica parte della giurisprudenza ha ricondotto fra i negozi nulli *ex art. 2744 c.c.* anche le alienazioni poste in essere da terzi in favore del creditore al fine di garantire il debito altrui¹⁶⁶.

¹⁶³Si vd. Trib. Milano 13 giugno 1985, in *Foro Pad.*, 1986, I, 105; App. Roma 26 gennaio 2006, in *Obbl. Contr.*, 2006., 6 556.

¹⁶⁴Occorre tuttavia dar conto di una pregevolmente argomentata ancorchè isolata tesi secondo cui il *lease back* sarebbe ontologicamente nullo. Così SCHERMI, *Leasing finanziario, lease back e patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1996, 1360.

¹⁶⁵Per tutti Cass. 9 marzo 2011 n. 5583, in *Giur. It.*, 2012, 3, 575, secondo cui «Con il contratto di *sale and lease back* un'impresa vende un bene strumentale ad una società finanziaria, la quale ne paga il prezzo e contestualmente lo concede in locazione finanziaria alla stessa impresa venditrice, verso il pagamento di un canone e con possibilità di riacquisto del bene al termine del contratto per un prezzo normalmente molto inferiore al suo valore. Quando non vengano fornite motivazioni differenti dal risparmio fiscale, l'operazione costituisce abuso del diritto, a nulla rilevando che non rientri tra quelle espressamente indicate per l'applicazione della disposizione antielusiva. L'operazione contrattuale di *sale and lease back* può dirsi fraudolenta allorché venga accertata la compresenza di tre circostanze: l'esistenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest'ultima, la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente».

¹⁶⁶Così Cass. 29 agosto 1998 n. 8624, in *Foro It.*, 1999, I, 175, con nota di CANDIAN, per cui «il divieto di patto commissorio si applica anche al negozio con il quale un terzo trasferisce, o promette di trasferire, al creditore un proprio bene a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione».

Altre decisioni ritengono nullo il contratto di vendita stipulato fra il mutuatario e un soggetto diverso dal mutuante allo scopo di costituire garanzia dell'adempimento del primo nei confronti del creditore in virtù dell'elusione del disposto dell'art. 2744 c.c. che si verificherebbe in tal caso attraverso una pluralità di negozi collegati.

Sulla scia di tali apporti una corrente dottrinale e giurisprudenziale è altresì pervenuta ad asserire la nullità del patto commissorio cd. obbligatorio, in cui cioè il debitore non trasferisce un diritto al creditore ma si limita ad obbligarsi in tal senso¹⁶⁷ (ad es. attraverso la stipula un contratto preliminare).

Detta interpretazione estensiva del divieto in esame ne esclude l'applicazione soltanto in caso di *datio in solutum* concordata liberamente dai contraenti nonché eseguita in un momento successivo rispetto all'inadempimento del debitore¹⁶⁸ e nell'ipotesi del cd. patto marciano¹⁶⁹.

Quest'ultimo si sostanzia nell'accordo con cui si prevede che il venditore insoddisfatto diventi proprietario del bene in ipotesi d'inadempimento del debitore ma con l'obbligo di

¹⁶⁷In tal senso Cass. 23 ottobre 1999 n. 11924, in *Mass. Giust. Civ.*, 1999, 2142, per cui «Il divieto di patto commissorio, sancito dall'art. 2744 c.c., s'estende a qualsiasi negozio, quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore. Anche, quindi, un contratto preliminare di compravendita può dissimulare un mutuo con patto commissorio, ancorché non sia previsto il passaggio immediato del possesso del bene promesso in vendita, qualora la promessa di vendita garantisca la restituzione, entro un certo termine, della somma precedentemente o coevamente mutuata dal promittente compratore, sempre che risulti provato il nesso di strumentalità tra i due negozi». Cfr. altresì Cass. 19 maggio 2004 n.9466, in *Contratti*, 2004, 979; Cass. 16 settembre 2004 n.18655, in *Giust. civ.* 2005, 5, I,1251.

¹⁶⁸Cfr. Cass. 7 luglio 2003 n. 10702, in *Mass. Giur. It.*, 2003; Cass. 6 novembre 1996 n. 9675, in *Stud. Jur.*, 1997, 313, secondo cui «Il patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c., è configurabile solo quando il debitore sia costretto al trasferimento di un suo bene a tacitazione dell'obbligazione, e non anche quando tale trasferimento sia invece il frutto di una scelta lecita, come nel caso in cui esso sia stato dai contraenti liberamente concordato quale *datio in solutum* ovvero consegua all'esercizio di una facoltà precostituita al tempo della nascita dell'obbligazione medesima ex art. 1286 c.c.». In argomento NAVONE, *Il divieto del patto commissorio nell'ermeneutica contrattuale: la linea di confine tra il patto vietato e la datio in solutum*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 12, 1, 1439 ss.; IEVA, *Appunti sulla dazione in pagamento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 2, 1, 237 ss.

¹⁶⁹Asserisce la liceità del patto marciano Cass. 9 maggio 2013 n. 10986, in *Mass. Giur. It.*, 2013; Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805, in *Contratti*, 1996, 28; Trib. Monza 24 maggio 1988, in *Foro It.*, 1989, I, 1271, per cui «Può considerarsi idonea a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto di *lease back* la clausola del medesimo la quale, sul modello del c.d. patto marciano, preveda, al termine del rapporto, la stima del bene oggetto di garanzia al fine di confermarne il trapasso, se il valore del bene sia equiparabile al valore del credito inadempito, ovvero di quantificare il maggior costo che dovrebbe sopportare il creditore per ottenere l'acquisizione del bene pagando un prezzo aggiuntivo al debitore». In dottrina C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 202 ss.; E. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. Dir. Priv.* (diretto da) P. RESCIGNO, Utet, Torino, 1985, XIX, 437; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1982, XXXII, 505. *Contra*, nel senso dell'illiceità anche del patto marciano, MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione della garanzia*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997, I, 29 ss.

restituirgli l'eventuale differenza fra il valore del bene (generalmente determinato da un terzo arbitratore) e l'importo del credito.

In virtù di questo principio si afferma la liceità tanto del pegno irregolare¹⁷⁰ – espressamente disciplinato dall'art. 1851 c.c. in materia di anticipazione bancaria – quanto della cessione del credito a scopo di garanzia¹⁷¹.

Ciò anche alla luce del disposto dell'art. 2803 c.c. in base al quale il creditore pignoratorio può trattenere soltanto la somma sufficiente al soddisfacimento delle proprie ragioni restituendo però l'eventuale eccedenza.

Una recente decisione¹⁷² ha inoltre escluso la violazione del patto commissorio in un'ipotesi di accordo di retrovendita intercorso fra debitore e creditore non subordinato però all'adempimento del debito.

Nella fattispecie infatti il trasferimento di un immobile risulterebbe causalmente suffragato dall'esigenza di far ottenere al debitore una cospicua somma di denaro previa iscrizione di un'ipoteca – a garanzia della banca mutuante – sul bene alienato all'acquirente.

Ciò con l'accordo fiduciario che l'acquirente creditore – dopo aver incassato una somma a copertura integrale del suo credito – avrebbe messo a disposizione il residuo mutuo e ritrasferito al debitore-venditore la proprietà dell'immobile nel breve periodo di quindici giorni dall'avvenuta vendita.

¹⁷⁰Si v. Cass. 24 maggio 2004 n. 10000, in *Giust. Civ.*, 2005, 9, I, 2154, per cui «La costituzione di un pegno irregolare rende inoperante il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., atteso che, a mente del disposto del precedente art. 1851, ed in coerenza con l'intento del legislatore di evitare indebite locupletazioni, deve ritenersi consentito al creditore, nell'ipotesi di inadempimento della controparte, di fare definitivamente propria la (sola) somma corrispondente al credito garantito e, quindi, di compensarlo con il suo debito di restituzione del *tantundem*, nel legittimo esercizio del proprio diritto di prelazione e senza richiesta di assegnazione al giudice dell'esecuzione»; Cass. 20 ottobre 1994 n. 8571, in *Dir. Fall.*, 1995, II, 233, con nota di RAGUSA. In argomento BATELLI, *Pegno irregolare e divieto di patto commissorio*, in *Giur. It.*, 2005, 1419 ss.; D'AURIA, *Cessione di crediti futuri a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. It.*, 2009, 6, 1412 ss.; CIPRIANI, *La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2010, 1, 129 ss.

¹⁷¹Cass. 2 aprile 2001 n. 4796, in *Contratti*, 2002, 4, 348, per cui «La cessione del credito, avendo causa variabile, può avere anche funzione esclusiva di garanzia, comportando in tal caso il medesimo effetto, tipico della cessione ordinaria, immediatamente traslativo del diritto al cessionario, nel senso che il credito ceduto entra nel patrimonio del cessionario e diventa un credito proprio di quest'ultimo, il quale è legittimato pertanto ad azionare sia il credito originario sia quello che gli è stato ceduto in garanzia, sempre che persista l'obbligazione del debitore garantito; ove, invece, si verifichi l'estinzione, totale o parziale, dell'obbligazione garantita, il credito ceduto a scopo di garanzia, nella stessa quantità, si ritrasferisce automaticamente nella sfera giuridica del cedente, con un meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva, senza quindi che occorra, da parte del cessionario, un'attività negoziale diretta a tal fine».

¹⁷²Cass. 21 maggio 2013 n. 12462, in *Mass. Giur. It.*, 2013.

Tale operazione avrebbe perciò consentito l'accesso al credito al debitore, altrimenti impossibilitato a causa dell'inserimento del suo nome nell'elenco delle persone protestate.

Inoltre il ritrasferimento dell'immobile non sarebbe stato in nessun modo condizionato ad un preventivo obbligo di pagamento delle rate residue del mutuo ipotecario.

A tal proposito le parti hanno espressamente pattuito la retrovendita in ogni caso entro quindici giorni dalla data della stipula dell'atto notarile.

4. Le diverse tesi riguardanti la *ratio* del divieto e le relative critiche.

La giurisprudenza più recente sanziona dunque il patto commissorio cd. autonomo attraverso il prisma dell'art. 1344 c.c.

Siffatta norma stabilisce l'illiceità del negozio in frode alla legge, prescrivendo così la nullità di una pattuizione conforme alla lettera della legge ma contraria al suo spirito.

Preliminare alla determinazione dell'ambito applicativo e dei relativi limiti del patto commissorio cd. autonomo sembrerebbe perciò l'individuazione dello spirito degli artt. 2744 e 1953 c.c. ossia la *ratio* di siffatto divieto¹⁷³.

Secondo l'impostazione tradizionale questa risiederebbe nell'esigenza di evitare di esporre la parte contrattuale presumibilmente più debole (il debitore) ad eventuali approfittamenti da parte del creditore che – lucrando sulle difficoltà economiche del primo in ipotesi d'inadempimento – potrebbe conseguire la titolarità di beni di valore ben superiore rispetto all'importo del credito garantito¹⁷⁴.

A tale ricostruzione si obietta però che anzitutto la “debolezza” del debitore e la relativa lesione della sua sfera giuridica è soltanto potenziale, ben potendo questi essere in concreto molto più facoltoso, informato e avveduto del creditore.

Inoltre la tutela di una parte nei confronti delle possibili prevaricazioni dell'altra è di norma attuata dal sistema civilistico attraverso meccanismi azionabili unicamente su istanza della parte lesa.

¹⁷³Cfr. MATTIANGELI, *Divieto di patto commissorio, ratio, fondamento ed analisi delle posizioni di dottrina e di giurisprudenza*, in *Vita Notar.*, 2006, 2, 3, 1092 ss.; GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, Napoli, 1999, 51 ss.

¹⁷⁴In tal senso RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1952, 769 ss.; CAPUTO, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 888; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Utet, Torino, VI ed., 1962, II, 145. Sul punto Cfr. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. Notar.*, 1981, 401 ss. In giurisprudenza si vd. Cass. 10 marzo 2011 n. 5740, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 7-8, 1650.

Si pensi alla rescissione per lesione del contratto concluso in stato di bisogno ai sensi dell'art. 1448 c.c. oppure alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c.

Si consideri peraltro la ben più recente disciplina delle cd. “clausole vessatorie” di cui agli artt. 33 ss. del D.Lgs. n. 206/2005 (cd. Codice del Consumo) imperniata sul sistema della cd. nullità relativa per cui spetta solo alla parte contrattuale ritenuta più debole optare o meno per la caducazione dell'assetto d'interessi potenzialmente lesivo della propria sfera giuridica¹⁷⁵.

Ciò a differenza di quanto previsto dall'art. 2744 c.c. in cui la nullità della pattuizione è indisponibile, assoluta e rilevabile d'ufficio dal giudice.

Tale norma parrebbe pertanto posta a tutela di un interesse superindividuale.

A tal proposito autorevole dottrina¹⁷⁶ rinviene la *ratio* del divieto di patto commissorio nella tutela della *par condicio creditorum*.

In quest'ottica il predetto divieto sarebbe precipuamente posto a tutela degli eventuali ulteriori creditori, che correrebbero il rischio della sottrazione di un cespite alla garanzia comune dei loro crediti.

Siffatta analisi ricostruttiva è stata non senza mordente criticata da chi sottolinea come anche in tal caso la lesione del ceto creditorio sarebbe meramente potenziale.

Altra visione¹⁷⁷ sostiene poi che alla base del predetto divieto vi sarebbe l'incompatibilità fra la causa di vendita e quella di garanzia e, pertanto, l'inammissibilità di un negozio a effetti traslativi atipici.

Ma per tale via si giungerebbe a ritenere nullo anche il patto marciano di cui – come in precedenza evidenziato – dottrina e giurisprudenza costante e consolidata sostengono la validità.

Ulteriore prospettazione asserisce invece che il fondamento del divieto in esame riposerebbe sull'esigenza d'impedire la realizzazione di una forma di autotutela privata che sarebbe contraria

¹⁷⁵Gli apporti della normativa di fonte sovranazionale e comunitaria determinano peraltro nel momento attuale una progressiva destrutturazione della categoria concettuale della nullità. In argomento MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Contr.*, diretto da ROPPO a cura di A.GENTILI, Milano, 2006.

¹⁷⁶In tal senso CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1916, II, 888 ss.; ID., *Mutuo pignoratorio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1946, II, 146 ss.; AMORTH, *Divieto del patto commissorio apposto a un mutuo ipotecario*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1949, 717 ss.; MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 c.c.*, in *Foro It.*, 1966, I, 1120 ss.

¹⁷⁷Così CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, 13 ss.; PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1950, 298 ss.; C.M. BIANCA, *Patto di riscatto e alienazioni a causa di garanzia*, in *Tratt. Dir. Priv.* (a cura di) VASSALLI, Torino, 1993, VII, 681 ss.; MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro It.*, 1989, I, 1428 ss.

al principio di ordine pubblico perché idonea a erodere il monopolio statale sull'attività esecutiva¹⁷⁸. Si è però *a contrario* rilevato che l'ordinamento ammette forme di autotutela consensuale diverse dall'esecuzione forzata¹⁷⁹ quale ad esempio la cessione dei beni ai creditori prevista dagli artt. 1977 ss. c.c. oppure il sequestro convenzionale disciplinato dagli artt. 1798 ss. c.c.

Inoltre ove si accogliesse la tesi dell'inderogabilità delle procedure esecutive si escluderebbero dall'ambito di operatività del divieto *de quo* gli accordi svincolati dalla costituzione di garanzie reali atipiche come i patti commissori cd. autonomi¹⁸⁰.

Un'impostazione¹⁸¹ recentemente riproposta¹⁸² con una certa frequenza individua altresì il fondamento del divieto *de quo* nel generale perturbamento della disciplina dei rapporti obbligatori che deriverebbe da un'applicazione costante e tralatizia del patto commissorio.

Secondo tale visione, infatti, il patto commissorio diventerebbe – ove fosse lecito – una mera clausola di stile che si sostanzierebbe in uno strumento generalizzato di abuso ai danni del debitore foriero di un marcato danno sociale.

Siffatta impostazione – seppur autorevolmente sostenuta e pregevolmente argomentata – parrebbe tuttavia posare sul poco condivisibile presupposto per cui il patto commissorio configurerebbe sempre e comunque un danno sociale, circostanza che sembrerebbe invece meramente potenziale¹⁸³.

¹⁷⁸In tal senso BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1932, II, 689 ss.; MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1946, II, 65.

¹⁷⁹Lo rileva BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 31 ss., che sottolinea come nel nostro ordinamento non esiste un generale principio d'inderogabilità dell'espropriazione forzata giurisdizionale e d'inammissibilità dell'autotutela esecutiva di fonte convenzionale. Nel medesimo senso C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 192.

¹⁸⁰Così BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, 117.

¹⁸¹C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 217.

¹⁸²CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, cit., 500 ss.; E. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 437 ss. Si vd. inoltre Trib. Isernia 19 novembre 2002, in *Giur. Mer.*, 2004, 909, con nota di BERNARDONI, *Intorno al divieto del patto commissorio*.

¹⁸³Lo rileva OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre*, 1984, 247 ss.

Né parrebbe condivisibile l'idea per cui la *ratio* del divieto sia quella di preservare le garanzie tipiche dal rischio che una generalizzata applicazione del patto commissorio depauperi la loro funzione sociale¹⁸⁴.

Tale funzione potrebbe peraltro riguardare soltanto il patto commissorio connesso ad una garanzia reale tipica e non già quello autonomo.

Ulteriori orientamenti ritengono di individuare invece il fondamento del divieto del patto commissorio nel concorso di tre fattori: 1) la sproporzione fra il valore dei beni oggetto della garanzia e il credito garantito; 2) la circostanza che il trasferimento in garanzia induce il debitore a confidare in una possibilità di recupero del bene; 3) la posizione debitoria dell'alienante nei confronti dell'acquirente.

In particolare si impernia sulla sproporzione fra il valore del bene oggetto della garanzia e l'ammontare del credito garantito quell'analisi ricostruttiva¹⁸⁵ che ritiene d'individuare la *ratio* della sanzione di nullità del divieto in esame – e *a contrario* la validità della vendita con patto di riscatto – nella sovrapposizione fra tale rischio e quello del perimento del bene, che nel trasferimento commissorio graverebbe in ogni caso in capo al debitore alienante.

Ciò diversamente da quanto avviene nella fisiologica ipotesi di vendita con patto di riscatto, ove il rischio dell'*intuitus rei* cede a carico del creditore¹⁸⁶.

A siffatta asserzione si potrebbe però obiettare che basterebbe stipulare un'espressa clausola con cui le parti della convenzione commissoria traslano i rischi del perimento dell'oggetto della garanzia sul creditore-acquirente al fine di eludere il divieto¹⁸⁷.

È inoltre opportuno menzionare la ricostruzione che configura il patto commissorio alla stregua di una convenzione transattiva vietata in virtù di un asserito contrasto con un presunto principio tratto dall'art. 1382 c.c. in tema di clausola penale.

In quest'ottica il patto commissorio costituirebbe una predeterminazione del danno da inadempimento¹⁸⁸ esorbitante rispetto agli angusti confini entro cui l'ordinamento permetterebbe

¹⁸⁴In tal senso GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Giuffrè, Milano, 1997, 122 ss.

¹⁸⁵Così REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro It.*, 1989, I, 1444.

¹⁸⁶Cfr. STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro It.*, 1926, I, 282, 55 ss.

¹⁸⁷Lo rileva LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, 233 ss.

tale precostituzione pattizia (efficacia meramente obbligatoria e possibilità per il debitore di chiedere giudizialmente la *reductio ad aequitatem*).

Tuttavia – anche a voler tacere delle differenze funzionali fra clausola penale e patto commissorio¹⁸⁹ – tale prospettiva sottolinea come l'illiceità del patto commissorio risiederebbe nella sua efficacia reale così ammettendo – diversamente da quanto sostenuto dalla giurisprudenza – la liceità del patto commissorio meramente obbligatorio¹⁹⁰.

5. L'analisi ricostruttiva forse preferibile e le fattispecie non vietate in tale prospettiva.

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale non è dunque attualmente pervenuta a una visione unanimemente condivisa e condivisibile in relazione alla *ratio* sottesa al divieto del patto commissorio.

La frammentarietà del caleidoscopio di opinioni espresse sul punto è tale che un insigne giurista¹⁹¹ ha definito le conclusioni della dottrina in materia “*se non sconfortanti, assai poco rassicuranti*”.

L'incertezza relativa al fondamento del divieto del patto commissorio si riverbera poi inevitabilmente sulla prassi applicativa tracciando una fattispecie dai mobili contorni.

Alla luce di quanto prospettato l'analisi ricostruttiva forse più condivisibile dal punto di vista letterale e sistematico sembrerebbe essere quella che identifica la *ratio* del divieto di patto commissorio nell'esigenza di tutela della *par condicio creditorum*.

Anzitutto parrebbe muovere in tal senso la collocazione dell'art. 2744 c.c. entro il capo primo del titolo III del libro sesto del codice, recante le disposizioni generali “*Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*”.

La critica che si muove a questa tesi – come in precedenza evidenziato – risiede nell'argomento che la lesione della *par condicio* sarebbe soltanto potenziale.

¹⁸⁸Cfr. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale-lease-back*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, II, 537 ss.

¹⁸⁹Cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit. 111 ss.

¹⁹⁰Sul punto LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., 225.

¹⁹¹Così LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1987, 239.

Occorre tuttavia rilevare che il sistema civilistico già conosce ipotesi in cui si sanziona con la nullità operazioni solo potenzialmente contrarie a determinati interessi superindividuali. Si pensi ad esempio ai divieti speciali di comprare previsti dall'art. 1471, numeri 1) e 2), c.c.

Ciò in quanto in ipotesi di patto commissorio tipico perché accessorio a una garanzia reale oppure a un contratto d'anticresi la valutazione delle potenzialità lesive della *par condicio creditorum* sarebbe effettuata preventivamente dal legislatore ricorrendo al meccanismo della presunzione legale cd. assoluta.

In ipotesi di patto commissorio autonomo, invece, la valutazione dell'eventuale lesione della predetta *par condicio* spetterebbe all'interprete.

Nel silenzio della legge e in ossequio al generale principio di conservazione del negozio parrebbe adeguato impennare tale valutazione sull'effettività di siffatta lesione.

Sembrerebbe allora opportuno – in ipotesi d'interpretazione estensiva del divieto di patto commissorio e dunque al di fuori dei casi previsti dalla legge – inserire alla tesi che ravvisa il fondamento di siffatto divieto nell'esigenza di tutela della *par condicio creditorum* il correttivo dell'effettività della lesione della stessa.

Il disposto dell'art. 2744 c.c., qualora si acceda ad una lettura sostanziale dello stesso nei casi non previsti dalla legge, dovrebbe pertanto ritenersi violato solo allorché l'operazione posta in essere sia idonea a determinare un reale pregiudizio alle ragioni degli ulteriori creditori.

In quest'ottica – in tema di limiti applicativi del patto commissorio autonomo – non ogni trasferimento di un bene in funzione di garanzia sarebbe sanzionabile con la nullità, ma soltanto quello che rechi un effettivo pregiudizio alle ragioni del restante ceto creditorio.

A tal proposito l'indicatore della liceità o meno del patto andrebbe ravvisato non già nel criterio temporale rispetto all'adempimento né nella causa – di scambio oppure di garanzia – del negozio, né tantomeno nella sproporzione fra il valore del bene oggetto della garanzia e il credito garantito ma piuttosto nella capienza del patrimonio residuo del debitore.

Ove infatti questo sia abbastanza capiente da consentire la soddisfazione degli altri creditori, privilegiati e non, la *par condicio creditorum* sarebbe pienamente rispettata con contestuale liceità anche del trasferimento in funzione di garanzia.

In tal modo l'estensione ermeneutica della norma in esame risulterebbe pienamente conforme al suo spirito.

Ciò in completa armonia con l'architettura dell'istituto che – prevedendo una sanzione radicale quale la nullità assoluta – sembrerebbe posta a presidio di un interesse superindividuale come la parità del ceto creditorio e non già delle ragioni del singolo debitore.

Del resto la tutela delle esigenze del debitore nei confronti di eventuali operazioni di approfittamento da parte del creditore è adeguatamente assicurata dai ben più mirati strumenti della rescissione per lesione del contratto concluso in stato di bisogno e dalla disciplina penalistica inerente al reato di usura *ex art 644 c.p.*

Né varrebbe a contrario osservare che lo strumento specifico previsto dall'ordinamento per la tutela della *par condicio creditorum* sarebbe l'azione revocatoria¹⁹² in quanto l'ambito applicativo di siffatta azione non è perfettamente congruente con quello dell'art. 2744 c.c.

Ed infatti tale strumento richiede – per la sua esperibilità – un requisito ulteriore rispetto al divieto di patto commissorio ossia per lo meno la consapevolezza – in capo al debitore – di ledere le altrui ragioni creditorie attraverso l'atto che si pone in essere.

Questo perché l'art. 2901 c.c. prescrive che sia sanzionabile con l'inefficacia *inter partes* un atto dispositivo lesivo della posizione giuridica del restante ceto creditorio purché il debitore sia conscio del pregiudizio che l'atto ha recato alle ragioni del creditore o – in ipotesi di atto anteriore al sorgere del credito – questo fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicare il soddisfacimento del credito.

In ipotesi di atto a titolo oneroso è inoltre necessaria la medesima consapevolezza o dolosa preordinazione (a seconda che l'atto sia posteriore o anteriore al sorgere del credito) in capo al terzo che sia stato parte dell'atto lesivo.

Pertanto si evince come il divieto di patto commissorio possa offrire una tutela più completa della *par condicio creditorum* rispetto all'azione revocatoria in quanto da un lato è applicabile anche alle lesioni inconsapevoli della stessa (oppure a quelle in cui siffatta consapevolezza non possa essere provata) dall'altro sanziona l'atto lesivo con la nullità e non già con la mera inefficacia *inter partes* prevista per l'azione revocatoria.

Di conseguenza possono profittare dei suoi effetti anche creditori diversi dall'istante.

¹⁹² In tal senso C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 215.

Nel caso di patto commissorio cd. tipico, invece, la lesione della *par condicio* sussisterebbe *in re ipsa*, in quanto fondata su una presunzione legale a carattere assoluto connessa a quell'esigenza di certezza propria delle garanzie tipiche.

Un'interpretazione in questi termini del divieto di patto commissorio cd. autonomo avrebbe peraltro il pregio di costituire un argine al menzionato ampliamento ipertrofico dell'ambito applicativo del predetto divieto di matrice giurisprudenziale attualmente in essere tale da preoccupare anche il legislatore comunitario¹⁹³.

Siffatta soluzione parrebbe così realizzare un ponderato contemperamento delle distinte esigenze: da un lato quella avvertita dagli operatori del mercato di ricorrere a forme di garanzia duttili e atipiche da modulare in relazione alla rapidità dei processi economici.

Dall'altro quella propria dell'ordinamento di tutelare l'interesse superindividuale della *par condicio creditorum* coesistente al cd. ordine pubblico economico.

Si realizzerebbe così una lettura funzionale del divieto di patto commissorio orientata al perseguimento della sua ragione effettiva.

¹⁹³In argomento Cfr. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto di patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. Comm.*, 2012, 3, 681 ss.; ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, in *Giur. It.*, 2012, 3, 570 ss.; AGABITINI, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di patto commissorio*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2012, 1, 119 ss.; ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. Civ.*, 2011, 6, 1, 1453 ss.; BARALIS, *Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno*, in *Riv. Notar.*, 2009, 2, 1, 317 ss.; VALENTINO, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, 2, 511 ss.; MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 6, 361 ss. In giurisprudenza risulta poi di particolare interesse quanto asserito da Cass. Sez. Un. 5 luglio 2011 n. 14650, in *Giust. Civ.*, 2012, 11-12, I, 2687, per cui «La norma di legge straniera (nella specie, inglese), che ammetta l'acquisto di un bene in conseguenza di un patto commissorio, non è contraria all'ordine pubblico internazionale, ai sensi dell'art. 16 l. 31 maggio 1995 n. 218, in quanto il relativo divieto non rientra fra i relativi principi fondanti l'ordine pubblico internazionale, come risulta dalla circostanza che il patto commissorio non è conosciuto, né vietato in una parte rilevante dell'Unione europea; né l'art. 2744 c.c. costituisce norma di applicazione necessaria, tali essendo quelle spazialmente condizionate e funzionalmente autolimitate - e, perciò solo, destinate ad applicarsi, nonostante il richiamo alla legge straniera - quali, tra le altre, le leggi fiscali, valutarie, giuslavoristiche, ambientali». Occorre peraltro rilevare che nell'attuale momento storico numerose legislazioni continentali muovono nel senso dell'abolizione del divieto di patto commissorio. Il nostro ordinamento - in particolare il menzionato orientamento giurisprudenziale che propende per un'applicazione espansiva del divieto *de quo* - si mostra perciò sul punto anticiclico. Tale abolizione è stata attuata in Francia nell'ambito della Riforma del diritto delle garanzie del 2006. In argomento FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2006, 1155 ss.

GIORGIO RISPOLI

Questioni in tema di revoca giudiziale dell'amministratore di condominio

Uno dei modi di estinzione del mandato dell'amministratore di condominio è la revoca, che può essere sia giudiziale che stragiudiziale.

In quest'ultimo caso è deliberata dall'assemblea condominiale e può avvenire in ogni tempo e anche in assenza di giusta causa applicandosi, ad avviso della giurisprudenza, la disciplina prevista in materia di mandato dagli artt. 1703 e ss. c.c. (Così Cass. 11472/1991).

La revoca giudiziale è invece disciplinata dal codice civile e dalle disposizioni attuative dello stesso.

L'art. 1129 c.c. infatti dispone - al comma undicesimo - che l'amministratore di condominio sia revocabile in ogni tempo dall'assemblea di condominio con la maggioranza prevista per la sua nomina (la maggioranza degli intervenuti che rappresenti almeno la metà del valore dell'edificio) facendo però salve le diverse disposizioni contenute nel regolamento di condominio.

Il medesimo comma dello stesso articolo prevede altresì la possibilità per ciascun condomino di rivolgersi all'autorità giudiziaria ai fini di ottenere la revoca dell'incarico qualora l'amministratore si renda responsabile di gravi irregolarità nell'esecuzione del proprio mandato oppure non presenti il conto della gestione nei termini di legge.

Occorre precisare che l'elenco delle gravi irregolarità è a carattere esemplificativo e non già tassativo, pertanto la sua valutazione è rimessa alla discrezionalità del giudice che potrà ravvisarle anche in ipotesi non tipizzate.

la giurisprudenza è costante nel ritenere che “Il mancato tempestivo deposito nel termine fissato dalla legge (art. 1129 commi 11 e 12 e 1130 comma 1 n. 10 c.c.) del rendiconto annuale per l'approvazione dell'assemblea costituisce grave irregolarità dell'amministratore condominiale, comportante la sua automatica revoca” (da ultimo Tribunale Udine, sez. II, 25/03/2014. in Archivio delle locazioni, 2014, 4, 459).

Ed inoltre “Costituisce grave irregolarità, tale da determinare la revoca dell'incarico, il comportamento dell'amministratore di condominio che omette o trascura o ritarda per lungo tempo

la presentazione del rendiconto della gestione, anche se limitatamente a singoli aspetti o settori o parti di essa” (Così Tribunale Messina, 15/11/2011, in Arch. locazioni 2012, 2, 191).

L'art. 64 disp. att. c.c. prevede inoltre che sull'istanza giudiziale di revoca dell'amministratore di condominio provvede il tribunale in camera di consiglio con decreto motivato, sentito l'amministratore in contraddittorio con il ricorrente.

Avverso il provvedimento del tribunale può essere proposto reclamo alla corte d'appello nel termine di dieci giorni dalla notifica o dalla comunicazione.

