

Lug/2018



CAMMINO DIRITTO

Articoli Divulgativi

ISSN 2421-7123
Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE DIVULGATIVO -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico: Alessio LO GIUDICE, Antonio LAS CASAS, Emanuele CERSOSIMO, Francesca VESSIA, Francesco ORABONA, Francesco LONGOBUCCO, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Ignazio ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, Pietro MILAZZO, Raúl ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SETTI, Sebastiano Bruno CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

Comitato dei Revisori: Angela CUOFANO, Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Ilaria TACCOLA, Ilaria VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA

Redazione: Giuseppe FERLISI, Ilaria FERRARA

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista: **Cammino Diritto**

ISSN: 2421-7123

Codice CINECA: E243140

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)

Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it

Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it/index.asp>

Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it

Recapito telefonico: 02 87188451

Indice dei contenuti

1 - SEPARAZIONE: FRATELLI E SORELLE DEVONO RESTARE INSIEME

autore: **Federica Prato**, pubblicazione domenica 1 luglio 2018

2 - È STALKING RIDICOLIZZARE SISTEMATICAMENTE IL COLLEGA SUL LUOGO DI LAVORO

autore: **Roberta Fontanieri**, pubblicazione lunedì 2 luglio 2018

3 - BREVI RIFLESSIONI SUL RAPPORTO TRA PRIVACY, TRASPARENZA AMMINISTRATIVA E ACCOUNTABILITY ALLA LUCE DEL GDPR

autore: **Francesco Giuseppe Ibba**, pubblicazione martedì 3 luglio 2018

4 - COSA PREVEDE IL NUOVO DECRETO DIGNITÀ

autore: **La Redazione**, pubblicazione martedì 3 luglio 2018

5 - STUDI SULL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

autore: **La Redazione**, pubblicazione mercoledì 4 luglio 2018

6 - EVASIONE FISCALE: L'AZIENDA RISPONDE PER I RICAVI ILLECITI DELL'AMMINISTRATORE

autore: **Andrea Bazzichi**, pubblicazione venerdì 6 luglio 2018

7 - CONTRATTO ATIPICO DI REMUNERAZIONE DI AMMINISTRATORE USCENTE

autore: **Francesco Rizzello**, pubblicazione sabato 7 luglio 2018

8 - LA RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA IN APPELLO: LE ASIMMETRIE DELLE SOGLIE PROBATORIE PRO REO

autore: **Ivano Ragnacci**, pubblicazione domenica 8 luglio 2018

9 - AL FIGLIO CHE NON LAVORA SPETTA IL MANTENIMENTO?

autore: **La Redazione**, pubblicazione lunedì 9 luglio 2018

10 - SI PUÒ OTTENERE LA CANCELLAZIONE DAL CASELLARIO GIUDIZIALE DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO?

autore: **Alessandra Inchingolo**, pubblicazione martedì 10 luglio 2018

11 - L'EMAIL FORMA PIENA PROVA DEI FATTI E DELLE COSE RAPPRESENTATE

autore: **Matteo Bottino**, pubblicazione mercoledì 11 luglio 2018

12 - SODALIZIO MAFIOSO: ATTUALITÀ DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE NELLE MISURE DI SICUREZZA

autore: **Ludovica Di Masi**, pubblicazione domenica 15 luglio 2018

13 - LA PROPOSIZIONE DELL'INTERPELLO ALL'AGENZIA DELLE ENTRATE DA PARTE DEL SOGGETTO NON PASSIVO AI FINI IVA

autore: **Nicolò Giordana**, pubblicazione martedì 17 luglio 2018

14 - SEGRETI COMMERCIALI: IN G.U. IL D.LGS. 63 DEL 2018 SULLA PROTEZIONE DEL KNOW-HOW

autore: **Valeria Lucia**, pubblicazione mercoledì 18 luglio 2018

15 - È RESPONSABILE IL NOTAIO CHE NON VERIFICA L'ESISTENZA DI ISCRIZIONI IPOTECARIE

autore: **Graziella Soluri**, pubblicazione domenica 22 luglio 2018

16 - LE NUOVE SPECIALIZZAZIONI FORENSI

autore: **Andrea Racca**, pubblicazione martedì 24 luglio 2018

17 - FALLIMENTO IN ESTENSIONE NEI CONFRONTI DELLA SUPER SOCIETÀ DI FATTO E DEI SOCI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI

autore: **Elena Di Fedè**, pubblicazione mercoledì 25 luglio 2018

18 - REVOCA DELL'AMMINISTRATORE DI CONDOMINIO CHE NON SI ADOPERA PER IL RISPETTO DEL REGOLAMENTO CONDOMINIALE

autore: **Alessandra Canafoglia Venturini**, pubblicazione giovedì 26 luglio 2018

19 - CAMMINO DIRITTO E YOUTUBE: LA RIVISTA DIVENTA MULTIMEDIALE

autore: **La Redazione**, pubblicazione venerdì 27 luglio 2018

20 - LA SOSTITUZIONE DEL BENE NELLA VENDITA

autore: **Roberta Fontanieri**, pubblicazione venerdì 27 luglio 2018

21 - DUE REALTÀ A CONFRONTO: BULLISMO E STALKING

autore: **Giacomo Tasca**, pubblicazione sabato 28 luglio 2018

22 - IMMIGRAZIONE CLANDESTINA: RIMESSA ALLE SEZIONI UNITE LA QUESTIONE SULLA DISTINZIONE DEL REATO BASE DALLE AGGRAVANTI

autore: **Ilaria Taccola**, pubblicazione lunedì 30 luglio 2018

SEPARAZIONE: FRATELLI E SORELLE DEVONO RESTARE INSIEME

Tra le conseguenze derivanti dalla separazione dei coniugi, la giurisprudenza ha prestato particolare attenzione alla disgregazione del nucleo familiare, soffermandosi sull'esistenza di un interesse dei figli a conservare i legami con fratelli e sorelle e soprattutto a proseguirne la convivenza, salvo che ciò sia contrario ai loro interessi.

Federica Prato - Pubblicazione, domenica 1 luglio 2018
Redattore: Giusy Tuzza

La separazione dei coniugi è un fenomeno giuridico, ormai, molto diffuso e ampiamente regolato dal diritto positivo e da una corposa giurisprudenza.

In tale ambito, però, una delle questioni più discusse, e indubbiamente più delicate, è quella dell'affidamento dei figli, soprattutto se minori (in quanto i figli maggiorenni hanno la facoltà di scegliere con quale genitore andare a convivere). Nello specifico ci si chiede se risulta possibile parlare dell'esistenza di un vero e proprio diritto in capo ai fratelli di essere affidati allo stesso genitore e quindi di mantenere le medesime condizioni di vita antecedenti alla separazione.

La risposta a tale interrogativo è stata fornita dai giudici della Suprema Corte con una recentissima ordinanza, anche se, già in passato gli orientamenti giurisprudenziali sul tema erano ben definiti.

La Corte di Appello di Bari nel 2016 (1) aveva elaborato il principio del “mantenimento dell'unità” in base al quale in caso di separazione dei genitori, e in presenza di più figli, questi ultimi avevano diritto ad essere affidati allo stesso genitore – dopo essere stati ascoltati dal giudice, il quale risulta obbligato a tener conto dell'opinione del minore - in virtù della prevalenza del loro interesse supremo a vedersi garantita una continuità nell'ambito delle relazioni parentali (2).

L'ago della bilancia, dunque, risulta costituito dal momento dell'audizione del minore (si ricorda che il diritto del minore capace di discernimento di essere ascoltato nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano è previsto dall'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (3)). In tale fase quest'ultimo è chiamato ad esprimere la

sua preferenza in merito al genitore con il quale vorrebbe proseguire la convivenza dopo la separazione; in questa fase e nel successivo momento decisivo (improntato sull'esclusivo interesse dei figli), ciò che risulta di primaria importanza è la volontà del minore e le sue esigenze affettive.

Ciononostante, qualora egli non abbia espresso alcuna preferenza, il giudice sarà tenuto ad effettuare delle valutazioni adibite ad evitare che oltre alla separazione dei genitori, e quindi alla sgretolamento della famiglia, la situazione risulti aggravata da “un ulteriore smarrimento e disgregazione dell'unione familiare” (4), infatti prevarrà l'affidamento di tutti i fratelli e sorelle allo stesso genitore (tale *modus operandi* trova riconoscimento anche nell'art. 8 CEDU (5)).

Tuttavia, tale principio di salvaguardia dell'unità familiare può subire delle deroghe e non essere utilizzato ai fini dell'affidamento della prole quando ad esempio, i figli in sede di audizione esprimano preferenze differenziate oppure in presenza di circostanze contrarie all'interesse del minore, le quali devono essere rigorosamente motivate dal giudice.

Un ulteriore passo in avanti è stato compiuto dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 12957 del 24 maggio 2018.

La S. C. in tale circostanza, si trova ad accogliere un ricorso relativo ad una causa di separazione e all'affidamento della figlia minore.

La sentenza verrà, infatti, cassata proprio per consentire alla Corte d'Appello una nuova analisi delle circostanze familiari, dell'idoneità dei genitori, partendo proprio dall'audizione della minore, affinché la decisione sia presa nel rispetto del principio di “*conservazione del legame e della condivisione di vita con la sorella*”.

Nei fatti, la sentenza di primo grado, emanata dal Tribunale di Roma (6), nell'affidare la minore ai servizi sociali, ne aveva anche stabilito la residenza presso il padre con vari oneri di mantenimento a carico della madre (versamento mensile di Euro 300 a titolo di contributo al mantenimento della figlia, pagamento in misura pari al 50% delle spese straordinarie e pagamento di Euro 1.000 in favore della Cassa Ammende) e a dimostrazione della particolare attenzione verso il supremo interesse della prole, il giudice richiedeva ai due ex-coniugi di assumere comportamenti “di maggiore cooperazione”.

Le parti impugnano la sentenza e il giudice d'appello, a seguito di una serie di richieste come l'aumento del contributo di mantenimento, la restituzione di una somma di denaro percepita dalla madre a titolo di mantenimento poi revocato, la richiesta di ottenere affidamento condiviso della minore, accoglie solo la richiesta di restituzione della somma indebitamente percepita dalla donna e respinge le restanti domande.

Con il successivo ricorso al giudice di legittimità si ottiene l'enunciazione del principio supremo in base al quale **“la tutela del diritto fondamentale di sorellanza e fratellanza impone che, in caso di separazione dei genitori, i fratelli e le sorelle debbano essere collocati presso il medesimo genitore, salvo che emerga la contrarietà in concreto di tale collocamento al loro interesse”**.

Come sopra indicato, uno dei passaggi fondamentali risulta essere quello dell'audizione del minore adibita a coadiuvare la decisione del giudice sull'affidamento; l'assenza di tale audizione è uno dei motivi di impugnazione, per l'importanza fondamentale attribuita alla volontà del minore capace di discernimento.

Risulta inoltre, a seguito di una consulenza tecnica d'ufficio (quindi non c'è stata alcuna audizione da parte del giudice), che la minore avrebbe preferito convivere con la madre e la sorella piuttosto che col padre, e che una risoluzione in tal senso sarebbe stata maggiormente appropriata alla salvaguardia della stessa salute psicologica della figlia in seguito ad un peggioramento scaturito dalla separazione dalla madre e dalla sorella e quindi che, in questo caso, la madre fosse il genitore più adatto alla salvaguardia degli interessi della figlia.

Come indicato nel provvedimento della S.C. una mera consulenza tecnica non è ragguagliabile in alcun modo all'audizione obbligatoria – **“L'ascolto è infatti una relazione tendenzialmente diretta fra il giudice e il minore che dà spazio, all'interno del processo, alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda”** - nelle cause di separazione, dei figli minori infradodicenni capaci di discernimento; addirittura, la mancata audizione è causa di nullità dell'eventuale provvedimento riguardante i minori.

L'unico caso in cui viene meno tale obbligatorietà è quando lo stesso giudice la ritiene superflua o lesiva all'interesse del minore, magari quando non lo ritiene capace di discernimento, ma in tal caso dovrà fornire una specifica e circostanziata motivazione (7).

All'esito di tale audizione, nella quale i minori possono anche esprimere la propria volontà in merito al genitore al quale essere affidati, il giudice non è in alcun modo tenuto a dare seguito alle richieste del minore o eventualmente, alle risultanze delle indagini peritali e anche in questo caso ha l'obbligo di motivare accuratamente la sua decisione, in altre parole: **la volontà espressa dal minore può essere disattesa solo con rigorosa motivazione.**

Nel caso portato dinanzi alla Corte di Cassazione, vi era una chiara e precisa volontà della figlia minore di continuare la convivenza con la madre e la sorella, sulla base di un *“rapporto affettivo importante e di reciproco sostegno”*.

In tale circostanza viene precisato che: in caso di separazione tra coniugi con figli minori, ciò che deve essere preservato è il legame affettivo tra fratelli e sorelle, cercando, quando possibile e non contrastante con gli interessi dei suddetti (è richiesta, infatti, una *“rigorosa verifica della contrarietà al suo interesse”*), di affidarli allo stesso genitore, evitando così di aggravare la situazione di sfaldamento della famiglia.

Note e riferimenti bibliografici

(1) Corte d'Appello di Bari, decreto 16 dicembre 2016.

(2) In breve, il caso di specie era caratterizzato, *in primis*, da una particolare situazione di conflittualità tra i due coniugi e la presenza di tre figli. Nell'ambito del giudizio di primo grado, i due fratelli erano stati affidati al padre mentre la sorella minore alla madre, nonostante la volontà espressa di voler vivere con i fratelli. Il giudice d'Appello decide, invece, di far prevalere l'interesse al mantenimento dell'unità tra fratelli e sorelle.

(3) Convenzione di New York sui diritto del fanciullo, art. 12:

“Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità.

A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale.”

(4) Così sub (1).

(5) CEDU, art. 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare:

“Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

(6) Trib. Roma, sent. n. 20755/2013

(7) Già specificato in: Cass. civ. sez. I, sent. n. 19327 del 29 settembre 2015

È STALKING RIDICOLIZZARE SISTEMATICAMENTE IL COLLEGA SUL LUOGO DI LAVORO

Differenza tra Stalking e Mobbing, in riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione, 2 Maggio 2018, n. 18717.

Roberta Fontanieri - Pubblicazione, lunedì 2 luglio 2018
Redattore: **Ida Morelli**

Sommario: Introduzione; 1. La decisione della Suprema Corte; 2. Art. 612 bis “atti persecutori”; 3. Cos’è il fenomeno Mobbing?

Introduzione

E’ stalking ridicolizzare sistematicamente il collega sul luogo di lavoro? A questa domanda risponde la Corte di Cassazione con la sentenza 2 maggio 2018 n. 18717. Il caso proposto al vaglio della Corte ha come protagonista un soggetto colpito da un’invalidità del 50% causata da un ictus, il quale è stato oggetto di derisione e di atti vessatori da parte di un collega di lavoro. A seguito di questi episodi ripetuti, la vittima ha iniziato ad assentarsi dal posto di lavoro, rischiando il licenziamento. Queste condotte hanno causato nel soggetto in questione, problematiche a livello psicofisico, costringendolo a vivere in un perdurato stato di ansia.

1. La decisione della Suprema Corte

La Corte si è basata sull’accertamento compiuto dai giudici di merito, avente ad oggetto le ripetute “prese in giro” nei confronti della vittima, il suo imbrattamento nell’espletamento delle mansioni di manutentore dell’impianto fognario comunale, l’esposizione nella bacheca della sede di lavoro di foto ritraenti la persona offesa, imbrattata da versamenti fognari ed una serie di condotte volte ad infastidire e ridicolizzare la persona offesa, che dopo qualche tempo, è stata costretta a lasciare il lavoro.

La Corte di Cassazione ha ritenuto corrette le conclusioni cui erano pervenuti i giudici di merito in ordine alla natura vessatoria dei comportamenti in precedenza descritti, frequenti e di natura molesta. Tenuto conto delle condizioni della vittima, assunta

beneficiando delle quote riservate ai disabili.

Quanto all'accertamento del nesso causale, nel corso del dibattimento, questo scaturiva dall'esame testimoniale della vittima e dalla perizia medica, dove si attestava che, a causa delle condotte dell'imputato, la persona offesa era stata costretta a ricorrere a cure sanitarie, sviluppando un grave stato ansioso motivo dell'assenteismo dalla prestazione lavorativa, maturando così la possibilità del licenziamento da parte del datore di lavoro.

2. Art. 612 bis “atti persecutori”

Il suddetto articolo, rubricato “atti persecutori” prevede un requisito necessario affinché possa determinarsi il reato di stalking, ed è inserito nel secondo comma, il quale recita: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.” Lo stalking è un fenomeno di non facile definizione. Letteralmente significa "inseguire la preda", accanto a questa definizione, a partire dagli anni '90 se ne trovano molte nella legislazione internazionale. Questo fenomeno si è trasformato in una questione sociale di primaria importanza a seguito di alcuni casi di aggressione psicologica e fisica. A partire da tali eventi alcuni studiosi hanno cercato di definire e inquadrare il fenomeno; questo tentativo inserisce la fattispecie stalking nella nuova categoria di reato di violenza, segnalandolo così nella più ampia categoria della violenza domestica. Appare chiaro che l'intento della Corte di Cassazione sia quello di incentrare la fattispecie sull'alterazione delle abitudini quotidiane della vittima e sulla nascita del costante stato d'ansia.

Il delitto di cui l'art. 612 bis c.p. è considerato dalla dottrina un reato plurioffensivo, posto a tutela non solo della libertà morale della persona, ma anche della salute psicologica e fisica della vittima. La tutela penale si spinge sino ad includere i beni giuridici della vita e dell'incolumità individuale. Lo stalking ha natura di reato abituale d'evento e per la sussistenza di questa caratteristica, richiede un agito di minaccia e di violenza. Il reato di atti persecutori è stato costruito come reato a forma libera, il cui elemento distintivo è dato dalla reiterazione delle condotte, tale formulazione, permette alla norma di inglobare una vasta casistica di comportamenti che sarebbe normalmente difficile da ricondurre ad un unico denominatore. Per “minaccia”, si intende la prospettazione ad altri di un male futuro ed ingiusto; (C. Cass. Sent. 27.09.2007 n. 4848)

per “molestie” invece deve intendersi tutto ciò che viene al alterare dolosamente, fastidiosamente e inopportunamente in modo immediato lo stato psichico della persona (C. Cass. Sent. 24.03.2005 n. 19718). Per comprendere il reale significato, bisogna valutare quali destinazioni si assumono nell’ambito della citata fattispecie, è necessario per ogni singolo caso applicare uno sforzo di contestualizzazione del fatto. Solo in questo modo si potrà valutare l’incidenza lesiva, in relazione agli interessi tutelati dall’articolo 612 bis c.p. Le condotte moleste , di cui la sentenza 2 maggio 2018 n. 187171, vanno quindi ad integrare la fattispecie di stalking, dunque questa è la ratio di tale sentenza, il ragionamento che viene fatto dai giudici della Suprema Corte concerne l’unione delle “condotte moleste” e “ atti persecutori”, che creano nella vittima “un perdurante stato d’ansia e la modifica delle abitudini di vita” presupposti necessari affinché possa configurarsi la fattispecie di reato.

Solitamente per quanto riguarda le condotte volte a ledere la stabilità mentale dei soggetti sul posto di lavoro, si fa riferimento al mobbing.

3. Cos’è il fenomeno Mobbing?

Il mobbing ha ad oggetto comportamenti a carattere persecutorio e vessatorio posti in essere nei confronti di un collega di lavoro, in modo diretto, prolungato nel tempo e sistematico. L’intento persecutorio e la volontà lesiva devono essere riscontrabili in tutti i comportamenti. Può essere di due tipi: verticale e orizzontale. Nel primo caso viene posto in essere da un soggetto che ricopre una posizione gerarchica superiore all’impiegato vittima di persecuzioni (datore di lavoro). Mentre nel secondo caso le condotte vessatorie provengono da un collega di lavoro che ricopre la stessa mansione della vittima. Tra il danno ed i comportamenti deve esistere un rapporto causa-effetto. Per stabilire con certezza la persecutorietà delle azioni, bisogna valutarla sulla base di sette indici: tipologia dell’azione; durata e frequenza; ambiente lavorativo; dislivello tra gli antagonisti; andamento tra gli antagonisti; fasi successivi; intento persecutorio.

Una volta accertata la presenza del mobbing nell’ambito lavorativo, data la varietà della fattispecie in cui può caratterizzarsi non è semplice da capire quando la fattispecie può essere di carattere penale, in quanto non esiste una norma “ad hoc” per questo fenomeno. Nella fattispecie in questione si ha “mobbing orizzontale” . La Cassazione ha suggerito diversi modi di difesa, per primo riferire le offese al datore di lavoro, in quanto responsabile della salute psicofisica dei dipendenti. Qualora gli atti vessatori portino la caratteristica nella continuità è possibile agire contro il collega attraverso una causa di mobbing, arrivando, come nel caso specifico alla denuncia penale per stalking, proprio

per la situazione di ansia perenne in cui la vittima è costretta a vivere.

La decisione presa dalla Suprema Corte, può essere applicata al suddetto caso, in quanto le condotte annoverate nella Sentenza possono rientrare nella categoria degli atti persecutori. Sarebbe stato corretto da un punto di vista dottrinale, basarsi sul fenomeno del mobbing, in quanto tale fattispecie è pensata proprio per le molestie o gli atti persecutori posti in essere sul luogo di lavoro. La decisione si è andata orientando su altre tipologie di reato, in quanto, come già riportato in precedenza, non vi è nell'ordinamento italiano una legge che regoli il fenomeno del mobbing. Stando a quanto riportato nella Sentenza della Cassazione, data la frequenza degli atti vessatori e la nascita in capo ad essi di uno stato d'ansia prolungato nel tempo, il quale mina l'integrità psicofisica della vittima, la trasposizione dell'art. 612 bis c.p. risulta essere una valida scelta da parte dei giudici.

Fonti

Sentenza Corte di Cassazione, Sez 1. N 18717/2018;
Art. 612 bis c.p.;
Il fenomeno stalking, Daniela Acquadro Maran, UTET Università 2012.

BREVI RIFLESSIONI SUL RAPPORTO TRA PRIVACY, TRASPARENZA AMMINISTRATIVA E ACCOUNTABILITY ALLA LUCE DEL GDPR

L'applicazione del GDPR impone alcune considerazioni sulla relazione che intercorre tra accountability e trasparenza amministrativa. Il regolamento, in tal senso, offre importanti spunti di riflessione per coloro che operano nella P.A. e debbono compiere quotidianamente un bilanciamento tra due interessi fondamentali: privacy e trasparenza.

Francesco Giuseppe Ibba - Pubblicazione, martedì 3 luglio 2018
Redattore: Ilaria Valentino

Sommario: 1. Privacy e accountability; 2. Trasparenza amministrativa e accountability; 3. Privacy, trasparenza e accountability.

1. Privacy e accountability

Come è noto, la tutela della privacy è una questione che coinvolge differenti dimensioni dell'esistenza dell'essere umano: la dimensione fisica e la dimensione digitale (il c.d. *cybersbazio*).

Queste, nel diritto, si rapportano secondo un regime di reciprocità per cui la carente tutela della persona nell'illimitato *cyberspazio* si riflette irrimediabilmente nel limitato mondo fisico (*meatspace*) ([1]).

La grande rivoluzione compiuta dal GDPR (*General Data Protection Regulation*), in tal senso, non si rinviene, dunque, nei puntuali adempimenti prescritti dalla normativa, ma nel «cambio di prospettiva» al quale ha già fatto riferimento autorevole dottrina. Con il GDPR, infatti, si passa da una normativa completamente incentrata sui diritti dell'interessato ad una opposta, basata sui doveri del titolare e del responsabile ([2]).

L'«accountability» nel teatro della protezione dei dati personali diviene quindi il *deus ex machina*, la forza superiore, finora quasi estranea, in grado di risolvere le cose.

Questa espressione di un'etica della responsabilità dei titolari del trattamento (e del responsabile), rappresenta, infatti, la chiave di volta per l'approdo verso un mondo nuovo, in cui la protezione dei dati personali viene percepita dall'interessato e dal

soggetto obbligato come un valore condiviso.

Il settimo considerando del GDPR, nel solco tracciato dal principio di «*accountability*», richiama proprio l'opportunità di creare un clima di fiducia tra interessati e titolari del trattamento che consenta «lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno.»

Ciò, logicamente, avrebbe una valenza enorme nel cyberspazio, dove la responsabilizzazione – e non solo la deterrenza e la difesa – costituisce lo strumento principale per costruire una sicurezza cibernetica forte ([3]).

2. Trasparenza amministrativa e *accountability*

Il clima di fiducia al quale interessato e titolare devono tendere nel trattamento dei dati personali, tuttavia, deve trovar sostegno anche in un altro interesse giuridico potenzialmente confliggente con quello della privacy: la trasparenza amministrativa.

Il *Freedom of information act* (FOIA) ([4]) è una normativa statunitense alla quale il nostro legislatore si è ispirato al fine di innovare il novero degli strumenti di trasparenza e introdurre un nuovo sistema di accesso generalizzato.

A distanza di quasi cinquant'anni dal FOIA, in Italia è entrato in vigore 5 anni orsono il d.lgs. n. 33 del 2013, riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte della PA ([5]).

L'art. 1 della normativa *de qua* ha definito il principio di trasparenza amministrativa come accessibilità totale dei documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione; l'art. 2, invece, quasi a voler smorzare gli eccessi di un «accesso totale» ne ha limitato la portata imponendo comunque «*il rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di segreto statistico e di protezione dei dati personali*».

Come risolvere il potenziale conflitto tra due diritti fondamentali quali la trasparenza e la protezione dei dati personali?

Stante l'enorme casistica, che naturalmente non sempre può trovare ristoro nel dato normativo, l'*accountability* gioca ancora una volta un ruolo fondamentale.

Da un lato, infatti, questa si declina nella pretesa di una necessaria e approfondita conoscenza delle norme che tutelano i due istituti da parte del titolare del trattamento e

del responsabile; dall'altra, nella capacità degli stessi di bilanciare in maniera adeguata due esigenze contrapposte: quella della *full disclosure* e della *privacy* ([\[6\]](#)).

Non è questa la sede dove poter discorrere sulle varie tecniche di bilanciamento che debbono essere utilizzate dagli operatori ([\[7\]](#)), tuttavia, non può non riconoscersi la lungimiranza del legislatore europeo che ha previsto l'obbligatorietà in determinati casi del DPO – figura la cui preparazione giuridica deve esser un elemento indispensabile del suo ufficio – da affiancare al titolare del trattamento nello svolgimento delle proprie mansioni.

Ad ogni modo, nella ricerca del giusto equilibrio tra le due esigenze, la soluzione deve esser individuata attraverso la valutazione degli interessi in gioco alla luce dei principi che permeano la normativa europea sulla protezione dei dati e la normativa nazionale sulla trasparenza.

3. *Privacy, trasparenza e accountability*

Ai fini del bilanciamento e allineamento di questi sistemi ai valori del GDPR, la dimensione organizzativa predisposta dal titolare del trattamento costituisce un elemento fondamentale.

Questa, infatti, nel regolamento europeo, viene ad assumere una valenza primaria nella tutela dei dati personali attraverso la duplice declinazione di «*privacy by design*» e «*privacy by default*» ([\[8\]](#)).

Così, ai sensi dell'art. 25 del GDPR, il titolare del trattamento è tenuto a porre in essere «*misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati per impostazione predefinita (privacy by default, ndr) solo i dati necessari per ogni specifica finalità del trattamento*»; inoltre, lo stesso deve mettere «*in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volta ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione [...]*».

Proprio attraverso la realizzazione di tali misure, la complessità del bilanciamento tra il diritto alla conoscibilità e quello alla protezione dei dati personali, dovrebbe trovare una notevole semplificazione.

Ad esempio, l'attuazione del principio di minimizzazione dei dati, potrebbe condurre alla piena soddisfazione di entrambe le esigenze; e ciò attraverso la riduzione della

completezza conoscitiva e la conseguente perdita di alcuni contenuti informativi a vantaggio di esigenze concernenti la protezione dei dati personali.

Queste tipo di soluzioni sono espressamente previste dal già citato d.lgs. n. 33 del 2013, il quale all'art. 7 bis stabilisce che «nei casi in cui norme di legge o di regolamento prevedano la pubblicazione di atti o documenti, le pubbliche amministrazioni provvedono a rendere non intelligibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione».

Da ciò emerge la necessità che tutti coloro che procedono all'organizzazione e alla raccolta di informazioni, abbiano piena conoscenza delle normative in materia e sin da subito abbiano contezza di quale sia la funzione del trattamento dei dati e la destinazione degli stessi; e ciò al fine di poter porre in essere dall'inizio del trattamento quelle misure che consentano una corretta valutazione degli interessi in gioco.

Ancora una volta, dunque, l'attuazione del principio di responsabilizzazione dei soggetti coinvolti nel trattamento dei dati personali si palesa quale misura precauzionale principale al fine di minimizzare i potenziali pericoli per la privacy.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Termine coniato dallo scrittore William Gibson che crea una metafora del mondo fisico rappresentandolo come «spazio della carne» per contrapporlo al mondo digitale.

[2] F. Pizzetti, *Privacy e diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, 38.

[3] In particolare, il sesto e il settimo considerando del GDPR pongono in luce la questione della incessante evoluzione tecnologica e delle conseguenze che essa comporta in termini di relazioni sociali e libera circolazione dei dati personali.

[4] Per un approfondimento sulla normativa in parola v. C. Henry, *Freedom of information act*, New York, 2003.

[5] Ex multis v. B. Ponti, *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

[6] Il quarto considerando del GDPR, a conferma di quanto detto, prevede che «il diritto alla protezione dei dati non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali in ossequio al principio di proporzionalità»

[7] Tra i tanti contributi sull'argomento v. L. Califano, *Il bilanciamento tra trasparenza e privacy nel d.lgs. n. 33/2013*, www.garantedellaprivacy.it

[8] Le due locuzioni si esprimono attraverso i concetti di protezione dei dati dalla progettazione e per impostazione predefinita.

COSA PREVEDE IL NUOVO DECRETO DIGNITÀ

Introdotte, attraverso un decreto-legge, misure urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese. A breve la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

La Redazione - Pubblicazione, martedì 3 luglio 2018
Redattore: **Raffaele Giaquinto**

Il Consiglio dei Ministri ha approvato, nella riunione n. 8 del 02 luglio 2018, un decreto-legge che mira ad introdurre misure urgenti per la **dignità dei lavoratori e delle imprese**. Durante la riunione sono stati approvati in totale **tre** decreti legge, che entreranno in vigore con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, attesa a breve (approvati infatti anche il riordino delle attribuzioni dei Ministeri dei beni e delle attività culturali e del turismo e la cessione di unità navali italiane alla Libia).

Seguendo la scaletta divulgata dalla Presidenza del Consiglio, il decreto "*dignità*", tra i primi del nuovo Governo che dovrebbe cominciare da subito a mostrare risultati nell'economia reale, prevede:

A) disposizioni volte a **limitare l'utilizzo dei contratti di lavoro a tempo determinato, favorendo i rapporti a tempo indeterminato**.

L'obiettivo è quello di ridurre il lavoro precario, riservando la contrattazione a termine ai casi di reale necessità da parte del datore di lavoro.

A questo scopo, si prevede che, fatta salva la possibilità di libera stipulazione tra le parti del primo contratto a tempo determinato, di **durata non superiore a 12 mesi di lavoro in assenza di specifiche causali**, l'eventuale rinnovo dello stesso sarà possibile esclusivamente a fronte di esigenze temporanee e limitate.

In presenza di una di queste condizioni già a partire dal primo contratto sarà possibile apporre un termine comunque non superiore a 24 mesi. Al fine di indirizzare i datori di lavoro verso l'utilizzo di forme contrattuali stabili, inoltre, si prevede l'aumento dello 0,5% del contributo addizionale – attualmente pari all'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, a carico del datore di lavoro, per i rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato – in caso di rinnovo del contratto a tempo determinato, anche in somministrazione;

B) misure per **salvaguardare i livelli occupazionali e contrastare la delocalizzazione** delle aziende che abbiano ottenuto aiuti dallo Stato per impiantare, ampliare e sostenere le proprie attività economiche in Italia;

C) misure volte a **contrastare grave fenomeno della ludopatia**, vietando la pubblicità di giochi o scommesse con vincite in denaro;

D) l'introduzione di misure in materia di **semplificazione fiscale**, attraverso la revisione dell'istituto del cosiddetto "redditometro" in chiave di contrasto all'economia sommersa, il rinvio della prossima scadenza per l'invio dei dati delle fatture emesse e ricevute (cosiddetto "spesometro"), nonché l'abolizione dello *split payment* per le prestazioni di servizi rese alle pubbliche amministrazioni dai professionisti i cui compensi sono assoggettati a ritenute alla fonte a titolo di imposta o a titolo di acconto. Le nuove norme prevedono, innanzitutto, che il decreto ministeriale che elenca gli elementi indicativi di capacità contributiva attualmente vigente (redditometro) non ha più effetto per i controlli ancora da effettuare sull'anno di imposta 2016 e successivi. Inoltre, si prevede che il Ministero dell'economia e delle finanze possa emanare un nuovo decreto in merito dopo aver sentito l'ISTAT e le associazioni maggiormente rappresentative dei consumatori. Con specifico riferimento alle comunicazioni dei dati di fatturazione relativi al terzo trimestre del 2018, infine, si interviene prevedendo che gli stessi possono essere trasmessi telematicamente all'Agenzia delle entrate entro il 28 febbraio 2019, anziché entro il secondo mese successivo al trimestre.

STUDI SULL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

In questo studio si evidenzia come l'effettività della tutela amministrativa va intesa come ampliamento delle domande proponibili.

La Redazione - Pubblicazione, mercoledì 4 luglio 2018
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Negli ultimi decenni il diritto amministrativo sta mutando drasticamente. Si è passati da un sistema caratterizzato dall'idea che l'ordinamento unitario riconosceva come giudice naturale il solo giudice ordinario, ad una piena **equiparazione tra giudice amministrativo e giudice ordinario**.