La giurisprudenza ha precisato che l'eventuale decisione sul reclamo non è ricorribile in Cassazione ex art. 111 Cost. in quanto si tratta di provvedimento di volontaria giurisdizione privo di decisorietà e definitività, pertanto insuscettibile di passare in giudicato (In tal senso Cass. 20957/2004, in *Imm. e dir.*, 2005, 4, 19).

Trattasi però di una regolazione non organica che pone per l'interprete tutta una serie di dubbi esegetici su cui il dibattito dottrinale e giurisprudenziale resta assolutamente aperto.

Si registrano infatti soluzioni spesso antitetiche date sui alcuni snodi essenziali della tematica da parte delle corti di merito italiane.

Le principali questioni irrisolte riguardano la possibilità per la parte istante di stare in giudizio personalmente senza avvalersi del ministero di un avvocato, la necessità o meno di esperire la media-conciliazione obbligatoria quale condizione di procedibilità del relativo ricorso, la revocabilità dell'amministratore di condominio in prorogatio e la possibilità di chiedere congiuntamente alla revoca il risarcimento dei danni cagionati dal revocando amministratore.

In primo luogo occorre rilevare la prassi di alcune corti di merito di consentire alle parti di agire anche senza la necessità della rappresentanza tecnica di un difensore atteso il carattere di volontaria giurisdizione del procedimento de quo.

Sul punto si v. <http://www.tribunale.torino.giustizia.it/it/Content/Index/15372> che informa della prassi in tal senso seguita dal Tribunale di Torino.

Tuttavia siffatta soluzione non sembrerebbe pienamente armonizzarsi con i principi generali dell'ordinamento civilistico, in quanto l'art. 82 c.p.c. prevede - al di fuori delle cause davanti al Giudice di Pace di valore non superiore a euro 1.100,00 - l'onere inderogabile in capo alle parti di stare in giudizio esclusivamente con la rappresentanza di un difensore.

Ciò qualora la legge non disponga espressamente in senso contrario.

Pertanto parrebbe maggiormente opportuno ritenere la necessità dell'assistenza tecnica da parte del difensore munito di apposita procura anche per il procedimento ex art. 64 disp. att. c.c., in assenza di espressa deroga normativa sul punto.

Si discute inoltre se costituisca condizione di procedibilità di siffatto ricorso il previo esperimento del tentativo di mediazione presso un organismo conciliatorio, obbligatorio in materia condominiale.

Secondo una recente decisione del Tribunale di Padova (decr. 24 febbraio 2015) siffatto obbligo sussisterebbe anche per il procedimento di revoca dell'amministratore di condominio, in virtù del disposto dell'art. 71 - quater disp. att. c.c. che prevede come per controversie in materia di condominio ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d. lg. 4 marzo 2010 n. 28, si intendono quelle derivanti da violazione o errata applicazione delle disposizioni del libro III, titolo VII, capo II, del codice e degli articoli da 61 a 72 delle disp. att. c.c.

Tale assunto però parrebbe confliggere con il disposto del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 che, all'art. 5, comma 4, lettera f), esclude l'obbligatorietà della mediazione per i procedimenti che si svolgono in camera di consiglio come il ricorso per la revoca dell'amministratore di condominio.

Siffatta antinomia normativa sembrerebbe infatti risolvibile mediante il criterio cd. di specialità applicando quale *lex specialis* la norma processuale in materia di mediazione.

Di conseguenza non dovrebbe ritenersi il previo esperimento della mediazione obbligatoria in materia condominiale quale condizione di procedibilità per il ricorso volto alla revoca dell'amministratore di condominio.

Punto nodale della tematica in esame riguarda il coordinamento tra la disciplina della revoca giudiziale dell'amministratore di condominio e quello della cd. *prorogatio imperii*.

Siffatto istituto non trova una compiuta definizione normativa all'interno del nostro ordinamento ma viene menzionato nei lavori preparatori della Carta Costituzionale.

La *prorogatio* si sostanzia nella possibilità per un organo di continuare ipso iure ad esercitare - sia pure limitatamente - i suoi poteri successivamente alla scadenza del termine previsto per la fine del suo mandato pur in assenza di un formale atto di proroga.

La ratio di codesto istituto si rinverrebbe nell'esigenza di assicurare la continuità delle funzioni dell'organo in ordine al quale opera.

In ordine alle funzioni pubbliche è opportuno ricordare che la Corte Costituzionale (Corte Cost. 4 maggio 1992 n. 208) ha escluso la vigenza nel nostro ordinamento di un principio generale di prorogatio ritenendola ammissibile nei soli casi previsti dalla legge stante la riserva di cui all'art. 97 Cost.

A tal proposito la L. 15 luglio 1994 n. 444 in materia di proroga degli organi amministrativi ha limitato il regime di prorogatio a soli 45 giorni dalla scadenza, durante i quali gli organi della p.a. possono adottare soltanto gli atti di ordinaria amministrazione oppure gli atti urgenti e indifferibili.

In materia condominiale è invece discussa la configurabilità dell'istituto della prorogatio.

Ciò in quanto la riforma del 2012 ha novellato il testo dell'art. 1129 c.c. il quale al comma decimo prevede ora espressamente ma con formula assai criptica che "l'incarico di amministratore ha durata di un anno e si intende rinnovato per uguale durata".

Secondo una tesi questa novella legislativa avrebbe abrogato l'istituto della prorogatio prevedendo soltanto la possibilità di un rinnovo automatico annuale dell'incarico dell'amministratore di condominio, che alla scadenza di tale periodo cesserebbe da ogni funzione (per un riepilogo delle diverse prospettazioni sul punto Cfr. GIORGETTI M., *Il condominio: cosa cambia*, Il civilista, 2012; REZZONICO S., TUCCI G., *La nuova guida per amministratori e condomini*, Le Guide di Consulente Immobiliare, dicembre 2012).

Ciò al fine di stimolare l'assemblea condominiale a provvedere senza indugio alla nomina del nuovo amministratore oppure al rinnovo dell'incarico dell'amministratore uscente.

Altra impostazione ritiene invece che al termine di siffatto periodo di rinnovo automatico previsto dall'art. 1129, comma decimo, c.c. inizierebbe la cd. prorogatio fino al momento del conferimento del nuovo mandato da parte dell'assemblea.

Siffatta prospettiva parrebbe invero preferibile in virtù del fatto che in materia civilistica non opera la riserva di legge di cui all'art. 97 Cost., pertanto l'esigenza di assicurare la continuità delle funzioni dell'organo suggerirebbe la possibilità di ammettere la vigenza della prorogatio onde evitare che l'inerzia dell'assemblea possa paralizzare l'amministrazione condominiale.

Ma uno degli aspetti più discussi riguarda l'ammissibilità della revoca giudiziale dell'amministratore di condominio che si trovi in regime di prorogatio.

Esiste infatti un filone giurisprudenziale che nega la revocabilità dell'amministratore durante la prorogatio sul rilievo che l'eventuale revoca sarebbe inutile in quanto il suo mandato sarebbe già scaduto.

Si v., per tutti, Trib. Catania (decr.) 10 febbraio 2014, secondo cui non può essere revocato l'amministratore che opera in regime di prorogatio in quanto "il mancato rinnovo della carica o la revoca hanno lo stesso identico contenuto e le stesse identiche conseguenze".

L'assunto non parrebbe minimamente condivisibile in quanto poggia su un'inaccettabile equiparazione tra amministratore revocato e amministratore in prorogatio che non può ammettersi ove sol si pensi che l'amministratore in prorogatio può adottare tutti gli atti di ordinaria amministrazione e gli atti indifferibili e urgenti.

Inoltre la pronuncia di revoca - contrariamente a quanto asserito dalla giurisprudenza - avrebbe la specifica utilità di determinare, sensi del comma 13 dell'art. 1129 c.c., l'impossibilità in capo all'amministratore revocato ad essere nuovamente nominato da parte dell'assemblea.

Peraltro ove si ammettesse la non revocabilità dell'amministratore di condominio in prorogatio si eliderebbe la possibilità di un controllo giudiziale sull'operato dell'amministratore a discapito delle minoranze dell'assemblea condominiale la cui tutela dovrebbe essere invece il fulcro della disciplina legislativa inerente alla funzione assembleare.

Ed infatti basterebbe che l'amministratore evitasse di farsi rinnovare il proprio incarico per non essere revocabile giudizialmente e sottrarsi ai doveri previsti dalla legge per l'espletamento della sua funzione (in primis convocazione dell'assemblea per l'approvazione del rendiconto annuale e presentazione dello stesso).

E' opportuno infatti sottolineare che l'amministratore in regime di prorogatio conserva gli stessi poteri e quindi anche quello di convocazione dell'assemblea e di rappresentanza in giudizio del condominio.

Ne consegue che parrebbe doversi ammettere l'opportunità e l'utilità della revoca giudiziale - ove beninteso ne ricorrano i presupposti - anche per l'amministratore di condominio che operi in regime di prorogatio.

Ulteriore riflessione infine riguarda la possibilità di proporre congiuntamente all'istanza di revoca la richiesta di risarcimento dei danni cagionati dall'amministratore revocando nell'inadempimento dei doveri derivanti dal proprio mandato.

La risposta parrebbe dover essere negativa atteso il carattere di volontaria giurisdizione del ricorso ex art. 64 disp. att. c.c. e l'inidoneità del relativo provvedimento ad acquisire la definitività propria della cosa giudicata.

FRANCESCA PICARDI

L'imposta di registro agevolata per l'acquisto della prima casa: novità legislative ed orientamenti giurisprudenziali

Sommario: 1. Premessa. – 2. Ambito applicativo. – 3. Gli immobili esclusi. – 4. Requisiti. – 4.1. Preclusione della titolarità di altro immobile nello stesso comune o acquistato con le agevolazioni prima casa. – 4.2. Residenza o lavoro nel comune di ubicazione dell'immobile. – 5. Decadenza e forza maggiore. – 6. Vendita nel quinquennio.

1. Premessa.

Le agevolazioni prima casa sono quei benefici fiscali, consistenti nella riduzione delle aliquote dell'imposta di registro o sul valore aggiunto e dell'imposta ipotecaria e catastale, previste per l'ipotesi di acquisto di un immobile ad uso abitativo, ove ricorrano determinate condizioni, tra cui non è compresa la destinazione ad alloggio del contribuente ma piuttosto la collocazione nel comune di sua residenza o nel suo luogo di lavoro. Si tratta, dunque, di uno strumento che tende solo in via eventuale a soddisfare le esigenze abitative dell'acquirente e che, più in generale, favorisce l'accesso alla proprietà come modalità di utilizzo del risparmio, alla luce degli artt. 42 e 47 Cost.

In questa sede ci si occuperà solo dell'imposta di registro, cercando di offrire un panorama dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità e delle più significative novità legislative, tra cui, ad esempio, l'individuazione degli immobili esclusi con riferimento alle categorie catastali invece che alla definizione degli immobili di lusso, l'ulteriore riduzione dell'aliquota dal 4% al 2%, la possibilità di usufruire dei benefici anche in caso di attuale titolarità di altro immobile, per il quale si è già usufruito del regime agevolato, a condizione della sua vendita entro l'anno.

2. Ambito applicativo.

L'art. 1 della Parte I della Tariffa allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, nel disciplinare l'imposta di registro degli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni immobili in genere

e degli atti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento, compresi la rinuncia pura e semplice agli stessi, i provvedimenti di espropriazione per pubblica utilità e i trasferimenti coattivi, stabilisce che, ove ricorrano le condizioni di cui alla nota II-bis, l'aliquota è quella del 2% in luogo di quella ordinaria del 9 % se il trasferimento ha per oggetto case di abitazione, ad eccezione di quelle di categoria catastale A1, A8 e A9. La riduzione dell'aliquota dal 4% al 2% è avvenuta con il d.lgs. 14 marzo 2011, limitatamente all'imposta di registro, mentre è rimasta invariata la disciplina dell'IVA, non essendo stata apportata alcuna modificazione al n. 21 della Parte II della Tabella allegata al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633. Successivamente, con la legge 28 dicembre 2015, n. 208, è stata introdotta l'aliquota ulteriormente agevolata dell'1,5% in caso l'acquisto tramite banche ed intermediari autorizzati all'esercizio di attività di leasing finanziario.

Come risulta chiaramente dal tenore letterale, la disciplina in esame è applicabile:

solo ai trasferimenti a titolo oneroso, rinvenendosi, invece, quella per gli atti a titolo gratuito, *inter vivos* e *mortis causa*, in altra sede (in particolare nell'art. 69 della legge 21 novembre 2000, n. 342 e nel d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, nuovamente vigente in virtù dell'art. 2, comma 47, del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito nella legge 24 novembre 2006, n. 286);

non solo all'ipotesi di acquisto della piena, ma anche della nuda proprietà (in questo senso, sebbene riguardo alla normativa precedente, Cass., Sez. T, 30 gennaio 2008, n. 2071).

Ai sensi della nota II bis dell'art. 8 della Parte I della Tariffa allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, i provvedimenti che accertano l'acquisto per usucapione della proprietà di beni immobili o di diritti reali di godimento sui beni medesimi sono soggetti all'imposta secondo le disposizioni dell'articolo 1 della tariffa, per cui, ove ne ricorrano i requisiti, si applica l'aliquota agevolata prevista per l'acquisto a titolo oneroso della prima casa anche alle sentenze dichiarative dell'usucapione. La giurisprudenza di legittimità ha, però, chiarito che i benefici sono limitati all'imposta di registro, mentre ne restano escluse le imposte ipotecarie e catastali, in quanto il citato art. 8, nota II bis, non ne fa menzione e non è suscettibile di interpretazione estensiva (Cass., Sez. T, 16 dicembre 2008, n. 29371 e Cass., Sez. T, 29 febbraio 2008, n. 5447; in dottrina sull'argomento v. Fedele Andrea, Le sentenze che accertano l'usucapione immobiliare e le imposte sui trasferimenti della ricchezza: equiparati o rinvii?, in *Riv. giur. trib.*, 2009, 343).

3. Gli immobili esclusi.

Originariamente, in virtù dell'art. 2 del d.l. 7 febbraio 1985, n. 12, convertito in legge 5 aprile 1985, n. 118, e dell'art. 1 della Tariffa allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, come modificato dal d.l. 22 maggio 1993, n. 155, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 243, l'agevolazione consisteva nella riduzione dell'aliquota dall'8% al 4% ed era circoscritta all'acquisto di una casa di abitazione non di lusso secondo i criteri di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici del 2 agosto 1969, sicché era del tutto irrilevante la classificazione catastale dell'immobile (così Cass., Sez. T, 21 ottobre 2014, n. 22310, e Cass., Sez. T, 23 giugno 2000, n. 8600) o il requisito dell'abitabilità dei singoli ambienti, non richiamato dall'art. 6 del citato decreto del Ministro dei Lavori Pubblici, potendo computarsi nella superficie utile tutti gli spazi concretamente utilizzabili, come, ad esempio, vani seminterrati o qualificati come soffitte e cantine, ma con accesso diretto all'interno dell'abitazione ed ad essa indissolubilmente legati (così, ad esempio, Cass. Sez. T, 18 maggio 2016, n. 10191; v. anche Cass., 10 agosto 2010, n. 18491, che precisa che il nuovo immobile, dovendo fungere da alloggio, deve essere munito di abitabilità, ma che, in difetto dell'espressa previsione di un termine, non è necessario che l'accatastamento dell'immobile quale abitazione, indispensabile affinché si realizzi la predetta destinazione, sussista al momento dell'atto di acquisto, dovendo piuttosto essere valutato con esclusivo riguardo al rispetto al termine di decadenza di diciotto mesi, stabilito per la fissazione della residenza nel comune di ubicazione).

L'art. 10 del d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23 ha, però, modificato il tenore della disposizione in esame, eliminando ogni riferimento al decreto del Ministro dei lavori pubblici del 2 agosto 1969 e definendo l'ambito applicativo delle agevolazioni prima casa in ragione della classificazione catastale dell'immobile, per cui ai trasferimenti effettuati a decorrere dal 1° gennaio 2014 (data dell'entrata in vigore del citato art. 10) si applicherà l'aliquota del 2% se aventi ad oggetto le case di abitazione, ad eccezione di quelle di categoria catastale A1 (abitazioni di tipo signorile), A8 (abitazioni in ville) e A9 (castelli e palazzi di eminenti pregi artistici e storici). Dalla modifica legislativa dovrebbe derivare una significativa semplificazione e razionalizzazione in considerazione della concentrazione del contenzioso sui provvedimenti di classamento catastale, la cui omessa e tempestiva impugnazione precluderà il godimento dei benefici *de quibus* relativamente agli immobili che ricadono nelle categorie A1, A8 e A9. Come precisato dalla circolare dell'Agenzia delle entrate n. 31 del 30 dicembre 2014, par. 24, sebbene con riferimento

all'IVA (v. anche B. Iannello, *Agevolazioni prima casa: aperture e chiusure della Cassazione su presupposti e decadenze*, in *Corr. trib.* 2016, 208), nell'atto di trasferimento dell'abitazione, oltre ad attestare la sussistenza delle altre condizioni prescritte per usufruire dell'agevolazione, va dichiarata la classificazione o la classificabilità catastale dell'immobile nelle categorie che possono beneficiare dell'aliquota agevolata e, cioè, A/2 (abitazioni di tipo civile), A/3 (abitazioni di tipo economico), A/4 (abitazioni di tipo popolare), A/5 (abitazioni di tipo ultra popolare), A/6 (abitazioni di tipo rurale), A/7 (abitazioni in villini), A/11 (abitazioni ed alloggi tipici dei luoghi).

4. Requisiti.

Secondo quanto risulta dalla nota II bis dell'art. 1 della Parte I della Tariffa del d.P.R. n. 131 del 1986, ai fini dell'applicazione dell'aliquota del 2 % agli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di case di abitazione non di lusso e agli atti traslativi o consuntivi della nuda proprietà, dell'usufrutto, dell'uso e dell'ambientazione relativi alle stesse, l'acquirente deve dichiarare nell'atto di acquisto:

che l'immobile è ubicato nel territorio del comune in cui ha o stabilirà entro diciotto mesi dall'acquisto la propria residenza o, se diverso, in quello in cui svolge la propria attività ovvero, se trasferito all'estero per ragioni di lavoro, in quello in cui ha sede o esercita l'attività il soggetto da cui dipende ovvero, nel caso in cui sia cittadino italiano emigrato all'estero, che l'immobile sia acquisito come prima casa sul territorio italiano;

di non essere titolare esclusivo o in comunione con il coniuge dei diritti di proprietà, usufrutto, uso e abitazione di altra casa di abitazione nel territorio del comune in cui è situato l'immobile da acquistare;

di non essere titolare, neppure per quote, anche in regime di comunione legale su tutto il territorio nazionale dei diritti di proprietà, usufrutto, uso, abitazione e nuda proprietà su altra casa di abitazione acquistata dallo stesso soggetto o dal coniuge con le agevolazioni in esame o con quelle analoghe, oggetto di specifica elencazione.

In proposito è sufficiente rinviare a Cass., Sez. T, 12 febbraio 2009, n. 3449 (Il godimento dei benefici fiscali concernenti l'imposta di registro per l'acquisto della prima casa presuppone, tra l'altro, che il contribuente nell'atto di acquisto dell'immobile manifesti la volontà di fruirne, dichiarando espressamente, pena l'inapplicabilità dei benefici stessi: a) di volere stabilirsi nel

comune dove si trova l'immobile; b) di non godere di altri diritti reali su immobili siti nello stesso comune; c) di non avere già fruito dei medesimi benefici, secondo quanto prescritto dalla nota II bis della Tariffa allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131).

Allo stato attuale, inoltre, nell'ipotesi in cui l'acquirente, pur essendo titolare di altra abitazione acquistata con le agevolazioni prima casa, voglia usufruirne ugualmente, dovrà dichiarare l'intenzione di alienare l'immobile *de quo* entro un anno (sul punto v. *infra* ed in dottrina Busani, *Estesa l'agevolazione "prima casa" in talune ipotesi di "alienazione postuma" della casa preposseduta*, in *Corr. trib.*, 2016, 264).

Merita, inoltre, di essere segnalata Cass., Sez. T, 14 maggio 2003, n. 7437, secondo cui le formalità prescritte per usufruire dell'agevolazione prima casa devono essere adempiute, a pena di decadenza, nell'atto di acquisto avente ad oggetto tale abitazione, sicché nel caso di trasferimento di un'unità abitativa ad un coniuge disposto nel verbale di separazione consensuale, la richiesta delle agevolazioni e la contestuale dichiarazione circa l'esistenza dei detti presupposti va formulata nel verbale di separazione stesso, che tiene luogo dell'atto pubblico di acquisto: invero, il principio non dovrebbe operare ove in sede di separazione o divorzio sia assunto solo l'impegno al trasferimento, rinviandosi l'effetto traslativo ad un successivo rogito notarile.

Va, infine, sottolineato che se l'acquisto avviene in virtù di sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., all'esito d'inadempimento di un preliminare, le manifestazioni di volontà prescritte dall'art. 1, nota II bis, della tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986 vanno rese prima della registrazione del provvedimento giudiziario e non possono essere effettuate in un momento successivo, atteso il carattere necessario della collaborazione del contribuente, che integra un presupposto del beneficio e costituisce un'eccezione al principio generale desumibile dall'art. 77 del d.P.R. predetto, secondo cui un'agevolazione non richiesta al momento della imposizione non è perduta, potendosi rimediare, nei previsti limiti temporali, alla erroneità di quest'ultima (Cass., Sez. T, 3 febbraio 2014, n. 2261).

4.1. Preclusione della titolarità di altro immobile nello stesso comune o acquistato con le agevolazioni prima casa.

Relativamente al requisito sub b), si riferisce a discipline non più in vigore l'orientamento che intendeva in senso soggettivo il requisito della non possidenza di altro fabbricato abitativo,

ritenendolo, quindi, sussistente anche in caso di titolarità, da parte dell'acquirente, di altro alloggio concretamente idoneo, per dimensioni e caratteristiche, alle esigenze abitative anche della sua famiglia. In proposito Cass., Sez. T., 21 dicembre 2015, n. 25646 ha evidenziato che la nota II bis dell'art. 1 *de quo*, come modificata dalla legge 28 dicembre 1995, n.549, condiziona l'agevolazione alla non titolarità del diritto di proprietà di altra casa di abitazione nel territorio del comune ove è situato l'immobile da acquistare, senza più il riferimento all'idoneità dell'immobile, presente, invece, nella precedente formulazione della norma, sicché non assume più rilievo la situazione soggettiva del contribuente o il concreto utilizzo del bene, ma solo il parametro oggettivo della classificazione catastale dell'immobile.

Sembra, invece, conservare valore la posizione secondo cui l'agevolazione fiscale per l'acquisto della prima casa non è preclusa al titolare di una quota particolarmente esigua di altro immobile ubicato nello stesso comune di quello nuovo, visto che la facoltà di usare il bene comune, senza impedire a ciascuno degli altri comunisti di farne parimenti uso, ai sensi dell'art. 1102 c.c., non consente di destinare la casa comune ad abitazione di uno solo dei comproprietari, per cui la titolarità della quota è simile a quella di immobile idoneo a soddisfare le esigenze abitative dell'acquirente ed è compatibile con il beneficio fiscale *de quo* (Cass., Sez. T, 10 settembre 1999, n. 9647, Cass., Sez. T, 14 maggio 2007, n. 10984; Cass., Sez. T, 8 ottobre 2014, n. 21289). Difatti, alla luce del tenore letterale della lett b), differentemente da quanto avviene per la lett. c), solo la comunione tra i coniugi e non quella tra estranei o altri affini e parenti esclude l'impossibilità e la conseguente possibilità di usufruire dell'agevolazione prima casa nell'acquisto di un ulteriore cespite. Occorre sottolineare, quanto alla posizione dei coniugi, che in alcune pronunce della Suprema Corte si distingue tra comunione legale e comunione ordinaria, ritenendosi che solo la prima precluda l'acquisto di un nuovo immobile con i benefici prima casa (v., ad esempio, nella motivazione di Cass., Sez. T, 8 ottobre 2014, n. 21289, "solo la comunione legale tra i coniugi osta all'agevolazione"). In dottrina (A. Sartore, *Pregressa comproprietà di immobile in comunione con il coniuge e agevolazioni prima casa: notazioni critiche a Cass., Sez. T, 8 ottobre 2014, n. 21289*, in *Riv. not.* 2015, 160), però, sono state avanzate perplessità su tale distinzione atteso che il regime patrimoniale non interferisce con l'osservanza dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio, in particolare con quello di coabitazione, per cui dalla scelta del regime di comunione legale piuttosto che di separazione dei beni non potrebbe derivare

un'inammissibile ed incostituzionale disparità di trattamento tra i coniugi. Del resto, in Cass., Sez. T, 19 febbraio 2014, n. 3931, si legge “quando, per effetto della separazione personale (usualmente, già a seguito del provvedimento presidenziale di cui all'art. 708 c.p.c.), cessa il dovere della coabitazione, viene, in conseguenza, meno la destinazione dell'immobile ad abitazione familiare, che .. è presunta dalla norma agevolatrice, e ne costituisce la *ratio* ... tale effetto non si verifica in virtù del mutamento convenzionale del regime patrimoniale adottato dai coniugi, che non interferisce con l'osservanza dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio”. In ogni caso, al verificarsi della separazione legale, la comunione tra coniugi di un diritto reale su un immobile, sebbene originariamente acquistato in regime di comunione legale, va equiparata alla contitolarità indivisa tra estranei, compatibile con le agevolazioni prima casa (come affermato da Cass., Sez. T, 19 febbraio 2014, n. 3931, che non risulta smentita da Cass., Sez. T, 26 marzo 2014, n. 7069, secondo cui non assume, invece, rilevanza la mera separazione di fatto al fine di consentire al coniuge, comproprietario con l'altro di un immobile, di fruire dell'agevolazione prima casa nell'acquisto di un nuovo cespite).

Per completezza va, infine, ricordato che la diversa situazione dei coniugi – in particolare relativamente ai requisiti sub b) e c) - rende necessaria la diversificazione della tassazione dell'atto, con il riconoscimento delle agevolazioni prima casa limitatamente alla quota di pertinenza di quello dei coniugi che non sia titolare di altro immobile sito nello stesso comune o altrove, ma, comunque, acquistato con i benefici in esame (v. Cass., Sez. T, 21 settembre 1999, n. 10196, Cass., Sez. T, 20 agosto 1997, n. 7762, e Cass., Sez. T, 4 aprile 1996, n. 3159, rispetto alle quali non si pone in contrasto Cass., Sez. T, 28 ottobre 2000, n. 14237, che si riferisce alla possibilità che entrambi i coniugi in comunione legale fruiscano del regime agevolato, nonostante uno di essi risieda in un comune diverso da quello di ubicazione del bene: sul punto v. *infra*. In dottrina si è, però osservato che queste decisioni rappresentano “una nozione errata di comunione legale tra coniugi considerando che tale regime possa essere soggetto a quote”, nonostante i beni che vi ricadono non possano essere venduti parzialmente, ma solo integralmente e con la «firma» congiunta dei coniugi stessi: così D. Bleve, *Sulla comunione legale ai fini delle c.d. agevolazioni sulla prima casa*, in *Dir. prat. trib.* 2001, 544).

Relativamente al requisito sub c), deve sottolinearsi che, in virtù del comma 4 bis della nota 2 bis dell'art. 1 della Parte I della Tariffa, introdotto dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208,

l'aliquota del 2 % cento si applica anche agli atti di acquisto per i quali l'acquirente non soddisfa il requisito di cui alla lettera c) del comma 1 e per i quali i requisiti di cui alle lettere a) e b) del medesimo comma si verificano senza tener conto dell'immobile acquistato con le agevolazioni elencate nella lettera c), a condizione che quest'ultimo sia alienato entro un anno dalla data dell'atto. In pratica, mentre in passato, al fine di poter usufruire nuovamente delle agevolazioni prima casa, occorreva prima alienare l'immobile già acquistato con tale beneficio fiscale, attualmente è possibile procedere al nuovo acquisto facendo affidamento sulla futura vendita entro l'anno successivo. Si tratta di una misura di favore che, tenendo conto della situazione critica del mercato immobiliare, tende ad incoraggiare gli acquisti ed a favorire le successive vendite, le quali verranno concluse anche a prezzi inferiori, pur di conservare le agevolazioni (In proposito in dottrina v. A. Busani, Estesa l'agevolazione "prima casa" in talune ipotesi di "alienazione postuma" della casa preposseduta, in Corr. trib. 2016, 257ss, il quale rileva che tenuto conto del tenore letterale e dell'univoco riferimento all'aliquota agevolata del 2%, non ricadono nell'ambito applicativo della disposizione le vendite soggette non ad imposta di registro, ma ad IVA, in cui le agevolazioni prima casa si traducono nella riduzione dell'aliquota al 4%).

Al riguardo occorre ricordare che non è, invece, consentito usufruire del regime di agevolazioni per l'acquisto della "prima casa", previa rinuncia ad un precedente analogo beneficio, conseguito in virtù della medesima disciplina, in ragione del divieto di reiterazione interna derivante dalla legge e del carattere negoziale, non revocabile per definizione, della precedente dichiarazione di voler fruire del beneficio (così Cass., Sez. T, 30 luglio 2014, n. 17294 e già prima Cass., Sez. T, 28 giugno 2000, n. 8784).

4.2. Residenza o lavoro nel comune di ubicazione dell'immobile.

I benefici fiscali per l'acquisto della prima casa spettano unicamente a chi possa dimostrare in base ai dati anagrafici di risiedere o lavorare nel comune dove ha acquistato l'immobile senza che, a tal fine, possano rilevare la residenza di fatto o altre situazioni contrastanti con le risultanze degli atti dello stato civile (tra le tante, Cass., Sez. T, 2 febbraio 2012, n. 1530, relativa alle agevolazioni previste dall'art. 16 del d.l. 22 maggio 1993, n. 155, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 243; v. anche Cass., Sez. T, 3 febbraio 2014, n. 2266, secondo cui, ai fini dell'applicazione dell'art. 1, nota II bis, comma 4, della Tariffa allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n.

131, le situazioni di mero fatto contrastanti con gli atti dello stato civile non hanno alcun rilievo, dovendo farsi esclusivo riferimento alla residenza anagrafica).

Quanto all'attività lavorativa, la recente Cass., Sez. T, 30 giugno 2016, n. 13416, ha precisato che la previsione di cui all'art. 1, lett. a), nota II bis, tariffa I parte, del d.P.R. n. 131 del 1986, nell'individuare tra i requisiti per usufruire dell'agevolazione quello che l'acquirente svolga la propria attività lavorativa nel Comune ove l'immobile acquistato è ubicato, non richiede che l'attività lavorativa sia svolta in tale luogo in modo prevalente.

La residenza non deve necessariamente sussistere al momento dell'atto, ma può essere conseguita dall'acquirente entro il termine di dodici mesi, aumentato a diciotto dall'art. 33, comma 12, della legge 23 dicembre 2000, n. 288. In proposito occorre ricordare che l'estensione da dodici a diciotto mesi del termine per l'effettivo trasferimento della residenza nell'immobile trova applicazione anche nel caso in cui, alla data di entrata in vigore (1° gennaio 2001) della legge di proroga, non sia ancora decorso l'anno dalla conclusione del contratto, atteso che, in assenza di regime transitorio, una norma che prolunghi la durata di un termine decadenziale stabilito da una precedente disposizione, ove entri in vigore prima della sua scadenza e, cioè, prima della decadenza dal diritto, esplica la sua efficacia sul rapporto giuridico ancora pendente, pur non essendo retroattiva (v. Cass., Sez. T, 16 ottobre 2015, n. 20987 e Cass., Sez. T, 22 febbraio 2014, n. 1255; al contrario, come chiarito da Cass., Sez. T, 29 aprile 2009, n. 10014, qualora l'acquisto abbia avuto luogo sotto la vigenza dell'art. 3, comma 131, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, e sia inutilmente decorso il termine di dodici mesi ivi stabilito, non spiega alcun effetto l'entrata in vigore dell'art. 3, comma 12, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, che ha elevato a diciotto mesi il predetto termine, in quanto tale disposizione, non avendo natura interpretativa, non è applicabile ai rapporti esauriti).

È ormai pacifico che, al fine di evitare la decadenza dai benefici fiscali, la decorrenza della residenza anagrafica va ancorata alla dichiarazione di trasferimento resa dall'interessato nel comune di nuova residenza, ancorché la relativa pratica non sia conclusa, stante l'unicità del procedimento amministrativo inteso al mutamento dell'iscrizione anagrafica, sancita dall'art. 18, comma 2, del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, che postula la necessaria saldatura tra cancellazione dall'anagrafe di un comune e l'iscrizione in quella del luogo di nuova residenza (*ex plurimis*, Cass., Sez. T, 16 settembre 2015, n. 18187 e Cass., Sez. T, 1° ottobre 2015, n. 19684. In passato

nello stesso senso già Cass., Sez. T, 26 ottobre 2007, n. 22528 e Cass., Sez. T, 19 dicembre 2002, n. 18077, secondo cui, in tema d'imposta di registro, l'art. 2 del d.l. 7 febbraio 1985 n. 12, convertito nella legge 5 aprile 1985, n. 118, richiede, per la fruizione dei benefici ivi previsti, che l'immobile venga acquistato nel comune di residenza o in quello in cui si svolge l'attività lavorativa del compratore e che lo stesso venga effettivamente impiegato ad uso abitativo: a tali fini, ferma restando, quanto alla determinazione della residenza, la prevalenza del dato anagrafico sulle risultanze fattuali, in base al principio della unicità del procedimento amministrativo inteso al mutamento dell'iscrizione anagrafica, sancito anche dall'art. 18, comma 2, del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 - che, nell'affermare la necessità della saldatura temporale tra cancellazione dall'anagrafe del comune di precedente iscrizione ed iscrizione in quella del comune di nuova residenza, stabilisce che la decorrenza è quella della dichiarazione di trasferimento resa dall'interessato nel comune di nuova residenza - il beneficio fiscale della "prima casa" spetta a coloro che, pur avendone fatto formale richiesta, al momento dell'acquisto dell'immobile non abbiano ancora ottenuto il trasferimento della residenza nel comune in cui è situato l'immobile stesso). Nessuna rilevanza giuridica può rivestire, invece, l'eventuale conseguimento della residenza in data successiva al termine all'uopo fissato, ovvero, come nella specie, il mancato accoglimento da parte del comune di una domanda di trasferimento della residenza anteriormente formulata dall'interessato, in assenza dell'accertamento di vizi inficianti il provvedimento che respinga tale richiesta o attinenti al procedimento che lo origina, essendo necessaria, ai fini predetti, l'esatta identificazione della decorrenza degli effetti dell'iscrizione anagrafica (Cass., Sez. T, 15 giugno 2010, n. 14399).

In caso di acquisto da parte dei coniugi in regime di comunione legale ex art. 177 c.c., il requisito della residenza nel Comune in cui è ubicato l'immobile va riferito alla famiglia, sicché è sufficiente che l'immobile acquistato sia destinato a residenza familiare, mentre non assume rilievo la circostanza che uno dei coniugi non abbia la residenza anagrafica in tale Comune, non sussistendo l'obbligo di una comune sede anagrafica ma piuttosto quello di coabitazione (Cass., Sez. T, 23 dicembre 2015, n. 25889, Cass., Sez. T, 28 giugno 2013, n. 16355, Cass., Sez. T, 28 gennaio 2009, n. 2109, Cass., Sez. T, 8 settembre 2003, n. 13085). Cass., Sez. T, 17 dicembre 2014, n. 26653 ha, però, precisato che il beneficio fiscale correlato all'acquisto della "prima casa", di cui all'art. 1, nota II bis, lett. b), della Tariffa allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, non si

estende al coniuge che abbia acquistato, in regime di separazione dei beni, il diritto reale su di un immobile e non abbia trasferito la propria residenza nel comune ove il bene si trova, benché in esso risieda il nucleo familiare, non potendosi dare rilievo alla residenza della famiglia nel caso in cui l'acquisto, restando nell'esclusiva sfera giuridica dell'acquirente, non costituisce sostrato patrimoniale della famiglia.

5. Decadenza e forza maggiore.

Il mancato trasferimento della residenza nel termine di legge comporta la perdita delle agevolazioni fiscali.

Tuttavia, secondo l'orientamento che sembra prevalere, la decadenza non si verifica se la condotta omissiva è giustificata da una causa di forza maggiore, caratterizzata dai requisiti della non imputabilità al contribuente, della necessità e della imprevedibilità (v., tra le tante, Cass., Sez. T, 19 gennaio 2016, n. 864, secondo cui la causa di forza maggiore, idonea ad impedire la decadenza dai benefici fiscali c.d. prima casa dell'acquirente, che non abbia trasferito la propria residenza nel comune ove è situato l'immobile entro 18 mesi dall'acquisto, pur potendo riferirsi all'inutilizzabilità dello stesso per mancato compimento dei lavori o per mancato rilascio di titoli abilitativi, deve tuttavia essere caratterizzata dai requisiti della non imputabilità al contribuente, della necessità e della imprevedibilità).

La Suprema Corte ha ritenuto la sussistenza di forza maggiore rilevante ai sensi del d.P.R. n. 131 del 1986 nell'ipotesi di:

sospensione dei lavori di ristrutturazione dell'immobile disposta dalla soprintendenza per la cd. "sorpresa archeologica" e, cioè, per il rinvenimento di reperti (Cass., Sez. T, 7 giugno 2013, n. 14399);

ostacoli frapposti dall'inquilina all'esecuzione per rilascio in tre diversi accessi, con differimento di circa dieci mesi nell'acquisizione del possesso dell'immobile (così Cass., Sez. T, 17 dicembre 2015, n. 25437, mentre, invece, Cass., Sez. T, 11 giugno 2014, n. 13177 ha reputato inidonea ad evitare la decadenza l'intimazione dello sfratto per finita locazione, nei confronti del precedente inquilino, già nota all'acquirente al momento del rogito, per una data posteriore ai diciotto mesi previsti per il trasferimento di residenza circostanza, che lo sfratto).

Incerta la riconducibilità alla forza maggiore dell'omesso trasferimento di residenza determinato dal ritardato esaurimento dei procedimenti in materia di edilizia ed urbanistica. In senso favorevole si è orientata Cass., Sez. T, 23 dicembre 2015, n. 25880 di fronte ad un anomalo ritardo della P.A. nel concedere un'autorizzazione aggiuntiva conseguente alla complessità sopravvenuta di lavori di rifacimento di un vecchio stabile, non rientrando l'inefficienza e il non motivato ritardo dell'ente pubblico nella sfera di disponibilità del contribuente, mentre in senso contrario le precedenti Cass., Sez. T, 10 marzo 2015, n. 4800, secondo cui il ritardo della P.A. nel rilascio delle autorizzazioni edilizie per la realizzazione delle opere di ristrutturazione e l'abitabilità non costituisce evento non prevedibile ed inevitabile, quale forza maggiore idonea ad impedire la decadenza dalle agevolazioni dell'acquirente di un immobile, ove questi non abbia trasferito la residenza nel perentorio termine di diciotto mesi dall'acquisto, e Cass., Sez. T, 17 ottobre 2005, n. 20066, che ha cassato la sentenza della commissione tributaria regionale, in cui il ritardo, da parte del Comune, nel rilascio della concessione edilizia in sanatoria era stato qualificato quale oggettiva situazione di fatto ostativa all'utilizzo dell'immobile, non imputabile al contribuente.

Cass., Sez. T, 26 marzo 2014, n. 7067 ha, invece, escluso la ricorrenza di una situazione di forza maggiore, caratterizzata dalla non imputabilità al contribuente e dall'inevitabilità ed imprevedibilità dell'evento, in caso di mancata ultimazione di un appartamento in costruzione, atteso che, in assenza di specifiche disposizioni, non vi è ragione di differenziare il regime fiscale di un siffatto acquisto rispetto a quello di un immobile già edificato.

Deve, però, segnalarsi la posizione di Cass., Sez. T, 10 febbraio 2016, n. 2616, secondo cui, consistendo il trasferimento della residenza nel termine previsto in un onere per l'acquirente, non può attribuirsi rilevanza alla forza maggiore, idonea a giustificare l'inadempimento di un'obbligazione, che nella fattispecie in esame non sussisterebbe, non essendo l'Amministrazione finanziaria titolare di un corrispondente diritto soggettivo. Ad ogni modo, tale pronuncia sembra essere rimasta, allo stato, isolata.

In particolare le successive Cass., Sez. T, 24 giugno 2016, n.13148 e 28 giugno 2016, n. 13346, preso atto del contrasto insorto, confermano la configurabilità della forza maggiore rispetto all'omesso trasferimento della residenza nel termine previsto, non ritenendo l'istituto limitato alle

sole obbligazioni, ma precisano che, in considerazione degli elementi costitutivi della fattispecie agevolativa, essa deve consistere in un evento - imprevedibile e non imputabile al contribuente - ostativo al trasferimento della residenza nel comune ove è ubicato l'immobile acquistato e non semplicemente nell'immobile acquistato.

Per completezza, infine, va segnalato che la forza maggiore non opera, invece, con riferimento alla diversa ipotesi della vendita dell'immobile nel quinquennio e del mancato riacquisto di altro immobile entro l'anno successivo (per tutte Cass., Sez. T, 20 febbraio 2003, n. 2552, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost., dell'art. 1 del d.l. n. 16 del 1993, convertito nella legge n. 75 del 1993, nella parte in cui prevede l'applicazione delle imposte ordinarie anche nel caso in cui il mancato riacquisto, entro un anno dalla vendita infraquinquennale dell'immobile precedentemente acquistato con i benefici fiscali, di altro immobile destinato ad abitazione principale sia dovuto a causa di forza maggiore, poiché l'applicazione dell'ordinario regime tributario non ha natura sanzionatoria di una condotta dell'acquirente dell'immobile, rispetto alla quale soltanto potrebbe assumere significato l'esimente, ma consegue alla sopravvenuta mancanza di causa del beneficio invocato all'atto dell'acquisto, essendo venuta meno la finalità abitativa).

6. Vendita nel quinquennio.

Ai sensi della nota II bis, comma 4, dell'art. 1 della Parte I della Tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, sono dovute le imposte di registro, ipotecaria e catastale nella misura ordinaria, nonché una sovrattassa pari al 30 per cento delle stesse imposte, non soltanto in caso di dichiarazione mendace, ma anche di trasferimento per atto a titolo oneroso o gratuito degli immobili acquistati con i benefici di cui al presente articolo prima del decorso del termine di cinque anni dalla data del loro acquisto. Tuttavia, le predette disposizioni non si applicano nel caso in cui il contribuente, entro un anno dall'alienazione dell'immobile acquistato con i benefici di cui al presente articolo, proceda all'acquisto di altro immobile da adibire a propria abitazione principale.

Non consente di conservare i benefici l'acquisto di una quota esigua di comproprietà, che l'acquirente non possa destinare ad abitazione (v. Cass., Sez. T, 17 giugno 2011, n. 13291, secondo cui la condizione che il contribuente, entro un anno dal trasferimento del bene, prima del

decorso del termine di cinque anni dalla data dell'acquisto con i benefici, provveda all'acquisto di altro immobile da adibire a propria abitazione principale, non può essere soddisfatta dall'acquisto di una quota dell'immobile che, alla stregua dei limiti all'uso della cosa comune, previsti nell'art. 1102 c.c., non consenta in concreto di disporne come abitazione: nel caso di specie, il contribuente aveva alienato il bene entro cinque anni e riacquistato una quota pari a quattro millesimi di altro immobile, asseritamente da destinarsi a prima casa).

E', invece, equiparato all'acquisto entro un anno la realizzazione dell'abitazione, tramite appalto, su un terreno acquistato prima o dopo (così Cass., Sez. T, 27 novembre 2015, n. 24253, secondo cui il contribuente che nel quinquennio abbia rivenduto l'immobile evita la decadenza non solo se entro l'anno successivo acquisti un nuovo immobile, da adibire ad abitazione principale, ma anche se, tramite un appalto, realizzi su un proprio terreno, acquistato prima o dopo l'alienazione infraquinquennale, la propria abitazione principale, di cui diventa proprietario in virtù del principio dell'accessione, atteso che l'art. 1, nota II bis della parte prima della tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986 non distingue tra acquisti a titolo originario e derivativo). Parimenti non preclude la conservazione del beneficio l'eventuale titolo gratuito del nuovo acquisto (Cass., Sez. T, 13 novembre 2015, n. 23219, secondo cui il mantenimento dei benefici fiscali per l'acquisto della prima casa spetta, ai sensi del punto n. 4, nota II bis, parte prima, della Tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, al contribuente che, pur avendo alienato l'immobile nel quinquennio, ne acquisti un altro a titolo oneroso o anche a titolo gratuito, atteso che l'agevolazione ed il credito d'imposta ex art. 7 della legge n. 448 del 1998 sono riconosciuti relativamente a tutti i trasferimenti, sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito; Cass., Sez. T, 26 giugno 2013, n. 16077, secondo cui il mantenimento dei benefici fiscali per l'acquisto della "prima casa" spetta, ai sensi del punto n. 4 nota II bis Parte I della Tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, anche nel caso di nuovo acquisto entro l'anno, da parte del contribuente, quando il nuovo immobile sia oggetto di trasferimento a titolo oneroso o anche, come nella specie, a titolo gratuito, per effetto di una nuova donazione).

Cass., Sez. T, 29 luglio 2014, n. 17151 precisa, invece, che il contribuente che abbia venduto l'immobile entro cinque anni dall'acquisto, per evitare la decadenza dal beneficio, è tenuto a comprare, entro un anno dall'alienazione, altro immobile, non potendosi considerare sufficiente la stipula di un contratto preliminare, che ha effetti solo obbligatori, atteso che per "acquisto", ai

sensi dell'art. 1, nota II bis, quarto comma, della Tariffa allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, si deve intendere l'acquisizione del diritto di proprietà e non la mera insorgenza del diritto di concludere un contratto di compravendita.

Deve, infine, evidenziarsi il recente contrasto insorto, ai fini del mantenimento del trattamento agevolato, relativamente alla necessità del trasferimento della residenza sia nel comune di ubicazione del primo immobile sia in quello di ubicazione dell'immobile successivo o, al contrario, della sufficienza di quest'ultima condizione. In quest'ultimo senso si è orientata Cass., Sez. T, 7 ottobre 2015, n. 20042, secondo cui non incorre in alcun tipo di decadenza il contribuente che nei diciotto mesi dal primo acquisto, pur non avendo stabilito la propria residenza nel comune dell'immobile originariamente acquistato, lo abbia rivenduto e ne abbia acquistato, entro un anno dall'alienazione, un altro, provvedendo a fissare la residenza nel comune ove ha comprato il secondo immobile, come dichiarato nel successivo atto di compravendita. Ad avviso di Cass., Sez. T, 21 luglio 2015, n. 15266, invece, la conservazione dell'agevolazione, prevista dal comma 4, ultimo periodo, della nota II bis dell'art. 1 della Tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, a favore del contribuente che, pur avendo alienato l'immobile nel quinquennio, ne acquisti un altro da adibire ad abitazione principale entro un anno da tale alienazione, è subordinata, in base alla lettera e alla *ratio* della disposizione, alla presenza dei requisiti per la sua fruizione al momento del primo acquisto, sicché va esclusa ove non spettasse originariamente a causa di dichiarazione mendace o di fatti sopravvenuti, quale il mancato trasferimento della propria residenza nel comune di ubicazione dell'immobile. (In applicazione di tale principio, già enunciato da Cass., Sez. T, 15 febbraio 2013, n. 3749, la S.C. ha accolto il ricorso e, decidendo la causa nel merito, ha negato l'agevolazione al contribuente che aveva acquistato una casa in un comune diverso dal proprio, in cui non si era trasferito nel termine di diciotto mesi, avendo permutato tale immobile con un altro ubicato nel proprio comune di residenza). Del resto anche Cass., Sez. T, 30 aprile 2015, n. 8847 ha ritenuto che, ai sensi del comma 4, ultimo periodo, della nota II bis dell'art. 1 della Tariffa, Parte prima, allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, il contribuente che, venduto l'immobile nei cinque anni dall'acquisto, abbia acquistato, entro un anno da tale alienazione, un altro immobile, procedendo poi alla sua vendita ed all'acquisto infrannuale di un ulteriore immobile, può mantenere l'agevolazione solo se fornisce la prova che l'acquisto sia seguito dalla effettiva realizzazione della destinazione ad abitazione propria degli immobili

acquisiti nelle singole transazioni in virtù del concreto trasferimento della residenza anagrafica nell'unità abitativa correlata. Come rilevato dalla dottrina (B. Iannello, *Agevolazioni prima casa: aperture e chiusure della Cassazione su presupposti e decadenze*, in *Corr. trib.* 2016, 213), la posizione più recente di Cass., Sez. T, 7 ottobre 2015, n. 20042 avrebbe il pregio “di trovare il giusto equilibrio tra due opposte esigenze: da un lato, quello di realizzare le finalità della disciplina di favore (e cioè agevolare l’accesso alla casa di proprietà anche a coloro che sono costretti a ripetuti trasferimenti di residenza, per le contingenti necessità della vita) e, dall’altro, non avvantaggiare fiscalmente operazioni speculative consentendo, attraverso il solo possesso dei requisiti agevolativi in occasione del primo acquisto, la reiterazione *ad libitum* dei benefici sulla scorta della semplice dichiarazione di intento”.

LUCA VARRONE

Le sezioni unite ribadiscono che le norme di proroga dei termini sono di stretta interpretazione e insuscettibili di applicazione «allargata» a tributi diversi da quelli espressamente indicati (nota a S. U., sentenza n. 18574 del 22 settembre 2016, Rv. 641073).

Sommario: 1. Premessa – 2. Compravendita di immobili, IVA e agevolazioni “prima casa” – 3. L’individuazione del termine di decadenza per l’amministrazione per effettuare le verifiche – 4. La proroga biennale dei Termini ex art. 11, commi 1 e 1-bis, l. n. 289 del 2002 – 5. Il contrasto sull’applicabilità della proroga dei termini anche nell’ipotesi di agevolazione IVA sulla prima casa – 6. Le sezioni unite affermano l’inapplicabilità della proroga del termine oltre i limiti fissati dal comma 1 dell’art. 11, l. n. 289 del 2002.

1. Premessa

Di recente le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto emerso all’interno della sezione tributaria della suprema corte circa l’applicabilità della proroga biennale del termine di accertamento prevista dalla combinazione dei commi 1 e 1-bis dell’art. 11 della legge n. 289 del 2002 anche alle violazioni concernenti la fruizione dell’aliquota agevolata dell’IVA per l’acquisto della prima casa.

La sentenza è importante non tanto o non solo per la soluzione offerta, ma soprattutto, per l’affermazione in motivazione di principi generali che riguardano l’intero campo del diritto tributario.

Per comprendere esattamente la portata della sentenza è necessario ricostruire il quadro normativo di riferimento.

2. Compravendita di immobili, IVA e agevolazioni “prima casa”.

Com’è noto il trasferimento di un immobile è soggetto a differenti imposte, **che gravano sempre su chi lo acquista**, ma che variano a seconda del soggetto venditore, dell’acquirente e del tipo di immobile.

Per quanto riguarda l'IVA, il d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. "decreto sviluppo") ha introdotto rilevanti modifiche al precedente regime IVA applicabile alle cessioni e locazioni di immobili di cui all'art.10, comma 1, nn.8, 8-*bis* ed 8-*ter*, del d.P.R. n. 633 del 1972.

Il tentativo del legislatore è stato nel senso di una progressiva armonizzazione del regime IVA a quello dell'imposta di registro. L'attuale formulazione dell'art. 10, comma 1, n.8-*bis*¹⁹⁴, del d.P.R. n. 633 del 1972 (in vigore dal 26 giugno 2012) prevede un generale regime di esenzione da IVA, con l'applicazione dell'imposta proporzionale di Registro, ad eccezione di specifiche ipotesi, per le quali la cessione è assoggettata ad IVA in via obbligatoria, oppure su specifica opzione del cedente, da manifestare nell'atto di vendita. L'assoggettamento ad IVA in via obbligatoria ricorre nelle cessioni effettuate da imprese costruttrici, o da quelle che vi hanno effettuato interventi di recupero (restauro, risanamento conservativo, ristrutturazione edilizia ed urbanistica), entro 5 anni dall'ultimazione dei lavori, mentre l'IVA su opzione (da manifestare direttamente nel rogito) ricorre nelle cessioni effettuate da imprese costruttrici, o da quelle che vi hanno effettuato interventi di recupero (restauro, risanamento conservativo, ristrutturazione edilizia ed urbanistica), dopo 5 anni dall'ultimazione dei lavori di costruzione o ristrutturazione; cessioni di alloggi sociali, come individuati dal d.m. 22 aprile 2008, effettuate da qualsiasi impresa (anche non costruttrice o ristrutturatrice).

Non ci sono state modifiche, invece, alle aliquote dell'IVA che sono le seguenti: - 4% nel caso di abitazioni non di lusso cedute ad acquirenti con i requisiti «prima casa» in base al n.21, Tab. A, Parte II, allegata al d.P.R. n. 633 del 1972 ed alla nota II-*bis*, all'art.1 della Tariffa, Parte I, allegata al d.P.R. n. 131 del 1986; - 10% nel caso di abitazioni non di lusso diverse dalla «prima casa»; - 20 % (poi divenuto 22%) nel caso di «abitazioni di lusso».

Nelle ipotesi di imponibilità ad IVA, inoltre, le imposte di Registro, Ipotecarie e Catastali si applicano in misura fissa. Com'è noto, infatti, tra IVA e imposta di registro vige il principio

¹⁹⁴Numero inserito dall' art. 10, comma 4, lett. c), d.l. 20 giugno 1996, n. 323, sostituito dall' art. 35, comma 8, lett. a), d.l. 4 luglio 2006, n. 223 , convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248 , modificato dall' art. 1, comma 330, lett. b), l. 27 dicembre 2006, n. 296 , a decorrere dal 1° gennaio 2007, modificato dall' art. 1, comma 86, l. 13 dicembre 2010, n. 220 , a decorrere dal 1° gennaio 2011 e successivamente sostituito dall' art. 57, comma 1, lett. b), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 , convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 . infine il presente numero è stato così sostituito dall' art. 9, comma 1, lettera a), d.l. 22 giugno 2012, n. 83 , convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134

dell'alternatività *ex art.* 40 d.P.R. n. 131 del 1986. Ovvero quando l'operazione è soggetta ad IVA l'imposta di registro si applica in misura fissa e non proporzionale¹⁹⁵.

Dunque anche nelle operazioni soggette ad Iva è possibile usufruire dei benefici connessi alla «prima casa» qualora ricorrano i presupposti previsti dalla tabella A (numero 21), Parte II, allegata al d.P.R. n. 633 del 1972 e dalla nota II-bis, all'art.1 della Tariffa, Parte I, allegata al d.P.R. n. 131 del 1986. Tali presupposti devono sussistere tutte al momento dell'acquisto, e devono essere dichiarati al notaio, che li trascrive nell'atto di compravendita.

In particolare per poter beneficiare delle agevolazioni prima casa l'acquirente: 1) non deve possedere nello stesso Comune, altro immobile idoneo ad essere adibito ad abitazione, neppure in comunione con il coniuge; 2) non deve essere titolare di diritti di uso, usufrutto, abitazione su altro immobile nel medesimo Comune; 3) non deve essere titolare, interamente o per quote, di altro immobile su tutto il territorio nazionale, per il quale abbia già fruito delle agevolazioni; 4) l'immobile deve trovarsi nel Comune in cui l'acquirente ha stabilito o stabilirà la propria residenza entro 18 mesi dall'acquisto, o nel quale svolge la propria attività; 5) l'immobile acquistato non deve essere considerato «di lusso».

Anche con riferimento a tale ultimo requisito si è proceduto ad una progressiva armonizzazione, in quanto prima la disciplina applicabile faceva riferimento al d.m. Lavori Pubblici 2 agosto 1969, mentre oggi fa riferimento alle categorie catastali, escludendo quelle di categoria catastale A1, A8 e A9¹⁹⁶.

¹⁹⁵ *Sez. 5, Sentenza n. 9403 del 20/04/2007 (Rv. 598199)* In tema di imposta di registro, tanto nel vigore del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634 (art. 38), che del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (art. 40), alla luce del principio dell'alternatività con l'IVA, gli atti sottoposti, anche teoricamente, perché di fatto esentati, a questa imposta non debbono scontare quella proporzionale di registro. In particolare, poiché secondo gli artt. 5, secondo comma, del d.P.R. n. 131 del 1986, e 1, lettera b), dell'allegata Tariffa, parte seconda, sono sottoposte a registrazione in caso d'uso, e scontano l'imposta in misura fissa, le scritture private non autenticate contenenti disposizioni relative ad operazioni soggette all'imposta sul valore aggiunto, fra cui le "prestazioni di servizi", nelle quali la legge sull'IVA (art. 3, secondo comma, n. 3, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633) comprende i prestiti in denaro, questi, ancorché siano poi esentati dall'imposta stessa dal successivo art. 10, n. 1, quando possano considerarsi "operazioni di finanziamento", tuttavia, essendo in astratto soggetti all'IVA, non devono scontare l'imposta proporzionale di registro.

¹⁹⁶ Infatti il D.Lgs. 21/11/2014, n. 175 recante Semplificazione fiscale e dichiarazione dei redditi precompilata all'art. 33 (Allineamento definizione prima casa IVA – registro) in vigore dal 13 dicembre 2014 ha stabilito che «Al n. 21 della Tabella A, Parte II, allegata al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, le parole: «non di lusso secondo i criteri di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 agosto 1969, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 218 del 27 agosto 1969» sono sostituite dalle seguenti: «ad eccezione di quelle di categoria catastale A1, A8 e A9».

Il godimento delle agevolazioni fiscali spetta, quindi, al contribuente in relazione alle dichiarazioni rese nell'atto di acquisto. Se, a seguito delle verifiche, l'amministrazione finanziaria accerta che le dichiarazioni rese al momento del rogito non sono veritiere, si verifica la decadenza dall'agevolazione goduta con conseguente obbligo di corrispondere le imposte in misura ordinaria e le sanzioni del 30% degli importi non corrisposti, nonché degli interessi moratori.

3. L'individuazione del termine di decadenza per l'amministrazione per effettuare le verifiche

Il legislatore non ha indicato esplicitamente il termine ultimo entro il quale l'amministrazione finanziaria debba effettuare la verifica della sussistenza dei requisiti per usufruire dell'agevolazione. L'individuazione di tale termine è stata oggetto di un annoso dibattito dottrinario e giurisprudenziale che solo con l'intervento della Cassazione a sezioni unite ha trovato univoca soluzione¹⁹⁷.

La Suprema Corte ha chiarito che il termine di decadenza per l'accertamento da parte dell'amministrazione finanziaria per le agevolazioni prima casa è triennale, ai sensi dell' art. 76 del d.P.R. n. 131 del 1986 (e non decennale *ex art.* 78 del d.P.R. n. 131 del 1986). A questo proposito deve precisarsi che le sezioni unite hanno distinto l'ipotesi di mancanza originaria dei presupposti da quella sopravvenuta, affermando che, nel primo caso, il termine di tre anni decorre immediatamente, mentre, nella seconda ipotesi, decorre dal momento del verificarsi con certezza del venir meno di uno dei requisiti richiesti dal legislatore.

È, quindi, necessario distinguere la decorrenza del *dies a quo* a seconda che si tratti di mendacio originario per mancanza dei requisiti richiesti dalla legge (con conseguente

¹⁹⁷Sez. U, Sentenza n. 1196 del 21/11/2000 (Rv. 541924) L'avviso di liquidazione dell'imposta di registro con aliquota ordinaria e connessa soprattassa, a carico del compratore di un immobile abitativo che abbia indebitamente goduto, in sede di registrazione del contratto, del trattamento agevolato di cui all'art. 1 comma sesto della legge 22 aprile 1982, n. 168, è soggetto a termine triennale di decadenza, ai sensi e nel vigore dell'art. 74 comma secondo del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634 (corrispondente all'art. 76 comma secondo del successivo d.P.R. 26 aprile 1986 n. 131), a partire dalla data in cui l'avviso può essere emesso, e cioè dal giorno della registrazione, quando i benefici non spettino per la falsa dichiarazione, nel contratto, dell'indisponibilità di altro alloggio o della mancata fruizione in altra occasione dell'agevolazione, o per l'enunciazione, nel contratto stesso, di un proposito di utilizzare direttamente il bene a fini abitativi già smentito da circostanze in atto, oppure, quando detto enunciato proposito, inizialmente attuabile, sia successivamente rimasto ineseguito o ineseguibile, dal giorno nel quale si sia verificata quest'ultima situazione.

dichiarazione falsa al momento della stipula) o sopravvenuta (es. dichiarazione di voler trasferire la residenza, condizione che non verrà rispettata nei successivi 18 mesi).

In dottrina e in giurisprudenza è mancato un dibattito di approfondimento sull'applicabilità del suddetto termine, che riguarda certamente le agevolazioni relative all'imposta di registro, anche alle operazioni soggette ad iva.

Infatti, come si è detto, il termine triennale è previsto dalla disciplina sull'imposta di registro ed, in particolare, dall'art. 76 del D.P.R. n. 131 del 1986. Ai fini IVA, invece, la norma di riferimento sarebbe da individuare nell'art. 57 del D.P.R. n. 633 del 1972, che prevede che l'esercizio dell'azione accertatrice debba avvenire entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello di presentazione della relativa dichiarazione.

Tale interpretazione sembrerebbe ulteriormente avvalorata dalla modifica intervenuta ad opera dell'art. 41-bis, comma 5, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326 che ha ulteriormente differenziato le due azioni di recupero facendo riferimento nel caso dell'IVA non più al recupero a titolo di sanzione o penalità della differenza fra imposta calcolata in base all'aliquota applicabile in assenza agevolazioni e quella risultante dall'applicazione dell'aliquota agevolata, aumentata del 30%, ma al recupero della differenza tra l'imposta (IVA) applicabile senza le agevolazioni e quella risultante dall'applicazione dell'aliquota agevolata, oltre alla sanzione amministrativa, pari al 30 per cento della differenza medesima.

Nel senso opposto, è stato fatto notare che nel caso di acquisto di immobile soggetto ad IVA con agevolazione "prima casa", l'acquirente è un privato che non presenta alcuna dichiarazione IVA. Quindi l'art. 57 del D.P.R. n. 633 del 1972 risulta inapplicabile perché viene a mancare il riferimento all'anno entro il quale deve essere fatta la dichiarazione.

In ogni caso, le Sezioni Unite con la sentenza in commento hanno dato per pacifica l'applicabilità del termine triennale di cui all'art. 76 del D.P.R. n. 131 del 1986 anche alle operazioni soggette ad IVA.

4. La proroga biennale dei Termini ex art. 11, commi 1 e 1-bis, l. n. 289 del 2002.

Alle difficoltà di armonizzare le diverse discipline dettate in materia di imposta di registro e di IVA, con riferimento al termine entro il quale deve procedersi all'accertamento, si aggiungono le difficoltà interpretative nate a seguito dell'approvazione del c.d. condono.