L'**effettività della tutela**, garantita anche nel sistema previgente, veniva assicurata attraverso una serie di espedienti di origine pretoria. Strumenti esistenti e codificati, adattati per dare attuazione piena e completa a quelle disposizioni della nostra Costituzione, tanto volute e fondamentali, di cui agli articoli 103 e 113 Cost. Come sostenuto dall'Adunanza Plenaria del 23 marzo 2011 n.3 con l'introduzione nel **2010 del Codice del Processo Amministrativo**, la giustizia amministrativa è giunta ad approdi fino a ieri inimmaginabili, che segnano un passaggio epocale nella tutela delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino. Ciò grazie alla capacità dell'impianto di aver colto gran parte delle sollecitazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, anche comunitaria, tese a fornire anche al giudice amministrativo strumenti adeguati per assicurare tutela effettiva alle posizioni sottoposte alla sua cognizione, pur non smarrendo il carattere di specialità che contraddistingue la sua giurisdizione.

Al c.p.a. *"il merito di aver abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata"*.

Il codice nel suo testo definitivo (con la comprensione dei due correttivi) prevede alcune azioni : annullamento, condanna avverso il silenzio e declaratoria di nullità, giudizio di ottemperanza, giudizio di accesso ai documenti, giudizio sulla sorte del contratto.

Il **principio dell'effettività della tutela** è il principio cardine che deve guidare le decisioni del giudice amministrativo ed allora, l'apparente contrasto tra disciplina delle azioni e poteri del giudice, indicati in particolare nell'art. 34, va risolto nel senso dell'**ampliamento delle domande proponibili** in relazione alle situazioni giuridiche da proteggere e alle misure adottabili dal giudice.

Corollario dell'effettività è rappresentato dal principio dell'atipicità e delle molteplicità delle forme di tutela, anche se alcune azioni sono specificamente disciplinate nel c.p.a. .

Peraltro, una parte della dottrina va anche oltre, ammettendo l'atipicità di contenuto anche delle azioni previste, tipizzate in modo astratto e quindi in modo incompleto. Così si è sostenuto l'ammissibilità della condanna pubblicistica anche prima che fosse disciplinata con il secondo correttivo n.160/2012 (Cons. St. A. P. n.3/2011), nonchè l'annullamento dell'atto non solo con effetti *ex tunc* ma con effetti *ex nunc* o solo parzialmente retroattivi (Cons. St. sez. VI n.2775/2011) oppure un accertamento dell'illegittimità a fini meramente conformativi.

Riproponendo le parole di Roberto Caponigro, consigliere del TAR Lazio, il giudice amministrativo, ancora oggi è chiamato ad un'attività interpretativa non inferiore a quella cui era chiamato in passato, in quanto il codice costituisce senz'altro un **punto d'arrivo** delle elaborazioni degli ultimi decenni, ma è soprattutto un **punto di partenza** per l'evoluzione giurisprudenziale successiva.

EVASIONE FISCALE: L'AZIENDA RISPONDE PER I RICAVI ILLECITI DELL'AMMINISTRATORE

Evasione fiscale: l'azienda risponde per i ricavi illeciti dell'Amministratore

Andrea Bazzichi - Pubblicazione, venerdì 6 luglio 2018
Redattore: **Francesco Rizzello**

Sommario: 1. Cenni introduttivi; 2. Evasione fiscale della società - ricavi illeciti dell'amministratore: un rapporto problematico; 3. Il caso concreto: Cassazione 12675/2018; 4. Aspetti critici dell'equazione ricavi occulti dell'amministratore-evasione della società; 5. Riflessioni conclusive.

1. Cenni introduttivi

Uno dei presupposti su cui si fonda il nostro ordinamento è quello della completezza, i criteri interpretativi di cui all'art 12 delle disposizioni sulla legge in generale fanno sì che non si verifichi un vuoto di tutela, e al termine del processo esegetico delegato al giudice, quest'ultimo deve essere in grado di individuare la norma applicabile al caso di specie.

L'altro presupposto fondamentale di ogni ordinamento giuridico è il rispetto del principio di non contraddizione, un medesimo fatto non può essere ritenuto lecito o illecito al tempo stesso, o più semplicemente qualificato in un modo da un settore dello stesso e il suo contrario da un altro.

La questione, dunque, si pone al di fuori della tematica del contrasto di giudicati, pericolo che ogni ordinamento giuridico cerca di scongiurare attraverso l'elaborazione di correttivi, ma che resta comunque un problema ineliminabile. Lo stesso dicasi, per l'altrettanto frequente tematica della diversa valutazione di un medesimo fatto ad opera di differenti branche del diritto.

Sono ben noti i non facili meccanismi di raccordo tra giudizio disciplinare di carattere amministrativo e giudizio penale, tra giudizio penale e giudizio tributario.

Le diverse esigenze di tutela, i variegati meccanismi processuali con le correlate regole, consentono di superare le potenziali antinomie di giudizio.

Tant'è che anche nell'ipotesi di autonomia dei giudizi, tipico il caso del c.d doppio binario tra giudizio penale e giudizio tributario, in base al principio di circolarità della prova si realizza un meccanismo di comunicazione e di osmosi tra i due tipi di procedimenti.

Invece, la contraddittorietà si evidenzia, quando all'interno dello stesso processo, o addirittura dello stesso giudizio, un medesimo fatto è qualificato in un modo, e poi nel suo contrario allorché un fatto successivo ed autonomo trovi la propria radice, appunto nella definizione contraria del fatto precedente. Più semplicemente, posto con certezza che un soggetto ha subito un evento dannoso, tale danno può essere fonte di un vantaggio, ed essendo quest'ultimo illecito, il danneggiato può essere sanzionato? L'ipotesi in considerazione esula dal tema della tassazione dei proventi illeciti, e dall'altrettanto nota tematica della *compensatio lucri cum damno*.

Infatti, in questo secondo caso, il danneggiato può ricevere diversi tipi di risarcimento che originano in differenti titoli contrattuali.

Sulla scorta delle considerazioni in precedenza svolte, sempre per il rispetto del principio di non contraddizione, un soggetto non può essere ritenuto danneggiato ed avvantaggiato allo stesso tempo, e in virtù di questo sanzionato.

In definitiva, così opinando ne deriverebbe la conseguenza che questi verrebbe di fatto danneggiato due volte: una prima volta dall'evento dannoso, una seconda e successiva dall'ordinamento che lo sanzionerebbe, perché in virtù del fatto dannoso subito ha conseguito un ipotetico vantaggio di natura illecita.

Per evitare confusioni interpretative, la domanda oggetto di analisi, non si riferisce all'eventualità in cui il danneggiato, allorché patisca un danno, con una condotta successiva cerchi di ottenere un vantaggio e/o risarcimento indebito.

2. Evasione fiscale della società - ricavi illeciti dell'amministratore: un rapporto problematico.

Se una società occulta ricavi o espone costi inesistenti al fine di abbattere la base imponibile realizza la fattispecie di evasione fiscale.

Di questa ricchezza occultata potranno beneficiarne sia gli amministratori sia i soci. In questa eventualità, che potremmo disegnare come da monte a valle, sarebbe da verificare

se tale ricchezza venga o meno distribuita ai secondi.

Al più si tratterebbe di controllare se siamo o meno di fronte ad una presunzione di distribuzione degli utili o della ricchezza societaria.

Prendiamo, però, il percorso inverso, da valle verso monte. Si registra un ricavo occulto da parte dell'amministratore, ovviamente sempre in conseguenza del rapporto societario, non di altri. In siffatta ipotesi si pone il problema di verificare se effettivamente si è realizzata una ricchezza in capo alla società, prima ancora di capire se questa è stata occultata dalla medesima.

In buona sostanza, se la ricchezza occulta è presente alla fonte, può non esserlo a valle perché, ad esempio non distribuita, ma se è presente a valle dovrebbe essere stata presente alla fonte, per poter, con cognizione di causa, contestare l'evasione fiscale alla società.

Ancora, se la ricchezza ricavata dall'amministratore è conseguenza di un danno da questi intenzionalmente causato, nell'esercizio delle sue funzioni, alla società, alla quale sono stati sottratti beni, la persona giuridica è suscettibile di essere sanzionata per aver realizzato un'evasione fiscale? Come si vede, torna la domanda di partenza, ed il necessario rispetto del principio di non contraddizione.

Il problema, di non poco conto, potrà essere superato, come si cercherà di dimostrare nel corso dell'esposizione, attraverso il richiamo ai principi generali, ed alla nozioni mutuata da altri settori dell'ordinamento.

3. Il caso concreto: Cassazione 12675/2018

Una società cooperativa, in virtù di un contratto di assuntoria, aveva in deposito nel proprio magazzino beni di una società pubblica.

L'amministratore della cooperativa sottrae illecitamente, per esclusiva iniziativa personale, tali beni e li rivende a società da lui stesso all'uopo costituite ed amministrate.

I proventi derivanti dalle predette cessione vengono dal medesimo incassate, in quanto titolare del potere di incassare somme in nome e per conto della cooperativa.

Tali ricavi occulti non entrano nelle casse sociali, ma sono sempre stati nell'effettività disponibilità dell'amministratore infedele. L'altro elemento oggettivo ed incontestato, è

che l'amministratore in sede penale patteggia la pena ex art 444 c.p.p., risulta pacifico che abbia sottratto i beni dal magazzino della cooperativa per un esclusivo interesse personale.

Il dato presuntivo rappresentato dalla sentenza di patteggiamento non viene né obliterato e né superato nella pronuncia in commento.

La suprema corte, nel revisionare radicalmente la sentenza della CTR favorevole al contribuente, ritiene che vi sia evasione fiscale della società anche in presenza di ricavi occulti ottenuti dall'amministratore.

Il ragionamento che conduce a tale approdo si basa sui seguenti argomenti in ordine logico: 1) con il rapporto di immedesimazione organica, l'ente esprime la propria volontà attraverso l'operato dei propri organi, costituiti dai soggetti rivestiti delle competenti funzioni; 2) il rapporto di immedesimazione organica non è rotto dalla condotta dolosa del titolare dell'organo; 3) è sufficiente che l'attività dell'organo rientri nelle finalità istituzionali dell'ente, anche nel caso di attività esorbitante i poteri attribuiti: viene fatta salva solo l'ipotesi in cui l'attività sia compiuta in assoluta carenza di potere; 4) l'operato dell'organo è dunque riferibile all'ente; 5) il titolare dell'organo ha ottenuto ricavi illeciti, ex art. 39 dpr 600/1973, la società ha conseguito ricavi occulti, di conseguenza gli può essere contestata l'evasione fiscale.

In verità, la sentenza sembra avere più forza per quello che non afferma, rispetto a quello che afferma. Ovvero, l'amministratore per poter incassare i ricavi illeciti, deve comunque aver fatto entrare tali ricchezze nella società. In quel momento, si potrebbe affermare che si ravvisa un'evasione fiscale della società.

Vedremo, nel corso dell'esposizione, come anche questo argomento abbia poco pregio. In ogni caso, in via preliminare si deve sottolineare un concetto apparentemente ovvio, ma che sembra assolutamente obliterato nell'arresto giurisprudenziale in commento.

Il concetto di immedesimazione organica, è un concetto molto efficace che spiega come, quando e perché una persona giuridica od un ente collettivo possa esprimere la propria volontà e possa essere titolare di situazioni giuridiche. Ciò non toglie, tuttavia che ente e titolare dell'organo siano due soggetti autonomi e distinti.

Infatti, immedesimare significa fare di due o più cose distinte un'unica cosa, il che conduce all'ovvio risultato che il titolare dell'organo, possa agire per interessi personali,

se non addirittura contrastanti con quelli dell'ente. Tant'è che, ad esempio, una società può esperire azione di responsabilità nei confronti di un amministratore. Sembra di cogliere nel *decisum* della corte l'influenza dei principi elaborati in precedenti sentenze in merito all'applicazione dell'art 28 Costituzione.

Secondo tale norma i funzionari ed i dipendenti dello Stato e degli enti sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti, con la responsabilità civile che si estende allo Stato e agli enti pubblici.

In realtà, il collegamento tra l'art. 28 Cost ed il caso concreto sempre poco pertinente, poiché l'evidente *ratio* della disposizione è quello di fornire una garanzia di tipo economico da un lato nei confronti dei danneggiati, e dall'altro nei confronti degli stessi rappresentanti della P.A.

Infatti, questi ultimi per evitare di dover rispondere degli eventuali danni per atti compiuti nell'interesse della P.A, potrebbero porre in essere una sorta di attività difensiva, il che inevitabilmente condurrebbe ad una paralisi dell'attività amministrativa.

Di conseguenza, l'art. 28 non può certamente applicarsi nei casi in cui il titolare dell'organo compia danni nei confronti della stessa P.A. A tal fine, ma vale anche per altri settori del diritto, basti pensare *in primis* alla scriminante dell'esercizio del diritto in ambito penale, è stato elaborato il concetto di nesso funzionale.

Ovvero, perché l'attività sia riferibile all'ente vi occorre un collegamento tra questa e le funzioni per cui il potere viene attribuito.

4. Aspetti critici dell'equazione ricavi occulti dell'amministratore - evasione della società.

Il percorso logico compiuto nella decisione della suprema corte omette del tutto l'analisi dei concetti di interesse e di vantaggio.

Di conseguenza, la premessa di partenza, ovvero la sussistenza del rapporto di immedesimazione organica, resta indimostrata e ciò si riverbera sui passaggi successivi della sequenza motivazionale. Sul piano sistematico, l'art. 5 del D. lgs 231/2001 subordina la responsabilità amministrativa della società alla condizione imprescindibile che il fatto di reato sia stato compiuto nel suo interesse o vantaggio.

Può esservi anche l'interesse o il vantaggio personale del soggetto che materialmente

compie il fatto di reato, ma di certo non sussistere questo e mancare l'interesse o il vantaggio della società.

L'ulteriore conseguenza che possiamo ricavare dal dettato normativo, è che se la responsabilità amministrativa dell'ente non sia configurabile ove il proprio interesse o vantaggio sia assente, in forza dell'argomento a contrario, a maggior ragione ciò lo si deve escludere ove il rappresentante compia un'attività a danno della società.

Interesse e vantaggio non rappresentano una endiadi, ma sono concetti autonomi e distinti, secondo quelli che sono i criteri interpretativi elaborati a livello giurisprudenziale.

L'interesse si connota per una valenza soggettiva e per il legame tra la condotta illecita e il risultato che ci si propone di conseguire.

La valutazione circa tale correlazione deve essere compiuta secondo un giudizio *ex ante*. Invece, il vantaggio ha una connotazione oggettiva e la valutazione va svolta secondo un giudizio *ex post*.

Fermo restando che basta che si verifichi l'interesse o il vantaggio, e non necessariamente entrambi, ne discende che un'azione che non porta a nessun vantaggio, ma che avesse un interesse iniziale, comporterà la responsabilità dell'ente.

Parimenti, un'azione priva di un interesse iniziale (o magari solo dettata dall'interesse personale del soggetto agente) ma a cui consegua un successivo vantaggio, causerà la responsabilità della persona giuridica.

Nel caso di specie si può affermare che il rapporto di immedesimazione organica sia rotto non tanto dalla condotta dolosa dell'amministratore quanto dall'assenza degli elementi dell'interesse o del vantaggio.

Tanto più, l'assunto viene avvalorato allorquando la società addirittura subisca un danno, dimostrato dalla notevole forza presuntiva tipica di una sentenza di patteggiamento.

Peraltro, la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti ha, e non potrebbe essere altrimenti, alla base, proprio il concetto di immedesimazione organica. Inoltre, al di là della terminologia adoperata dal legislatore, è pacifico che la responsabilità degli enti di cui al d. lgs. 231/2001 sia una responsabilità non amministrativa ma penale.

Se ciò è vero, in coerente applicazione del principio di frammentarietà che prevede che l'azione penale debba intervenire quale *extrema ratio*, non si vede come si potrebbe prescindere dai criteri dell'interesse o del vantaggio allorquando si sia in presenza di ipotesi non punite penalmente.

L'argomento che, per una precisa scelta politico-legislativa i reati tributari non sono stati posti nell'alveo dei reati presupposto di cui al d.lgs. 231/2001, può essere superato sottolineando come opinando diversamente, ne deriverebbe una discrasia nel sistema se non una potenziale violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Sempre scorrendo in questa analisi di carattere sistematico, non si può obliterare quello che è l'attuale meccanismo di applicazione delle sanzioni tributarie. In rapida successione si è passati: 1) dalla responsabilità diretta della società, alla quale si aggiunge la responsabilità sussidiaria e solidale della persona fisica *ex art. 98 dpr 602/1973*- 2) alla responsabilità diretta della persona fisica unita alla responsabilità solidale della società *ex art. 11 dlgs 472/1997*- 3) alla responsabilità diretta ed esclusiva della persona giuridica in base alla novella introdotta dall'*art. 7 d.l. 269/2003*. In particolare, ai fini del nostro ragionamento, è interessante il passaggio dal secondo al terzo stadio dell'evoluzione normativa in materia di sanzioni tributarie.