La legge 27 dicembre 2002, n. 289 (finanziaria 2003), reca tutta una serie di disposizioni finalizzate alla definizione agevolata delle pendenze e delle controversie tributarie. Con particolare riferimento alle imposte indirette, l'art. 11, comma 1, del citato provvedimento legislativo, attribuisce ai contribuenti la facoltà di integrare il valore dichiarato negli atti pubblici, scritture private autenticate o nelle denunce o dichiarazioni presentate entro un determinato lasso temporale. Il comma 1, dell'art. 11 della l. n. 289 del 2002 testualmente dispone che: «*Ai fini delle imposte di registro, ipotecaria, catastale, sulle successioni e donazioni e sull'incremento di valore degli immobili, per gli atti pubblici formati, le scritture private autenticate e le scritture private registrate entro la data del 30 novembre 2002, nonché per le denunce e le dichiarazioni presentate entro la medesima data, i valori dichiarati per i beni ovvero gli incrementi di valore assoggettibili a procedimento di valutazione sono definiti, ad istanza dei contribuenti da presentare entro il 16 aprile 2003, con l'aumento del 25 per cento a condizione che non sia stato notificato avviso di rettifica e liquidazione della maggiore imposta alla data di entrata in vigore della presente legge. Per gli stessi tributi, qualora l'istanza non sia stata presentata, o ai sensi del comma 3 sia priva di effetti, **in deroga all'articolo 3, comma 3, della legge 27 luglio 2000, n. 212, i termini per la rettifica e la liquidazione della maggiore imposta sono prorogati di due anni**». I riferimenti temporali della suddetta disposizione sono stati successivamente oggetto di estensione ad opera della L. 24 dicembre 2003, n. 350 e del d.l. 24 dicembre 2003 n. 355, convertita dalla legge 27 febbraio 2004 n.47.*

La norma risponde alle medesime finalità di incentivo alla definizione agevolata delle controversie tributarie e riprende il medesimo meccanismo adottato dall'art. 10 della medesima l. n. 289 del 2002 per le imposte sul reddito e per l'imposta sul valore aggiunto che dispone la proroga biennale dei termini di cui agli artt. 43 del d.P.R. n. 600 del 1973, e 57 del d.P.R. n. 633 del 1972, per i contribuenti che non si siano avvalsi delle disposizioni di cui agli artt. 7 ("Definizione automatica di redditi di impresa e di lavoro autonomo per gli anni pregressi mediante autoliquidazione"), 8 ("Integrazione degli imponibili per gli anni pregressi") e 9 ("Definizione automatica per gli anni pregressi", c.d. "condono tombale")¹⁹⁸.

¹⁹⁸ La Corte Costituzionale ha affermato che la proroga dei termini risponde a finalità ed esigenze proprie dell'amministrazione che, in concomitanza con l'approvazione del condono si trova a dover compiere ulteriori e gravosi accertamenti. In particolare nella sentenza n. 356 del 2008 si è detto espressamente che «si deve rilevare che la proroga disposta dalla norma censurata (art. 10) ha la finalità non di "punire" chi abbia scelto di non avvalersi del

L'art. 5-bis d.l. 24 dicembre 2002, n. 282, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione, ha aggiunto al citato art. 11, comma 1, il comma 1-bis secondo il quale «*Le violazioni relative all'applicazione, con agevolazioni tributarie, delle imposte su atti, scritture, denunce e dichiarazioni di cui al comma 1, possono essere definite con il pagamento delle maggiori imposte a condizione che il contribuente provveda a presentare entro il 16 aprile 2003 (poi divenuto 16 aprile 2004) istanza con contestuale dichiarazione di non volere beneficiare dell'agevolazione precedentemente richiesta. La disposizione non si applica qualora, alla data di entrata in vigore della presente legge, sia stato notificato avviso di rettifica e liquidazione delle maggiori imposte*».

Dal mancato espresso coordinamento tra i commi 1 e 1-bis sopra citati è nato un notevole contenzioso. Sin dal primo momento, l'amministrazione finanziaria ha ritenuto che la proroga dei termini espressamente prevista dal comma 1 dovesse ritenersi estesa anche alle ipotesi contemplate dal comma 1-bis¹⁹⁹.

La giurisprudenza si è divisa sull'interpretazione da dare al comma 1 bis. Molte commissioni tributarie provinciali e regionali hanno escluso l'applicabilità della proroga biennale, di cui all'art. 11, comma 1, l. n. 289 del 2002, al termine triennale (come individuato dalla sentenza delle sezioni unite sopra citata) di decadenza per l'avviso di liquidazione dell'imposta di registro relativo al recupero dell'imposta dovuta per mancanza dei requisiti richiesti per fruire

condono, ma di ovviare al sensibile aggravio di lavoro e ai relativi rischi di disservizio e di mancato rispetto degli ordinari termini di prescrizione e di decadenza della pretesa fiscale, che prevedibilmente derivano agli uffici finanziari dalla necessità di eseguire le operazioni di verifica conseguenti alla presentazione delle richieste di condono dei contribuenti. Tale proroga è, dunque, diretta a tutelare il preminente interesse dell'amministrazione finanziaria al regolare accertamento e riscossione delle imposte nei confronti del contribuente che non si avvalga dell'agevolazione, indipendentemente dalla circostanza che quest'ultimo non si sia avvalso, per qualche ragione (giuridica o di fatto), dell'agevolazione medesima. In tal senso, si è già espressa questa Corte con la sentenza n. 375 del 2002, in riferimento ad una disposizione analoga a quella oggetto del presente giudizio».

¹⁹⁹ Secondo l'interpretazione fornita nella circ. n. 12/E del 21 febbraio 2003, punto 7.3, «*La proroga, pur non essendo espressamente prevista al comma 1-bis, per interpretazione logico-sistematica e teleologica, si estende all'ipotesi dello stesso comma. Infatti, la norma stabilisce genericamente la proroga 'Per gli stessi tributi, qualora l'istanza non sia stata presentata o, ai sensi del comma 3 sia priva di effetti ...'. Orbene, il comma 1-bis, rinviando alle previsioni del comma 1, permette di individuare con chiarezza i tributi interessati dalla definizione agevolata delle violazioni dei regimi di favore degli stessi. Inoltre, i criteri e le modalità per fruire del condono sono analoghi per la definizione dei valori e per le violazioni alle disposizioni agevolative. Tutto ciò comporta che la proroga dei termini opera per entrambe le fattispecie di condono*».

delle agevolazioni di cui all'art. 1, della tariffa parte I), allegata al D.P.R. n. 131 del 1986, sulla base di due argomentazioni: 1) la mancanza di un esplicito rinvio, dell'art. 11, comma 1-*bis*, alla disposizione di proroga; 2) la carenza di una esplicita deroga al termine ordinario. Secondo detto orientamento le fattispecie ricadenti nel comma 1-*bis* sarebbero diverse da quelle previste dal comma 1, risulterebbe, quindi, giustificato un differente trattamento per l'accertamento in relazione ai termini decadenziali nel caso in cui non sia stato effettuato il condono. Inoltre, il comma 1-*bis*, pur riferendosi alle imposte previste nel comma 1, non sarebbe ricollegabile alla proroga dei termini per la rettifica e la liquidazione della maggiore imposta, poiché è stato aggiunto successivamente all'emanazione della l. n. 289 del 2002.

La proroga, alla luce di detta interpretazione, riguarderebbe soltanto la rettifica e la liquidazione della maggiore imposta relativamente ai valori dichiarati per i beni o gli incrementi di valore assoggettabili a procedimento di valutazione e non anche il disconoscimento di un'agevolazione tributaria relativa ad un'imposta scaturente da un valore dichiarato e già determinato per il quale si richiede l'agevolazione stessa.

In altri termini la proroga dei termini non potrebbe trovare applicazione nel caso di mero disconoscimento dei benefici "prima casa", dal momento che l'atto impositivo viene emesso, non già per rettificare in aumento il valore dichiarato nell'atto, ma per disconoscere una agevolazione non spettante che comporta l'applicazione di una aliquota dell'imposta di registro ridotta e, per le imposte ipotecarie e catastali, l'imposta in misura fissa e non proporzionale.

Si è osservato, infatti, che il comma 1-*bis* dell'art. 11 regola una fattispecie differente rispetto a quella di cui al comma 1; il citato comma 1-*bis* prevede, con riferimento alle violazioni relative all'applicazione, con agevolazioni tributarie, delle imposte su atti, scritture, denunce e dichiarazioni di cui al comma 1, la possibilità di una loro definizione mediante la presentazione di un'apposita istanza con contestuale dichiarazione del contribuente di non voler beneficiare dell'agevolazione precedentemente richiesta. Dunque, le due disposizioni rispettivamente contemplate nel comma 1 e nel comma 1-*bis* dell'art. 11 non potrebbero essere accomunate a causa della differente forma di definizione dell'imposta, che per le agevolazioni prima casa esige la rinuncia alle stesse ed il pagamento della maggiore imposta dovuta, senza prevedere alcun atto di liquidazione.

Inoltre per le fattispecie di cui all'art. 11, comma 1-*bis*, della l. n. 289 del 2002, non è stata prevista dal legislatore alcuna proroga ai termini di decadenza per l'esercizio del potere di liquidazione e rettifica della maggiore imposta e, tantomeno, è stata prevista alcuna deroga espressa all'art. 3 dello Statuto del contribuente secondo cui «*i termini di prescrizione e di decadenza per gli accertamenti di imposta non possono essere prorogati*». Ne consegue che il comma 1 dell' art. 11 della l. n. 289 del 2002, non può essere esteso anche alle agevolazioni prima casa, poiché trattandosi di una norma a carattere speciale, non può essere ammessa una sua interpretazione estensiva o analogica, e quindi, non è possibile estenderne gli effetti al di là dei casi ivi espressamente previsti. È necessario evidenziare, infatti, che in tema di decadenza e prescrizione dell'azione dell'amministrazione finanziaria la previsione del citato art. 3 dello Statuto del contribuente limita le eventuali deroghe poste dal legislatore attraverso una rigorosa interpretazione²⁰⁰. Infatti, secondo detto orientamento non sarebbe consentita l'interpretazione estensiva del comma 1-*bis*, in quanto l' art. 3 l. n. 212 del 2000, al comma 3, stabilisce che "i termini di prescrizione e di decadenza per gli accertamenti di imposta non possono essere prorogati" ed "un'eventuale proroga di termini non ancora scaduti, in formale deroga alle disposizioni dello Statuto del contribuente, può avvenire esclusivamente in maniera espressa con una norma di pari rango, come avvenuto per il comma 1, e non per estensione interpretativa".

Presso la giurisprudenza di legittimità, invece, si è affermato l'orientamento l'opposto secondo cui la proroga dei termini è applicabile anche alle ipotesi di cui all'art. 11, comma 1-*bis*, della legge n. 289 del 2002, alla luce di un'interpretazione unitaria della disciplina del condono e della conseguente irragionevolezza sotto il profilo della disparità di trattamento di una diversa interpretazione. In particolare tale orientamento si basa sulla contestualizzazione del comma 1-*bis* nell'ambito dell'intero provvedimento di condono e sulla giurisprudenza della Corte costituzionale che ha chiarito che la proroga non ha finalità punitive nei confronti dei soggetti che non si avvalgono del condono, bensì quella di consentire agli uffici finanziari di non veder spirare

²⁰⁰ Si veda ad es. Sez. 5, Sentenza n. 7080 del 14/04/2004 (Rv. 572065) secondo cui: l'art. 3 dello Statuto dei diritti del contribuente è principio di carattere generale sull'interpretazione dell'efficacia temporale delle norme tributarie e funge da limite alla retroattività nel caso di dubbio ermeneutico tra fonti pari ordinate.

infruttuosamente termini di decadenza e prescrizione a fronte del maggior aggravio di lavoro determinato dal condono²⁰¹.

Si è inoltre sostenuto che il comma 1-*bis* con la dizione "le violazioni relative alla applicazione, con agevolazioni tributarie, delle imposte su atti, scritture, denunce e dichiarazioni di cui al comma 1, possono essere definite.." esprime testualmente il concetto che le violazioni delle disposizioni agevolative sono del tutto assimilate alle violazioni relative alla enunciazione del valore degli immobili di cui al comma precedente. Da ciò si deduce che la proroga prevista nel comma 1 per le violazioni in esso contenute si applica anche a quelle di cui al comma 1-*bis*, senza necessità di un esplicito richiamo. D'altro canto, la previsione in entrambi i commi di un condono per le violazioni previste, impone tale conclusione, essendo del tutto incongruo che ipotesi assolutamente equivalenti abbiano trattamenti diversi. Conforta tale tesi la constatazione che la prima stesura dell'articolo in questione conteneva il solo comma 1, e, allorché fu aggiunto il comma 1-*bis*, unitamente alla previsione del condono (d.l. n. 282 del 2002, art. 5-*bis*) fu contestualmente modificata la rubrica del medesimo con la aggiunta della dizione "*proroga dei termini*", il che rende ben chiara la intenzione del legislatore di riferire la proroga anche alle ipotesi di nuova previsione. Sez. 5, Sentenza n. 24575/2010 (Rv. 614945).

Dunque la proroga dei termini, secondo detto orientamento, si riferisce unitariamente sia al comma 1, sia al comma 1-*bis*; detto comma contiene il generale rinvio alle imposte su atti, scritture, denunce e dichiarazioni di cui al precedente comma 1, che consente di correlare tutta la portata della norma del comma 1, al successivo comma 1-*bis* (compresa la proroga di due anni).

5. Il contrasto sull'applicabilità della proroga dei termini anche nell'ipotesi di agevolazione IVA sulla prima casa.

²⁰¹ In tal senso la quinta sezione si è espressa dapprima con ordinanza n. 4321/2009 (non massimata), e successivamente con ordinanza n. 12069/2010 (Rv. 613218) secondo cui «*La proroga di due anni per la rettifica e la liquidazione della maggiore imposta di registro, ipotecaria, catastale, sulle successioni e donazioni e sull'INVIM, prevista dalla l. n. 289 del 2002, art. 11, comma 1, in caso di mancata presentazione o inefficacia dell'istanza di condono quanto ai valori dichiarati o agli incrementi di valore assoggettabili a procedimento di valutazione, è sicuramente applicabile anche all'ipotesi di cui al comma 1-bis, riguardante la definizione delle violazioni relative all'applicazione di agevolazioni tributarie sulle medesime imposte. Nell'uno e nell'altro caso, infatti, l'Ufficio è chiamato a valutare l'efficacia dell'istanza di definizione, cosicché, trattandosi delle medesime imposte, sarebbe incongrua l'interpretazione che riconoscesse solo nella prima ipotesi la proroga dei termini per la rettifica e la liquidazione del dovuto*».

Nel corso di un decennio si sono consolidati i due principi che si è tentato di ricostruire nei paragrafi precedenti : il primo ha riguardato l'individuazione del termine triennale ex art. 76, comma secondo, del d.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 entro il quale l'amministrazione può procedere alla verifica della sussistenza delle condizioni per godere delle agevolazioni, (termine che in alcuni casi decorre dal venir meno della condizione come per il requisito della residenza dell'acquirente nei successivi 18 mesi) e il secondo circa l'applicabilità della proroga biennale degli accertamenti di cui al comma 1 dell'art.11 della legge n. 289 del 2002 anche alle ipotesi contemplate dal successivo comma 1-*bis* del medesimo articolo in materia di agevolazioni.

Rimane, dunque, un unico tassello ancora da fissare avente ad oggetto la possibilità per l'amministrazione di usufruire della proroga anche nel caso l'agevolazione per l'acquisto della prima casa avesse riguardato un'operazione soggetta ad IVA anziché ad imposta di registro.

Anche su questo punto la giurisprudenza si è divisa. Secondo un primo filone, infatti, anche con riferimento all'IVA agevolata al 4% in caso di acquisto della prima casa è possibile effettuare il medesimo procedimento interpretativo che ha portato ad includere nella proroga di cui al comma 1 dell'art. 11 della legge n. 289 del 2002 anche le ipotesi di cui al successivo comma 1 bis, ancorché non espressamente previste.

Ancora una volta si fa prevalere la necessità di un'interpretazione logico-sistematica delle disposizioni in materia tesa ad evidenziare la *ratio* comune, che renderebbe incongrua una differente disciplina, quanto alla possibilità di proroga dei termini per l'accertamento, tra diversi tipi di tributi.

Sostanzialmente una volta stabilito che la possibilità di usufruire del condono riguarda anche le ipotesi di violazione delle agevolazioni relative all'IVA per l'acquisto della prima casa allora, anche in tali casi, devono valere tutte le argomentazioni formulate dalla giurisprudenza per estendere la proroga di cui al comma 1 anche al comma 1-*bis*.

Nell'uno e nell'altro caso, l'Ufficio è chiamato a valutare l'efficacia dell'istanza di definizione, cosicché, trattandosi delle medesime imposte, sarebbe incongrua l'interpretazione che riconoscesse solo nella prima ipotesi la proroga dei termini per la rettifica e la liquidazione del dovuto. Né può ritenersi che tale interpretazione sia impedita dal disposto dell'art. 3 della l. n. 212 del 2000. Premesso, infatti, che le norme dello Statuto del contribuente non hanno un rango superiore alle norme ordinarie e non ne consentono la disapplicazione *tout court*, per il solo fatto

del contrasto con le stesse²⁰², va rilevato che il disposto della l. n. 212 del 2000, art. 11, comma 1, contiene un'espressa deroga al divieto di proroga dei termini per gli accertamenti di imposta.

Queste argomentazioni, tuttavia, prestano il fianco ad una critica difficilmente superabile, in quanto il fondamento alla base della possibilità di estendere la proroga di cui all'art. 11, comma 1, anche alle ipotesi di cui al comma 1 bis, era proprio che i due commi si riferissero ai medesimi tributi, mentre l'IVA non è contemplata da nessuno dei due commi, e in particolar modo è totalmente assente ogni riferimento all'IVA nel primo comma che contiene un elenco dettagliato di tributi ai quali si riferisce.

6. Le sezioni unite affermano l'inapplicabilità della proroga del termine oltre i limiti fissati dal comma 1 dell'art. 11, l. n. 289 del 2002.

Le sezioni unite con la decisione in esame hanno ritenuto condivisibile l'altro filone giurisprudenziale secondo cui l'applicabilità della proroga prevista nel comma 1, anche alle violazioni di cui al comma 1-bis, non consente di estendere ulteriormente la proroga dei termini per l'accertamento anche a tributi diversi da quelli espressamente indicati dalla norma, sia nella rubrica dell'articolo 11 che nel primo comma, primo periodo ovvero: «*imposte di registro, ipotecaria, catastale, sulle successioni e donazioni e sull'incremento di valore degli immobili.*» Tale orientamento si fonda sul dato letterale, sulla natura eccezionale della proroga dei termini di decadenza, sul rilievo che la proroga dei termini presuppone l'astratta applicabilità della disciplina condonistica che è esclusa in materia di Iva.

Le Sezioni Unite evidenziano come i due diversi orientamenti sopra riportati siano paradigmatici della tensione che attraversa l'ermeneutica tributaria, divisa tra l'esigenza di rispetto del principio generale di stretta interpretazione delle norme *lato sensu* tributarie (quindi anche di quelle collegate o strumentali alle norme impositive in senso stretto) e l'esigenza di evitare una disparità di trattamento, in ipotesi ingiustificata, tra situazioni analoghe che solo una (supposta) mancanza di coordinamento tra disposizioni successive assoggetta a differente disciplina. La risoluzione di un tale conflitto spetta al legislatore (in positivo come in negativo) attraverso la precisa indicazione di oggetti e soggetti tassabili, con la conseguenza che in relazione alle norme

²⁰² Sez. 5, n. 8254/2009 (Rv. 607951), Sez. 5, n. 8145/2011 (Rv. 617695)

impositive è pacificamente escluso che la tassazione possa investire oggetti o soggetti non espressamente emergenti dal dato normativo espresso, onde anche le norme agevolative, per esigenza speculare, non possono essere suscettibili di integrazione ermeneutica trascendente i confini semantici del suddetto dato normativo espresso. (Sez. U, Sentenza n. 11373 del 2015-Rv. 608612).

Inoltre la Suprema Corte ribadisce che la disciplina derogatoria in genere è da ritenersi di stretta interpretazione e, con particolare riferimento a possibili deroghe a termini di decadenza, che il terzo comma dell'art. 3 dello Statuto del contribuente (l. n. 212 del 2000) nel prevedere che "i termini di prescrizione e di decadenza per gli accertamenti di imposta non possono essere prorogati", può essere derogato solo da una previsione di legge espressa (v. Sez. 5, Sentenza n. 1248 del 22/01/2014 - Rv. 629480).

Sulla base di tali premesse la Corte nega l'ammissibilità di un'operazione ermeneutica che, sia pure attraverso una interpretazione logico-sistematica, si spinga oltre la lettera della legge, nella specie ritenendo spettante all'Amministrazione un più ampio termine per l'accertamento in relazione ad un tributo (IVA) per il quale tale più ampio termine non è stato espressamente previsto, dovendo evidenziarsi che in relazione a norme eccezionali o comunque di "stretta interpretazione", anche l'esegesi logico-evolutiva, ed eventualmente quella costituzionalmente orientata, sono precluse se, operando non difformemente dalla interpretazione analogica, conducano ad una estensione della sfera di operatività della norma interpretata ad ipotesi non sussumibili nel relativo specifico significato testuale.

Infine nella sentenza si nega anche una possibile questione di legittimità costituzionale trattandosi di una diversa disciplina riservata a tributi differenti. Le eventuali dissimmetrie nella disciplina di tributi diversi non possono ritenersi irragionevoli o ingiustificate proprio in ragione della indubbia differenza tra i suddetti tributi.

In conclusione può dirsi, come anticipato in premessa, che la sentenza assume una particolare importanza, al di là della singola questione risolta, per i principi generali che afferma, soprattutto in relazione ai criteri interpretativi che devono guidare i giudici tributari nell'applicazione di norme che spesso si presentano, frammentarie, poco coordinate o addirittura in contraddizione tra loro.

IRENE SCORDAMAGLIA

Tempo e ragione nella riforma della giustizia penale.

1. “*Ci sono le condizioni per portare a termine la riforma della giustizia penale, compresa quella della prescrizione, come uscita dalla Commissione*”: così si è espresso il Ministro Orlando all’indomani dell’insediamento del governo Gentiloni. Il titolare del dicastero della Giustizia è tornato a ribadire la decisività per la manovra anche del nuovo governo del disegno di legge governativo – il n. 2067 (*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi, nonché all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena*) – confluito, assieme ad altri disegni di legge, in un testo posto all’esame del Senato. Un progetto ambizioso - secondo l’esponente dell’esecutivo - che tocca i gangli vitali del sistema penale: il fronte sanzionatorio, oggetto di un costante affanno emergenziale; il versante decisorio, in cui si annidano le critiche alla lentezza della macchina giudiziaria; il profilo dell’esecuzione della pena, sempre più pervaso dalle istanze umanizzatrici e rieducative della sanzione; un programma che si prefigge di realizzare *l’efficienza, la semplificazione e la rapidità* dell’intervento penalistico nel suo insieme.

2. La scelta operativa è stata quella di scindere le modalità dell’azione novellatrice. Si è, cioè, inteso incidere mediante una *regolamentazione normativamente definita* su quei settori del diritto penale – sostanziale e processuale – avvertiti dalla coscienza sociale come ‘*nervi scoperti*’ del sistema, la cui ‘cura’ non può più attendere (la disciplina della prescrizione ed il recupero di tempi ragionevoli del processo), ed, invece, affidare ad una legge delega i principi e i criteri direttivi per la disciplina di materie che, in ragione delle loro peculiarità, necessitano di un intervento regolatore specialistico (la disciplina dell’infermità mentale e con essa del sistema del cd. “doppio binario” - caratterizzato dalla compresenza delle pene, ancorate alla colpevolezza del soggetto per il fatto di reato e commisurate in base della gravità di quest’ultimo, e le misure di sicurezza, imperniate sul concetto di pericolosità sociale dell’autore del reato e di durata indeterminata – nonché delle cd. “*Rems*”; il regime di procedibilità dei reati; la regolamentazione

delle intercettazioni telefoniche, dell'appello, del casellario giudiziale e dell'ordinamento penitenziario).

3. La strategia riformatrice condotta attraverso la regolamentazione normativamente definita si è estrinsecata secondo precise *direttrici guida*. La prima si coglie nel potenziamento della *risposta sanzionatoria* rispetto a reati di particolare *allarme sociale* (reato di scambio elettorale politico-mafioso ex art. 416 ter c.p. e reati c.d. 'predatori') e in un *congelamento del decorso del termine di prescrizione* dei reati, secondo una scansione predeterminata, dopo la pronuncia delle sentenze di primo e secondo grado. La seconda deve essere individuata nel rafforzamento delle modalità di *definizione anticipata* dei procedimenti e dei processi penali, della quale si prevede l'attuazione, sul piano sostanziale, mediante l'introduzione *dell'art. 162-ter c.p.*, che, ispirato da ragioni di deflazione ma anche di risocializzazione, istituisce una *causa di estinzione del reato di portata generale*, strutturata sul presupposto che l'indagato/imputato abbia, entro un termine perentorio, riparato il danno causato dall'illecito, attraverso comportamenti *post factum*, quali il risarcimento, la riparazione e l'eliminazione delle conseguenze del reato, e – sul piano processuale - mediante *interventi sui riti speciali*. In particolare, le innovazioni in tale settore sono apportate alla disciplina del *giudizio abbreviato* (con riguardo, ad esempio, all'impossibilità di rilevare nel corso di esso nullità diverse da quelle assolute ed inutilizzabilità "salvo quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio" ed eccezioni di competenza territoriale; alla riduzione della metà della pena per le contravvenzioni), dell'*applicazione della pena su richiesta* (con limitazione della possibilità di ricorrere per cassazione avverso la sentenza che ne costituisce l'epilogo, vale a dire solo per motivi attinenti alla volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione del fatto, all'illegalità della pena), del *decreto penale di condanna* (con la rimodulazione dei termini per la conversione della pena detentiva in pena pecuniaria) e con la (re)introduzione del c.d. '*concordato in appello*' sulla pena. La terza linea di tendenza si riferisce alla *semplificazione delle impugnazioni e della revisione dei giudizi*, in vista di una generale razionalizzazione delle stesse e, in particolare, di un decongestionamento della Corte di Cassazione, della quale si intende potenziare funzione nomofilattica. Tale ultimo obiettivo è perseguito mediante l'eliminazione della ricorribilità per cassazione della sentenza di proscioglimento pronunciata all'esito dell'udienza preliminare ai sensi degli artt. 425 e 428 c.p.p.

e della legittimazione della persona offesa costituitasi parte civile ad impugnare la sentenza di non luogo a procedere, ex art. 428, comma 3, secondo periodo, c.p.p.; mediante la reclamabilità dinanzi al Tribunale monocratico del decreto di archiviazione affetto da <<specifica>> nullità per violazione del contraddittorio; mediante l'attribuzione alla competenza della Corte d'Appello della rescissione del giudicato, come disposto dal nuovo art. 629-bis c.p.p.; mediante la previsione della possibilità di proporre ricorso per cassazione *solo per violazione di legge* nei confronti della decisione pronunciata dal tribunale monocratico in appello delle sentenze del giudice di pace e della sentenza d'appello che conferma quella di proscioglimento. La quarta direttrice lungo la quale si muove l'auspicato riordino dell'operatività del sistema penale consiste nell'introduzione di meccanismi che assicurino *una scansione temporale più stringente per i processi penali*, mediante, ad esempio, una più precisa regolamentazione dei colloqui tra il difensore e l'indagato o imputato detenuto; il necessario assenso del difensore d'ufficio all'elezione di domicilio da parte dell'indagato presso di sé; il contingentamento dei tempi (nella misura di tre mesi dalla chiusura delle indagini) per la richiesta di archiviazione da parte del P.M., pena l'avocazione del procedimento da parte del Procuratore Generale presso la Corte di Appello, o per adottare da parte del G.i.p. il decreto di archiviazione; il potenziamento dei diritti d'informazione della parte offesa; la regolamentazione dell'incapacità processuale irreversibile.

4. Quanto, invece, all'azione novellatrice condotta attraverso lo strumento della legge – delega, la cui formulazione, peraltro, è stata aspramente criticata per la genericità (in spregio all'art. 76 Cost.) dei principi e dei criteri direttivi, l'intervento investe la materia delle intercettazioni, mediante la prescrizione di disposizioni dirette a garantire la *riservatezza* delle comunicazioni e delle conversazioni telefoniche e telematiche²⁰³, incidendo sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni e sulla previsione di una più precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine; la riscrittura della disciplina dell'appello, in considerazione del ruolo nevralgico che tale mezzo di gravame riveste nell'economia del sistema

²⁰³ Al tal fine è prevista l'introduzione del delitto di *diffusione di riprese o registrazioni fraudolentemente effettuate*, che dovrà essere punito con la reclusione non superiore a quattro anni. La condotta incriminata consiste nella diffusione, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, di riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni, anche telefoniche, svolte in presenza dell'interessato ed effettuate fraudolentemente.

giudiziario, mediante, ad esempio, la previsione di una mirata attività impugnatoria dell'Ufficio del P.M.; l'organica disciplina della partecipazione a distanza al dibattimento, ex art. 146 bis disp. att. c.p.p.; la revisione dell'ordinamento penitenziario onde assicurare l'effettività rieducativa della pena.

5. Gli elementi centrali della riforma sono, tuttavia, rappresentati, sul piano del diritto sostanziale, dalla disciplina della prescrizione, e, sul piano processuale, dal ripensamento del sistema delle impugnazioni ed assegnano all'interprete la sfida culturale di una rinnovata riflessione sul ruolo del *tempo e della ragione* nel processo penale.

6. Sul tema delle modifiche apportate al regime di prescrizione, al di là delle notazioni di dettaglio incidenti sul regime della *sospensione* e dell'*interruzione*, i primi commentatori della riforma²⁰⁴ hanno avviato la riflessione sul tempo come dimensione della giustizia penale, in cui l'istituto della prescrizione segna il '*segmento ragionevole*' entro cui può legittimamente dispiegarsi il potere dello Stato di comprimere la libertà del cittadino, stigmatizzando <<l'imbarbarimento della filosofia stessa" dell'istituto. Tale decadimento deriverebbe dall'opzione, cui ha acceduto la novella *in itinere*, per la *commistione di elementi sostanziali con profili processuali*, per effetto della *concorrenza* del momento dell'accertamento con quello della commissione del fatto. Opzione, dettata, ad avviso dei più da pulsioni emergenziali – si pensi, solo per citare un esempio, all'allungamento della metà dei termini prescrizionali per i reati di cui agli artt. 318, 319 e 319 ter c.p. -, che, con il reiterato ricorso a provvedimenti *frammentari* diretti a tamponare situazioni contingenti, obnubilano la visione garantista di una riforma organica del sistema penale, in linea con le esigenze di un equo temperamento tra la tutela dei diritti individuali (*il diritto all'oblio del reato*) – soprattutto, con riguardo al tema che ci occupa, di colui destinato ad uscire indenne dall'accertamento giudiziario della responsabilità penale - e l'effettività della risposta sanzionatoria (al riparo da *intoppi processuali*) erogata in un arco di

²⁰⁴ G. SPANGHER, Il processo penale e le riforme, Riflessioni sulla "Riforma Orlando", Relazione al Convegno organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Chieti dell'11/11/2016 e La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni, In *Diritto penale contemporaneo*, 5/10/2016.

tempo accettabile²⁰⁵. Senza contare le possibili ricadute negative di tale istituto *ibrido* sulla riparazione per le vittime del reato, sugli interventi di rieducazione del condannato e sugli effetti delle misure cautelari reali, suscettibili di depotenziarsi per effetto della distanza dal tempo di commissione del reato²⁰⁶.