La suddetta novità rappresenta il coerente sviluppo sul piano sistematico della disciplina di cui al d.lgs 231/2001 sulla responsabilità degli enti. L'*art 7* così dispone al primo comma: “ *le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società od enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica*”.

Ritornano, quindi, i concetti di interesse o di vantaggio, la società viene sanzionata ove rappresenti il soggetto passivo di imposta, e perché la condotta sanzionata è stata posta in essere nel suo interesse o vantaggio.

Viene meno qualsiasi tipo di responsabilità sussidiaria e solidale della persona fisica. Se si osserva il fenomeno dalla prospettiva inversa, per una corretta tenuta del sistema, si deve concludere che se la violazione è commessa dalla persona fisica, se questa è il soggetto passivo di imposta, perché appunto ha occultato ricavi personali, la persona giuridica non può essere sanzionata.

Comunque, tale *ratio* di fondo è presente anche in altre norme sparse nel codice civile. Ad esempio l'*art. 1228 c.c.* (responsabilità per il fatto degli ausiliari) e *2049 c.c.* (responsabilità dei padroni e dei committenti).

Molto in breve, l'elaborazione del criterio del c.d. nesso funzionale, consente di superare il problema dell'attribuzione del fatto illecito a titolo di responsabilità oggettiva.

Secondo la teoria del c.d. rischio economico, sintetizzata efficacemente nel brocardo *cuius commoda eius et incommoda*, chi ottiene vantaggi da una situazione (la società che si avvale dei propri dipendenti), deve anche sopportarne gli svantaggi.

Ciò, però vale solo nella misura in cui le condotte degli ausiliari siano finalizzate all'interesse o al vantaggio della persona giuridica, non certo quando sono mosse sin dal principio ad un esclusivo interesse personale, con l'accettazione o la volontà di causare un danno alla società.

Quindi, non è tanto l'attività anche dolosa dell'amministratore che spezza il legame dettato dal rapporto di immedesimazione organica, quanto la mancanza nell'attività di questi di alcun interesse o vantaggio per l'ente.

L'altro punto su cui convince poco la sentenza oggetto di analisi, si registra allorché si ritiene che la condotta dell'amministratore vincoli la persona giuridica ove questa tenda al conseguimento dei fini istituzionali.

L'enunciato, necessariamente, va precisato. Non vi sono dubbi che un'attività illecita, se posta in essere dall'ente si ponga inevitabilmente contro gli scopi dell'ente, ma se ciò avvenuto nel suo interesse o vantaggio, l'agire della persona fisica sarà a questo riferibile in virtù del rapporto di immedesimazione organica. Se così non fosse, allora dovremmo escludere la responsabilità della persona giuridica perché il rappresentante è andato contro gli scopi istituzionali, anche nelle ipotesi in cui questo ha seguito direttive societarie.

Ciò non accoglibile, pena il venir meno della coerenza del sistema, soprattutto alla luce delle modifiche legislative che si sono succedute negli ultimi anni.

5. Riflessioni conclusive

Come si è cercato di dimostrare, è da respingere l'automatismo tra ricavi occulti dell'amministratore ed evasione fiscale della società, laddove il primo abbia causato un danno alla seconda e sia stato mosso da esclusivi interessi personale.

Necessariamente, il rapporto di immedesimazione organica viene interrotto in queste

circostanze.

Va ricordato che la sentenza in commento, non ha superato l'elemento presuntivo dettato dalla sentenza di patteggiamento, ma lo ha assorbito completamente.

Per quanto riguarda un ultimo aspetto, ovvero che l'amministratore per poter incassare le somme a titolo personale, deve averle fatte transitare nei conti della società, si deve escludere che vi sia un elemento tale da poter ragionevolmente contestare a quest'ultima un'evasione fiscale. Certamente, non può dirsi che l'ente sia mai entrato nel possesso di tali somme, poiché le stesse sono sempre state nella disponibilità dell'amministratore, soggetto abilitato ad incassare e pagare somme.

Anche se la nozione di possesso nell'ambito del diritto tributario non è necessariamente coincidente con quella del diritto civile, resta sempre necessario il requisito della disponibilità.

Tanto più nel caso in cui la società stessa nemmeno sapeva dell'esistenza di tali somme. Ma ancora più dirimente appare un'altra considerazione.

Non vi sono dubbi, che la condotta illecita tenuta dall'amministratore sia suscettibile di un'azione di responsabilità della società nei suoi confronti.

Per il principio del terzo escluso, delle due, l'una. Se un fatto è fonte di responsabilità dell'amministratore verso la società, non si vede per quale ragione per lo stesso fatto si possa ritenere che quest'ultima abbia conseguito un vantaggio.

Nel contempo, se la società ha ricevuto un vantaggio, non si vede come potrebbe dolersi della condotta dell'amministratore.

Infine, se l'amministratore viene punito penalmente in forza della sentenza di patteggiamento, questo sta a dimostrare che la società ha ricevuto un danno. Alla fine del cerchio si ritorna al punto di persona: l'equazione ricavi occulti-evasione fiscale della società, se non si ravvisa l'interruzione del rapporto di immedesimazione organica comporta che questa venga, di fatto, danneggiata due volte.

Come anticipato nelle premesse iniziali, nel nostro caso concreto non si tratta delle possibili valutazioni divergenti su uno stesso fatto, causate dall'applicazione delle regole proprie di meccanismi processuali, quello penale e quello tributario. Ma del rispetto del principio di non contraddizione che regola l'intero ordinamento.

Riferimenti normativi: art. 5 D.lgs. 231/2001 - art. 7 d.l. 269/2003 - art. 11 D. lgs. 472/1997 - art. 28 Cost. - art.1228 c.c- art. 2049 c.c.- art. 2384 c.c.- art. 39 Dpr 600/1973

Riferimenti giurisprudenziali: Cass. 12675/2018- Cass. 25946/2011- Cass. 9494/2009

CONTRATTO ATIPICO DI REMUNERAZIONE DI AMMINISTRATORE USCENTE

Con sentenza n. 1973, pubblicata il 22 febbraio 2018, il Tribunale di Milano dirime una controversia vertente su di un contratto atipico di remunerazione di un amministratore uscente da una S.p.A.

Francesco Rizzello - Pubblicazione, sabato 7 luglio 2018
Redattore: **Ilaria Valentino**

Con la sentenza n. 1973/2018, pubblicata in data 22 febbraio 2018, la sezione specializzata in materia di impresa B del Tribunale di Milano dirime una controversia vertente su di un contratto atipico di remunerazione di un amministratore uscente da una S.p.A..

In data 17 ottobre 2013 la società SGR sottoponeva all'accettazione dell'amministratore una lettera d'impegno contenente l'obbligo, da parte della società stessa, di corrispondere determinati importi all'amministratore a titolo di "*carried interest*" o "commissione di *performance*/incentivo" in relazione ad alcuni fondi comuni di investimento mobiliare, di tipo chiuso e riservati a investitori professionali, gestiti dalla società e "in considerazione del ruolo" assunto dall'amministratore nella gestione di tali fondi. L'amministratore accettava tale regolamento d'interessi.

Rileva particolarmente il contesto complessivo nel quale si svolge la vicenda.

Infatti, la SGR, nell'aprile del 2013, si vedeva protagonista di una vicenda traslativa della proprietà, alla quale si accompagnava il cambio della denominazione della medesima. Gli accordi regolanti la cessione del capitale contenevano ulteriori allegati, all'interno dei quali uno apposito indicava una serie di soggetti, incluso l'amministratore in questione, quali titolari del diritto a percepire il *carried interest* con riferimento a tutti i fondi gestiti dalla società e "secondo modalità definite in buona fede tra le Parti tenuto conto delle modalità di attribuzione del *carried interest* di volta in volta disciplinate".

Il 30 giugno 2015 la società percepiva - in qualità di sottoscrittore di una determinata classe di quote di uno dei due fondi ai quali era legata la remunerazione dell'amministratore, da adempiere successivamente - un importo pari a 715.627 euro, a titolo di *carried interest* derivante dalla dismissione della partecipazione

detenuta dal fondo in questione in una società per azioni. In base all'accordo sottoscritto con la SGR, l'amministratore aveva diritto al 30% degli importi percepiti dalla stessa in base alla sottoscrizione di quote nei fondi, diritto di pagamento provvisto di termine di 15 giorni in base al contratto stesso.

La società propone un'interpretazione alternativa nell'atto di citazione notificato in data 17 marzo 2016, contestando il credito vantato dall'amministratore. In particolare, contesta l'interpretazione alla luce della quale quantificare l'importo da corrispondere all'amministratore, sostenendo che la percentuale debba essere parametrata valorizzando la congiunzione "e" presente nel contratto, la quale è apposta tra la denominazione dei due fondi nei quali aveva investito la SGR e il valore delle cui quote costituiva al contempo il parametro di riferimento per la retribuzione dell'amministratore stesso. Soprattutto, si sarebbe dovuto tenere conto dell'andamento negativo dell'ulteriore *asset* contenuto nel portafoglio: valore negativo che sarebbe passibile di compensazione con l'importo positivo spettante all'amministratore. In tale ottica, la SGR valorizza il dato "premiale" della remunerazione spettante all'amministratore. Tale interpretazione sarebbe supportata dal dato letterale. Infatti, qualora le parti avessero voluto optare per un diverso regolamento di interessi, la congiunzione da inserire nel contratto sarebbe dovuta essere "o", anziché "e".

Per concludere, la SGR argomenta a favore di una maggiore corrispondenza della propria tesi ai dettami del principio di buona fede, citando gli artt. 1175 e 1376 c.c. (lo stesso Tribunale richiamerà l'attenzione su quello che definisce un "*oscuro riferimento*" all'art. 1376, proseguendo che parte attrice deve aver compiuto una svista, volendo invece citare l'art. 1375).

Richiede, qualora non vi sia il rigetto integrale delle istanze di parte convenuta (la quale è tale in quanto aveva in precedenza proposto decreto ingiuntivo ed ottenuto giudizio favorevole in merito), la riduzione in via equitativa *ex art.* 1226 c.c.

L'amministratore si oppone all'argomentazione di parte attrice richiamando innanzitutto il criterio alla base del c.d. *carried interest*, ossia la parametrizzazione "*deal to deal*", ossia in funzione di ciascuna singola operazione di disinvestimento dei beni inclusi nel portafoglio del fondo. Il diritto della SGR alla percezione del *carried interest* maturava ogniquale volta la singola operazione avesse superato la soglia di redditività ("*hurdle rate*") stabilita dal Regolamento del fondo stesso. A conferma di ciò vi è la circostanza che la SGR ha incassato per intero il *carried interest* subito dopo la dismissione della partecipazione nella società per azioni di cui sopra, senza attendere l'esito del

disinvestimento dell'ulteriore *asset* detenuto dal fondo. Quindi la condotta della SGR contrasta con la tesi da essa esposta in sede giudiziale.

Il Tribunale reputa indivisibile la tesi proposta dalla SGR in merito alla possibilità di compensazione ed alla necessità di tenere conto del risultato negativo del disinvestimento di un *asset* parte del portafoglio. In base a ciò conferma integralmente il decreto opposto. Infatti, non è possibile optare per un'interpretazione puramente letterale del testo negoziale, dovendosi invece tenere conto del contesto negoziale complessivo, come anche della comune intenzione delle parti. Nel mondo della gestione collettiva del risparmio, ed in particolare dei fondi di *private equity*, il *carried interest* è una voce che ha la funzione di remunerare, in fase di passaggio della proprietà del capitale della società, l'operato di uomini chiave della società che cede il controllo. Non a caso l'accordo intercorrente tra la SGR e l'amministratore qualifica espressamente il *carried interest* come "commissione di *performance/incentivo*".

Valorizzando la nozione di causa in concreto, il Tribunale giunge a sancire la totale irrilevanza dell'argomentazione in merito alla congiunzione "e": risulta infatti evidente che le parti si sono volute accordare nel senso di pattuire l'esigenza di retrocedere agli amministratori uscenti quanto la SGR avrebbe prelevato dal fondo a titolo di *carried interest*.

Ulteriore e definitiva valenza dirimente risultano avere le circostanze per cui, anzitutto, la SGR non ha operato alcuna compensazione con il valore negativo risultante dal disinvestimento del secondo *asset*; inoltre, il dato della corresponsione del *carried interest* ad altro soggetto prima ancora che il disinvestimento nel secondo *asset* avesse luogo.

Per finire, risulta pienamente irrilevante l'argomento "compensativo", in quanto la minusvalenza derivante dal disinvestimento risultato negativo ebbe incidenza unicamente sul patrimonio del fondo, non della SGR; quindi la perdita è imputabile agli investitori nel fondo, non alla società di gestione del medesimo.

LA RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA IN APPELLO: LE ASIMMETRIE DELLE SOGLIE PROBATORIE PRO REO

Le Sezioni Unite affermano che nel caso di riforma in senso assolutorio di una condanna, il giudice di appello non ha l'obbligo di risentire i soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna.

Ivano Ragnacci - Pubblicazione, domenica 8 luglio 2018
Redattore: Ilaria Valentino

Il tema oggetto del presente elaborato è se, nel caso diametralmente opposto a quello approfondito dalla Cassazione, ovvero, dell'appello proposto dall'imputato avverso la sentenza di condanna in primo grado il cui impianto motivazionale sia pressoché esclusivamente retto sulla prova dichiarativa di un unico testimone, che veste i medesimi panni di persona offesa e parte civile, possa ritenersi legittima una nuova escussione da parte dei Giudici del secondo grado, i quali scientemente e/o incidentalmente, tendano a colmare quelle lacune istruttorie emergenti dal processo di primo grado per raggiungere quel "al di là d'ogni ragionevole dubbio" evidentemente assente allo stato degli atti in appello.

Come noto, invero, con la recente Sentenza a Sezioni Unite Num. 14800 del 2018, depositata il 3 aprile 2018, Presidente Giovanni CANZIO, Relatore Gaetano DE AMICIS, è stato rigettato il ricorso del Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Napoli, con cui veniva dedotto il vizio di erronea applicazione della legge penale con riferimento all'art. 192, comma 2, cod. proc. pen., sul rilievo che una corretta valutazione dei dati indiziari avrebbe condotto ad una conferma della decisione di condanna avverso la pronuncia assolutoria resa senza procedere ad una nuova assunzione delle prove dichiarative raccolte nel primo giudizio.

Ora, preso atto che la Suprema Corte colle pronunce a SS.UU., n. 27620 del 28/04/2016, Dasgupta, Rv. 267487e e SS.UU., n. 18620 del 19/01/2017, Patalano, Rv. 269785, ha sostanzialmente ribadito il principio di diritto, già noto alla Corte di Strasburgo, secondo il quale non è possibile sovvertire l'esito del giudizio di primo grado *in peius* dietro impugnazione della Procura, senza prima procedere alla rinnovazione dibattimentale di

quelle prove dichiarative che secondo diversa interpretazione dell'accusa sarebbero da porsi alla base di una sentenza di condanna, diametralmente opposta a quella resa dal Giudice del primo grado, con la Sentenza in narrativa la Cassazione si è occupata di affrontare la questione di diritto così dagli stessi di seguito testualmente descritta: *“Se il giudice di appello, investito della impugnazione dell'imputato avverso la sentenza di condanna con cui si deduce la erronea valutazione della prova dichiarativa, possa pervenire alla riforma della decisione impugnata, nel senso della assoluzione, senza procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado”*.

Tuttavia, come di seguito meglio si approfondirà, ad avviso di chi scrive, i Giudici hanno perduto l'occasione di meglio precisare quanto, invero, implicitamente ed inequivocabilmente già è evidente, seppur non in forma di massima, ovverosia, di un divieto di conferma della sentenza di condanna del primo grado impugnata dal solo imputato, da parte dei giudici di secunde cure che procedano a rinnovare la prova dichiarativa, nella fattispecie persone offesa e parte civile, già ampiamente escussa in prima grado, che nell'ipotetico caso verrebbe chiamata solo per colmare le lacune del "non detto" o del "detto equivoco" o, addirittura, "del detto tutt'al contrario", ergo per superare la soglia del ragionevole dubbio, in essere al momento dell'esame cartolare degli atti.

In tal caso, la Corte d'Appello adita, si operando, tra l'altro, andrebbe a colmare eventuali vuoti nelle dichiarazioni rese dal testimone a distanza di molti più anni di quanti non fossero già passati al momento della escussione naturale nel primo grado di giudizio.

Ebbene, non sfuggirà a chi s'interessa del tema, meno paradossale di quanto gli operatori del diritto possano testimoniare nella prassi giudiziaria, che un primo ostacolo a tale *modus operandi*, a mite avviso di chi scrive, è il principio coniato nel noto brocardo latino del *“in dubio pro reo”*, per non dire dell'immediatezza dell'assunzione della fonte dichiarativa, non intesa come necessità d'escussione innanzi al giudice impegnato nella motivazione giurisdizionale, ma nel senso proprio e filologico del termine, quello della distanza temporale trascorsa dal fatto sul quale riferisce il testimone, che già ha reso la propria ampia dichiarazione.