7. L'altro elemento centrale della riforma è costituito dalla volontà di *razionalizzare lo strumento impugnatorio*, istituendo una connessione logica e funzionale tra la *motivazione* del provvedimento giurisdizionale e il momento di sua *critica* attraverso i motivi di gravame. La questione investe, in effetti, l'essenza stessa della giurisdizione, nel suo manifestarsi come “*dare ragione*” a quello dei litiganti che ha subito la lesione di un diritto o di un interesse e come “*dare ragione delle ragioni della decisione*”. Interrelazione di ragioni – quelle della decisione e quelle dell'impugnazione - che sollecita, altresì, una profonda riflessione sul fondamento stesso della legittimazione di chi è chiamato a rendere giustizia e sulla tenuta complessiva dello Stato di diritto, la cui credibilità è basata non solo su una risposta degli organi giudiziari resa in tempi rapidi, ma anche sulla chiarezza e sulla prevedibilità dei loro ‘*dicta*’²⁰⁷.

Nel cono d'ombra di queste riflessioni si colloca la riscrittura dell'art. 546 c.p.p., che mira a scandire i passaggi della motivazione della sentenza di primo grado, mediante una messa a punto nella struttura della decisione – con una previsione in dettaglio dei relativi punti e capi – al fine di correlarvi i motivi di impugnazione. Nella prospettazione di uno schema di decisione che, sia pure in maniera concisa, dia conto con chiarezza e precisione, del percorso seguito dal giudice per ricondurre ad un'unità significativa - in cui *logica e legalità finiscono per integrarsi* - il momento accertativo ed il momento valutativo della delibazione in ordine alla responsabilità penale, vi è anche il paradigma dell'impugnazione, cui, sempre nell'ottica della riforma - per effetto della modifica dell'art. 581 c.p.p. - si associa la specifica enunciazione non solo dei motivi in fatto e in diritto, a sostegno delle richieste anche istruttorie, ma anche dei capi e dei punti impugnati e delle prove di cui si sostiene l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione.

²⁰⁵ F. PALAZZO, La Riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi, in *Diritto penale contemporaneo*, rivista trimestrale, n. 1/2016.

²⁰⁶ B. ROMANO, Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere? in *Diritto penale contemporaneo*, 15/2/2016.

²⁰⁷ G. CANZIO, Intervento alla tavola rotonda organizzata, nell'ambito del corso di studio su ‘La motivazione dei provvedimenti’, dalla Scuola Superiore della Magistratura e tenutasi in Roma il 16/11/2016.

Ed in questo contesto non poteva mancare l'intervento regolatore sulla Corte di Cassazione, della quale la riforma mira a definire *il ruolo nomofilattico*, con le due importanti previsioni: quella secondo la quale, allorché una Sezione semplice ritenga di non condividere l'orientamento delle Sezioni unite, dovrà rimettere a queste la risoluzione della questione, e quella che sancisce la possibilità per il collegio riunito di fissare il principio di diritto anche in caso di inammissibilità sopravvenuta. Ma indirettamente sono dirette a conseguire il medesimo scopo anche le disposizioni che prevedono un ampliamento, in capo al giudice di legittimità, dei poteri di poteri di annullamento senza rinvio e un rafforzamento del principio della *rappresentanza tecnica* delle parti, per effetto dell'eliminazione della legittimazione al ricorso da parte dell'imputato.

8. Tempo e ragione, dunque, come momenti dialettici del processo penale, in cui l'interesse tutelato prende vita e forma in una logica dialogante che si articola in una successione di scansioni preordinate a realizzare uno scopo interno al processo – che è quello dell'affermazione della verità in esso raggiunta – ed uno esterno: la pacifica convivenza civile e la tutela dell'innocente.

Nel progetto di riforma della giustizia penale, però, il pur lodevole intento di affermare un modello di giurisdizione improntato all'idea di "*istituzione della ragione*", si scontra con la scelta politica di consegnare alla logica onnivora del processo la misura del tempo in cui la libertà personale è soggetta al potere autoritativo dello Stato. L'antinomia tra tempo e ragione segna, dunque, la cifra dell'intervento novellatore prossimo al varo: ma questa fa presagire, ancora una volta, per la giustizia penale non una navigazione di lungo corso, ma una navigazione a vista.

VERONICA RIZZARO

Truffa on line: la distanza fisica configura sempre l'aggravante della minorata difesa? La particolare ipotesi del sito "e-bay"

Sommario: 1. Premessa – 2. L'evoluzione giurisprudenziale in tema di truffa "on line" – 3. L'aggravante della minorata difesa: la circostanza di luogo – 4. La (non) configurabilità della minorata difesa nei sistemi di informazione virtuale: il caso del sito "e-bay"

1. Premessa

Le moderne tecnologie e i sempre più innovativi sistemi di comunicazione e di scambio di beni e servizi hanno imposto un costante adeguamento delle disposizioni normative al nuovo assetto sociale. Tutto questo ha interessato, in particolare, il delitto di truffa.

È nota, infatti, la crescita di crimini perpetrati attraverso la rete con modalità che si sostanziano nel promuovere la vendita di beni, incassando il denaro e non consegnando l'oggetto della controprestazione, con evidente danno in capo agli acquirenti. L'intero *iter criminis*, peraltro, si svolge, di norma, senza alcun contatto diretto o di persona tra i soggetti coinvolti.

Tale profilo è stato oggetto di specifica attenzione nella recentissima pronuncia della Seconda Sezione penale della Corte di Cassazione che, con sentenza n. 43705 del 29 settembre 2016, ha ritenuto applicabile l'aggravante della c.d. minorata difesa nel caso di una vendita "on line" in cui il soggetto agente, dopo aver inserito, su noti e specializzati portali internet, diversi annunci di vendita di telefoni cellulari e di personal computer, aveva perfezionato tale vendita incassando somme di denaro che gli erano state versate su conti correnti o accreditate su carte prepagate da soggetti cui, poi, non erano stati consegnati i beni oggetto della vendita. Secondo la Suprema Corte, tale condotta avrebbe posto in essere una truffa aggravata dall'aver profittato della circostanza di luogo incidente sulla difesa privata della vittima, posto che *"proprio la distanza tra il luogo di commissione del reato, ove l'agente si trova ed il luogo ove si trova l'acquirente del prodotto on line – che ne abbia pagato anticipatamente il prezzo, secondo quella che rappresenta la prassi di simili transazioni – è l'elemento che consente all'autore della truffa di porsi in una posizione di maggior favore rispetto alla vittima, di schermare la sua identità, di fuggire*

comodamente, di non sottoporre il prodotto venduto ad alcun efficace controllo preventivo da parte dell'acquirente; tutti vantaggi che non potrebbe sfruttare a suo favore, con altrettanta comodità, se la vendita avvenisse de visu".

Questi profili consentirebbero, dunque, di ravvisare quel *quid pluris* che determinerebbe, secondo il Supremo consesso, il passaggio dalla fattispecie base della truffa a quella di delitto circostanziato.

2. L'evoluzione giurisprudenziale in tema di truffa "on line"

La citata sentenza della Cassazione n. 43705 del 2016 sembra inserirsi nel solco di una recente tendenza giurisprudenziale volta ad una diversa considerazione della distanza tra i soggetti, garantita da internet, quale presupposto per la configurazione dell'aggravante in esame.

E', infatti, del 19 luglio 2016 la sentenza n. 43660, sempre della Seconda Sezione penale della Suprema Corte, che nell'annullare con rinvio al Tribunale di merito per verificare la sussistenza della disposizione di cui all'art. 61 n. 5 c.p. rispetto ad un caso di vendita tramite un sito web di due computer, ha ritenuto fondato il principio per cui nelle truffe "on line" l'aggravante della minorata difesa risulterebbe sussistente per il fatto che la persona offesa non si trova nello stesso luogo del venditore e, pertanto, non può valutare se il bene esiste o meno.

Meritevole di considerazione è, altresì, una pronuncia del Tribunale di Campobasso²⁰⁸ con la quale si è ritenuto sussistente il delitto di truffa aggravata dalla minorata difesa nel caso di un soggetto che, con false generalità, dopo aver intrapreso una relazione di amicizia tramite chat internet, si era fatto versare su una carta di credito, intestata ad un complice, somme di denaro adducendo gravi difficoltà economiche, senza porre in essere alcun contatto diretto (neanche attraverso telefonate) con la vittima, con cui aveva proceduto soltanto allo scambio di alcune immagini fotografiche.

Le pronunce in commento si pongono, tuttavia, in termini innovativi rispetto a precedenti arresti espressi dalla giurisprudenza di legittimità e dalle corti di merito. In termini contrari, infatti, con la sentenza del 17 febbraio 2015, n. 10136, la Cassazione Penale ha ritenuto sussistente il delitto di truffa semplice nella condotta del ricorrente che, dopo essersi accreditato sul sito internet "ebay.it" ed aver messo in vendita un bene, aveva riscosso il prezzo senza consegnare il bene

²⁰⁸ Si tratta in particolare di Trib. Campobasso, 12 luglio 2016, n. 580

all'acquirente, provvedendo successivamente a cancellare il proprio "account" dal predetto sito²⁰⁹. E ancora, può segnalarsi la pronuncia del Tribunale di Trento che, con sentenza del 20 aprile 2015, ha inequivocabilmente affermato che " integra l'ipotesi delittuosa del reato di truffa di cui all'art. 640 c.p. la contrattazione che avvenga tramite internet intesa al godimento o alla vendita di determinati beni senza alcuna intenzione di consegnarli".

Il rilevato contrasto giurisprudenziale induce a considerare, allora, se, in taluni casi, non siano ravvisabili dei sistemi che, ancorché garantiscano e mantengano la distanza fisica tra i soggetti, possano, comunque, non minare la privata difesa della persona offesa.

3. L'aggravante della minorata difesa: la circostanza di luogo

Prima di affrontare compiutamente l'indicata tematica, sembra opportuno svolgere una analisi, ancorché breve e mirata al profilo del "luogo", sull'aggravante della minorata difesa, muovendo dalla innovazione normativa che nel 2009 ha indotto il legislatore ad includere la disposizione dell'art. 61 n. 5 c.p. nel novero delle circostanze speciali del delitto di truffa che, come noto, comportano il passaggio dalla procedibilità a querela a quella d'ufficio, oltre alla possibile applicazione delle misure cautelari e ad un notevole incremento di pena.

Obiettivo primario della modifica sembra essere stato quello di garantire un rafforzamento della tutela dei "soggetti deboli"²¹⁰ contro forme peculiari di perpetrazione della condotta in cui venga minata - ancorché, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità²¹¹, non del tutto impedita - la privata difesa della vittima. Non a caso, la stessa disposizione dell'art. 61 n. 5 è stata arricchita dell'inciso "anche in riferimento all'età".

²⁰⁹ Cass. Pen., 17 febbraio 2015, n. 10136, CED Cass 2015, rv 262801. Nella specie, la Suprema Corte ha affermato che "in tema di truffa contrattuale, il mancato rispetto da parte di uno dei contraenti delle modalità di esecuzione del contratto, rispetto a quelle inizialmente concordate con l'altra parte, unito a condotte artificiali idonee a generare un danno con correlativo ingiusto profitto, integra l'elemento degli artifici e raggiri richiesti per la sussistenza del reato di cui all'art. 640 c.p.". In senso conforme, in Cass. Pen., Sez. II, 20 aprile 2016, n. 16363 e Cass. Pen., Sez. II, 21 novembre 2016, n.49321 è stata ribadita tale impostazione con riferimento al caso di numerose vendite all'asta sul sito e-commerce "e-bay" di una serie di prodotti che non sono stati mai ricevuti dagli acquirenti e al cui mancato invio non ha fatto seguito il rimborso della spesa.

²¹⁰ Cfr. R. Bricchetti e L. Pistorelli, *Per la tutela dei soggetti deboli vittime di reato misure <<chirurgiche>> prive di ispirazione unitaria*, in Guida dir., 2009, fasc.33, 24

²¹¹ In tal senso Cass. Pen., Sez. V, 02 febbraio 2010 n. 8819, CED Cass. 2010, rv 246160, che, nel non ritenere sussistente l'aggravante della minorata difesa nel caso in cui il soggetto agente abbia agito di notte quando gli uffici erano chiusi, ha ribadito il principio secondo cui "la pubblica o privata difesa, ancorché non resa impossibile, deve essere concretamente ostacolata".

Tuttavia, il mero richiamo del comma secondo n. 2 bis dell'art. 640 c.p. all'aggravante *de qua* non ha determinato alcuna specifica conseguenza di natura pratica. È necessario, pertanto, riferirsi agli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità per poter comprendere cosa si intenda per “profittare di circostanza di luogo tale da ostacolare la pubblica o la privata difesa”.

È ormai consolidato l'orientamento che ritiene l'aggravante della c.d. minorata difesa una circostanza oggettiva afferente alla modalità della condotta. Più in particolare, si afferma che la stessa ricorra per la sola sussistenza di condizioni utili atte a facilitare il compimento dell'azione criminosa, anche se maturate occasionalmente o indipendentemente dall'azione del reo²¹². In detto contesto interpretativo, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto sussistente tale ipotesi nel caso di reato commesso in luogo isolato o abbandonato ovvero nel caso di tentativo di furto commesso in ore notturne in luogo privo di illuminazione²¹³.

È necessario, cioè, che l'azione venga commessa in una particolare condizione che agevoli, ricorrendone i criteri di imputazione soggettiva relativi alla conoscibilità di cui all'art. 59, comma 2, c.p., la realizzazione del reato.

Appare, pertanto, evidente la natura innovativa della citata pronuncia della Seconda Sezione n. 43705 del 2016 che, tuttavia, sembra sollecitare specifiche problematiche inerenti alla distinzione tra la fattispecie base e quella circostanziata del delitto di truffa. Più in particolare, non si ritiene errato domandarsi se ogni utilizzo di internet sia in grado di garantire una maggiore agevolazione della condotta criminosa atta ad incidere sulla difesa del soggetto passivo del reato o se, come si evince dalla stessa ricostruzione del fatto relativo all'arresto in questione²¹⁴, non si tratti in alcuni casi di ipotesi di truffa semplice.

4. La (non) configurabilità della minorata difesa nei sistemi di informazione virtuale: il caso del sito “e-bay”

²¹² Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 02 dicembre 2010, n. 712, CED Cass. 2011, rv 249422; Cass. Pen., Sez. I, 24 novembre 2010, n. 1319, CED Cass. 2011, rv 249420; Cass. Pen. Sez. II, 8 luglio 2004, n. 44624, in Cass. Pen. 2006, 4, 1459.

²¹³ Cass. Pen., Sez. V, 11 marzo 2011, n. 19615, CED Cass. 2011, rv 250183

²¹⁴ La vicenda giudiziaria relativa alla sentenza n. 43705 del 2016 ha visto il Tribunale di merito porsi in posizione contraria rispetto alla successiva pronuncia della Seconda Sezione della Corte di Cassazione. Più in particolare, il giudice di prime cure aveva affermato l'insussistenza della circostanza aggravante dal momento che la condotta del soggetto agente, in ragione delle peculiarità proprie della vendita “on-line”, integrava i soli artifici e raggiri del reato di truffa, senza che fossero ravvisabili altri elementi ulteriori, esterni alla struttura di reato, integranti la suddetta circostanza della minorata difesa.

La pronuncia della Suprema Corte oggetto di esame pone l'accento sulla opportunità di considerare il web quale luogo atto ad incidere normalmente sulla privata difesa del soggetto, aprendo, però, ad uno scenario non scevro di importanti riflessioni in ordine agli strumenti giuridici di tutela che la giurisprudenza individua in favore degli utenti.

Il vero *punctum dolens* della questione è, allora, quello di cercare di comprendere se la truffa "on line", per il solo fatto di garantire la mancanza di qualsiasi contatto diretto o *de visu* tra i soggetti, sia caratterizzata da un'oggettiva agevolazione di cui il soggetto debba aver profittato, sussistendo la prevedibilità, ovvero se, in taluni casi, si tratti di una modalità ordinaria di integrazione del delitto di truffa.

È importante prendere in considerazione i diversi contesti in cui si sviluppano le compravendite "on line", tenendo, altresì, conto che detto luogo o "non luogo" fisico²¹⁵ è ormai diventato un mercato in cui lo scambio di beni e servizi è diffuso e utilizzato da una moltitudine infinta di soggetti.

Particolarmente interessante, a tali fini, è il caso del sito "e-bay", trattandosi di uno dei siti di maggiore utilizzo per lo scambio di beni.

In esso l'utente venditore, previa registrazione²¹⁶ propone in vendita beni o attraverso il sistema del "compra subito" o attraverso quello dell'asta. Al contrario, l'utente acquirente, sempre previa registrazione²¹⁷, formula la sua offerta in ipotesi di asta ovvero richiede l'acquisto del bene qualora lo stesso sia a prezzo fisso e ve ne sia la disponibilità. Una volta raggiunto l'accordo, manifestato attraverso lo schiacciamento del tasto virtuale che corrisponde alla manifestazione del consenso, si procede al pagamento mediante bonifico o accredito su carta prepagata e, solo in conseguenza di ciò, il venditore provvede alla spedizione. Appare evidente, pertanto, da tale breve ricostruzione, come un qualsiasi soggetto agente che intenda perpetrare una truffa a danno dell'acquirente, possa inserire dati falsi e procedere ad una finta vendita alterando la realtà e creando, attraverso foto, un erroneo convincimento nell'interlocutore virtuale. In tali casi, i due o più soggetti che interagiscono tra loro non hanno mai un contatto diretto. Ciò può far supporre che

²¹⁵ Cfr. in tal senso Cass. Pen., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 17325 in Cass. Pen., 2015, 3501

²¹⁶ Per l'utente venditore la registrazione al sito "e-bay" comprende nome e cognome, indirizzo e-mail, domicilio o, elemento eventuale, contatto Facebook.

²¹⁷ Per l'utente acquirente la registrazione impone di dichiarare: nome e cognome, indirizzo e-mail, luogo di residenza o domicilio ai fini della spedizione.

l'agente abbia profittato di tale peculiare modalità operativa per ottenere una maggiore agevolazione nella realizzazione del delitto.

Tuttavia, siti come quello "e-bay" hanno adottato un sistema di informazione che consente all'utente di formare un proprio libero convincimento in ordine all'affidamento del venditore virtuale. Più in particolare, accedendo all'offerta, è sempre possibile acquisire notizie in ordine al luogo in cui si trova il bene e, aspetto ancor più di rilievo, alle valutazioni di coloro che hanno già avuto contatti con il venditore virtuale per aver effettuato precedenti acquisti da costui.

Si potrebbe ipotizzare che un truffatore avveduto abbia predisposto anche questo sistema di alterazione della realtà virtuale, inserendo false informazioni o chiedendo a soggetti terzi di "postare" commenti favorevoli. Tuttavia, è opportuno considerare come le informazioni virtuali siano, nella maggior parte dei casi, in numero particolarmente elevato, sicché sembra poco probabile ritenere che un soggetto possa riuscire effettivamente ad alterare eventuali commenti negativi, essendo, peraltro, impossibile impedire a qualsiasi utente di rendere nota la propria esperienza.

È a questo punto possibile formulare una serie di dubbi in ordine alla effettiva diminuzione, in dette ipotesi, della privata difesa dell'acquirente medio. Infatti, casi come quello considerato inducono quantomeno a considerare che, ancorché tra i soggetti manchi durante tutta la contrattazione un contatto diretto, possano sussistere "luoghi virtuali", corrispondenti ai siti, in cui la presenza degli altri utenti riduce di fatto la possibilità di minare la privata difesa dell'utente.

Certamente se, da un lato, il web offre ai truffatori un luogo in cui poter perpetrare l'azione delittuosa mantenendo, senza dubbio più agevolmente, celata la reale identità, dall'altro lato è confortante osservare come si vadano sempre più diffondendosi sistemi atti a garantire la posizione delle persone offese. Si pensi, ad esempio, al metodo di pagamento PayPal che consente il rimborso di una parte della somma in caso di mancata consegna del bene o, ancor di più, ai già citati indici di affidabilità predisposti da taluni siti.

In ragione di ciò, e considerando l'utente medio, si può ritenere che, in simili casi, non ci sarà una incidenza sulla privata difesa per circostanza di luogo. Al più, in relazione alle contingenze del caso concreto e ipotizzando che, a fronte di una offerta su detti siti, il venditore intrattenga successivamente uno scambio di e-mail con l'utente, potranno rilevare le caratteristiche personali della persona offesa, le quali sole potranno determinare l'applicazione della disposizione

di cui all'art. 61 n. 5 c.p. Ciò avverrà, però, unicamente in relazione al diverso profilo dello status soggettivo della vittima, quale, ad esempio determinato dalla sua età²¹⁸.

Tali considerazioni appaiono, peraltro, in linea con quanto affermato da costante giurisprudenza di legittimità in punto di accertamento in concreto della anzidetta circostanza, laddove è stato ritenuto che “ *la valutazione della sussistenza dell'aggravante della minorata difesa va operata dal giudice, caso per caso, valorizzando situazioni che di fatto hanno ridotto o comunque ostacolato, cioè reso più difficile, la difesa del soggetto passivo*”²¹⁹. Un esame scrupoloso sembra, inoltre, necessario in considerazione delle più gravi conseguenze che il passaggio dalla fattispecie base a quella aggravata importano per il reo.

In conclusione, appare evidente come non possa disconoscersi che nella maggior parte dei casi il ricorso al web agevoli la realizzazione del delitto di truffa che, garantendo una distanza tra i soggetti e impedendo il controllo sulla effettiva esistenza dei beni, di fatto si sostanzia in una modalità che mina e fa diminuire la privata difesa della vittima, determinando un aggravamento del delitto di truffa. Tuttavia, sarà pur sempre necessaria l'effettuazione di una valutazione caso per caso, tanto più specifica laddove rilevino sistemi di protezione adottati dai siti web più accreditati e garantiti quali strumenti che, sebbene non possono impedire la perpetrazione del delitto di truffa, di fatto ne possono ostacolare la realizzazione in taluni casi.

²¹⁸ Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato la necessità che il reo abbia consapevolezza dello stato di debolezza e di ciò abbia approfittato. In tal senso Cass. Pen., Sez. II, 07 gennaio 2015, n. 13933 ha affermato che “*le circostanze di persona che, ai sensi dell'art. 61, comma 1, n. 5, c.p., aggravano il reato quando l'agente ne approfitti, possono consistere in uno stato di debolezza fisica o psichica in cui la vittima del reato si trovi per qualsiasi motivo; esse devono risultare favorevoli all'agente, ovvero essere da lui conosciute, nonché tali da ostacolare, in relazione alla situazione fattuale concretamente esistente, la reazione dell'Autorità pubblica o dei privati parti lese, agevolando in concreto la commissione del reato, in quanto determinanti uno stato di minorata difesa della vittima tale da facilitare l'impresa delittuosa*”, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)* 2015, 3, 1214 con nota di B. Venturato; in senso conforme Cass. Pen., Sez. IV, 15 dicembre 2015, n. 49360, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 46, 2015, pag. 22 con nota di S. Gentile

²¹⁹ In tal senso Cass. Pen., Sez. II, 07 ottobre 2014, n. 43128, CED Cass. 2014, rv 260530. In senso conforme: Cass. Pen., Sez. II, 14 febbraio 2013, n. 6608, CED Cass. 2014, rv 258337 ; Cass. Pen., Sez. I, 10 luglio 2013, n. 40293, CED Cass. 2013, rv 257248

MANUEL BIANCHI

Memorandum sulla prescrizione

1. Fondamento dell'istituto e conseguenze.

Quantomeno a far data dall'Ottocento, il fondamento dell'estinzione del reato per decorso del tempo è controverso.

Anche allora, infatti, i Classici si chiedevano, esattamente come del resto avviene ancor oggi, se la prescrizione avesse natura sostanziale o processuale.

Da un lato, la stretta parentela dei termini prescrizionali con i limiti edittali stabiliti a seconda della gravità della violazione sembrerebbe far propendere per la tesi sostanzialista.

Eppure, d'altro lato, una più attenta disamina dell'istituto alla luce delle funzioni della pena sta a smentire tale prima impressione e pare spianare la strada ai fautori della natura processuale dell'istituto.

Va infatti premesso, dal punto di vista metodologico, come l'*ubi consistam* della prescrizione penale non possa essere determinato in astratto, ma soltanto alla luce della conformazione ad essa impressa dalle concrete scelte politiche del Legislatore²²⁰, come tali tradottesi in diritto positivo.

Alla luce di ciò, allora, si deve considerare come il Codice vigente, fissando il *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione in corrispondenza della consumazione del reato, offra una chiara indicazione al riguardo.

Invero, se solo si riflette sul fatto che l'evento del reato può astrattamente giungere anche a notevole distanza di tempo dalla realizzazione della condotta illecita, unico segmento della fattispecie nella piena signoria del reo, occorre allora concludere che alla base della prescrizione non possono stare, perlomeno nel nostro sistema, considerazioni né di prevenzione generale, né di prevenzione speciale.

E infatti, la prima (sia essa intesa come minaccia/deterrenza, sia in senso positivo/pedagogico) incentra evidentemente la propria efficacia sul momento di realizzazione della condotta, onde esercitare quella nota contropinta psicologica a che il soggetto la compia o,

²²⁰ Così S. Silvani, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 53.

in caso contrario, fallito l'effetto di tale primo freno inibitorio, reagendo prontamente per evitare che altri ne emulino le scellerate gesta.

Del pari, la seconda (intesa come neutralizzazione o come risocializzazione) postulerebbe un intervento il più possibile ravvicinato al momento della condotta delittuosa, posto che – altrimenti – si rischierebbe di arrivare troppo tardi sia rispetto alle potenziali vittime, incarcerando un soggetto che ha già ampiamente dimostrato di essere socialmente pericoloso, sia rispetto allo stesso autore, sanzionando chi – magari – si sia già ravveduto e reintegrato per conto suo.

In conclusione, come del resto autorevolmente indicato dalla Commissione Pagliaro²²¹, è evidente che la natura dogmatica dell'estinzione del reato per decorso del tempo non può che risiedere in una causa d'improcedibilità sopravvenuta, parametrata alla gravità dell'illecito commesso²²².

In altri termini, il Legislatore, oltre che con la previsione del tipo e l'individuazione della relativa cornice edittale, implementa ulteriormente, e in concreto, il giudizio normativo di rilievo penale di una certa classe di comportamenti attraverso una causa di successiva irrilevanza del fatto per decorso del tempo, una condizione di procedibilità²²³ di tipo non già sospensivo, bensì risolutivo.

Solo così, dopo tutto, si spiega la presenza nel sistema di reati imprescrittibili perché puniti con la pena dell'ergastolo.

Infatti, altrimenti, non vi sarebbe alcun motivo al mondo per escludere (dal punto di vista della prevenzione speciale) che anche l'autore di un crimine efferato, con il passare degli anni, possa redimersi e votarsi a una nuova vita; né a notevole distanza dal fatto (dal punto di vista della prevenzione generale) è possibile immaginare una seria efficacia deterrente di un'ormai tardiva sanzione.

Soltanto ravvisando nell'imprescrittibilità la conferma, sul piano processuale, di un giudizio retributivo sostanziale particolarmente severo è allora possibile dar conto di tale qualità, posseduta unicamente dai più gravi reati.

²²¹ Cfr. C. Marinelli, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 136.

²²² Cfr., del resto, lo stesso Antonio Pagliaro, *Prescrizione del reato e "nuova" estinzione del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4043.

²²³ Così, in sostanza, anche F. Giunta, D. Micheletti, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 58.

Ma dalla classificazione della prescrizione fra le cause di improcedibilità quali conseguenze discendono?

Sebbene la natura formalmente processuale del regime di perseguibilità di un reato sembrerebbe a tutta prima far propendere per l'inapplicabilità del divieto di retroattività in senso sfavorevole al reo e per la sottrazione della materia alla riserva di legge in senso stretto²²⁴, tale conclusione sarebbe a nostro sommo avviso eccessivamente affrettata, se solo si pensi che più volte la Suprema Corte di cassazione si è pronunciata per la natura mista (sostanziale e processuale) della procedibilità a querela, come tale pienamente soggetta agli enunciati principi di garanzia²²⁵.

2. Prescrizione dell'azione e prescrizione del processo in rapporto all'esigenza di riduzione dei tempi della giustizia penale.

Che la prescrizione abbia una funzione deflattiva rispetto al carico di lavoro degli Uffici giudiziari non è poi così scontato.

Bisogna infatti distinguere e tenere ben separati due diversi profili.

Sotto un primo profilo, certamente, essa funge da strumento selettivo, imponendo all'Organo della Pubblica Accusa una deroga di fatto al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Invero, l'imperativo – rivolto ai Magistrati del Pubblico Ministero – in cui questo principio si traduce, e cioè che “tutti i reati vanno perseguiti”, si rivela un'affermazione astratta, posto che i mezzi per darvi concreta attuazione non sono ovviamente illimitati.

Ne consegue la necessità, da parte degli Inquirenti, di concentrare le proprie forze sull'accertamento della responsabilità di determinati fatti, ritenuti più gravi ed allarmanti rispetto

²²⁴ Così, sul presupposto della natura processuale della prescrizione, la recente ordinanza Cass., Sez. III Pen., n. 28346 del 2016, di remissione alla Corte Costituzionale, con sollecitazione alla attivazione dei cc.dd. controlimiti nei confronti della sentenza della Corte di Giustizia sul caso ‘Taricco’, che nei casi di grave frode fiscale (Iva), lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, ha come noto obbligato il giudice nazionale a disapplicare la norma (art. 161 comma 2 c.p.) che impone una limitazione (fino ad un quarto) degli effetti dell'interruzione della prescrizione.

²²⁵ Cass., Sez. V Pen., sent. n. 44390 del 2015, in C.E.D. rv. 265999; e in precedenza Sez. III Pen., sent. n. 2733 del 1997, ivi, rv. 209188. Su questi temi, cfr. l'ormai classico contributo collettaneo della ‘Scuola di Bologna’: M. Nobili, L. Stortoni, M. Donini, M. Virgilio, M. Zanotti, N. Mazzacupa, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, V, coll. 317 ss.

ad altri, con l'effetto di lasciare questi ultimi sostanzialmente impuniti, perché appunto destinati ad essere falciati dal meccanismo della estinzione per decorso del tempo.

Se dunque è fisiologico il ruolo di filtro svolto dalla prescrizione nella determinazione di ciò che è effettivamente punito (c.d. depenalizzazione di fatto), è però pure vero che il Legislatore, omettendo di attuare il disposto dell'art. 112 Cost. con la previsione di una scala legale di priorità da seguire nell'attività di investigazione dei fatti di rilevanza penale, espone il Pubblico Ministero, al cospetto dell'opinione pubblica, all'esiziale censura di compiere scelte dettate dall'opportunità, quando non addirittura arbitrarie.

Dall'altro lato, sotto il secondo evocato profilo, la prescrizione decreta l'estinzione del reato anche a processo già iniziato, cioè ad azione penale già esercitata e quindi funzionando, in tal caso, non già come *prescrizione dell'azione*, che si verifica nel corso delle indagini preliminari, bensì come *prescrizione del processo*, con corollari di tutt'altra natura e di ben altra portata.

Infatti, mentre è sicuramente un bene che, pendenti le ricerche dell'Autorità, cioè nel corso delle indagini, il termine di prescrizione sia tendenzialmente breve, non registrandosi – in tale fase – il pericolo di tattiche dilatorie da parte delle Difese, non ancora investite nel pieno delle proprie funzioni, ed essendo l'addebito ancora avvolto da un alone di incertezza, a scapito dell'indagato e dei suoi diritti alla certezza²²⁶ e alla prova, al contrario appare sommamente opportuno che, una volta formalizzata l'accusa con l'esercizio dell'azione penale, il termine fissato a pena di perenzione del reato sia tendenzialmente assai lungo.

In questa fase, invero, la contestazione del fatto e con essa le fonti di prova sono ormai cristallizzate, sicché scemano notevolmente i perigli per i diritti di difesa e di prova.

Inoltre, un termine estintivo troppo breve finirebbe per trasformare la prescrizione da una sanzione per l'inerzia degli Uffici giudicanti (come dovrebbe essere) in un premio per una difesa astuta e defatigante (come non dovrebbe mai accadere e come, invece, troppo spesso accade).

Si aggiunga poi un aspetto da sottolineare particolarmente.

Tutto il complesso delle garanzie di un sistema processuale che ambisca a definirsi veramente di tipo accusatorio non può funzionare a regime se non facendo sì che – come del resto

²²⁶ Echeggia nitida l'esortazione del Beccaria ad evitare che il reo, patisca, oltre alla pena e per il ritardo nell'inflizione di questa, i "fieri tormenti dell'incertezza" (*Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli 2001, ristampa dall'originale edizione londinese del 1774, § XIX).

accade lì dove tale modello è stato creato – la stragrande maggioranza dei procedimenti (almeno più del 90%) venga definito mediante riti semplificati (patteggiamento e abbreviato).

Mentre è per converso chiaro che la previsione di termini di prescrizione troppo brevi, tali appunto da farne un obiettivo, come si usa dire, ‘lucrabile’ da parte delle Difese, induce i più a scegliere il rito ordinario, così di fatto impedendo la piena realizzazione dell’ideale accusatorio, necessitante, visti i tempi richiesti dagli elevati standard garantistici che lo contraddistinguono, di udienze istruttorie sgombre e non certo sovraccariche di fascicoli così come – viceversa – si registra puntualmente nel nostro Paese²²⁷.

Vigente l’attuale disciplina dei termini prescrizionali (molto spesso di 7 anni e 6 mesi, cioè addirittura più brevi di quelli – decennali – stabiliti per far valere un inadempimento contrattuale), è infatti un preciso obbligo deontologico dell’Avvocato, come tale assolutamente non censurabile, quello di tentare di ‘lucrare la prescrizione’.

Accade spesso e volentieri, dunque, che Difese ben attrezzate (e parimenti retribuite) riescano effettivamente a far saltare il banco, arrivando ad ottenere la prescrizione del processo.

I dati degli ultimi anni, del resto, parlano chiaro²²⁸.

Dal 2003 al 2013 circa un milione di procedimenti penali si è prescritto ancora prima di esercitare l’azione penale, cioè in fase di indagini, il che - come si diceva - è piuttosto fisiologico, posto che è in questa fase che la prescrizione svolge, con le precisazioni di cui sopra, una legittima e del tutto fisiologica funzione di filtro selettivo nella costruzione del penalmente rilevante.

Lo scandalo è, piuttosto, che nello stesso arco temporale (10 anni) ben mezzo milione di reati si siano estinti – si badi bene – a processo già iniziato.

La responsabilità di questo immenso scempio, come detto, è del Legislatore, non certo del Foro, che ha invece giustamente messo a frutto ogni strumento utile a sottrarre il proprio cliente al rullo della macchina penale.

²²⁷ Di eterogenesi dei fini della prescrizione parlano anche F. Giunta e D. Micheletti, *Tempori cedere*, cit., pp. 93 ss., che giungono addirittura ad ipotizzare una illegittimità costituzionale della disciplina della prescrizione (persino di quella vigente prima della riforma del 2005) per contrasto con il canone della ragionevole durata del processo (*sic*).

²²⁸ Vedasi la sezione ‘statistiche del sito del Ministero della Giustizia.

Né si può abbozzare all'idea, ormai da qualche anno messa artatamente in circolazione, che la prescrizione, persino così come attualmente congegnata, stia lì a presidiare il canone della ragionevole durata del processo.

È infatti intuitivo, ed è stato comunque ben dimostrato²²⁹, che la prescrizione non può assolutamente garantire, quantomeno in modo diretto²³⁰, la realizzazione del principio della ragionevole durata, per il semplice fatto che il Costituente, con la formulazione di tale principio, ha preteso che ad intervenire in tempi sufficientemente celeri sia una sentenza di merito, cioè di accertamento della responsabilità o meno dell'imputato; non certo una pronuncia vuota come quella di avvenuta estinzione del reato.

Del resto, la disarmonia del meccanismo perentivo rispetto al principio di ragionevole durata è plasticamente dimostrata dalla legittima presenza, nel sistema, di reati non prescrivibili, rispetto ai quali – trattandosi solitamente di quelli più gravemente puniti – non si capirebbe il perché di una rinuncia alle tutele dell'art. 111 Cost. proprio nei casi dove è più forte l'esigenza di sottrarre il presunto innocente al pugno costringitore del magistero penale.

Dunque, per trarre una prima conclusione, se la *prescrizione dell'azione* penale può ancora svolgere un'utile funzione di filtro nella definitiva individuazione del raggio d'azione della pretesa punitiva dello Stato, al contrario la *prescrizione del processo* si rivela soltanto come un inutile quanto enorme dispendio di uomini e di mezzi, una sconfitta per tutti i protagonisti della vicenda processuale (in verità, a ben considerare, anche per molti imputati, che magari avrebbero potuto ottenere un'assoluzione nel merito).

La soluzione però – già lo si accennava – non può consistere in nient'altro che in una distinzione dei termini prescrizionali per fasi: un termine breve (2 anni e mezzo o al limite 3 anni dal fatto²³¹) per l'esercizio dell'azione penale e un termine lungo (almeno 10 anni) per lo svolgimento del processo penale, a partire dall'esercizio dell'azione penale.

²²⁹ Cfr. Silvani, *op. cit.*, pp. 143-170.

²³⁰ A tutto voler concedere, infatti, la prescrizione potrebbe essere utilizzata dal Legislatore – ma beninteso senza mai sostituire misure positive che, ferma la necessità di una salvifica massiccia depenalizzazione, davvero muniscano il sistema giustizia di mezzi e personale adeguati – come l'estrema minaccia che, nel denegato caso di una durata del processo veramente disperante, spazzerà via come una scure tutti gli sforzi comunque compiuti.

²³¹ Deroche possono ipotizzarsi a fronte di reati notoriamente difficili da accertare (ad es. corruzione, giusta il vincolo di omertà che avvince le parti del *pactum sceleris*).

Questo secondo termine, quantomeno decennale, utile al compiuto svolgimento del processo penale, decorrente dal momento di formulazione dell'imputazione, dovrebbe poi essere posto comunque al riparo dalle manovre più di frequente messe in campo per consumarlo: non sarebbe una cattiva idea, sotto tale profilo, quella di prevedere nuove cause di sospensione della prescrizione, ad esempio nel caso di assenza giustificata di un teste, o di diniego del consenso, da parte della Difesa, all'utilizzo degli atti in caso di mutamento del Giudice.

E ben si comprende che, in tali casi, l'effetto sospensivo dovrebbe coprire tutto il tempo necessario ad acquisire gli elementi di prova mancanti: il teste assente giustificato, o la rinnovata audizione di tutti i testi già sentiti, in caso di mutamento della persona fisica del Giudicante, o di un membro del Collegio.

A quel punto, così congegnato il meccanismo dell'estinzione del processo, si ritiene che le Difese sarebbero messe all'angolo rispetto a un tentativo di allungare i tempi processuali (anche magari per cercare di beneficiare, un domani, di un provvedimento legislativo di clemenza o, a voler pensar male, semplicemente alla stregua dell'antico ma sempre valido precetto *dum causa pendet...*).

Infatti, l'Avvocato che non avesse fatto optare il proprio assistito per il rito abbreviato non potrebbe più invocare, onde giustificare le tattiche dilatorie messe in campo, il sacro diritto alla difesa²³², ma sarebbe piuttosto esposto al rischio di un'azione per responsabilità professionale, se un domani il cliente, una volta condannato, dovesse reclamare lo sconto di pena (1/3) non ottenuto.

In questo modo, l'istituto della prescrizione – del processo – sarebbe conservato, anche a garanzia dell'imputato, ma al tempo stesso restituito alla sua autentica funzione di sanzione di improcedibilità (in relazione alla gravità del fatto) per l'inerzia dell'Organo giudicante, e per altro verso sottratto ad abusi e strumentalizzazioni.

Inoltre, di fronte all'eventualità di un accertamento processuale dai tempi davvero intollerabili, verrebbe conservata la teorica possibilità, ma giustamente relegata ad *extrema ratio*, di 'mandare tutto a carte quarantotto'.

²³² Anche se, a dire il vero, oggi la Corte di Cassazione parla sempre più di frequente di veri e propri 'abusi del processo': cfr., per tutte, Cass. Sez. Un., n. 155 del 2012, in tema di diniego della concessione dei termini a difesa di cui all'art. 108 c.p.p., in caso di strumentale avvicendamento di più difensori di fiducia.

Va tuttavia necessariamente chiarito che tale sorta di clausola di salvezza non è affatto un meccanismo di salvaguardia della ragionevole durata del processo²³³, il cui limite, in quei casi, è già stato evidentemente di gran lunga oltrepassato, bensì un rimedio a garanzia dell'imputato, specie se innocente²³⁴, rispetto al quale il buon senso impone di considerare che, a un certo punto, diventa preferibile un proscioglimento purchessia²³⁵, piuttosto che dover attendere ancora anni, sottoposti al penoso giogo della macchina giudiziaria, pur di attendere il definitivo accertamento della verità dei fatti.

Infine, non è ozioso sottolineare che una riforma di tal segno avrebbe l'effetto di migliorare sensibilmente la qualità del lavoro di tutti gli operatori del diritto: dai Magistrati, cui sarebbe consentito di concentrarsi sui processi davvero più delicati e sui casi seriamente controversi, contrastando così la preoccupante progressiva burocratizzazione della funzione giurisdizionale, agli stessi Avvocati, rispetto ai quali la 'nuova prescrizione' fungerebbe – perlomeno nel settore penale – come una sorta di naturale criterio selettivo, facendo emergere i soli veramente capaci di affrontare il merito di un processo.

Al contrario, non si può assolutamente accogliere l'idea²³⁶, lanciata evidentemente in una prospettiva di riforma dell'istituto di tipo monista²³⁷, di non far decorrere la prescrizione fin tanto che la *notitia criminis* non sia pervenuta in possesso degli Inquirenti.

²³³ Così D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, pp. 20-30; contra B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in www.penacontemporaneo.it, 15 febbraio 2016, spec. p. 9).

²³⁴ Il quale, come è stato autorevolmente notato (cfr. D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, cit., in partic. p. 25), avvertirebbe invece come un'autentica 'beffa' – e un'assurda equiparazione al colpevole – un proscioglimento per prescrizione intervenuto negli stessi termini cronologici in cui sia invece ragionevolmente esigibile un'assoluzione nel merito.

²³⁵ Se dunque fino ad un tempo ragionevolmente lungo l'innocente ha il sacrosanto diritto ad essere proclamato tale *coram populo*, vi è invece una soglia temporale oltrepassata la quale è di gran lunga più soddisfacente ottenere l'interruzione del processo punto e basta, talché la prescrizione conserva – in tali limitatissimi casi di durata davvero estenuante dell'accertamento giudiziario – una propria autentica funzione di garanzia, non surrogabile con altri meccanismi, quali ad es. una circostanza attenuante che diminuisca la pena in misura proporzionale alla 'sofferenza processuale patita per l'ingiustificato prolungamento del giudizio, o un potere discrezionale del Giudicante di dichiarare l'improcedibilità del processo se condotto con eccessiva lentezza (questo in replica alle peraltro apprezzabili proposte formulate, sulla scorta del modello tedesco, da F. Viganò, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2013, pp. 18 ss.).

²³⁶ Che è stata anche recentemente riportata alla ribalta dalle dichiarazioni alla stampa del Procuratore Nazionale Antimafia, dott. Franco Roberti, in www.ilfattoquotidiano.it, 26 aprile 2016.

²³⁷ Cioè che non distingue, come si fa invece in questo scritto, fra due termini di prescrizione (dell'azione e del processo), bensì concepisce un unico termine di prescrizione sostanziale del reato.

Tale soluzione, ispirata a un broccardo valevole in realtà soltanto in materia civile (*contra non valentem agere non currit praescriptio*), muove palesemente da un'erronea supposizione di fondo, e cioè che le Forze di Polizia non siano dotate di sufficienti poteri ispettivi da poter scoprire un fatto di reato sin dal momento immediatamente successivo alla sua consumazione²³⁸.

Essa, inoltre, avrebbe l'effetto di annichilire d'un sol colpo ogni certezza del diritto sotto il profilo dei tempi processuali e, come è stato autorevolmente osservato, finirebbe per trasformare ogni reato in un illecito indefinitamente perseguibile, cioè praticamente imprescrittibile²³⁹.

3. I progetti di legge all'ordine del giorno.

Allo stato attuale (si fa riferimento all'agosto 2016), il disegno di legge in materia di prescrizione è in discussione al Senato della Repubblica e reca il numero 2067: si tratta del progetto di iniziativa governativa, che ha assorbito quello (n. 1844) d'iniziativa parlamentare.

In questa sede, più che un'esegesi didascalica dell'articolato²⁴⁰, è interessante compiere un tentativo di cogliere la *ratio* della riforma in cantiere.

Va premesso che la stessa sembra anzitutto ibridare due distinti modelli: quello della interruzione del corso della prescrizione in forza di determinati atti (che viene mantenuto, con alcune specificazioni) e quello della sospensione del procedimento per tempi determinati, di recente proposto in dottrina²⁴¹.

Quest'ultimo, in particolare, perseguirebbe la finalità di garantire la stasi dei termini di prescrizione fintantoché pendano, per un certo tempo ragionevole, rispettivamente il 1°, il 2° e il 3° grado del giudizio (questo, come si sa, di sola legittimità)²⁴².

Ora, le modifiche in corso di discussione al Senato introdurrebbero, se approvate, una disciplina spuria, nella misura in cui – da un lato – il modello della sospensione per tempi determinati imporrebbe la contestuale abrogazione del meccanismo della interruzione, invece

²³⁸ Potrebbero fare eccezione i reati commessi nei confronti di soggetti minori, rispetto ai quali la Convenzione di Istanbul impone di far decorrere il termine di prescrizione dal momento di raggiungimento della maggiore età (o dalla previa acquisizione della notizia di reato), onde garantire la migliore tutela della vittima.

²³⁹ Così D. Pulitanò, *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016, p. 2.

²⁴⁰ Per la quale si rinvia alla *Nota Breve* del Servizio Studi del Senato dell'agosto 2016 (n. 126) a cura di C. Andreuccioli, reperibile online sul sito www.senato.it.

²⁴¹ Da Domenico Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, cit.

²⁴² Per Pulitanò il 1° grado meriterebbe 30 mesi di sospensione, il 2° 18 mesi, il giudizio di legittimità 12 mesi.

mantenuto, come detto, dal d.d.l.; e dall'altro, perché la predetta sospensione del processo è ipotizzata per i soli gradi di gravame (un anno e mezzo per l'appello e un anno e mezzo anche per il ricorso per cassazione) e non anche per il primo grado, che continuerebbe pertanto ad essere esposto alle più fantasiose tattiche ostruzionistiche delle Difese.

Segnalata questa pecca di organicità e di coerenza sistematica, va tuttavia apprezzato il tentativo di garantire più tempo e più agio all'accertamento processuale nel suo complesso.

Quel che davvero non convince è, piuttosto, la disposizione secondo cui, in caso di assoluzione dell'imputato in secondo grado ovvero di annullamento della sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità ovvero di dichiarazione di nullità, i periodi di sospensione predetti (1 anno e 1/2 più 1 anno e 1/2) vanno ricomputati nel calcolo della prescrizione.

A parte l'incertezza giuridica prodotta dal dover computare i termini di estinzione di un reato *secundum eventum litis*, la norma sembra avere l'effetto di comprimere di fatto l'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero, reintroducendo per altra via una disparità delle armi nell'impugnare la decisione dell'organo giudicante già a suo tempo sanzionata con dichiarazione di illegittimità costituzionale²⁴³.

Infine, ecco il principale motivo di censura del disegno di legge attualmente all'esame del Parlamento: esso muove ancora da una prospettiva 'monista' o 'unitaria' dell'istituto della prescrizione che a nostro avviso deve ritenersi superata, non cogliendo, secondo l'approccio dualistico qui condiviso, la diversissima funzionalità del meccanismo di perenzione a seconda che sia già stata esercitata, o meno, l'azione penale.

Merita invece sottolineare ancora una volta, onde rimarcare l'importanza di distinguere due separati termini di prescrizione, uno decorrente *prima* e l'altro *dopo* la chiusura delle indagini preliminari, che le due fasi sono governate da principi (ed esigenze) sostanzialmente antinomici.

Prima della formulazione dell'imputazione l'indagato è posto in una condizione di totale incertezza circa la propria sorte; non vi è stata ancora – specie se il reato è (in diritto o in fatto) bagatellare – quell'enorme profusione di energie processuali che caratterizza invece la fase del

²⁴³ Il riferimento è alla sent. 26 del 2007, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della c.d. legge Pecorella nella parte in cui – fatte salve rare eccezioni – sottraeva al Pubblico Ministero il potere di appellare le sentenze di proscioglimento.

dibattimento; la Difesa è ancora di fatto impossibilitata a mettere in campo espedienti ostruzionistici o dilatori; le esigenze sono dunque quelle di una fisiologica selezione dei fatti più meritevoli di definitivo accertamento.

Dopo l'esercizio dell'azione penale, viceversa, l'addebito è ormai certo, ossia determinato, e con esso le relative fonti di prova; la locomotiva processuale si è messa interamente in moto; la Difesa è investita di tutti le proprie prerogative; l'esigenza è dunque quella di giungere, salvo casi davvero eccezionalissimi, ad un giudizio finale di innocenza o di colpevolezza.

Ebbene, a nostro avviso, un Paese che ambisca a coniugare efficienza e garanzia non può disconoscere tale naturale, notevole ambivalenza dell'estinzione del reato per decorso del tempo.

ANTONIO D'AMATO - SERGIO OCCHIONERO

Primi approdi ermeneutici inerenti i profili processuali e sostanziali del reato di omicidio stradale (legge 23 marzo 2016, n. 41)

Sommario: – 1. Premessa. La ricognizione dei profili della riforma. – 2. I prelievi biologici coattivi. Analisi delle modifiche ex artt. 224-bis e 359-bis c.p.p. – 2a. La modifica dell'art. 224-bis c.p.p. La scarsa praticabilità della perizia. – 2b. La modifica dell'art. 359-bis c.p.p. Il potere di accompagnamento coattivo affidato alla polizia giudiziaria presso il più vicino presidio ospedaliero. Prelievi biologici coattivi. Ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria. La questione del prelievo ematico coattivo. – 2c. Protocolli operativi per il caso che venga prestato il consenso. – 3. L'arresto in flagranza. – 4. La questione della procedibilità. – 5. La disciplina acceleratoria della definizione dei procedimenti per reati stradali. – 6. La competenza del giudice. I fatti commessi prima della data di entrata in vigore della legge (25 marzo 2016).

1. Premessa. La ricognizione dei profili della riforma.

Occorre premettere che la legge n. 41/16, che, fra l'altro, ha introdotto nel nostro ordinamento i reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali, ha apportato anche alcune modifiche, con la tecnica della novellazione, al codice di procedura penale (ad es. si veda, fra le altre norme, l'art. 359-bis c.p.p.), ponendo sul tappeto, come sovente accade in simili casi, svariati problemi interpretativi. Il primo di essi sottende l'esigenza di un coordinamento della modifica con le altre norme del codice di rito in tema di libertà personale, in considerazione del significativo innalzamento dei limiti edittali, con effetti anche sulla disciplina concernente l'arresto in flagranza di reato.

Prima di entrare nel merito delle singole modifiche e dei conseguenziali riflessi sugli istituti processuali di riferimento, si riportano, qui di seguito, i singoli interventi, attraverso i quali il legislatore ha inteso creare una sorta di “*statuto dei reati stradali*”, alla stregua di quanto realizzato in precedenza in materia di azione di contrasto alle mafie ovvero, più di recente, con la

normativa sul c.d. femminicidio (D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, nella L. 15 ottobre 2013, n. 119)²⁴⁴:

l'istituto di cui all'art. 224-*bis* c.p.p.²⁴⁵ è stato reso applicabile anche ai reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali;

specularmente è stata prevista, per la fase delle indagini preliminari, una nuova ipotesi di accertamento tecnico, ad iniziativa del PM, nei procedimenti per i suddetti reati, con inserimento, nel *corpus* dell'art. 359-*bis* c.p.p., del comma 3-*bis*;

è stata introdotta una nuova ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza (art. 381, comma 2, lett. m-*quater*, c.p.p.) in caso di omicidio colposo stradale aggravato *ex* art. 589-*bis*, comma 2 e 3, c.p. (punito fino a 12 anni di reclusione), mentre per quello aggravato ai sensi dei commi 4 e 5 della nuova norma (ipotesi per le quali i limiti edittali sono stati portati, nel massimo, a 10 anni di reclusione) l'arresto è facoltativo;

è stata introdotta una nuova ipotesi di arresto facoltativo in flagranza (art. 381, comma 2, lett. m-*quinquies*, c.p.p.) in caso di lesioni (gravi o gravissime) stradali aggravate *ex* art. 590-*bis*, comma 2, 3, 4 e 5, c.p.;

è stato posto il limite di una sola proroga del termine per la chiusura delle indagini preliminari (art. 406, comma 2-*ter*, c.p.p.), nel caso in cui si proceda per i delitti di omicidio stradale o di lesioni gravi o gravissime stradali;

è stato previsto un nuovo termine massimo di trenta giorni tra le scadenza del termine di chiusura delle indagini preliminari e la richiesta di rinvio a giudizio per il delitto di omicidio stradale (art. 416, comma 2-*bis*, c.p.p.);

è stato previsto un nuovo termine massimo di sessanta giorni tra l'emissione del decreto che dispone il giudizio e la data fissata per il giudizio (art. 429, comma 3-*bis* c.p.p.), per il delitto di omicidio stradale;

²⁴⁴ Le modifiche introduttive di fattispecie incriminatrici vengono associate a modifiche di ordine processuale ed ordinamentale, nonché a norme afferenti più strettamente al campo del diritto amministrativo.

²⁴⁵ Tale norma fu introdotta dalla legge n. 85/2009, che, colmando la lacuna creata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 238/1996, finalmente introduceva la possibilità di prelievi biologici coattivi sulla persona dell'indagato o di terzi, a fini di prova, attraverso la previsione dei casi e dei modi, nei quali era possibili adottare provvedimenti limitativi della libertà personale, in ossequio ai principi di cui all'art. 13 Cost. I casi sono circoscritti ai delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

è stata introdotto l'ennesimo caso di citazione diretta a giudizio riguardante appunto il delitto di lesioni personali stradali, anche se aggravate (art. 550 comma 2, lett. e-*bis*, c.p.p.);

è stato previsto un nuovo termine massimo di trenta giorni tra la scadenza del termine di chiusura delle indagini preliminari e l'emissione del decreto di citazione a giudizio per il delitto di lesioni personali stradali (art. 552, comma 1-*bis*);

è stato fissato un nuovo termine massimo, di novanta giorni, tra l'emissione del decreto di citazione a giudizio e l'udienza di comparizione (art. 552, comma 1-*bis*, c.p.p.).

2. I prelievi biologici coattivi. Analisi delle modifiche ex artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p.

2a. La modifica dell'art. 224-*bis* c.p.p. La scarsa praticabilità della perizia.

Tra le modifiche processuali di maggiore impatto introdotte dalla legge n. 41/16, si annovera, *in primis*, l'introduzione di un nuovo caso di prelievo biologico coattivo, sia nelle forme della perizia (artt. 224-*bis*, comma 1, c.p.p.) sia sotto forma di accertamento tecnico durante le indagini preliminari (art. 359-*bis* c.p.p.).

Il tema dei prelievi assume una rilevanza centrale poiché le aggravanti speciali previste dalle nuove norme presuppongono, per poter essere riconosciute, l'accertamento positivo dell'effettivo tasso alcoolemico (che deve essere superiore al limite di 1,5 grammi per litro) ovvero dello stato di alterazione derivante dall'uso di sostanze stupefacenti.

L'interpolazione degli artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p. si è resa necessaria, proprio al fine di consentire (nel rispetto della riserva di legge di cui all'art. 13 Cost.) la introduzione di nuovi reati per i quali sia possibile procedere a prelievi coattivi sulla persona dell'indagato, a fini di prova²⁴⁶. Dunque, per effetto della legge in commento, quando si procede per i delitti di cui agli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., l'autorità giudiziaria può procedere a prelievi coattivi nei confronti dell'indagato, al fine di stabilire il tasso di alcoolemia ovvero lo stato di alterazione psicofisica scaturente dall'assunzione di sostanza stupefacente.

È stato immediatamente osservato che la nuova disciplina avrà verosimilmente una scarsa utilità, per quanto concerne la perizia disposta dal giudice. Infatti, la natura ontologicamente urgente dell'accertamento, mediante prelievo sulla persona dell'indagato, è incompatibile con i

²⁴⁶ In relazione al percorso giurisprudenziale (Corte Cost. sent. n. 238 del 1996) e normativo (L. n. 85 del 2009) che ha portato all'introduzione, nel *corpus* del c.p.p., dell'art. 224 bis c.p.p. cfr. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè editore, 2013, pagg. 354 e ss.

tempi richiesti per l'accesso ad una perizia a fini di prova. E, invero, quando si proceda per omicidio stradale o lesioni personali stradali gravi o gravissime, gli accertamenti disposti mediante prelievi si renderanno immediatamente necessari, anche in vista di scelte da adottare nei confronti del presunto responsabile, quali quelle sull'arresto, nei casi in cui possa parlarsi di flagranza, che in talune ipotesi - con riferimento all'art. 589-*bis* c.p. - è obbligatorio, in altre è facoltativo.

2b. La modifica dell'art. 359-bis c.p.p. Il potere di accompagnamento coattivo affidato alla polizia giudiziaria presso il più vicino presidio ospedaliero. Prelievi biologici coattivi. Ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria. La questione del prelievo ematico coattivo.

Viceversa, appare più concretamente praticabile la strada della nuova disposizione dell'art. 359-*bis*, comma 3-*bis*, c.p.p.: ove sia commesso uno dei nuovi delitti stradali, quando il conducente rifiuti di sottoporsi agli accertamenti sullo stato di ebbrezza o di alterazione, nei casi urgenti e ove sussista il fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il PM, con decreto motivato, può disporre il prelievo coattivo di campioni biologici. Della misura, che può essere anche adottata “*oralmente*” e poi confermata per iscritto, il PM deve comunque chiedere, entro 48 ore, la convalida al GIP, il quale, a sua volta, deve provvedere, nelle 48 ore successive. Gli ufficiali (e non anche gli agenti) di PG procedono all'accompagnamento dell'interessato presso il più vicino presidio ospedaliero, al fine di sottoporlo al necessario prelievo o accertamento, dove si procede all'esecuzione coattiva delle operazioni, se la persona rifiuta di sottoporsi.

Coerentemente con la disciplina introdotta dalla legge 85/2009²⁴⁷, il prelievo coattivo di campioni biologici, previo accompagnamento del potenziale indagato, non sembra potersi accordare anche agli agenti di polizia giudiziaria, invocando la disciplina di cui all'art. 113 dd.aa.

²⁴⁷ Si tratta della legge 30 giugno 2009, n. 85, recante “*Adesione della Repubblica italiana al Trattato concluso il 27 maggio 2005 tra il Regno del Belgio, la Repubblica Federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica d’Austria, relativo all’approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (Trattato di Prum). Istituzione della banca-dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca-dati nazionale del DNA. Delega al Governo per la istituzione dei ruoli tecnici del corpo di polizia penitenziaria. Modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale*”.

c.p.p., trattandosi di accertamenti con effetti limitativi della libertà personale e non delle *res* (arg. anche *ex art.* 354, comma 3, c.p.p.).

Del decreto e delle operazioni da compiersi è data tempestivamente notizia al difensore dell'interessato, che ha facoltà di assistervi, senza che ciò possa comportare pregiudizio per il compimento delle operazioni. La disposizione fa rinvio ai commi 1 e 2 dell'art. 365 c.p.p. che disciplina quegli atti garantiti ai quali il difensore ha il diritto di assistere, pur senza avere il diritto del preventivo avviso del loro compimento. Il rinvio all'art. 365 c.p.p. sembra poi confermare la natura di atti irripetibili *ex lege* del prelievo e degli accertamenti in parola.

L'ultimo periodo del comma 3-*bis* dell'art. 359-bis c.p.p., di nuova introduzione, prevede che le operazioni debbano sempre svolgersi “*nel rispetto delle condizioni previste dai commi 4 e 5 dell'art. 224-bis c.p.p.*”.

A presidio di tale precetto tuttavia non è prevista alcuna sanzione processuale espressa. In proposito, nei primi commenti alla norma si è osservato che si tratterebbe di veri e propri divieti probatori, con conseguente inutilizzabilità delle prove eventualmente acquisite, ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

Sul punto vi poi da dire che la norma in esame non opera alcun richiamo al comma 2 dell'art. 224-bis c.p.p. (che indica i requisiti che deve avere l'ordinanza con cui il giudice dispone l'esecuzione coattiva dei prelievi necessari per la perizia, richiamata dal comma 2 dell'art. 359-bis c.p.p. quale contenuto del decreto del PM). Tale scelta sembra trovare il suo fondamento, ancora una volta, nelle peculiarità degli accertamenti in parola, nonché nel potere, spettante al PM, di autorizzarne l'esecuzione anche in forma orale.

Occorrerà poi capire se il comma 3 bis costituisca una *species* del *genus* “*accertamento tecnico coattivo*”, disciplinato ai commi precedenti, con relativa applicazione delle norme ivi richiamate (che sono in massima parte quelle dell'art. 224 bis c.p.p.), ovvero una fattispecie autonoma e “*chiusa*”, con applicazione delle sole norme cui lo stesso comma 3 bis fa riferimento.

Al fine di suffragare la prima impostazione si potrebbe valorizzare il richiamo del nuovo comma 3 bis al “*decreto di cui al comma 2*”: tale richiamo potrebbe essere inteso come rinvio *in toto* al decreto motivato emesso nei casi di urgenza ai sensi dell'art. 359 bis comma 2 c.p.p., con la

non trascurabile conseguenza di ritenere applicabile anche l'art. 224-*bis*, comma 2, c.p.p. ed i relativi contenuti, a pena di nullità²⁴⁸.

Aderendo invece alla seconda opzione, la nuova fattispecie di accertamento urgente di cui al comma 3-*bis* verrebbe a configurarsi come istituto autonomo, con conseguente applicazione dei soli commi 4 e 5 dell'art. 224-*bis* c.p.p., ivi richiamati.

Ciò detto occorre, piuttosto, soffermare l'attenzione sulle attività che possono essere compiute "coattivamente".

Sul punto, occorre, *in primis*, precisare come la disciplina dei prelievi coattivi, in quanto derogatoria dei principi costituzionali di cui all'art. 13 Cost., va interpretata in modo rigoroso e non estensivo. Ciò significa che la predeterminazione, per legge (art. 13 Cost.), dei casi e dei modi con cui può procedersi al prelievo coattivo (prelievo di capelli, di peli o di mucosa dal cavo orale...altri "accertamenti medici") non è da ritenersi meramente esemplificativa bensì tassativa, tant'è che la categoria degli *accertamenti medici* cui fa riferimento la norma viene tendenzialmente interpretata in maniera restrittiva, vietando quegli accertamenti invasivi o che possano incidere, sia pure in modo minimale, sulla salute²⁴⁹.