Si potrebbe, tuttavia, a quanto dedotto opporre, che un altro principio del giusto processo, quello della non dispersione della prova coniugato con la circostanza che

qualsiasi elemento di prova deve ritenersi acquisibile nell'intero *iter* giurisdizionale, pertanto sin quando è in corso il processo e non vi sia passaggio in giudicato della sentenza, oltre il primo grado di giudizio, si pone in conflitto col primo criterio descritto. E però tale argomentazione, oltre a non convincere pienamente dal punto di vista nomofilattico infra approfondito ed a risultare recessivo rispetto ai principi poc'anzi accennati, non può reggere innanzi all'evidenza che se, quando ad essere rinnovata è la testimonianza della parte offesa costituita parte civile, la quale in primo grado è stata ampiamente escussa, come può essere indubitabilmente documentato dalle trascrizioni agli atti, secondo le regole di cui agli artt. 503 e ss. c.p.p., si violerebbe non solo l'art. 603 c.p.p. come recentemente modificato dal D.D. L. Orlando, che ha inserito con l'art. 58 dopo il comma 3 d il comma *3-bis*^[1], ma anche il più generale valore della certezza del diritto, che verrebbe in tal maniera messa a repentaglio dall'agire eventualmente arbitrario dell'autorità giudiziaria senza alcun controllo e/o limitazione, in palmare violazione dei diritti fondamentali dell'equo processo, così come delineati non solo a livello Costituzione (artt. 25, 27, 111), ma anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 47 e 48) e dalla CEDU (art. 6), a garanzia dei diritti e delle facoltà della persona sottoposta ad un procedimento penale^[2].

Del resto, è ragionando a contrario rispetto al principio di diritto, precedentemente reso dalle stesse Sezioni Unite ed oggi assorbito dalla sentenza in commento, secondo cui *"l'art. 603, comma 3, cod. proc. pen. In applicazione dell'art. 6 CEDU deve essere interpretato nel senso che il giudice di appello per pronunciare sentenza di assoluzione in riforma della condanna del primo giudice deve previamente rinnovare la prova testimoniale della persona offesa, allorché, costituendo prova decisiva, intenda valutarne diversamente la attendibilità, a meno che tale prova risulti travisata per omissione, invenzione o falsificazione"*^[3], che si comprende come, ove la Corte d'Appello intendesse confermare la sentenza di condanna di primo grado, non dovrebbe, *rectius* potrebbe, procedere alla riescussione della medesima fonte testimoniale, sia poiché non necessario, sia in quanto ed innanzitutto costituirebbe una gravissima violazione dei principi costituzionali che reggono l'intero assetto processuale penale di cui all'art. 111 della Costituzione, che regola al comma primo la giurisdizione, la quale deve attuarsi con il giusto processo disciplinato dalla legge, che non potrà evidentemente ritenersi tale e pertanto equo laddove, dopo l'assunzione della prova dichiarativa resa, segnatamente, dalla asserita persona lesa già costituitasi parte civile, nel contraddittorio delle parti, nella sede naturale dell'escussione testimoniale, quella del dibattimento di primo grado, i Giudici di *seconde cure*, al fine di colmare le

lacune motivazionali del primo giudice e dietro solo ed unico appello dell'imputato condannato, vadano a cercare nuove dichiarazioni dalla stessa persona offesa/parte civile a chiarimento di quelle già cristallizzate nel grado precedente, che sul tema non potrà che ritenersi anche definitivo, se non si voglia ritenere ammissibile nel nostro ordinamento una sorta di "revisione" *in peius* impropria se non inquisitoria del Giudice d'Appello delle medesima prova dichiarativa già assunta nella piena garanzia del contraddittorio tra le parti.

Pertanto, se la certezza del diritto è definizione da sempre connaturata di profili retorici e difficilmente classificabili, ci si conforti con la certezza del dubbio, segnatamente circa l'attendibilità/inattendibilità di un qualificato testimone/parte civile nel processo, già ampiamente esaminato, controesaminato e riesaminato nel corso del giudizio di primo grado, che non dovrà *rectius* potrà essere risentito in grado d'appello per consentire di confermare la sentenza di condanna di primo grado, in quanto, pare banale rammentarlo con diverse parole, ciò costituirebbe una inammissibile violazione di legge, processuale e costituzionale, nella misura in cui la Corte d'Appello investita volesse e tendesse ad ogni costo perseguire quell'al di là d'ogni dubbio ragionevole, tuttavia arbitrariamente volgendo alla sovversione d'una prova dichiarativa già cristallizzata.

All'inverso di quanto, evidentemente, tornando alla Sentenza a SS.UU. in commento, s'impone, ma in ossequio ai medesimi principi sin qui accennati, nel caso s'intendesse riformare in *peius* la sentenza di assoluzione di primo grado impugnata dall'accusa pubblica, che nello specifico denunci una errata e/o diversa interpretazione delle dichiarazioni rese al testimone.

In tali evenienze, come meglio approfondito dagli Ermellini nella più autorevole composizione da ultimo sul punto " ... **Presunzione di innocenza e ragionevole dubbio impongono soglie probatorie asimmetriche in relazione alla diversa tipologia dell'epilogo decisorio: la certezza della colpevolezza per la condanna, il dubbio processualmente plausibile per l'assoluzione** ... " pertanto " ... *movendo da tali postulati va inoltre sottolineato come, all'assenza di un obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa in caso di ribaltamento assolutorio, debba affiancarsi l'esigenza che il giudice d'appello strutturi la motivazione della decisione assolutoria in modo rigoroso, dando puntuale ragione delle difformi conclusioni assunte* ... "[4], senza, si ripete ancora, dovere (poter) rievocare un'assunzione probatoria già esaurita in caso di conferma in appello.

Del resto, altro argomento contro ogni eventuale confutazione di siffatta interpretazione, è che ove le Sezioni Unite avessero voluto legittimare un tale *modus operandi*, ovvero quello della riaudizione della prova dichiarativa ai fini della conferma della condanna, non avrebbero potuto non dirlo ed argomentarlo, poichè se la logica giuridica per un verso conduce ineluttabilmente alle considerazioni svolte in questo scritto e sintetizzate in conclusione, allo stesso modo non può certo ritenersi per l'ipotesi contraria, distonica rispetto all'intero ragionare degli Ermellini.

Ancora, poi, i Giudici di legittimità, chiarendo le ragioni che giustificano tale asimmetrica e diversificata attività giurisdizionale, puntualizzano impeccabilmente che “*... Il canone del ragionevole dubbio, infatti, per la sua immediata derivazione dal principio della presunzione di innocenza, esplica i suoi effetti conformativi non solo sull'applicazione delle regole di giudizio e sulle diverse basi argomentative della sentenza di appello che operi un'integrale riforma di quella di primo grado, ma anche, e più in generale, sui metodi di accertamento del fatto, imponendo protocolli logici del tutto diversi in tema di valutazione delle prove e delle contrapposte ipotesi ricostruttive in ordine alla fondatezza del tema d'accusa: la certezza della colpevolezza per la pronuncia di condanna, il dubbio originato dalla mera plausibilità processuale di una ricostruzione alternativa del fatto per l'assoluzione ...*” ribadendo, implicitamente, se mai ce ne fosse stato ancora bisogno, che originali riassunzioni testimoniali per confermare una sentenza di condanna di primo grado, sarebbero inammissibili arbitrii, illegittime ed abnormi attività giurisdizionali poichè in palese contrasto e violativi dei canoni poc'anzi riportati, che porterebbero inesorabilmente ad un annullamento della sentenza si fatta per violazione di legge *ex art. 603, comma 1 lett. b) c) ed e)*^[5] c.p.p., nonché 618 comma 1-bis a mente del quale «*Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso*».

Nella massima espressione nomofilattica recentemente ravvivata dal legislatore colla norma da ultimo citata, la Corte, nella medesima sentenza, tiene a precisare di come il principio dell'immediatezza nell'assunzione della prova dichiarativa deve considerarsi recessivo rispetto a quello del principio di non colpevolezza *ex art. 27 Cost.* endiadi del ragionevole dubbio “*... operante solo pro reo e non per le altre parti del processo ...*”.

Altro importante profilo visuale approfondito dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, è quello Comunitario, da cui si evince e consolida la *ratio* dell'istituto della rinnovazione

istruttoria in commento *ex art. 603 c.p.p.*, come ci si augura aver sin qui chiarito, ovverosia “ *... tale deciso richiamo al metodo dell’oralità non è mai stato in concreto riferito alla ipotesi della reformatio in melius, ma è stato sempre declinato nella diversa prospettiva del ribaltamento dell’esito assolutorio in condanna* (Corte EDU, 24/11/1986, Unterpertinger c. Austria; 07/07/1989, Bricmont c. Belgio; 18/05/2004, Destrehem c. Francia; 21/09/2010, Marcos Barrios c. Spagna; 05/07/2011, Dan c. Moldavia; 05/03/2013, Manolachi c. Romania; 04/06/2013, Hanu c. Romania; 04/06/2013, Kosteci c. Polonia; 28/02/2017, Manoli c. Moldavia; 29/06/2017, Lorefice c. Italia) ... “, proprio per ribadire come anche a livello sovranazionale non si riscontrino ipotesi di riassunzione probatoria per rendere più granitica la motivazione sulla prova del primo giudice di merito, piuttosto, peggio, che per introdurre nuovi elementi di prova a carico dell’imputato veicolati, tra l’altro, per bocca dello stesso testimone già escusso in dibattimento.

Passando oltre, il Supremo Consesso in funzione nomofilattica, occupandosi della vittima del reato e delle garanzie ad essa da riservare, chiarisce, conferma e non smentisce l’assunto chiave di questo elaborato, ricordando come “ *... dal quadro di garanzie delineato dal legislatore europeo in favore della vittima non emergono, peraltro, disposizioni volte ad imporre agli Stati membri la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale in appello nei casi in cui dalla rivalutazione dell’attendibilità delle sue dichiarazioni possa derivare una riforma in melius della sentenza.*

L’art. 10 della citata direttiva, nel rinviare alle specifiche modalità di attuazione previste dalle normative interne (par. 2), stabilisce che gli Stati membri «garantiscono che la vittima possa essere sentita nel corso del procedimento penale e possa fornire elementi di prova» (par. 1) poiché, come sottolineato nel Considerando n. 34, «non si può ottenere realmente giustizia se le vittime non riescono a spiegare adeguatamente le circostanze del reato e a fornire prove in modo comprensibile alle autorità competenti» ... “ tuttavia, ciò che più conta, per quanto qui interessa è che, prosegue nel ragionamento la Corte “... Il legislatore europeo non impone agli Stati membri un obbligo generico di escussione della vittima operante anche in difetto di una specifica istanza, ma introduce, piuttosto, l’obbligo di assicurare che la stessa sia ascoltata ove ne faccia richiesta, affidando alla discrezionalità delle autorità giudiziarie nazionali la valutazione circa la necessità di procedere ad una nuova audizione. Nel nostro ordinamento soccorre al riguardo la disposizione di cui all’art. 603, comma 3, cod. proc. pen., che consente al giudice d’appello di attivare i poteri officiosi disponendo una

nuova audizione, ove lo ritenga “assolutamente necessario” in relazione al caso concreto ...”, assoluta necessità che mal si coniugherebbe con una riassunzione ai fini della conferma della condanna in primo grado.

Dall’analisi del quadro normativo sin qui analizzato, proseguono i giudici di legittimità, se ne deduce inequivocabilmente “... *alcuna indicazione circa l’imposizione di una pretesa simmetria di ruoli fra la vittima e l’imputato, ma, semmai, l’esigenza di affidare alla saggia ponderazione del giudice la decisione di rinnovarne, se del caso, la deposizione nelle ipotesi di c.d. reformatio in melius (valutando in tal senso, senza alcun automatismo probatorio, tutte le circostanze rilevanti nel caso concreto: dalla decisività della fonte di prova al tasso di vulnerabilità del soggetto debole, sino al contesto di riferimento ed alla vicinanza o meno della sua audizione rispetto al precedente apporto dichiarativo)* ... “ affermando ancora una volta, come se ne può dedurre ragionando a contrario, che non può trovare cittadinanza del nostro ordinamento giuridico e nell’assetto processuale penale nazionale nessuna involuzione giurisdizionale che si ponga servente rispetto a dei presunti valori a favore di una parte del processo, la parte civile, che per propria ontologica natura non può avvantaggiarsene, per ampi motivi sin qui descritti, facenti capo a principi di rango comunitario, sovranazionale e costituzionale.

Subito prima di giungere alle considerazioni finali, pragmaticamente val la pena porsi un quesito: come dovrebbero decidere quei giudici di appello i quali procedendo alla rinnovazione istruttoria della prova dichiarativa, poiché ritenuto necessario, in un caso in cui intendano capovolgere il giudizio di condanna di primo grado con un proscioglimento pieno dell’imputato, con l’ulteriore fine di rendere più granitica la motivazione, ove le nuove dichiarazioni rese dal teste/parte offesa/parte civile già escusso in primo grado, chiariscano dubbi o introducano nuovi elementi di prova a carico dell’imputato non riferiti tempestivamente in primo grado, ma astrattamente idonei, entro il limite della falsa testimonianza, a fondare un’ipotesi di certezza al di là d’ogni ragionevole dubbio in grado d’appello?

Ebbene, in tale ipotesi, meno improbabile di quanto prima facie potrebbe apparire, in ossequio ai principi di diritto sin qui commentati e nel paragrafo seguente riassunti, non potrebbero che assolvere l’imputato, il quale, non ci stanchiamo di rammentarlo, non può essere costretto in balia di una parte processuale in spregio delle maggiori garanzie costituzionali poste alle fondamenta di un moderno stato di diritto a trazione garantista.

Conclusivamente, la Corte si pronuncia sul quesito nell'incipit premesso affinando il seguente principio di diritto: «*Nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna, il giudice di appello non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado. Tuttavia, il giudice di appello (previa, ove occorra, rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva ai sensi dell'art. 603 cod. proc. pen.) è tenuto ad offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado*», rendendone, tuttavia, come sin qui, si ritiene, argomentato, anche un altro che potrebbe essere così massimato: «*nelle ipotesi di conferma di una sentenza di condanna, dietro impugnazione del solo imputato, il giudice di appello non può rinnovare l'istruzione dibattimentale tramite la riassunzione dell'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ed a maggior ragione quando uno o taluno di tali soggetti rivestano anche i panni di parte civile, poiché ciò sarebbe in espresso contrasto con i principi cardine del giusto processo ex art. 111 Cost., del principio di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., del ragionevole dubbio oltre al quale dimostrare la colpevolezza dell'accusato, letto anche ex art. 6 C.E.D.U.*».

Note e riferimenti bibliografici

[1] Comma 3 bis, art. 603 c.p.p. «*Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*».

[2] Sempre dalla Sent a SS. UU. In commento: Analoga impostazione è stata accolta nella direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, il cui termine di recepimento negli Stati membri è fissato alla data del 10 aprile 2018, poiché le fondamentali disposizioni di garanzia contenute negli artt. 2 e 3 ne riferiscono l'ambito di applicazione alle sole «*persone fisiche che sono indagate o imputate in un procedimento penale*», non alle altre parti del processo. **Gli Stati membri sono chiamati ad assicurare (art. 6, par. 2) che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o dell'imputato, «anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta».**

[3] Cassazione Penale, Sezione II, 12 settembre 2017 (ud. 20 giugno 2017), n. 41571, Presidente Relatore Fianda, in Foro It.

[4] In tal senso, cfr. anche: Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231679; Sez. U, n. 6682 del 04/02/1992, Musumeci, Rv. 191229; Sezioni Unite Dasgupta (n. 27620/16).

[5] In tal senso si veda Cass. pen., sez. un., 28-04-2016, n. 27620, nella parte massimata in cui stabilisce che «È affetta da vizio di motivazione ex art. 606, 1° comma, lett. e), c.p.p., per mancato

rispetto del canone di giudizio «al di là di ogni ragionevole dubbio», di cui all'art. 533, 1° comma, c.p.p., la sentenza di appello che, su impugnazione del p.m., affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una sentenza assolutoria, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione a norma dell'art. 603, 3° comma, c.p.p.» ne deriva che, al di fuori dei casi di inammissibilità del ricorso, qualora il ricorrente abbia impugnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio contenuto nell'art. 6, par. 3, lett. d), Cedu, la corte di cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata.

AL FIGLIO CHE NON LAVORA SPETTA IL MANTENIMENTO?

Con recente pronuncia, la Cassazione ha ricollegato l'obbligo di mantenimento del figlio al mancato ed incolpevole raggiungimento dell'indipendenza economica.

La Redazione - Pubblicazione, lunedì 9 luglio 2018
Redattore: Alessio Giaquinto

Il legislatore italiano, all'interno del I libro Titolo IV, nel disporre in ordine ai figli maggiorenni, ha previsto all'**art. 155 quinquies c.c.** che: *“Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto. Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori”*.

Tale previsione è frutto di un'importante riforma che ha preso vita nel 2006 e che ha assorbito parte dell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale dell'epoca. E' ormai **pacifico**, pertanto, **includere, tra gli aventi diritto a tale assegno, anche il figlio maggiorenne.**

Il criterio di riferimento individuato dalla Suprema Corte è **l'indipendenza economica**: solo tale elemento "pregiudica" il diritto suddetto.