Ne consegue che non sarebbe legittimo imporre il prelievo ematico (non ricompreso tra quelli espressamente autorizzati) che, pur in casi del genere, risulta lo strumento più affidabile per accertare l'alterazione psico-fisica determinata dall'abuso di *alcool* o droghe. Questa appare l'unica soluzione interpretativa conforme all'art. 13 Cost. e ai principi espressi dalla Corte Cost. nella sentenza n. 238 del 1996, laddove si è affermato il principio secondo cui il prelievo ematico comporta certamente una restrizione della libertà personale, quando se ne renda necessaria l'esecuzione coattiva, laddove la persona sottoposta all'esame peritale non acconsenta spontaneamente al prelievo, ed è una restrizione che investe, sia pure in modo minimale, la sfera

²⁴⁸ Tale impostazione invero appare più logica e razionale, non solo alla luce di un'interpretazione sistematica della nuova disposizione, che è collocata all'interno dell'istituto del 359-*bis* c.p.p., ma anche perché, in questo modo, il provvedimento del PM è ancorato ad un maggiore onere motivazionale ed è sanzionabile con la nullità in caso di difformità dal suo modello legale.

²⁴⁹ Cfr. sul tema, il commento all' art. 224 bis c.p.p. par. IV-V in Conso- Illuminati, *commentario breve al codice di procedura penale*, seconda edizione, Cedam, 2015, pag. 884.

corporale della persona, anche se non compromettendone *ex se* l'integrità fisica o la salute (anche psichica) né la sua dignità, in quanto trattasi di pratica medica di ordinaria amministrazione²⁵⁰.

Il prelievo ematico quindi non potrebbe essere imposto coattivamente per via giudiziaria.

Potrà certamente essere utilizzato, ai fini della prova dello stato di alterazione, il **certificato medico** relativo all'accertato tasso di *alcohol* e/o alla presenza di tracce di stupefacenti nel sangue dell'interessato, ove l'analisi del sangue sia stata effettuata dal personale ospedaliero, non a richiesta specifica degli organi di polizia, ma unicamente per motivi clinici ed a scopo curativo delle lesioni riportate dal predetto nell'incidente stradale in cui questi sia stato coinvolto (cfr. Sez. IV, 17 luglio 2012, Massucco: siamo in tal caso in presenza di una prova documentale ex art. 234 c.p.p.).

Dalle superiori osservazioni, sembrano trarsi due conseguenze:

il prelievo ematico non potrebbe essere imposto coattivamente neppure attraverso il ricorso allo strumento di cui al combinato disposto degli artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p.;

nei casi in cui il prelievo ematico venga sollecitato, al di fuori di specifiche ragioni sanitarie, dovrà ritenersi - anche aderendo alla giurisprudenza prevalente - che, se i sanitari non abbiano ritenuto di sottoporre il conducente a cure mediche con prelievo ematico, la richiesta degli organi di PG di effettuare l'analisi del tasso alcoolemico e/o sulla presenza dei principi attivi stupefacenti, per via ematica, dovrà implicare sempre l'avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia. In mancanza si configura una nullità a regime intermedio, ex art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p., nella parte relativa all'inosservanza delle disposizioni concernenti

²⁵⁰ Cfr. Corte Cost. Sent. n. 238/1996: "*È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 13, secondo comma, Cost., l'art. 224, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei <<casi>> e nei <<modi>> dalla legge (nella specie, esecuzione di prelievo ematico coattivo), in quanto - posto che il parametro evocato assoggetta ogni restrizione della libertà personale, tra cui espressamente la detenzione, l'ispezione e la perquisizione personale, alla duplice garanzia della riserva di legge (essendo tali misure coercitive possibili <<nei soli casi e modi previsti dalla legge>>) e della riserva di giurisdizione (richiedendosi l'<<atto motivato dell'autorità giudiziaria>>), approntando così una tutela della libertà personale che è centrale nel disegno costituzionale - la disposizione censurata presenta assoluta genericità di formulazione e totale carenza di ogni specificazione dei casi e dei modi in presenza dei quali soltanto può ritenersi che sia legittimo procedere alla esecuzione coattiva di accertamenti peritali mediante l'adozione, a discrezione del giudice, di misure restrittive della libertà personale. Invero, con riferimento alla medesima norma, le ragioni relative alla giustizia penale, consistenti nell'esigenza di acquisizione della prova del reato, pur costituendo un valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità, rappresentano in realtà solo la finalità della misura restrittiva e non anche l'indicazione dei <<casi>> voluta dalla garanzia costituzionale".*

“l’assistenza dell’imputato”), non più deducibile, secondo le regole generali, solo “*dopo la deliberazione della sentenza di primo grado*”, alla stregua di quanto previsto dall’art. 180 c.p.p. richiamato dall’art. 182, comma 2, secondo periodo c.p.p.

Ci si troverebbe cioè in presenza di un atto riconducibile al novero di quelli di cui all’art. 354 c.p.p., ovvero ad un atto urgente e indifferibile, per il quale è necessario che la PG avverta il soggetto del diritto all’assistenza del difensore ex artt. 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p. assimilabile nella disciplina all’accertamento eseguito dalla PG sul tasso alcoolemico del conducente di un veicolo per la verifica dei parametri di cui all’art. 186, comma 2, C.D.S., con l’impiego di un etilometro e secondo metodologie previste dall’art. 379 del regolamento per l’esecuzione e attuazione del C.D.S.²⁵¹.

Preme evidenziare che la condivisibile soluzione sopra prospettata, fatta propria dalla Procura di Trento, non è tuttavia unanime: secondo altra impostazione, si è infatti ritenuto che il prelievo ematico sia ricomprensibile nella nuova disciplina del 224-bis e 359-bis c.p.p., perché provoca sofferenze di lieve entità; è stato infatti evidenziato che le modifiche apportate agli artt. 224-bis e 359-bis c.p.p. e il tenore letterale dell’art. 224-bis c.p.p. consentano di affermare quanto segue:

A) il prelievo ematico coatto è certamente divenuto uno dei modi previsti dalla legge per accertare tasso alcoolemico e alterazione correlata all’uso di sostanze stupefacenti nel caso di commissione dei reati di cui agli artt. 589-bis e 590-bis c.p.;

²⁵¹ Si veda Cass. Sez. U, n. 5396 del 29/01/2015 - dep. 05/02/2015, P.G. in proc. Bianchi, Rv. 263023): 1) *La parte su cui grava l’onere di eccepire, ex art. 182 comma secondo cod. proc. pen., la nullità di un atto al quale assiste è solo il difensore - ovvero il pubblico ministero -, in nessun caso l’indagato o l’imputato né altra parte privata, in quanto l’ordinamento processuale privilegia la difesa tecnica rispetto all’autodifesa, che non è mai consentita in via esclusiva, ma solo in forme che si affiancano all’imprescindibile apporto di un esperto di diritto abilitato alla professione legale.* 2) *In tema di disciplina della circolazione stradale, la polizia giudiziaria non ha l’obbligo di dare avviso della facoltà di nominare un difensore di fiducia alla persona sottoposta agli accertamenti qualitativi non invasivi e alle prove previsti dall’art. 186, comma terzo, cod. strada, in quanto gli stessi hanno funzione meramente preliminare rispetto a quelli eseguiti mediante etilometro e, come tali, restano estranei alla categoria degli accertamenti di cui all’art. 354 cod. proc. pen.* 3) *Nel caso in cui la nullità dell’atto derivi da un mancato avviso di una garanzia difensiva, alla cui conoscenza l’avviso stesso è preordinato, la sua deducibilità, da parte dell’indagato o dell’imputato che vi abbia assistito, non è soggetta ai limiti previsti dall’art. 182 comma secondo, cod. proc. pen.* 4) *La nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all’esame alcoolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell’art. 114 disp. att. cod. proc. pen., può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto degli artt. 180 e 182, comma secondo, secondo periodo, cod. proc. pen., fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado.*

B) il combinato disposto degli artt. 224-bis e 359-bis c.p.p., a maggior ragione nel testo novellato, disciplina con chiarezza e precisione i casi ed i modi di limitazione della libertà personale previsti dalla legge, con la conseguenza che devono ritenersi superate le ragioni che avevano portato la C. Cost., con la sentenza 238/96, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 224 c.p.p.;

C) il prelievo ematico coatto, pur da considerarsi atto di limitazione della libertà personale, è del tutto conforme alla previsione dell'art. 224-bis, comma 4 c.p.p., nel senso che provoca sofferenze di lieve entità;

D) al prelievo ematico coatto si potrà far luogo, in sintonia con quanto previsto dall'art. 224 bis comma 5 c.p.p., espressamente richiamato dall'art. 359-bis c.p.p., ultimo periodo, solo qualora non siano disponibili altre modalità/tecniche di prelievo meno invasive quali i test precursori sulla mucosa del cavo orale.

Ulteriore profilo problematico della disciplina in esame concerne la prova della sussistenza della condizione di ebbrezza alcolica o dello stato di alterazione psicofisica da assunzione di sostanze stupefacenti, atteso che la sussistenza dell'aggravante è stata costruita dal legislatore facendo non già riferimento generico alla condizione di ebbrezza alcolica o all'alterazione psicofisica da stupefacenti, bensì richiamo alla configurabilità dei presupposti delle fattispecie contravvenzionali previste dagli artt. 186 comma 2, lett. c), e 187 c.d.s., che ancorano la configurabilità del reato a parametri tecnici, numerici, a delle soglie alcoolemiche e, con riguardo all'abuso di droghe, allo stato di alterazione psicofisica provocata dall'assunzione di sostanze stupefacenti.

È pertanto necessario, per entrambe le situazioni, un preciso riscontro di natura tecnica per la configurabilità delle contravvenzioni di cui sopra e, per quanto interessa in questa sede, per la configurabilità delle ipotesi aggravate di nuovo conio.

Ne consegue che per poter configurare l'ipotesi più grave della contravvenzione e, conseguentemente, di omicidio stradale è essenziale, per la dimostrazione del superamento della soglia di cui alla lettera c), la presenza di un riscontro di natura tecnico-scientifica, vuoi rappresentato dall'alcool test, vuoi da altro accertamento tecnico in grado di determinare, nel senso indicato dalla norma, il tasso alcoolemico: la mancanza di tale accertamento non sarà quindi efficacemente surrogabile da altri strumenti, ed in particolare dalla testimonianza degli organi di

polizia, che non potrà fornire il dato tecnico richiesto *expressis verbis* ai fini dell'integrazione della fattispecie.

Analoghe considerazioni valgono per la guida in stato di alterazione psicofisica per uso di stupefacenti.

La contravvenzione di cui all'art. 187 cds, che è evocata ai fini della sussistenza della relativa aggravante nell'art. 589 bis e nell'art. 590 bis c.p., è integrata dalla condotta di guida "*in stato di alterazione psico-fisica determinato dall'assunzione di sostanze*" e non già dalla mera condotta di guida tenuta dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti e richiede, ai fini del giudizio di responsabilità, che sia provata non solo la precedente assunzione di sostanze stupefacenti, ma anche che l'agente abbia guidato in stato di alterazione causato da tale assunzione.

Dunque, ai fini dell'accertamento del reato, appare necessario:

- a) un accertamento tecnico-biologico in ordine all'assunzione delle sostanze;
- b) che si altresì dimostrata la situazione di alterazione psico-fisica.

Nell'ambito di tale impostazione è stato inoltre correttamente osservato che se lo stato di alterazione non deve essere necessariamente provato mediante l'espletamento di una specifica analisi medica, atteso che il giudice può desumere l'alterazione dagli accertamenti biologici che dimostrino l'avvenuta precedente assunzione di sostanze stupefacenti, *unitamente all'apprezzamento delle deposizioni raccolte e del contesto in cui il fatto si è verificato*, senza che sia quindi necessario espletare un'analisi su campioni di diversi liquidi biologici, il riscontro tecnico sull'assunzione delle sostanze è sempre necessario e non surrogabile con altri mezzi probatori²⁵².

2c. Protocolli operativi per il caso che venga prestato il consenso.

Sebbene la legge n. 41/2016 non ne faccia alcun richiamo, non vi è dubbio che nei casi di reati stradali (nella nuova formulazione) trovino applicazione le disposizioni codicistiche che disciplinano il caso in cui il consenso sia prestato.

Si tratta in particolare, delle norme introdotte dall'**art. 29 delle legge n. 85/2009, che, a sua volta, introduceva** tre nuovi articoli alle disposizioni di attuazione c.p.p.,

²⁵² Cfr. Procura della Repubblica di Trento, la nuova disciplina dell'omicidio e delle lesioni stradali [legge 23 marzo 2016 n.41] linee guida e indicazioni operative, pag. 16.

L'articolo 72-bis dd.aa. c.p.p. è diretto ad individuare i soggetti che possono validamente esprimere il consenso (ovvero negarlo) nel caso in cui la persona da sottoporre al prelievo di campioni biologici o agli accertamenti medici si trovi in stato di incapacità, legale o naturale. Qualora, poi, le persone indicate per esprimere il consenso (o il dissenso) mancano o non sono reperibili o sono in conflitto di interessi con la persona interessata, il consenso è prestato da un curatore speciale nominato dal giudice²⁵³.

L'articolo 72-ter contiene un richiamo implicito alle modalità di documentazione degli atti previste dal codice di procedura penale e fissa l'obbligo a carico, di volta in volta, del giudice, del perito ovvero del consulente tecnico del pubblico ministero di menzionare espressamente nel verbale il consenso prestato dalla persona interessata.

L'articolo 72-quater disciplina la sorte dei campioni biologici prelevati. Trattandosi di atti ripetibili, si è preferito prevedere che, su disposizione del giudice, si proceda alla distruzione del campione immediatamente, a cura del perito o del consulente. All'avverbio immediatamente si fornisce, poi, una dimensione temporale precisa, vale a dire che, subito dopo avere eseguito l'analisi - ad esempio, dopo avere estratto il profilo del DNA - debbono andare distrutti i campioni, con contestuale verbalizzazione di tale operazione materiale, da allegare agli atti.

Se la regola è quella della distruzione immediata del campione biologico, in via eccezionale è ammessa la conservazione qualora sia ritenuta assolutamente indispensabile. L'ipotesi ordinaria è da rapportare all'avvenuta assunzione della prova: solo dopo tale momento il campione potrà essere distrutto. Suscettibili di giustificare invece, la conservazione dei campioni, potranno essere esigenze di approfondimento dei risultati probatori.

Il secondo comma dell'articolo 72-quater prevede che, in ogni caso, dopo la definizione del procedimento, o con archiviazione o con sentenza non più soggetta ad impugnazione, la cancelleria procede, in ogni caso senza ritardo, alla distruzione dei campioni biologici prelevati.

Occorre evidenziare che i campioni biologici prelevati ed acquisiti agli atti del procedimento penale ai fini di prova racchiudono senza dubbio dati personali cd. sensibili; la conservazione di tali dati, in omaggio ai principi sanciti da d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003 (cd. "Codice della privacy") e dalla normativa secondaria in materia, costituita, *in primis*, dagli atti del Garante della

²⁵³ Per un approccio critico alla formulazione legislativa nella parte relativa agli interventi sui minori si veda GABRIELLI, Interventi sui minori senza modalità specifiche, Guida al Diritto, 25 luglio 2009, pagg. 74 e ss.

privacy (cfr. sul punto, autorizzazione n. 8/2014 – Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici – 11 dicembre 2014), dovrà pertanto avvenire con modalità che assicurino il loro utilizzo e trattamento esclusivamente per le finalità probatorie in vista delle quali viene disposto il prelievo dei campioni.

Sul punto tuttavia, in assenza di indicazioni normative, è stato evidenziato che la custodia del campione debba far capo alla cancelleria, alla quale spetterà di individuare un luogo adeguato, in vista della salvaguardia del diritto alla riservatezza sopra richiamato.

È stato inoltre osservato che ove il prelievo sia avvenuto in modo consensuale, non è prevista la distruzione del relativo campione biologico: per ovviare al deficit di tutela, una strada che appare praticabile è quella di un'applicazione estensiva dell'art. 72 quater disp. att. c.p.p.

Tale essendo la disciplina di carattere generale, preme altresì osservare che nel caso che ci occupa, come detto in precedenza, il prelievo di campioni biologici finalizzato all'accertamento dello stato di ebbrezza alcolica o di alterazione scaturente dall'assunzione di sostanze stupefacenti è ontologicamente un atto irripetibile, dovendo essere necessariamente effettuato nell'immediatezza dell'incidente stradale con evento mortale o lesivo, nelle forme e con le garanzie già descritte.

Quanto alla successiva attività di analisi del campione oggetto di prelievo, non v'è dubbio che la stessa sia riconducibile al novero degli accertamenti tecnici: ne consegue che, di volta in volta, dovrà valutarsi, eventualmente anche con l'ausilio di un consulente tecnico, la ripetibilità o meno dell'accertamento, in vista dell'applicazione della disciplina di cui all' art. 360 c.p.p.: si pensi, a titolo esemplificativo, ai casi in cui l'accertamento *de quo* possa determinare la distruzione del campione (il cui prelievo, come detto, non potrebbe più essere utilmente rinnovato), donde l'irripetibilità ex art. 117 disp. att. c.p.p., oppure ai casi nei quali il differimento nel tempo dell'accertamento sul campione prelevato possa non fornire più dei risultati affidabili.

3. L'arresto in flagranza.

Altre ricadute di ordine processuale della legge in commento concernono l'introduzione di nuove ipotesi di arresto obbligatorio e facoltativo in flagranza. Infatti, per il reato omicidio stradale ovvero aggravato ai sensi dei commi 4 e 5 (per cui è prevista la pena massima di anni 10 di reclusione) si applica l'arresto facoltativo in flagranza, ma per quello aggravato ai sensi dei

commi 2 e 3 (per cui è prevista la pena massima di anni 12 di reclusione) vige l'arresto obbligatorio: si tratta delle ipotesi in cui: **1)** venga accertato lo stato di ebbrezza per un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro o lo stato di alterazione psicofisica per uso di sostanze stupefacenti o psicotrope del conducente (comma 2), **2)** venga accertato lo stato di ebbrezza per un valore corrispondente ad un tasso alcolemico tra lo 0,8 e il 1,5 grammi per litro del conducente che eserciti attività di trasporto di persone o di cose o sia alla guida di mezzi pesanti. Si è subito discusso dell'eccentricità dell'intervento in parola, sol che si consideri che ai sensi del comma 2 dell'art. 380 c.p.p. si procede all'arresto obbligatorio in flagranza esclusivamente in caso di "delitti non colposi": sotto il profilo pratico, allorquando verrà adottata dalla PG la misura precautelare, nei tempi necessari per l'espletamento dell'udienza di convalida, sede nella quale il giudice è chiamato a pronunciarsi anche sulle richieste cautelari del PM, laddove non si intenda in ogni caso avanzare richiesta di misura cautelare inframuraria (che potrebbe in tali ipotesi non essere l'unica adeguata a fronteggiare le esigenze cautelari ravvisate) il PM potrà disporre, ex art. 386 comma 4 c.p.p. che l'arrestato sia condotto agli arresti domiciliari.

Al riguardo, diviene ininfluenza la condotta operosa del responsabile; infatti, va segnalata la modifica dell'art. 189, comma 8, del codice della strada che escludeva l'arresto in flagranza di reato sempre che il conducente si fermasse e prestasse assistenza: ora la norma vale solo per le lesioni, ma non per l'omicidio (sia nell'ipotesi in cui l'arresto in flagranza è obbligatorio, sia in quella in cui l'arresto è facoltativo). Ciò potrebbe determinare la conseguenza non voluta di aumentare le fughe successive al sinistro²⁵⁴.

Per quanto concerne le lesioni gravi o gravissime derivanti da sinistro stradale e aggravate ai sensi dei commi 2,3,4 e 5 dell'art. 590 bis c.p. vige l'arresto facoltativo in flagranza di reato.

È il caso di ricordare che stante la pena edittale massima di 7 anni di reclusione per l'ipotesi "base", non aggravata, di omicidio stradale, ex comma 1 art. 589 bis c.p., anche questo caso

²⁵⁴ Qualche perplessità vi è sulla disposizione in commento, atteso che il conducente, consapevole o anche solo incerto, sul proprio stato psico fisico alterato da alcool o da droghe, viene posto così di fronte alla scelta tra il rischiare l'arresto, fermandosi, o l'aggravante, fuggendo. Con la differenza che il primo resta certo, mentre la seconda – la fuga – potrà consentirgli, per ragioni fisiologiche, anche in caso di successiva individuazione, di vedersi riconosciuta la derubricazione del reato dall'ipotesi aggravata di cui al comma 2 a quella di cui al comma 1 o 5 del 589 bis c.p.

rientra tra quello per cui è previsto l'arresto facoltativo in flagranza di reato ex art. 381 comma 1 c.p.p.

Conclusivamente, ed in sintesi, in caso di flagranza del reato di omicidio stradale o di lesioni personali stradali, l'arresto è:

obbligatorio

per il reato di omicidio stradale, nelle ipotesi previste dal comma 2 (allorquando venga accertato lo stato di ebbrezza per un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro o lo stato di alterazione psicofisica per uso di sostanze stupefacenti o psicotrope del conducente) e dal comma 3 (laddove venga accertato lo stato di ebbrezza per un valore corrispondente ad un tasso alcolemico tra lo 0,8 e il 1,5 grammi per litro del conducente che eserciti attività di trasporto di persone o di cose o sia alla guida di mezzi pesanti) dell'art. 589 bis c.p. ;

facoltativo

per il reato di omicidio stradale, nelle ipotesi previste dal comma 4 (allorquando venga accertato lo stato di ebbrezza per un valore corrispondente ad un tasso alcolemico tra lo 0,8 e il 1,5 grammi per litro del conducente) ed in quelle previste dal comma 5 (laddove cioè siano violate alcune regole del codice della strada – analiticamente descritte nella disposizione richiamata - di particolare gravità) dell'art. 589 *bis* c.p.;

per il reato di omicidio stradale, nell'ipotesi "base", di cui al comma 1 dell'art. 589 *bis* c.p., che, in considerazione della pena edittale massima di 7 anni di reclusione, rientra nei casi per i quali è previsto l'arresto facoltativo in flagranza di reato ex art. 381 comma 1 c.p.p.

per il reato di lesioni personali stradali (gravi o gravissime) nelle ipotesi previste dall'art. 590 *bis* commi 2,3,4 e 5 c.p.: si tratta delle ipotesi in cui il conducente **a)** si sia messo alla guida in stato di ebbrezza per un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,8 grammi per litro; **b)** si sia messo alla guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti o psicotrope; **c)** abbia commesso una violazione del codice della strada di particolare gravità, tra quelle descritte al comma 5 dell'art. 590 *bis* c.p.

4. La questione della procedibilità.

I nuovi reati di lesioni colpose gravi o gravissime derivanti da sinistro stradale sono ora procedibili d'ufficio (mentre resta procedibile a querela il solo reato di lesioni lievi, la cui disciplina va ricercata ancora nell'art. 590 c.p. e che resta tuttora di competenza del giudice di pace) ed il rito è quello della citazione diretta.

Poiché le lesioni gravi e gravissime cagionate dalla violazione delle regole sulla circolazione stradale sono state espunte dall'art. 590 c.p., per essere collocate nell'art. 590-bis c.p., si pone il problema del regime giuridico processuale della nuova fattispecie incriminatrice, con significative ricadute (pratiche) ai fini dell'individuazione del regime di procedibilità.

Infatti, laddove il nuovo art. 590-bis c.p. dovesse essere qualificato come autonoma fattispecie di reato - stante la mancanza di alcuna previsione in merito - sarebbe caratterizzato dalla procedibilità *ex officio*; ove fosse qualificato come norma "contenitore" di un catalogo di circostanze aggravanti della fattispecie base di cui all'art. 590 c.p., il delitto, ai sensi dell'ultimo comma della norma, sarebbe punibile a querela di parte.

A favore della prima soluzione milita, oltre che la rubrica della nuova legge che reca "*introduzione....del reato di lesioni personali stradali*", l'ulteriore dato "*testuale*" che l'art. 590-*quater* c.p. indica espressamente come circostanze solo le ipotesi descritte ai commi da 2 a 6 dell'art. 590-bis c.p.

Secondo altra parte della dottrina la tesi della fattispecie autonoma desta delle perplessità, sia perché le lesioni stradali lievi e lievissime, commesse con violazione della normativa sulla circolazione stradale, restano disciplinate dall'art. 590 c.p., sia perché la tecnica di formulazione della norma, che è quella della "specialità per specificazione" induce a ritenerla un ipotesi aggravata e non già autonoma rispetto all'art. 590 c.p.

Se, come probabilmente accadrà, la questione dovesse essere risolta in favore dell'autonomia del titolo di reato del 590 c.p. rispetto al 590-bis c.p., taluni hanno osservato che la conseguenza più immediata sarebbe quella di consegnare migliaia di procedimenti penali per lesioni stradali, oggi *sub condicione*, alla competenza *ex officio* del Tribunale, atteso che le norme sulla procedibilità - in quanto norma di natura processuale - soggiacciono non già al principio di irretroattività ma a quello del *tempus regit actum*.

Al di là della tesi che prevarrà nell'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza circa la natura, autonoma o circostanziale, delle nuove fattispecie in disamina, deve sin d'ora evidenziarsi

che l'affermazione da ultimo richiamata appare in ogni caso opinabile sol che si tenga in considerazione della natura "mista", sostanziale e processuale, dell'istituto della procedibilità - affermata nella giurisprudenza di legittimità - al quale deve pertanto applicarsi la disciplina di cui all'art. 2 c.p.²⁵⁵.

5. La disciplina acceleratoria della definizione dei procedimenti per reati stradali.

Tra le modifiche al codice di rito si segnalano ancora quelle disposizioni dirette a sollecitare la rapida definizione dei procedimenti in materia di omicidio e di lesioni stradali. In relazione alle ipotesi previste dagli artt. 589 comma 2, 589-bis, 590, comma 3 e **590-bis c.p.:**

il comma 2-ter dell'art. 406 c.p.p. prescrive che la proroga del termine previsto per le indagini preliminari, possa essere concesso solo una volta; in altre parole, le indagini non possono durare più di 12 mesi, pena l'inutilizzabilità degli atti investigativi compiuti dopo la scadenza del termine

In relazione ai delitti di cui agli artt. 589 comma 2 e 589-bis c.p.

Il comma 2 bis dell'art. 416 c.p.p. stabilisce che la richiesta di rinvio a giudizio debba essere depositata dal PM nella cancelleria del GIP entro 30 giorni "dalla chiusura delle indagini preliminari", anche come sopra prorogate;

²⁵⁵ Tale principio trova chiara invero enunciazione nelle pronunce giurisprudenziali che hanno affrontato i riflessi applicativi delle vicende successorie che ha investito la materia dei reati sessuali in seguito alla novella di cui alla Legge 15 febbraio 1996, n.66; ci si riferisce, in particolare, a Cass., Pen n. 2733/1997 secondo cui: *"Il regime di procedibilità d'ufficio per i reati di violenza sessuale previsto dall'art. 609 "septies" cod. pen., introdotto dalla Legge 15 febbraio 1996, n.66, non può produrre effetti sui fatti commessi prima della sua entrata in vigore. Il problema dell'applicabilità dell'art.2 cod. pen., in caso di mutamento nel tempo del regime della procedibilità a querela, va positivamente risolto alla luce della natura mista, sostanziale e processuale, di tale istituto, che costituisce nel contempo condizione di procedibilità e di punibilità. Infatti, il principio dell'applicazione della norma più favorevole al reo opera non soltanto al fine di individuare la norma di diritto sostanziale applicabile al caso concreto, ma anche in ordine al regime della procedibilità che inerisce alla fattispecie dato che è inscindibilmente legata al fatto come qualificato dal diritto, specie quando il legislatore in una determinata materia modifichi profondamente fattispecie, pene, denominazione dei delitti, come è avvenuto in quella dei reati di violenza sessuale, sottratti all'area della moralità pubblica e concepiti come reati contro la persona. (Nella specie, relativa a rigetto di ricorso del P.M. avverso rigetto di appello contro diniego di applicazione di custodia cautelare in carcere, la S.C. ha osservato altresì che la rilevante portata dell'intervento innovativo e la mancanza di norme transitorie, certamente non dovuta a disattenzione, denotano inequivocabilmente che si è voluto dare alla normativa, che ha introdotto un regime di maggiore afflittività per chi commette abusi sessuali, operatività con esclusivo riferimento a condotte poste in essere dopo la sua entrata in vigore, sicché il peggioramento del regime di procedibilità per talune ipotesi di reato non può produrre effetti su preesistenti situazioni la cui perseguibilità e punibilità erano rimesse alla volontà della persona offesa dal reato).*

Il comma 3 bis dell'art. 429 c.p.p. dispone che tra la data che, in sede di udienza preliminare, dispone il giudizio e quella fissata per il giudizio, non possa intercorrere un termine superiore a 60 gg., fermo restando che lo stesso non possa essere inferiore a 20 gg.

Nella medesima ottica, in relazione al delitto di lesioni personali stradali gravi o gravissime si prevede che il DC debba essere emesso entro 30 gg. Dalla chiusura delle indagini e che la data di comparizione in udienza debba esser fissata non oltre 90 gg. dalla emissione del DC,

Si è osservato come tali previsioni, che impongono una codificazione dei tempi massimi che debbono intercorrere tra gli atti propulsivi e la data del giudizio, risultino contrastanti con la volontà, di segno opposto, di allungare i tempi prescrizionali.

Inoltre, il termine di decorrenza, la “chiusura delle indagini preliminari”, è un termine che appare variabile ed assoggettato anche alle eventuali scelte difensive, soprattutto *post* notifica dell'avviso *ex* art. 415 c.p.p., che potrà –vieppiù allorquando il PM decida di svolgere nuove attività investigative su sollecitazione della difesa– dilatarsi. Appare comunque ragionevole ritenere che il termine di 30 gg. a disposizione del PM per l'esercizio dell'azione penale possa iniziare a decorrere solo a seguito del compimento dell'intera procedura disciplinata dall'art. 415-bis c.p.p.

Per inciso, ai sensi del combinato disposto degli artt. 132 e 160 disp. att. c.p.p., il PM può procedere al deposito del decreto di citazione in segreteria solo dopo che il presidente del tribunale gli abbia comunicato la data dell'udienza e la sezione davanti alla quale comparire; si tratta, quindi, di una contrazione, quella di nuova introduzione, che grava tutta sul giudice e sul PM; è pur vero che trattasi di termini ordinatori e non perentori, privi, pertanto, di sanzione processuale, ma è anche vero che le prescrizioni rilevano *ex* art. 124 c.p.p. che pongono a carico dei magistrati il rispetto delle norme processuali.

6. La competenza del giudice. I fatti commessi prima della data di entrata in vigore della legge (25 marzo 2016).

Per quanto attiene al reato di omicidio colposo derivante da sinistro stradale, aggravato per grave stato di ebbrezza o di assunzione di sostanze stupefacenti (o anche in caso di ebbrezza lieve nei casi di cui all'art. 186-*bis* c.d.s., commi 2 e 3 dell'art. 589-*bis* c.p.) la competenza è del tribunale in composizione collegiale ed anche in caso di omicidio stradale aggravato per la sola

fuga (per cui è irrogabile la pena massima di anni 11 e mesi 8 di reclusione), in considerazione della disciplina di cui all'art. 33-*bis*, comma 2 c.p.; per l'ipotesi non aggravata o aggravate *ex* commi 4 e 5 dell'art. 589-*bis* c.p., monocratico con udienza preliminare.