Il termine di persistenza dell'obbligo andrà determinato sulla base di un concreto apprezzamento delle possibilità oggettive e soggettive del figlio di raggiungere l'autosufficienza economica, valutando l'idoneità, l'abilità e le opportunità lavorative emerse.

Con tale impostazione la Cassazione **non vuole giustificare od incentivare l'inerzia lavorativa della prole.** L'assegno non può pertanto essere dovuto *de iure*, cioè per il solo fatto di essere figlio e non lavorare. Il giovane è tenuto ad attivarsi concretamente per reperire un'idonea occupazione che sia in sintonia e coerente con il proprio percorso formativo e con il proprio livello sociale.

Il concetto di *non indipendenza economica* deve collegarsi all'**incolpevolezza dei figli maggiorenni** per il mancato raggiungimento di essa. Pertanto **non è concesso abusare**

di tale diritto , avendo un comportamento d'inerzia e rifiutando ingiustificatamente proposte di lavoro.

I giudici di piazza Cavour nella recentissima **sentenza n. 18076 del 20/8/2014** hanno fatto un ulteriore passo per la ricostruzione della fattispecie. Partendo proprio dal concetto di *indipendenza economica incolpevole* del figlio hanno precisato come **la dimostrazione di aver fatto tutto ciò che era necessario per renderlo autonomo economicamente spetti al genitore**. Il rigore del suddetto onere probatorio, però, “ (..) è *proporzionale all'avanzare dell'età, sino al punto da non poter essere più assolto nelle situazioni in cui quell'obbligo deve ritenersi estinto, con il raggiungimento di un'età nella quale il percorso formativo, nella normalità dei casi, è ampiamente concluso e la persona è da tempo inserita nella società. Il diritto del figlio si giustifica infatti all'interno e nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso formativo tenendo conto delle sue capacità, aspirazioni ed inclinazioni.*”.

Ove ormai la personalità del soggetto si è formata, il compito dei genitori può considerarsi perfezionato e pertanto la persistenza nel godimento del diritto deve essere, a ben vedere, giustamente, superata. Il rischio è quello di demotivare giovani che, avendo assicurato un assegno a tempo indeterminato, si trovano quasi privi di motivazioni ad affacciarsi al mondo lavorativo.

La sentenza in esame ribadisce non solo il trinomio, finalità rieducativa - mantenimento - non dipendenza economica incolpevole, ma soprattutto si focalizza sulla necessità di non far perdurare all'infinito un diritto che può assurgere addirittura ad ammortizzatore sociale, dato l'aumento della disoccupazione giovanile.

SI PUÒ OTTENERE LA CANCELLAZIONE DAL CASELLARIO GIUDIZIALE DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO?

Con una pronuncia della Prima Sezione penale, la n. 14798 del 3 aprile 2018, il Supremo Collegio ha stabilito che la sentenza di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p. non può essere eliminata dal casellario giudiziale.

Alessandra Inchingolo - Pubblicazione, martedì 10 luglio 2018
Redattore: **Ida Morelli**

Con sentenza n. 14798 del 3 aprile 2018, la I^a Sezione Penale della Corte di Cassazione ha stabilito che la sentenza di patteggiamento non può essere eliminata dal casellario giudiziale, anche nell'ipotesi in cui alla sentenza di applicazione della pena su richiesta segua la dichiarazione di estinzione del reato ex art. 445, 2° comma, c.p.p.

La vicenda origina dall'istanza presentata dall'imputato ai sensi dell'art. 40 del DPR 313/2002 per ottenere la cancellazione della menzione e visibilità dai registri della Pubblica amministrazione di una sentenza a suo carico ai sensi dell'art. 444 c.p.p. dal Tribunale di Larino per un reato considerato estinto ex art. 445 c.p.p. Inoltre nella medesima istanza chiedeva l'annullamento della segnalazione dal casellario con effetto retroattivo, dunque dal 4.7.2000.

L'istante aveva chiesto il rilascio della certificazione dei carichi pendenti, poiché dal casellario giudiziale emergeva la sentenza ex art. 444 c.p.p. che lo avrebbe certamente reso inidoneo a partecipare ad una procedura concorsuale alla quale si era iscritto.

Secondo il giudice dell'esecuzione, l'art. 5 del DPR 313/2002 non prevede l'ipotesi innanzi dedotta tra quelle per le quali il giudice può disporre l'eliminazione delle iscrizioni nel casellario giudiziale e che, comunque, con riferimento alla sentenza oggetto della domanda non risultava disposta la declaratoria di estinzione del reato per la mancata commissione di reati nel quinquennio successivo alla definitività, provvedimento di competenza del tribunale in composizione collegiale ex art. 665 c.p.p..

L'imputato, avverso tale provvedimento ricorre per cassazione denunciandone, attraverso due motivi, l'illegittimità.

Attraverso il primo motivo d'impugnazione, l'imputato lamenta la violazione degli artt. 665 e 666 e segg. c.p.p. e vizio della motivazione sostenendo che il giudice dell'esecuzione ha adottato un provvedimento di non liquet rispetto alla istanza di cancellazione della menzione e della visibilità dai registri della pubblica amministrazione della sentenza con la quale il Tribunale di Larino aveva applicato a carico dell'interessato, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., la pena concordata tra le parti, evidenziando dunque che l'art. 666 c.p.p. stabilisce il principio che il giudice dell'esecuzione procede a richiesta dell'interessato e del suo difensore e, nella specie, l'interessato, a mezzo del suo difensore, aveva domandato la predetta cancellazione previa declaratoria di estinzione del reato con effetto ex tunc (dal 4.7.2000).

Col secondo motivo di impugnazione, si rilevava la violazione dell'art. 40 dpr 313/2002 e vizio della motivazione al riguardo sul rilievo che illegittimamente sarebbe stata negata la competenza del giudice dell'esecuzione adito a provvedere sulle questioni concernenti le iscrizioni ed i certificati del casellario giudiziale e dei carichi pendenti.

Il Procuratore generale attraverso requisitoria scritta, in sede di conclusioni, chiedeva l'annullamento con rinvio del provvedimento impugnato.

Il ricorrente, depositava memoria difensiva con cui, rilevava l'erronea qualificazione della sua istanza da parte del Giudice dell'Esecuzione, da intendersi non già come richiesta di cancellazione di sentenza di patteggiamento, non prevista dall'art. 5 f. lgs. 313/2002, bensì come richiesta di estinzione del reato commesso nel lontano 1995, ricorrendone tutti i requisiti di legge.

La Cassazione tuttavia ha rigettato il ricorso, fondando le motivazioni sulla circostanza che, in tema di casellario giudiziale e dei carichi pendenti, la competenza sulle questioni riguardanti le iscrizioni e i relativi certificati è attribuita dall'art. 40 d.p.r. 14 novembre 2002 n. 313 al Tribunale, in composizione monocratica, del luogo in cui ha sede l'ufficio locale nel cui ambito territoriale è nata la persona cui è riferita l'iscrizione o il certificato e che tale competenza ha natura funzionale ed inderogabile.

Infatti, si osservi che il giudice adito ha rilevato che l'art. 5 del d.p.r. 313/2002 non contempla la eliminazione dal casellario giudiziale della sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 444 c.p.p. anche se dichiarata l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 445, co. II, c.p.p., in considerazione del fatto che l'istanza riguardava, nello specifico, l'iscrizione del provvedimento, disciplinata appunto dal menzionato art. 5, nel certificato generale

del casellario e non già le mere risultanze del certificato penale a richiesta di privati. Né risulta condivisibile la tesi difensiva che sosteneva l'assunto che l'istanza rigettata dal giudice territoriale fosse da intendere come istanza per far dichiarare estinto il reato, ai sensi dell'art. 445, co. II, c.p.p., sia perché diverso il tenore della richiesta formulata in primo grado, sia perché l'estinzione del reato andava richiesta al giudice dell'esecuzione e non già al tribunale individuato ai sensi dell'art. 40 dpr 313/2002.

L'EMAIL FORMA PIENA PROVA DEI FATTI E DELLE COSE RAPPRESENTATE

La produzione in giudizio della corrispondenza intercorsa fra le parti a mezzo email - in caso di mancato disconoscimento da parte di colui contro cui viene prodotta - assolve l'onere probatorio in capo a chi voglia far valere un diritto sulla base dei fatti e delle cose ivi rappresentate, anche se priva di firma

Matteo Bottino - Pubblicazione, mercoledì 11 luglio 2018
Redattore: **Ida Morelli**

Sommario: 1. Il caso; 2. Il ricorso davanti alla Corte di Cassazione; 3. L'infondatezza delle doglianze sollevate; 4. L'e-mail rientra fra le riproduzioni informatiche di cui all'art. 2712 c.c.; 5. La forma del disconoscimento.

1. Il caso

Con l'ordinanza numero 11606 del 2018, la Suprema Corte si esprime su una vicenda che trae origine da un decreto ingiuntivo opposto, emesso dal Tribunale di Milano a seguito del mancato pagamento del corrispettivo dovuto per alcune strumentazioni di navi da diporto, ordinate dall'intimata. Nel corso del giudizio di opposizione promosso dalla debitrice, veniva eccepito il pagamento parziale del credito, intervenuto nelle more del procedimento.

Il Giudice di primo grado, dato atto di quanto sopra, revocava il decreto ingiuntivo e condannava l'opponente al pagamento della somma residua risultante dalla documentazione prodotta dalla ricorrente in sede monitoria.

La società soccombente impugnava la Sentenza di condanna nanti la Corte di Appello di Milano, la quale confermava quanto statuito dal Giudice di prime cure. Si riteneva infatti, che i rapporti commerciali tra le parti e l'esistenza del credito azionato, fossero stati sufficientemente provati dalla produzione in giudizio della corrispondenza a mezzo email intercorsa fra le imprese, con la quale la società debitrice proponeva un piano di rientro dei crediti scaduti, che veniva accettato dalla originaria ricorrente. Per tale ragione - essendo le circostanze utili ai fini del giudizio, desumibili da documento scritto - il collegio giudicante rigettava altresì le istanze istruttorie volte all'escussione di alcuni

testimoni dell'opponente, in quanto ritenute superflue.

2. Il ricorso davanti la Corte di Cassazione

La Sentenza della Corte territoriale veniva dunque impugnata con ricorso alla Suprema Corte di Cassazione, lamentando la violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., nonché dell'articolo 2697 c.c., in quanto i giudici di merito avrebbero **ritenuto fondato il credito** della ricorrente, sulla base di documenti (nel caso specifico messaggi di posta elettronica ordinaria) che sarebbero privi di valenza probatoria, stante - oltretutto - la mancanza di qualsivoglia sottoscrizione.

Da ciò sarebbe dunque derivato, una illegittima inversione dell'onere della prova, in quanto secondo la tesi del ricorrente, non poteva ritenersi dimostrata l'esistenza del credito ingiunto, sulla base degli atti prodotti in corso di causa dalla intimante.

3. L'infondatezza delle doglianze sollevate

Gli Ermellini rigettavano il ricorso e confermavano l'impugnata Sentenza, rilevando l'infondatezza e l'inammissibilità dei motivi posti a sostegno del ricorso della società ingiunta.

Con riferimento all'asserita violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., la Corte ribadiva il proprio orientamento, evidenziando come tale doglianza potesse essere **valutata nel giudizio di legittimità**, solo nel caso in cui il Giudice decida la controversia sulla base di prove non introdotte nel giudizio dalle parti e che - in ogni caso - non è mai possibile duolersi che lo stesso abbia male esercitato il proprio libero **apprezzamento della prova**.

"Il cattivo esercizio del potere di apprezzamento delle prove non legali da parte del giudice di merito non dà luogo ad alcun vizio denunciabile con il ricorso per cassazione, non essendo inquadrabile nel paradigma dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. (che attribuisce rilievo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e presenti carattere decisivo per il giudizio), né in quello del precedente n. 4, disposizione che - per il tramite dell'art. 132, n. 4, c.p.c. - dà rilievo unicamente all'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante." (Cass. civ. Sez. III, 10/06/2016, n. 11892)

Rilevava altresì l'infondatezza del secondo motivo di ricorso, con il quale veniva lamentata la violazione dell'art. 2697 c.c., in quanto tale doglianza è sollevabile esclusivamente nel caso in cui il giudice attribuisca l'incombente di provare un fatto sul

quale si fonda il diritto per cui si agisce, ad una **parte differente da quella effettivamente onerata** sulla base della richiamata disposizione di legge.

In ogni caso la rimostranza circa la valutazione delle prove, avrebbe dovuto essere fatta valere ai sensi dell'art. 360 co. I n.5 c.p.c., indicando specificatamente l'omesso esame di un fatto storico che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e sia dirimente al fine della risoluzione della controversia.

4. L'e-mail rientra fra le riproduzioni informatiche di cui all'art. 2712 c.c.

L'ordinanza in commento approfondisce il tema della valenza probatoria della posta elettronica ordinaria (*e-mail*), dell'idoneità della stessa ad assolvere il relativo onere della prova a carico di chi agisce in giudizio e sulla relativa utilizzabilità da parte del Giudice al fine di risolvere la controversia.

"Ai sensi del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 1, comma 1, lett. p), (Codice dell'amministrazione digitale), la e-mail costituisce un "documento informatico", ovvero un "documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti". L'e-mail, pertanto, seppur priva di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche, ovvero fra le rappresentazioni meccaniche indicate, con elencazione non tassativa, dall'art. 2712 c.c. e dunque forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale viene prodotta non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime" (Cass. civ. Sez. VI - 2, Ord., (ud. 20-02-2018) 14-05-2018, n. 11606)

Gli Ermellini rilevano come effettivamente la *e-mail* costituisca un documento informatico che - in quanto tale - ben può essere annoverato fra quelli ricompresi nell'art. 2712 c.c., il quale prevede appunto come le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, **ogni altra rappresentazione meccanica** di fatti e di cose **formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate**, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime.

Tale lettura è resa possibile dal combinato disposto della citata norma, con [l'art. 1 co. I lett. p\) del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82](#), il quale definisce il documento informatico come il documento elettronico che contiene la **rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti**.

Alla luce di quanto sopra pare evidente come - in caso di mancata contestazione da parte di colui contro cui il documento viene prodotto - il Giudice di merito possa legittimamente ritenere provati i fatti sulla base dei quali si è agito in giudizio per far

valere un diritto, senza dover ulteriormente istruire la causa tramite l'escussione delle prove orali.

5. La forma del disconoscimento

La Corte di Cassazione ribadisce come la mancata contestazione da parte di colui contro cui le riproduzioni informatiche sono prodotte, ha la diretta conseguenza di ritenere pienamente provate le circostanze di fatto e di diritto ivi rappresentate. Si rende necessario dunque, comprendere **come tale contestazione debba essere sollevata**, onde scongiurare tali effetti negativi in capo a chi ne abbia interesse.

La norma non detta alcuna specifica circa le modalità del disconoscimento e - dunque - è la giurisprudenza ad aver colmato la lacuna del legislatore.

E' innanzitutto pacifico come, la contestazione prevista dall'art. 2712 c.c., non segua le regole previste per il disconoscimento della scrittura privata (artt. 214 ss. c.p.c.). Infatti la rimostranza circa l'autenticità dei fatti riprodotti, non ha gli stessi effetti di cui all'art. 215 c.p.c. e dunque - in caso di mancata verifica - **non viene precluso l'utilizzazione del documento**, potendo essere utilizzato quale elemento indiziario, o verificando l'autenticità attraverso altri elementi di prova, comprese le presunzioni.

Inoltre, la parte che contesti la corrispondenza di quanto riprodotto sul documento informatico con la realtà dei fatti, ha **l'onere di specificare** quali elementi ed in che modo essi siano difformi, non potendosi limitare ad una generica contestazione, seppur non si rende necessaria alcuna forma sacramentale.

"In tema di efficacia probatoria delle riproduzioni informatiche di cui all'art. 2712 cod. civ., il "disconoscimento" che fa perdere ad esse la qualità di prova, pur non soggetto ai limiti e alle modalità di cui all'art. 214 cod. proc. civ., deve tuttavia essere chiaro, circostanziato ed esplicito, dovendosi concretizzare nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta" (Cass. civ. Sez. lavoro, 17/02/2015, n. 3122)

Secondo la dottrina - inoltre - il disconoscimento segue le stesse regole per la contestazione dei fatti allegati in causa e, quindi, può essere effettuata nel corso dell'intero giudizio di primo grado e, anche, per la prima volta in appello.

SODALIZIO MAFIOSO: ATTUALITÀ DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE NELLE MISURE DI SICUREZZA

Con la sentenza n. 111 emessa il 30-11-2017, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sono intervenute in materia di pericolosità sociale. Questa pronuncia, che ruota attorno all'applicazione delle misure di prevenzione, nelle aule di giustizia viene richiamata anche in tema di misure di sicurezza. Mero tuziorismo difensivo?

Ludovica Di Masi - Pubblicazione, domenica 15 luglio 2018
Redattore: Francesco Rizzello

L'art. 203, comma 1 c.p. fornisce una definizione di stabilendo che *<agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente (1), quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati>*. La pericolosità sociale, dunque, non può essere considerata una possibilità remota ma è la probabilità che il soggetto in futuro commetta dei reati. (2)

L'art. 417 c.p. prevede che nel caso di condanna per scambio elettorale politico-mafioso e reati connessi ad attività mafiose è sempre ordinata una misura di sicurezza.

La Suprema Corte di Cassazione (sentenza n. 38108/2015) ha precisato che nel caso di condanna per i reati di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, l'applicazione della misura di sicurezza prevista dall'art. 417 c.p. non richiede l'accertamento in concreto della pericolosità del soggetto, dovendosi ritenere operante al riguardo una **presunzione semplice**, desunta dalle caratteristiche del sodalizio criminoso e dalla persistenza nel tempo del vincolo malavitoso, che può essere superata quando siano acquisiti elementi idonei ad escludere in concreto la sussistenza della pericolosità (conforme Cass.6844/2008). Inoltre, con un'ulteriore sentenza del 2015 (la n. 28582) la Cassazione ha affermato che sempre nel caso di condanna per associazione di tipo mafioso, ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza prevista dall'art. 417 c.p., l'accertamento in concreto della pericolosità attuale del soggetto ai sensi dell'art. 203 c.p. non è "necessario al momento della pronuncia della sentenza di condanna".

Con la sentenza n. 111 del 30-11-2017, che segna un punto di svolta nell'orientamento giurisprudenziale, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno puntualizzato che “nel procedimento applicativo delle **misure di prevenzione** personali agli indiziati di appartenere ad una associazione di tipo mafioso, **è necessario accertare il requisito della attualità della pericolosità del proposto**”. E ancora. La succitata sentenza precisa che **il richiamo alle presunzioni debba “essere corroborato dalla valorizzazione di specifici elementi di fatto che le sostengono (...)”**.

Ma la sentenza in commento, che pone l'attualità quale pietra miliare della pericolosità sociale, può essere estesa *sic et simpliciter*, con un ragionamento di analogia, alle misure di sicurezza?

Di attualità si parla a pieno titolo in tema di misure cautelari. In particolare, l'attualità delle esigenze cautelari (attualità del pericolo di reiterazione del reato, unitamente alla concretezza), sintomo di pericolosità sociale, è elemento che il giudice è tenuto a valutare (v. L. n. 47/2015; cfr: Cass. 24476 del 13/06/2016).

E' quindi possibile compiere un parallelismo tra misure di prevenzione e misure cautelari in quanto la verifica della attualità della pericolosità si pone a garanzia di un sistema tendenzialmente anticostituzionale. Mi spiego. Se le misure di sicurezza presuppongono la commissione di un fatto di reato o di quasi reato, le misure di prevenzione prescindono da tale presupposto e in un certo senso, stante il principio di presunzione di non colpevolezza, lo stesso vale anche per le misure cautelari. In altre parole, in caso di applicazione di misure di prevenzione o di misure cautelari si va a comprimere la libertà di una persona sulla base di indizi, in assenza della certezza della commissione di un reato. Per cui, è logico e garantista che il Giudice in questi casi valuti con scrupolo l'attualità della pericolosità. Concludendo, considerato che ad avviso di chi scrive le misure di sicurezza (insieme alle misure di prevenzione) andrebbero elise o quantomeno riformate, sembra comunque opportuno ritenere ancora sussistente, nei procedimenti applicativi di misure di sicurezza, una presunzione semplice di pericolosità sociale, come delineata dall'art. 417 c.p.

Note e riferimenti bibliografici

(1) L'art. 202 c.p. recita: “Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato.

(2) La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato”.

LA PROPOSIZIONE DELL'INTERPELLO ALL'AGENZIA DELLE ENTRATE DA PARTE DEL SOGGETTO NON PASSIVO AI FINI IVA

La questione, non ancora espressamente affrontata dall' Agenzia delle Entrate, trae spunto dalla possibilità in capo al soggetto passivo ai fini IVA di proporre interpello all' Amministrazione Finanziaria in caso di una questione personale di incertezza su una norma giuridica, che invece risulta pacifica

Nicolò Giordana - Pubblicazione, martedì 17 luglio 2018
Redattore: **Massimiliano Pace**

La legittimazione ad interpellare

La questione, trae le mosse dalla pacifica possibilità in capo al soggetto passivo ai fini IVA di proporre interpello all' Amministrazione Finanziaria in caso di una questione personale di incertezza su una norma giuridica. Ciò nonostante possono rimanere dei dubbi sulla possibilità per chi non è soggetto passivo di agire nei medesimi termini.

Ritenuto indubbio come il soggetto che, nell' esercizio di un' attività d' impresa, emettendo fattura ed attestandosi soggetto passivo ai fini IVA possa chiedere interpello all' Agenzia delle Entrate per l' interpretazione di una norma giuridica incerta ed utile al caso suo personale concreto, ci si interroga se la medesima interrogazione possa essere proposta all' Amministrazione Finanziaria anche dall' acquirente. Nodo gordiano è certamente la dimostrazione di un interesse, invero è da sempre stato questo il criterio posto dal Legislatore alla base per ritenere legittime le richieste effettuate da un cittadino all' Amministrazione – si pensi il caso emblematico dell' interesse a ricorrere che deve sussistere nel caso in cui si voglia portare un caso proprio alle cure dell' Amministrazione Giudiziaria – e nel caso di specie appare abbastanza agevole dimostrare come detto interesse sussista e sia anche rilevante.

Un primo avvaloramento possiamo averlo dall' interpretazione letterale della norma di riferimento, l' [art. 11](#) della L. 27 luglio 2000, n. 212, che non dice su che contribuente gravi l' onere di versamento, bensì si limita a parlare di un contribuente non meglio definito. Appare infatti assolutamente chiaro come l' interesse ad interpellare possa, nel caso dell' applicazione dell' imposta sul valore aggiunto, tanto involgere il soggetto

passivo che deve versare il contributo, tanto su quello attivo, sul quale il soggetto passivo si rivarrà. La norma, nell'interpello ordinario, enuclea tra i requisiti generali la mera condizione obiettiva di incertezza, non spingendosi a definire un soggetto legittimario o un elenco chiuso di legittimari ad interpellare.

La stessa Circolare 25/D del 19 giugno 2001 dell'Agenzia delle Dogane, seppur afferente altra materia, illustrando il nuovo istituto introdotto dall'art. 11, ritiene comunque che *“i contribuenti potranno presentare istanze di interpello secondo le modalità dallo stesso disciplinate”* e nuovamente rimane sul generico lasciando spazio a qualsivoglia soggetto sia investito dell'interesse. Sul punto viene richiamato l'art. 1 del D.M. 26 aprile 2001, n. 209 che, rubricato *Presentazione dell'istanza di interpello*, determina come *“ciascun contribuente”* possa inoltrare all'Amministrazione – ferme sussistendo le obiettive condizioni di incertezza sull'interpretazione di una norma tributaria – istanza di interpello.

L'Agenzia va' oltre nella Circolare e, esaminando i soggetti legittimati in apposito capitolo, non ne individua altri se non il contribuente, il suo legale rappresentante ovvero un terzo soggetto munito di procura speciale o generale ai sensi della normativa civilistica di riferimento escludendo in un elenco a forma chiusa *«le associazioni di categoria, gli ordini professionali e i soggetti portatori di interessi diffusi [...] fatta eccezione per le istanze riferibili alla posizione fiscale-doganale propria dell'associazione, dell'ordine o dell'ente»*.

Appare quindi di piena ragionevolezza l'affermazione secondo cui possono presentare istanza di interpello i contribuenti, anche non residenti, i sostituti ed i responsabili d'imposta. L'interesse giuridico ad interpellare si delinea quindi come reale *limes* tra la possibilità di interpellare o meno, in altri termini tra la legittimazione a proporre e non. Lo stesso fatto che il Legislatore **all'art. 5 del D.lgs. 24 settembre 2015, n. 156**, trattando dell'inammissibilità delle istanze, non abbia previsto tra le cause di non ammissibilità l'inoltro della richiesta di interpello da parte di un soggetto non legittimato, indirettamente offre alla nostra interpretazione estensiva (secondo cui tutti sono legittimati ad interpellare nel caso in cui siano direttamente o indirettamente colpiti dall'imposizione tributaria) granitico supporto.

L'interpello e la procedura

Chiarito in punto a legittimazione non resta che esaminare come effettuare l'interpello

all'Amministrazione. La normativa in materia determina in modo preciso e puntuale che la vera condizione di ammissibilità della domanda è l'*an* attenente un caso concreto e personale sul quale deve sussistere una obiettiva condizione di incertezza. Dovranno dunque ritenersi non interpellabili le questioni meramente ipotetiche e quelle che sono già state esaminate da un documento dell'Amministrazione quali circolari, risoluzioni, istruzioni o note.

Le condizioni di incertezza, che devono riferirsi necessariamente a norme primarie o secondarie e quindi non ad atti privi di contenuto normativo come quelli citati a conclusione del paragrafo precedente, ricorrono nel momento in cui una norma fiscale non manifesta un univoco significato lasciando così spazio ad interpretazioni divergenti.

L'istanza deve necessariamente essere inoltrata prima di porre in essere il comportamento fiscalmente rilevante in quanto il Legislatore non intende ammissibili gli interPELLI verificatori, ossia interPELLI posteriori che abbiano il mero scopo di verificare una condotta già posta in essere dal contribuente.

Importante è identificare il soggetto destinatario dell'interpello. Invero la norma prevede che le istanze debbano essere indirizzate: per i contributi erariali alla Direzione regionale competente in relazione al domicilio fiscale; per i contributi relativi all'imposta ipotecaria dovuta in relazione agli atti differenti rispetto a quelli di natura traslativa ovvero le tasse ipotecarie, i tributi speciali catastali ed ogni altra istanza avente ad oggetto fattispecie di natura catastale alla Direzione regionale del territorio in cui opera l'ufficio competente ad applicare la norma fiscale; e per gli interPELLI presentati da Amministrazioni centrali dello Stato, Enti pubblici a rilevanza nazionale, soggetti non residenti in Italia e soggetti di rilevanti dimensioni (volumi d'affari o ricavi non inferiori a cento milioni di euro) alla Divisione contribuenti.

La consegna potrà essere effettuata a mano, mediante spedizione raccomandata con avviso di ricevimento ovvero per via telematica mediante la posta elettronica certificata.

Circa i requisiti a carattere contenutistico dell'istanza di interpello, redigibile su carta libera, sono tre e rispondono alle esigenze di identificazione del contribuente, determinazione della domanda e certificazione della richiesta. Nell'identificazione del contribuente devono essere indicati chiaramente i dati di questo ed il suo domicilio. È possibile che egli scelga di farsi assistere da un professionista: in questo caso è necessaria la procura e l'identificazione dei dati identificativi del legale rappresentante,

del domicilio di questo e degli eventuali recapiti a carattere telematico. Il secondo requisito riguarda il vero *corpus* dell'interpello: è infatti necessario redigere la circostanziata e specifica descrizione del caso di specie che deve essere concreto e personale, ossia effettivo e riguardare il soggetto che pone la questione sussistendo reali condizioni di incertezza poste dalla norma. Il terzo requisito è la sottoscrizione del contribuente o del legale rappresentate.

All'istanza devono allegarsi tutti i documenti utili alla definizione della questione che non sono in possesso dell'Amministrazione fermo restando la sempre possibile facoltà di questa di richiedere un'integrazione al contribuente. Tale possibilità è esercitabile per una sola volta ed il termine per rispondere all'interpello decorrerà dal momento in cui la P.A. riceverà l'addenda richiesta al contribuente. Quest'ultimo dovrà ottemperare e provvedere all'inoltro della documentazione mancante entro il termine di trenta giorni.

L'interpello deve contenere la soluzione interpretativa che il contribuente intende adottare 'sì da poter consentire, decorso il tempo entro cui l'Amministrazione deve rispondere, la formazione del silenzio-assenso.

La norma invero prevede un termine entro cui l'Amministrazione debba necessariamente attendere all'istanza del contribuente. A norma dell'art. 11 dello Statuto del Contribuente (L. 212/2000) la P.A. deve rispondere in forma scritta e motivando il provvedimento entro novanta giorni dal momento in cui riceve la completa documentazione da parte del contribuente (completa, leggasi che il termine decorre in via di principalità dal momento in cui il contribuente ha inoltrato all'Amministrazione l'interpello e questa l'ha ricevuto; è altresì possibile che il decorso di detto termine inizi dalla data in cui è stata sanata l'inammissibilità legata alla mancata sottoscrizione dell'istanza, dalla data di ricezione della documentazione integrativa da parte dell'Amministrazione e dalla data di ricezione dell'istanza trasmessa per competenza da altro ufficio). La risposta potrà comunque essere disattesa dal contribuente che rimane comunque conscio del comportamento che terrà l'Amministrazione nel caso di specie.

Nell'eventualità in cui la P.A. non adempia entro il termine il Legislatore ha utilizzato l'istituto del silenzio-assenso secondo cui si ritiene che l'Amministrazione abbia adottato in ogni punto la soluzione prospettata dal contribuente. Conseguentemente a ciò saranno nulli quegli atti successivi a carattere impositivo o sanzionatorio afferenti la materia dell'interpello che si discosteranno dalla soluzione prospettata dal contribuente medesimo (e tacitamente accettata dall'Amministrazione).

A chiusura non possiamo esimerci dal rilevare come il comma 5 del più volte citato art. 11 non prevede particolari efficaci sospensive dell'interpello in relazione alle eventuali scadenze tributarie che maturano nell'arco temporale sotteso tra la presentazione dell'istanza ed il relativo termine di risposta. Per ciò stesso tutti gli adempimenti ivi temporalmente collocabili dovranno essere rispettati, in caso contrario non potranno ritenersi illegittime eventuali sanzioni comminate da parte dell'Amministrazione Finanziaria.

La risposta dell'interpello produrrà poi solo effetti nei confronti dell'istante e potrà validamente ritenersi precedente vincolante ma unicamente per costui. Per un'efficacia *erga omnes* l'Amministrazione dovrà predisporre circolari, risoluzioni ovvero note.

SEGRETI COMMERCIALI: IN G.U. IL D.LGS. 63 DEL 2018 SULLA PROTEZIONE DEL KNOW-HOW

Nella Gazzetta Ufficiale (Serie Generale n. 130 del 7 giugno 2018) è stato pubblicato il decreto legislativo 11 maggio 2018, n. 63, entrato in vigore il 22 giugno scorso, in attuazione della direttiva (UE) n. 943 del 2016 sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali)

Valeria Lucia - Pubblicazione, mercoledì 18 luglio 2018
Redattore: **Massimiliano Pace**

Sommario: 1. La direttiva UE 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio. 2. Le modifiche alla disciplina interna in materia a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 11 maggio 2018, n. 63. 2.1. Le modifiche al d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (c.d. Codice della proprietà industriale). 2.2. Le modifiche agli artt. 388 e 623 del codice penale.

1. La direttiva UE 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio.

La direttiva UE 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, adottata l'8 giugno 2016, ha ad oggetto *“la protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti”*.

Per comprendere la *ratio* della direttiva in esame, è utile esaminarne i primi considerando, in particolare i nn. 1 e 2, per cui è evidente che l'obiettivo di tutelare il *know-how* e le informazioni riservate, meglio identificati come *“segreti commerciali”* o *“trade secrets”*, nasce dall'esigenza di incentivare gli investimenti a livello europeo relativamente all'acquisizione, utilizzo e divulgazione degli stessi, posto che, soprattutto in riferimento alle PMI europee, sono in crescita gli investimenti per la produzione e lo sfruttamento del capitale intellettuale, rappresentando un *asset* sempre più rilevante, posto che, nonostante l'adesione all'accordo internazionale TRIPS in materia di diritti di proprietà intellettuale, a livello europeo, se da un lato è presente una forte valorizzazione dei segreti commerciali, in termini di crescita non solo dell'impresa in sé considerata ma anche in termini occupazionali ed economici di sistema, dall'altro si riscontra la mancanza di una protezione efficace ed uniforme a livello europeo, tale da disincentivare la predetta valorizzazione.

Relativamente al recepimento, l'art. 19 della direttiva, ha previsto che gli Stati membri facciano entrare in vigore *“le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 9 giugno 2018.”*

2. Le modifiche alla disciplina interna in materia a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 11 maggio 2018, n. 63.

2.1. Le modifiche al d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (c.d. Codice della proprietà industriale).

In primis, a livello terminologico, i riferimenti a le «informazioni aziendali riservate» e alle «informazioni segrete» sono stati sostituiti dalle parole «segreti commerciali» (v. artt. 1 a 3 d.lgs. n. 63/2018).

Interviene, poi, una modifica sostanziale all'oggetto di tutela, di cui all'art. 98 Codice della proprietà industriale, per cui *«1. Costituiscono oggetto di tutela i segreti commerciali. Per segreti commerciali si intendono le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete».*

Di sicuro interesse è, anche, l'intervento operato sull'art. 99 Codice della proprietà industriale, dedicato alla tutela dei segreti commerciali, ove non passa certamente inosservata l'enfatizzazione del confine tra acquisizione lecita e illecita del segreto commerciale, anche grazie ad una maggiore tipizzazione e all'introduzione di una norma *ad hoc* dedicata alla *«tutela della riservatezza dei segreti commerciali nel corso dei procedimenti giudiziari»* (v. art. 121-ter Codice della proprietà industriale, introdotto dall'art. 5 d.lgs. n. 63/2018).