Il nuovo comma e-*bis* dell'art. 550, comma 2 c.p.p., prevede la citazione diretta a giudizio davanti al Tribunale in composizione monocratica per il delitto di lesioni personali stradali *ex* art. 590-*bis* c.p., anche nella forma aggravata. Ne deriva che è sottratta *tout court* alla competenza del GDP, con attribuzione al Tribunale in composizione monocratica, la fattispecie delle lesioni personali stradali gravi o gravissime, anche se aggravate. Giova, comunque, ricordare che già in passato, con il dl n. 92 del 2008 conv. in l. n. 125/2008, nell'art. 4 comma 1, lett. A) d. lgs n. 274/00, era stata inserita un'apposita eccezione ed era già stata sottratta al GDP la competenza in ordine al reato di lesioni colpose aggravate *ex* art. 590, comma 3 secondo periodo c.p. (lesioni colpose gravi o gravissime commesse da soggetto in stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di stupefacenti), che era così devoluto alla competenza del Tribunale monocratico.

Residua comunque un ambito di competenza del GDP: il trasferimento della competenza al giudice ordinario ha riguardato le sole lesioni stradali di cui al 590-*bis* c.p. (gravi o gravissime).

Per le lesioni lievi, procedibili a querela, permane la competenza del GDP, con esclusione - *ex* art. 4 comma 1 lett. a) d.lgs n. 274/00- solo delle fattispecie connesse alla colpa professionale e dei fatti commessi con violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni o relativi all'igiene sul lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale, quando, nei casi anzidetti, derivi una malattia di durata superiore a venti giorni.

Tutto ciò posto, il nodo interpretativo da sciogliere, attiene evidentemente all'aspetto intertemporale, ossia ai fatti, in astratto riconducibili alle nuove fattispecie criminose *ex* artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., ma in concreto storicamente verificatesi in data antecedente al 25.3.2016, data di entrata in vigore della legge 41/2016.

Non vi è dubbio che si è in presenza di un fenomeno di successione, nel tempo, di norme penali sostanziali, la cui base normativa è costituita dall'art. 2 c.p.

Appare allora chiaro come il netto irrigidimento sanzionatorio introdotto per effetto della novella legislativa, comporta che quest'ultima, *ex* art. 2 comma 4 c.p., non possa applicarsi ai fatti avvenuti in epoca precedente alla data della sua entrata in vigore.

Ciò detto, *quid iuris* per ciò che concerne gli innegabili riflessi processuali che le norme sopra richiamate determinano?

In particolare, occorre stabilire quali riflessi pratici determinerà l'irrigidimento sanzionatorio per l'omicidio stradale aggravato dai commi 2 e 3 che - come detto, reca con sé lo spostamento della competenza dinnanzi al Tribunale Collegiale - rispetto ai fatti avvenuti in data antecedente all'entrata in vigore della L. n. 41/16.

In altre parole, ciò che rileva, sotto il profilo processuale, è comprendere se l'applicazione ad un omicidio stradale verificatosi *ante* L. n. 41/16 dell'art. 589, comma 2 e 3, c.p. originaria formulazione (soppiantato dal nuovo art. 589-*bis*, comma 2 e 3 c.p.), determinerà la *perpetuatio competentiae* del tribunale monocratico o, per contro, uno spostamento, "*verso l'alto*", della competenza per materia dinnanzi al Tribunale Collegiale.

Tale problematica, che non trova alcuna soluzione nel dettato normativo della L. 41/06, che è priva norma di coordinamento sulle vicende intertemporali, può essere cionondimeno affrontata tenendo conto degli approdi giurisprudenziali delineatisi in relazione a situazioni normative analoghe.

Ci si riferisce, in particolare, per il carattere generale dei principi ivi affermati, alle pronunce della S.C. che hanno affrontato, e risolto, i problemi di diritto intertemporale scaturienti dalla modifica del reato di usura a seguito dell'inasprimento sanzionatorio *ex d. l. 306 del 1992*²⁵⁶.

La Cassazione, chiamata a pronunciarsi sui riflessi processuali derivanti da una modifica normativa sostanziale, che irrigidiva il trattamento sanzionatorio del delitto di cui all'art. 644 c.p., spostando con un meccanismo a catena la competenza per materia, ha concluso nel senso della valorizzazione della natura sostanziale della norma, giungendo per tale via ad escludere l'applicabilità del principio del *tempus regit actum* rispetto ai meri riflessi processuali di quella che è e resta una norma sostanziale, con il corollario di ritenere, per i fatti precedenti alla data di entrata in vigore della novella, la *perpetuatio competentiae*.

Per chiarezza espositiva, si riportano, di seguito, i principi giurisprudenziali cui si è fatto riferimento:

²⁵⁶ In ordine alla vicenda successoria concernente il reato di usura cfr. R. Garofoli, *Manuale di diritto penale, nel diritto*, ed. 2012 pagg. 229.230

“Qualora la modificazione di regole di competenza derivi, quale effetto diretto e immediato, da norma che disponga in tal senso, va applicato - sempre che non sia diversamente disposto da eventuali norme transitorie - il principio "tempus regit actum", con criterio di immediatezza, e perciò indipendentemente dal "tempus commissi delicti"; quando invece la norma sopravvenuta disponga diverso o più grave trattamento sanzionatorio, trattandosi perciò di norma sostanziale priva di efficacia retroattiva, ed ancorché ne consegua, sempre in difetto di norme transitorie, una modificazione della competenza per materia quale effetto indiretto e secondario, quest'effetto potrà prodursi soltanto nei riguardi di reati soggetti all'aumento di pena e che siano, perciò, consumati posteriormente all'entrata in vigore della norma modificatrice, mentre fra quelli verificatisi anteriormente resta ovviamente applicabile la precedente sanzione, che coinvolge la regola di competenza all'epoca vigente, dunque sottratta al richiamato principio "tempus regit actum", di tipica natura processuale, e perciò non invocabile in tali casi. (Fattispecie in tema di usura, entrata, a seguito dell'inasprimento sanzionatorio introdotto dal D.L. n. 306 del 1992, nell'ambito della competenza per materia del tribunale)” (Cass. Sez. I, 06.06.1994 n. 2712).

“L'art. 11 quinquies, primo comma, della legge 7 agosto 1992 n. 356 il quale ha novellato il testo dell'art. 644 cod. pen. con l'introduzione di pene più elevate per il delitto di usura, ha natura di norma sostanziale pur se a questa consegna l'effetto processuale riflesso della modifica della competenza a conoscere del reato a seguito di un più elevato limite edittale della pena detentiva, in misura superiore a quello fissato in anni quattro, per la competenza pretorile, dal n. 1 dell'art. 7 cod. proc. pen. Ne conseguono, per i reati commessi in data anteriore alla vigenza della novella, l'estraneità del principio "tempus regit actum", di immediata applicazione delle norme processuali che direttamente incidono sulla competenza, nonché del suo temperamento rinvenuto nella "perpetuatio competentiae", e l'applicabilità del principio di operatività della legge più favorevole nell'ipotesi di successione nel tempo di leggi penali, che non consente la retroattività di norme sostanziali meno favorevoli per il reo di quanto lo fossero le precedenti.”. (Cass. Sez. I, 10.10.1994 n. 4419).

Non v'è chi non veda che, in considerazione del carattere generale i principi affermati nelle pronunce testè richiamate, dovrà concludersi per la permanenza della competenza per materia del Tribunale in composizione monocratica rispetto agli omicidi stradali avvenuti in epoca antecedente all'entrata in vigore della L. n. 41/16.

Quanto, invece, al nuovo reato di lesioni stradali gravi e gravissime, ferma restando la natura sostanziale della nuova norma, che esclude la sussumibilità nel nuovo art. 590 bis c.p. dei fatti avvenuti in data antecedente alla novella, preme evidenziare che lo spostamento della competenza *ratione materiae* (dal Giudice di Pace al Tribunale Monocratico), è in tal caso previsto da una norma processuale “*ad hoc*”, la nuova lett. e) bis introdotta nel *corpus* dell’art. 550 comma 2 c.p.p.

Ne consegue che, di fronte ad una nuova norma processuale, anche alla luce dei principi giurisprudenziali sopra richiamati, appare pacifica l’applicabilità del principio *tempus regit actum*, per i fatti verificatisi in precedenza, pur se sussunti nel quadro edittale previgente perché più favorevole, al momento in cui dovrà farsi applicazione della norma processuale sulla competenza, quindi sostanzialmente al momento dell’esercizio dell’azione penale, dovrà essere affermata la competenza del Tribunale in composizione monocratica.

Le medesime conclusioni dovranno ritenersi valide anche per ciò che concerne le ulteriori nuove norme processuali introdotte dalla L. n. 41/16, sia in tema di omicidio stradale che in tema di lesioni stradali gravi o gravissime, ed in particolare per l’art. 406 comma 2 ter c.p.p., (proroga per non più di una sola volta) l’art. 416 comma 2 bis c.p.p. e l’art. 552 comma 1 bis c.p.p. (esercizio dell’azione penale entro 30 gg. dalla chiusura delle indagini), che troveranno immediata applicazione, anche per i fatti avvenuti in data antecedente al 25.03.2016.

PAOLO BRUNO

Le procedure europee di infrazione

1. Premessa

La procedura di infrazione è uno degli strumenti più importanti, previsti dai Trattati, per assicurare che il diritto europeo sia applicato compiutamente ed uniformemente tra gli Stati membri ed è l'unico che conferisce alla Corte di giustizia dell'Unione europea un potere di controllo "diretto" delle loro legislazioni. La procedura de qua ha subito nel tempo una notevole trasformazione: da procedimento opaco, raramente usato e per lo più politicamente governato, a strumento trasparente di enforcement del diritto sovranazionale. Esso non ha quale scopo quello di punire lo Stato membro ma di indurlo ad adempiere; non deve dunque essere visto quale uno strumento di natura sanzionatoria diretto a reprimere un comportamento illecito ma quale strumento dalla natura più complessa i cui tratti si cercherà di riassumere nelle righe che seguono.

Quando la Commissione europea, nella sua qualità di "guardiana" dei Trattati a cui incombe di vigilare sull'adempimento, da parte degli Stati membri, degli obblighi ad essi incombenti in forza dei Trattati medesimi, ravvisa gli estremi per l'avvio di una indagine volta ad accertare eventuali violazioni del diritto UE, si instaura un processo dialogico che vede coinvolti la Commissione e lo Stato membro posto sotto osservazione.

Per quanto riguarda il nostro Paese, in tale processo un ruolo di particolare rilievo è assunto dalla Rappresentanza Permanente presso l'Unione europea, con sede in Bruxelles, la quale dispone di un apposito Ufficio "procedure di infrazione ed EU Pilot", che svolge i seguenti compiti: opera quale interfaccia tra la Commissione e le autorità nazionali per le procedure d'infrazione che rientrano negli artt. 258 e 260 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), tramite il Dipartimento per le politiche europee e il Ministero degli Affari Esteri; assicura il necessario flusso informativo e segue nel dettaglio l'iter di ciascuna procedura di infrazione, dalla lettera di messa in mora sino alla eventuale decisione di ricorso alla Corte di Giustizia; è il punto di contatto nazionale per la notifica elettronica delle risposte italiane alle procedure di infrazione nella banca dati informatica "Procedure di infrazione – INFR" e per la notifica elettronica della trasposizione delle direttive UE nel diritto nazionale nella banca dati informatica

“Misure nazionali di attuazione – MNA”); ha accesso al sistema EU Pilot e svolge una funzione di supporto, in coordinamento con il Dipartimento per le Politiche europee, soprattutto nella fase successiva all’eventuale chiusura negativa del caso (in effetti, la maggior parte delle procedure di infrazione aperte derivano da casi Pilot chiusi negativamente); fornisce consulenza e supporto specifici alle Amministrazioni interessate, per contribuire alla risoluzione del contenzioso in corso; facilita le relazioni con i Servizi della Commissione, inclusa l’eventuale organizzazione di riunioni sui singoli dossier; cura l’aggiornamento del quadro del contenzioso italiano ed elabora dati statistici al riguardo.

Le decisioni relative all’apertura, all’aggravamento o alla chiusura di una procedura di infrazione sono adottate dal Collegio dei Commissari europei, in apposite sessioni che hanno luogo a cadenza mensile. In tali occasioni il Collegio dei Commissari adotta una decisione di archiviazione quando lo Stato membro si conforma ai rilievi della Commissione europea o quando quest’ultima si ritiene soddisfatta dalle osservazioni dello Stato in questione.

2. Il sistema EU Pilot

Prima dell’apertura di una procedura di infrazione ex art. 258 TFUE, la Commissione può sollevare dubbi su eventuali profili di violazione del diritto dell’Unione attraverso il sistema “EU Pilot”.

Lanciato nel 2008 dalla Comunicazione della Commissione “Un’Europa dei risultati – Applicazione del diritto comunitario” (COM (2007)502), è un meccanismo istituito tra Commissione europea e Stati membri per lo scambio di informazioni e la risoluzione di problemi in tema di applicazione del diritto dell’Unione europea o di conformità della legislazione nazionale alla normativa UE, concepito per la fase antecedente all’apertura formale della procedura di infrazione ex art. 258 TFUE.

La Commissione utilizza l’EU Pilot per comunicare con gli Stati membri su questioni di conformità della legislazione nazionale al diritto dell’UE o di corretta applicazione del diritto dell’UE e per la prima gestione della “notizia di reato” di cui la Commissione sia venuta a conoscenza in via diretta ovvero sulla base di una denuncia individuale da parte di privati o di un’interrogazione a lei rivolta da un membro del Parlamento europeo.

Il sistema EU Pilot ha sostituito la pratica precedente, secondo cui la Commissione, prima di avviare una procedura di infrazione, inviava lettere di carattere amministrativo alle autorità nazionali per confrontarsi con loro sui profili del diritto interno che potevano sollevare dubbi di conformità a quello europeo.

Nel sistema EU Pilot, lo scambio di comunicazioni avviene invece direttamente, tramite un sistema informatico, tra la Commissione e l'amministrazione nazionale (per l'Italia, il Dipartimento per le Politiche europee, il quale si occupa a sua volta di coinvolgere le amministrazioni regionali o locali eventualmente interessate) in un termine generalmente stabilito in 20 settimane (10 per gli Stati membri e 10 per la Commissione). Se la Commissione non è soddisfatta del risultato del dialogo nel quadro dell'EU Pilot, può decidere di chiudere negativamente il caso e avviare una procedura di infrazione.

3. Le procedure di infrazione

Come anticipato, la procedura di infrazione è lo strumento con cui la Commissione europea svolge la propria funzione di controllo del rispetto del diritto UE da parte degli Stati membri; funzione che le è attribuita dall'articolo 17 del TUE e che – grazie al conferimento di ampi poteri istruttori, tra cui la richiesta di informazioni, l'avvio di procedure di inchiesta e di verifiche dirette – ha la finalità di porre rimedio all'inadempimento da parte di uno Stato membro.

Ai sensi dei Trattati, si parla di inadempimento quando un'amministrazione nazionale (centrale, regionale o locale) viola il diritto dell'Unione ponendo in essere un comportamento attivo o omissivo.

Le procedure di infrazione nascono per tre motivi principali: a) lo Stato membro non comunica per tempo le misure nazionali di trasposizione delle direttive UE (c.d. “mancati recepimenti”); b) la Commissione ritiene che la legislazione di uno Stato membro non sia conforme alla normativa UE; c) la Commissione considera che lo Stato membro non applica correttamente la normativa UE.

Esse si articolano in due fasi. La prima fase è quella c.d. “pre-contenziosa”, scandita dall'emissione da parte della Commissione della lettera di messa in mora e poi del parere motivato in base all'art. 258 TFUE. Data la grande importanza che i Trattati attribuiscono all'azione dell'Unione europea diretta a fare accertare un'infrazione, l'art. 258 ha assegnato al procedimento

delle garanzie. È prevista infatti una prima fase di “contraddittorio stragiudiziale”, in cui vanno spiegati concretamente i fatti di cui lo Stato è accusato per metterlo in condizione di difendersi, dare spiegazioni o emendarsi. La fase pre-contenziosa è dunque destinata ad indurre lo Stato a conformarsi ai Trattati mettendo fine all'infrazione nel caso in cui si ritengano fondate le censure della Commissione ovvero a consentire allo Stato di giustificare il proprio punto di vista e di convincere la Commissione dell'inesistenza dell'infrazione (cfr. ECJ, C-439/99; C-431/02). Se lo Stato non mette fine all'infrazione lo scambio di osservazioni pone la Commissione in condizione di qualificare giuridicamente l'infrazione per mezzo delle informazioni raccolte. Sebbene la prima fase abbia solo carattere formalmente amministrativo essa condiziona in modo decisivo la successiva fase giudiziale: il ricorso non può infatti avere ad oggetto questioni non contestate nella prima fase. Scopo ulteriore della fase pre-contenziosa è dunque quello di delimitare i confini del ricorso che sarà eventualmente proposto (cfr. ECJ, C-135/01).

La messa in mora è invece l'atto che segna l'apertura formale della procedura di infrazione. Con essa la DG della Commissione competente per materia identifica la violazione del diritto dell'Unione che viene contestata e prevede un termine entro il quale lo Stato può comunicare le proprie osservazioni e argomentazioni di risposta alla richiesta della Commissione. La lettera che dà avvio alla fase pre-contenziosa della procedura di infrazione costituisce un atto preliminare con il quale si rende noto allo Stato membro quale azione o omissione viene ad esso imputata e quali siano le regole comunitarie che a parere della Commissione lo Stato ha violato. Con essa si richiede allo Stato, a carico del quale si presume l'esistenza di un'infrazione, di presentare le proprie osservazioni ed ha lo scopo di stimolare il contraddittorio: a tal fine essa deve precisare le obbligazioni violate circoscrivendo l'oggetto della controversia (cfr. ECJ, C-135/94; C-358/01). Sebbene l'articolo 258 TFUE non stabilisca i requisiti formali che la lettera di messa in mora deve soddisfare, si ritiene che essa non debba lasciar sussistere alcun dubbio sulla natura della procedura iniziata. Sebbene non sia necessaria una motivazione completa che esponga la giustificazione giuridica dettagliata della posizione che la Commissione intende sostenere, essendo sufficiente un primo e breve riassunto degli addebiti, è tuttavia possibile che la messa in mora contenga un'esposizione globale delle censure che la Commissione preciserà nel parere motivato. A tali indicazioni si deve aggiungere la fissazione di un termine per la presentazione delle osservazioni. All'interno della procedura di infrazione la messa in mora costituisce una

condizione di forma sostanziale, ed invero i vizi della messa in mora producono l'irregolarità del parere motivato (sebbene non si traducano nella impugnabilità dell'uno o dell'altro atto, essi producono l'irricevibilità del ricorso alla Corte di giustizia per il mancato rispetto del principio del contraddittorio, a meno che lo Stato abbia potuto comunque esercitare il proprio diritto di difesa: cfr. ECJ, C-211/81).

Il contraddittorio con lo Stato che la Commissione ritiene essere venuto meno agli obblighi nascenti dal Trattato costituisce dunque un elemento essenziale della procedura di infrazione, collegato alla protezione dei diritti della difesa, che sono parte dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dell'UE (cfr. art.47 Carta dei diritti fondamentali dell'UE). Data la gravità della procedura volta alla constatazione dell'infrazione, nella fase preliminare è previsto un certo formalismo, per cui ad esempio non può ritenersi soddisfare le esigenze del contraddittorio uno scambio di lettere seguito ad un invito della Commissione in cui lo Stato manifesti un dissenso rispetto a precedenti suggerimenti formulati dalla Commissione stessa. Dalla ricezione della lettera di messa in mora non discende peraltro a carico dello Stato l'obbligo di presentare osservazioni e richieste; anche se lo Stato rinuncia a presentare osservazioni la facoltà che gli è concessa costituisce una garanzia fondamentale voluta dai Trattati, la cui osservanza è prescritta ad *substantiam* nel processo di infrazione (cfr ECJ, C-476/98). Le osservazioni tardive presentate dopo l'emissione del parere motivato non obbligano la Commissione a riaprire la procedura ma, nell'ambito della leale collaborazione istituzionale che deve informare tutti i rapporti tra le Istituzioni europee e le amministrazioni nazionali, di esse la Commissione può tenere conto al fine di esercitare il proprio potere discrezionale di ricorrere.

Se non perviene risposta o se le informazioni trasmesse non sono considerate soddisfacenti, la Commissione adotta un parere motivato (art. 258, § 1, TFUE) con cui constata la sussistenza della violazione e invita lo Stato a prendere tutte le misure necessarie per porre fine a tale situazione. Condizioni per l'emissione del parere sono la convinzione dell'esistenza della violazione e la (avvenuta) concessione allo Stato dell'opportunità di presentare osservazioni. Il parere motivato, in quanto contiene l'esposizione della posizione della Commissione come definitivamente stabilita, ha il duplice scopo di indicare i motivi di fatto e di diritto per i quali la Commissione ritiene che lo Stato abbia violato uno degli obblighi ad esso incombenti, e le misure per porre termine all'infrazione diffidandolo dal perpetuare oltre il termine indicato la violazione.

Le osservazioni dello Stato possono indurre la Commissione a precisare o anche a modificare i motivi che avevano determinato la sua convinzione iniziale, ma le esigenze di tutela del diritto di difesa dello Stato - espresse dalla necessità di un contraddittorio - impongono la coincidenza dei fatti su cui il parere motivato è basato con quelli indicati nell'atto di avvio della procedura di infrazione. Nel parere motivato possono dunque essere fatte valere solo le censure, di fatto e di diritto, mosse allo Stato nella messa in mora. La Commissione, oltre a modificare la sua tesi sulla fattispecie che realizzerebbe l'infrazione può dunque tenere conto delle osservazioni fornite dallo Stato per precisare o modificare i motivi sui quali la constatazione dell'infrazione era stata fondata, ma i termini sostanziali dell'infrazione devono essere stati discussi nella fase di contraddittorio.

Nel parere motivato la Commissione deve indicare le misure che lo Stato deve adottare per sanare l'infrazione. Nella scelta dei mezzi di adeguamento da indicare allo Stato la Commissione gode di ampia discrezionalità, sebbene in linea di principio debba chiedere la sanatoria dell'infrazione con effetto retroattivo e possa anche chiedere allo Stato di risarcire i danni causati dalla violazione del diritto UE. Il parere motivato contiene altresì l'indicazione di un termine ragionevole entro il quale le misure proposte devono essere adottate, la cui adeguatezza è giudicata in funzione delle circostanze del caso. Quanto alla determinazione in concreto del termine di cui si discorre, sebbene si ritenga che la Commissione goda sul punto di ampia discrezionalità, la particolare esiguità del periodo di tempo assegnato allo Stato, se non giustificata da motivi di urgenza, rende irricevibile il successivo ricorso basato sul mancato adeguamento nel termine (cfr. ECJ, C-293/85). Oltre che da ragioni di urgenza la fissazione di un termine particolarmente breve può essere giustificata dal fatto che lo Stato membro destinatario del parere motivato conoscesse la posizione della Commissione già da molto tempo prima della formalizzazione della procedura (cfr. ECJ, C-328/96). Nel caso in cui ritenga il termine troppo breve lo Stato può chiedere alla Commissione una proroga, ma in caso di rifiuto non può chiedere un'estensione del medesimo alla Corte di giustizia: può tutt'al più avvalersi della sua insufficienza per fare dichiarare il ricorso inammissibile.

Come anticipato, il parere reso dalla Commissione deve essere motivato per consentire allo Stato di difendersi e alla Corte di giustizia di esercitare un controllo sull'iniziativa della Commissione. Il parere deve ritenersi sufficientemente motivato quando contiene una esposizione

coerente delle ragioni che hanno indotto la Commissione al convincimento che lo Stato ha mancato a uno degli obblighi che adesso incombevano in virtù dei Trattati (cfr. ECJ, C-439/99) ma non è necessario che la Commissione prenda posizione su tutte le osservazioni presentate dallo Stato. In quanto strumento di garanzia dello Stato la motivazione è un elemento sostanziale della procedura la cui mancanza comporta l'irricevibilità del ricorso. Si è sottolineato che il parere motivato non è un atto amministrativo soggetto a controllo di legittimità e che quindi non si può parlare di un vizio di forma consistente nella insufficiente motivazione, il quale si risolve nell'illegittimità dell'atto. Il parere motivato è destinato unicamente a precisare il punto di vista della Commissione per opportuna informazione dello Stato e della Corte di giustizia, e dalla sua insufficiente motivazione può derivare soltanto il rischio che la Corte non sia in condizioni di constatare un'infrazione e di conseguenza respinga il ricorso (si tratta dunque di una questione di sostanza e non di forma, come sottolineato nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Lagrange in causa C-7/61).

Sono diverse le ragioni per le quali il parere motivato non è impugnabile per illegittimità. In primo luogo esso non ha carattere giuridicamente imperativo: anche se produce effetti giuridici non determina in modo definitivo i diritti e doveri dello Stato destinatario, che risultano solo dalla sentenza della Corte di giustizia. In secondo luogo il parere motivato rappresenta l'atto finale della fase pre-contenziosa di una procedura che potrebbe risolversi in un ricorso giurisdizionale: ne consegue che le critiche di cui può essere fatto oggetto devono essere esaminate in occasione del giudizio di fronte alla Corte di giustizia. Le questioni che toccano la regolarità del parere motivato rilevano infatti al fine del giudizio sulla ricevibilità del ricorso alla Corte di giustizia mentre la valutazione nel merito di detto parere coincide con quella dell'esame del merito del ricorso proposto dalla Commissione.

La non impugnabilità del parere motivato risulta inoltre dalla sua funzione, piuttosto che dalla sua natura giuridica; esso esaurisce infatti la propria funzione nel quadro della complessiva procedura nella quale ha la posizione di atto intermedio non conclusivo (TIZZANO). La censura dell'attività della Commissione non è ritenuta ammissibile nemmeno sotto il profilo del controllo della legittimità della mancata emanazione del parere motivato; a tal proposito vi è chi ha sostenuto l'ammissibilità di un ricorso in carenza contro la Commissione in riferimento alla violazione dell'articolo 17(1) TUE e all'interesse pubblico alla constatazione dell'infrazione.

Secondo una posizione più moderata, invece, in linea di principio non esisterebbe un obbligo della Commissione di emettere un parere motivato, poiché se tale obbligo esistesse esso comunque dipenderebbe da un presupposto il cui accertamento è legato al punto di vista della Commissione stessa. In pratica la Commissione potrebbe sempre sostenere di non essersi fatta un'opinione, sottraendosi all'obbligo di emanare il parere motivato. Tuttavia nel caso in cui lo Stato non rispondesse alla messa in mora l'opinione già espressa dalla Commissione potrebbe essere ritenuta definitiva, tanto da far sorgere l'obbligo di emanare il parere motivato.

Per conformarsi al parere motivato lo Stato deve iniziare in tempo utile la procedura per eliminare in modo effettivo le misure ritenute costituire infrazione, non essendo sufficiente la richiesta di autorizzazione all'adozione di misure di salvaguardia. Se entro il termine fissato nel parere motivato lo Stato non si è conformato la sanatoria tardiva non priva la Commissione del diritto di ottenere una pronuncia della Corte di giustizia sulla violazione degli obblighi derivanti dai Trattati. La Corte di giustizia ha pertanto il compito di decidere se tale violazione sia stata commessa senza dover esaminare se, successivamente alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, lo Stato abbia preso i provvedimenti necessari per porre fine alla violazione (Cfr. ECJ, C-328/96). Nonostante la sanatoria tardiva si ritiene residui l'interesse alla prosecuzione del giudizio al fine di far stabilire il fondamento della responsabilità eventualmente incombente sullo Stato membro, a causa dell'inadempimento, nei confronti di altri Stati membri, dell'Ue o dei privati, ma va da sé che deve essere considerato irricevibile il ricorso proposto dalla Commissione nei casi in cui lo Stato si sia conformato al parere motivato nel termine fissato (Cfr. ECJ, C-276/99).

Se lo Stato membro non si conforma al parere motivato, può aprirsi la seconda fase dell'infrazione, detta "contenziosa". Questa si svolge dinanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'art 258(2) TFUE. Nel caso in cui la Corte condivida la valutazione effettuata dalla Commissione, viene pronunciata una sentenza che dichiara la sussistenza dell'infrazione e a cui lo Stato è tenuto a conformarsi, adottando tutte le misure necessarie per adeguare l'ordinamento interno a quello dell'Unione (art. 260(1) TFUE). Se lo Stato non esegue la sentenza, la Commissione ha la facoltà di adire nuovamente la Corte, chiedendo l'applicazione di una sanzione pecuniaria (art. 260(2) TFUE).

Merita un cenno inoltre la particolare situazione in cui la Commissione adisca la Corte a proposito di una presunta violazione da parte dello Stato dell'obbligo di comunicare alla prima le misure adottate in attuazione di una direttiva: in questo caso, l'art. 260(3) TFUE prevede che già il primo deferimento alla Corte possa essere accompagnato dalla richiesta da parte della Commissione dell'applicazione di una sanzione finanziaria.

La Corte di giustizia ha il potere di adottare anche nel corso di una procedura di infrazione i provvedimenti provvisori previsti dall'articolo 279 TFUE nonostante le perplessità della dottrina dovute alla circostanza che tali misure si risolvono in un ordine di sospendere l'applicazione di una legge o di un atto amministrativo nazionale. In tale misura, infatti, l'ordine cautelare della Corte di giustizia avrebbe una portata più incisiva o almeno immediatamente più efficace rispetto alla sentenza definitiva la quale, ai sensi dell'articolo 260 TFUE, lascia allo Stato membro di provvedere a trarne le conseguenze. Nell'ambito dei propri poteri cautelari la Corte di giustizia ha anche sospeso inaudita altera parte l'applicazione di una normativa nazionale in attesa dell'ordinanza conclusiva del procedimento cautelare (Cfr. ECJ, C-320/03). È stata parimenti ritenuta ammissibile la concessione di misure provvisorie anche nel quadro di una procedura di infrazione accelerata quale quella disciplinata dall'articolo 348 (2) TFUE in cui viene omessa la fase pre-contenziosa di contraddittorio, e la Corte ha ritenuto che eventuali considerazioni relative alle conseguenze del carattere più rapido della procedura potessero essere valutate solo sotto il profilo dell'esame delle circostanze da cui dipende la necessità dell'adozione di misure provvisorie (Cfr. ECJ, C-120/94).

Nella disciplina dello strumento di cui trattasi vi è infine spazio per la previsione di forme speciali di procedura di infrazione. La procedura di infrazione disciplinata dagli articoli 258-259 TFUE subisce infatti alcune modifiche in forza di particolari disposizioni del Trattato in riferimento a specifiche norme delle quali si tratta di garantire l'osservanza. In alcuni casi l'ordinaria procedura di infrazione risulta modificata per l'omissione della fase pre-contenziosa: ciò avviene in casi di particolare urgenza nei quali si presuppone che una forma di contraddittorio si sia già svolta prima dell'avvio della procedura formale, come ad esempio ai sensi dell'articolo 114(9) TFUE a mente del quale – nel caso in cui lo Stato membro abbia abusato del potere riconosciutogli di applicare norme interne giustificate da interessi superiori nonostante che esse siano contrarie a misure di armonizzazione adottate dal Consiglio – la Commissione o qualsiasi

Stato membro può adire direttamente la Corte di giustizia in deroga alla procedura disciplinata dagli articoli 258-259. L'articolo 348(2) TFUE infine prevede la possibilità di ricorso diretto alla Corte di giustizia nel caso in cui la Commissione o un altro Stato membro ritengano che un altro Stato membro abbia fatto ricorso abusivo ai poteri ad esso riconosciuti dagli articoli 346 e 347 TFUE in tema di sicurezza nazionale.