Anche le altre disposizioni del d.lgs. n. 63/2018 sono evidentemente finalizzate a rendere effettiva ed efficace la tutela dei segreti commerciali. Il riferimento è, in particolare, all'art. 6, per cui, per il giudice, nel disporre le misure di cui all'art. 124 Codice della proprietà industriale, nel valutarne la proporzionalità, considera anche delle

circostanze espressamente individuate dalla norma; al successivo art. 8, poi, in aggiunta al disposto di cui all'art. 132 Codice della proprietà industriale dedicato all'«*anticipazione della tutela cautelare*», è previsto, tra le altre, che il giudice, in alternativa alla misura cautelare e previa istanza di parte, ha facoltà di autorizzare la parte interessata a continuare a utilizzare i segreti commerciali prestando idonea cauzione.

2.2. Le modifiche agli artt. 388 e 623 del codice penale.

Da ultimo, l'art. 9 d.lgs. n. 63/2018 ha modificato l'art. 388 c.p. e sostituito l'art. 623 c.p., dedicati, rispettivamente, alla mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice e alla rivelazione di segreti scientifici o industriali.

In particolare, all'art. 388 c.p. sono stati inseriti due nuovi commi ed è stato modificato l'ottavo, con lo scopo di garantire l'osservanza dei provvedimenti adottati in materia di provvedimenti relativi a misure inibitorie o correttive a tutela dei diritti di proprietà industriale.

Da notare, poi, relativamente al nuovo art. 623 c.p., l'estensione applicativa della fattispecie, potendo essere perpetrata sia da un soggetto specifico, integrato un'ipotesi di reato proprio, che da chiunque sia venuto a conoscenza dei segreti in modo abusivo.

È RESPONSABILE IL NOTAIO CHE NON VERIFICA L'ESISTENZA DI ISCRIZIONI IPOTECARIE

Nella sentenza n. 15761/2018 la Cassazione civile ribadisce che il notaio che, in occasione della stipula di un contratto di compravendita immobiliare, ometta di accertarsi dell'esistenza di iscrizioni ipotecarie pregiudizievoli sull'immobile, può essere condannato al risarcimento del danno consistente nel pagamento della somma complessivamente necessaria per la cancellazione del vincolo, la cui determinazione deve essere rimessa al giudice di merito

Graziella Soluri - Pubblicazione, domenica 22 luglio 2018
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Sommario: Premessa. 1. Sulla responsabilità professionale del notaio. 2. Fatto. 3. Principi di diritto espressi nella sentenza.

Premessa.

Nella sentenza in commento la Suprema Corte di Cassazione statuisce che, in materia di responsabilità del notaio, in caso di mancata verifica dell'esistenza di iscrizioni ipotecarie sull'immobile oggetto del contratto di compravendita, il notaio risponderà professionalmente per il danno arrecato al cliente anche se il danno è dovuto all'opera di ausiliari di cui si è servito per eseguire la prestazione.

1. Sulla responsabilità professionale del notaio.

Quando viene richiesto al notaio di preparare e redigere un atto pubblico avente ad oggetto il trasferimento di un immobile, la preventiva verifica della libertà da pesi e della piena disponibilità dello stesso in capo all'alienante deve essere effettuata mediante analisi delle risultanze dei registri immobiliari; quindi anche la visura aggiornata prima della redazione dell'atto da rogare costituisce dell'oggetto della prestazione d'opera professionale.

Inoltre l'opera richiesta dal cliente non consiste soltanto nel mero compito di verifica dell'assenza di pesi sul bene oggetto della compravendita, ma anche dell'accertamento della volontà delle parti. L'attività professionale del notaio si estende inoltre a tutte le

attività preparatorie e successive necessarie al fine di assicurare la serietà e certezza dell'atto giuridico da rogarsi ed, in particolare, la sua attitudine a realizzare il conseguimento dello scopo tipico di esso e del risultato pratico voluto dalle parti partecipanti alla stipula dell'atto.

Come stabilisce l'art. 41 del Codice deontologico notarile *“nell'esecuzione della prestazione il notaio deve tenere un comportamento imparziale, mantenendosi in posizione di equidistanza rispetto ai diversi interessi delle parti e ricercandone una regolamentazione equilibrata e non equivoca, che persegua la finalità della comune sicurezza delle parti stesse”*. Conseguentemente, l'inosservanza anche solo di uno degli obblighi derivanti dal contratto di incarico da parte del notaio dà luogo a responsabilità per inadempimento dell'obbligazione di prestazione d'opera intellettuale, a nulla rilevando che la legge professionale non contenga alcun esplicito riferimento a tale peculiare forma di responsabilità.

Pertanto in capo al notaio scaturiscono obblighi di perizia e diligenza professionale in virtù dall'incarico conferito dal suo cliente mediante un contratto d'opera professionale; conseguentemente la violazione di questi obblighi comporterà *il sorgere di una responsabilità per inadempimento contrattuale ex 1218 c.c., salvo che il notaio non dimostri che il danno dipenda da causa a lui non imputabile. (Cass. civ. Sez. III, 27-11-2012, n. 20991; Cass. civ. Sez. III, 28-09-2012, n. 16549)*. In riferimento agli obblighi gravanti sul notaio, in caso di un contratto di compravendita, individuiamo: da un lato l'obbligo di informazione (che comporta l'onere di informare le parti di tutte le conseguenze che possono derivare dalla stipulazione di un atto); dall'altro l'obbligo di effettuare gli accertamenti ipocatastali necessari a verificare che il bene sia libero da pesi.

Si pensi alle visure catastali che si effettuano presso il catasto del Comune in cui si trova l'immobile che hanno lo scopo di identificare correttamente il bene oggetto dell'atto. Si ricordi che tale pubblicità consiste in pubblicità-notizia senza valore probatorio, poiché serve a dare semplice notizia di determinati fatti, ma la sua omissione non influisce né sulla validità né sull'efficacia dei fatti stessi. Va però rammentato che dal 1° luglio 2010 i dati catastali, la loro conformità alle planimetrie e allo stato di fatto assumono rilevanza a pena di nullità dell'atto e le visure ipotecarie che si effettuano, invece, presso la Conservatoria dei Registri immobiliari del luogo ove è sito l'immobile, hanno lo scopo di far conoscere l'effettiva titolarità del bene e la sua libertà da vincoli, pesi, iscrizioni e

trascrizioni pregiudizievoli.

Poiché l'art. 1374 c.c., rubricato "Integrazione del contratto", stabilisce che "*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*", l'inosservanza da parte del Notaio dell'obbligo di effettuare le visure catastali fa sorgere in capo al professionista una responsabilità per inadempimento dell'obbligazione di prestazione d'opera intellettuale, obbligandolo al risarcimento degli eventuali danni sopportati dal suo cliente, se non dimostra che il mancato adempimento scaturisce da causa ad egli non imputabile.

La giurisprudenza prevalente ha mai ormai puntualizzato che la responsabilità del notaio non implica soltanto l'obbligo di predisporre un atto che produca gli effetti voluti dalle parti, che sia cioè formalmente e sostanzialmente valido, ma anche quello di tenere una condotta contrattuale improntata a *correttezza e diligenza* ed infine implica l'*obbligo giuridico di una corretta e completa informazione alle parti contrattuali* (**Cass. Civ. sez. III, 28 novembre 2007, n. 24733**). Oltre all'onere di stipulare un atto che persegua l'interesse voluto dalle parti, la giurisprudenza prevalente osserva che sul notaio grava anche l'onere di compiere una serie di attività accessorie alla stipula dell'atto che possono consistere nella valutazione della provenienza del bene, nell'obbligo di effettuare le visure ipocatastali, ecc.. (**Cass. Civ. sez. I, 29 novembre 2007 n. 24939 ed anche Cass. Civ. sez. III, 11 gennaio 2006, n. 264**).

La mancata acquisizione delle visure catastali, quindi, obbliga il professionista al risarcimento del danno che il cliente ha sopportato; danno che il cliente dovrà dimostrare e quantificare. La responsabilità del notaio pertanto si estende ben oltre l'attività di redazione del rogito, per concretizzarsi soprattutto con riferimento alle varie attività preparatorie e successive allo stesso, necessarie perché l'atto possa concretamente raggiungere il proprio scopo nella maniera più rispondente agli interessi dei soggetti coinvolti.

Ebbene non ci si riferisce solamente alle classiche ipotesi della trascrizione o iscrizione di diritti incompatibili con quello che dovrebbe essere oggetto del rogito, in quanto possono pure emergere fattispecie ulteriori, come dimostra il caso considerato dove l'omissione del notaio consisteva nella mancata rilevazione del pignoramento trascritto sull'immobile e della procedura esecutiva in corso: gli obblighi del notaio «*vanno ben al di là della diligenza media*», dovendo egli garantire anche «il compimento delle attività

preparatorie e successive necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti». L'esame della giurisprudenza dimostra come si individui nel notaio il «*soggetto che si deve assicurare per il ristoro di qualsiasi danno*», a cui «*si impone la responsabilità relativa come incentivo ad assicurarsi per l'“errore” professionale, il quale diviene sempre più indipendente dalla colpa, e sempre più oggettivo*».

Il notaio, dunque, da un lato, deve comprendere ed esaminare attentamente e personalmente la volontà negoziale dei suoi assistiti e, dall'altro, deve informare questi ultimi delle possibili conseguenze di quanto voluto. Inoltre, nell'attività notarile preparatoria alla stipula del rogito si ritiene compresa anche la proposta di impostazioni alternative e/o migliorative rispetto a quelle prospettate dalle parti, garantite dalla posizione di imparzialità e terzietà.

Quindi, la responsabilità del notaio non è solamente di tipo contrattuale, derivante dall'inadempimento di obblighi di prestazione o di protezione assunti nei confronti delle parti, dei diretti beneficiari dell'atto e dei propri clienti, ma anche, di tipo extracontrattuale, per violazione del «*dovere di attenzione verso qualsiasi prevedibile attore che possa essere stato danneggiato da atti o omissioni del professionista*».

Pertanto oggi il notaio non è più esente dall'obbligo di fare le visure anche nel caso in cui si sia limitato ad autenticare le firme delle parti contraenti poste in calce ad una scrittura privata predisposta dalle stesse. Così, può essere considerato responsabile anche là dove vi sia stata una particolare difficoltà pratica nella consultazione dei registri (essendo inapplicabile l'art. 2236 c.c., poiché si tratta, nella specie, di un problema di diligenza, e non di perizia) o nel caso in cui gli stessi non siano stati aggiornati, in quanto comunque tenuto ad informare le parti ed a renderle consapevoli dei rischi conseguenti alla stipula dell'atto.

L'indagine del notaio deve riguardare l'intero ventennio anteriore alla stipula, senza fermarsi alla data dell'eventuale ultimo atto. Anche l'espresso esonero da tali obblighi non sempre potrà avere una piena efficacia liberatoria, non potendo assurgere a mera clausola di stile: la dichiarazione deve provenire da tutte le parti coinvolte nell'atto, che siano state adeguatamente informate sui rischi ai quali si espongono, e dovrà essere sorretta da motivazioni serie, come, ad es., i particolari motivi d'urgenza che hanno indotto le parti a stipulare l'atto. In ogni caso il professionista non è esonerato da responsabilità allorché, con la diligenza di cui al comma 2 dell'art. 1176 c.c., avrebbe potuto essere in grado di rilevare o, anche soltanto, di sospettare l'esistenza di formalità

pregiudizievoli dell'interesse delle parti.

2. Fatto.

Nel caso concreto esaminato dalla Corte il cliente conveniva il notaio per sentirlo condannare al risarcimento del danno patrimoniale subito a causa del mancato accertamento della libertà da iscrizioni gravanti sull'immobile acquistato in occasione del rogito da lui curato. In primo grado il giudice di prime cure ha parzialmente accorto la domanda attorea dichiarando il notaio responsabile per negligenza professionale, ma aveva escluso il risarcimento nella misura richiesta dall'attore. La Corte di Appello adita accoglieva il ricorso del notaio escludendo del tutto la responsabilità professionale dello stesso riformando completamente la decisione di prime cure. Il cliente ricorreva in cassazione chiedendo l'integrale riforma della sentenza di appello poiché la responsabilità del notaio doveva estendersi anche alle attività compiute per suo conto da ausiliari ex 1228 c.c.; che tra i doveri del notaio ci sono anche quelli di consiglio pertanto qualora non avesse eseguito correttamente la sua prestazione avrebbe dovuto risarcire i danni conseguenti la sua negligenza ed imperizia.

3. Principi di diritto espressi nella sentenza in commento.

Nella decisione in commento la Corte di Cassazione ribadisce i principi consolidati in giurisprudenza in materia di responsabilità professionale del notaio in particolare riferimento all'omesso adempimento relativo alla libertà da pesi dell'immobile oggetto del rogito.

In particolare dice la Cassazione che: *“In tema di responsabilità professionale del notaio, qualora egli non adempia correttamente la propria prestazione, compresa quella attinente alle attività preparatorie (tra cui il compimento delle visure catastali ed ipotecarie), la responsabilità contrattuale sussiste nei confronti di tutte le parti dell'atto rogato, se da tale comportamento abbiano subito danni e purché non lo abbiano esonerato da tali attività.”* (cfr. Cass. 14865/2013; Cass. 12482/2017).

In merito ai rapporti tra professionista e cliente ribadisce che: *“il rapporto professionale che intercorre tra notaio e cliente si inquadra nello schema del mandato in virtù del quale il professionista è tenuto ad eseguire personalmente l'incarico assunto ed è pertanto responsabile ai sensi dell'art. 1228 c.c., dei sostituti ed ausiliari di cui si avvale, dei quali deve seguire personalmente lo svolgimento dell'opera, con conseguente sua responsabilità esclusiva nei confronti del cliente danneggiato”* (cfr. in motivazione

Cass. 20825/2009).

Pertanto la Cassazione conclude disponendo che: *“Il notaio che, chiamato a stipulare un contratto di compravendita immobiliare, ometta di accertarsi dell’esistenza di iscrizioni ipotecarie pregiudizievoli sull’immobile, può essere condannato al risarcimento del danno consistente nel pagamento della somma complessivamente necessaria per la cancellazione del vincolo, la cui determinazione deve essere rimessa al giudice di merito”*.

“L’attività preparatoria che rientra nei doveri di diligenza dell’attività notarile deve essere svolta in tempi utili a garantire la corrispondenza dell’esito delle ricerche effettuate con le condizioni del bene che vengono descritte nell’atto, sia in ragione della necessità di assicurare la serietà e la certezza degli effetti tipici di esso, sia in funzione della realizzazione sostanziale della funzione di pubblico ufficiale”.

Fonti:

1. Cass., 29 marzo 2007, n. 7707, in Vita not., 2007, 2, 839.
2. L’art. 41 del cosiddetto Codice deontologico notarile stabilisce che “nella esecuzione della prestazione il notaio deve tenere un comportamento imparziale, mantenendosi in posizione di equidistanza rispetto ai diversi interessi delle parti e ricercandone una regolamentazione equilibrata e non equivoca, che persegua la finalità della comune sicurezza delle parti stesse”.
3. Cass., 23 ottobre 2002, n. 14934.
4. Cass., 22 marzo 1994, n. 2699, in Giust. civ., 1994, I, 2217.
5. Cass., 27 ottobre 2011, n. 22398, in Vita not., 2012, I, 367.
6. Cass., 26 gennaio 2004, n. 1330, in Giust. civ., 2005, I, 808.
7. Cass., 2 marzo 2005, n. 4427, in Foro it., 2005, I, 2045.
8. Cass., 2 luglio 2010, n. 15726, in Guida al dir., 2010, 35, 47; Trib. Bari, 16 marzo 2004, in Foro it., 2004, I, 1930.
9. Corte di Cassazione, sez. VI Civile - 3, ordinanza 15 giugno – 21 settembre 2017, n. 21953.

LE NUOVE SPECIALIZZAZIONI FORENSI

Commento a seguito dello schema di decreto del Ministero della giustizia concernente modifiche al regolamento recante disposizioni per il conseguimento del titolo di avvocato specialista adottato con decreto del Ministero della Giustizia del 12 agosto 2015 n.144.

Andrea Racca - Pubblicazione, martedì 24 luglio 2018
Redattore: **Ilaria Valentino**

A seguito dei giudizi, prima del TAR e poi del Consiglio di Stato con Sent. N.5575/2017 del 28 novembre 2017, che avevano sollevato questioni critiche intorno al limitato elenco delle materie oggetto di specializzazione, a seguito del ricorso di alcune associazioni di categoria e di alcuni professionisti, si analizzerà brevemente in questa sede lo schema della nuove modifiche introdotte dal Ministero al D.M. 144/2015 “*Regolamento recante disposizioni per il conseguimenti e il mantenimento del titolo di avvocato specialista a norma dell’art 9 della L.247/2012 (Legge Professionale)*”.

Il TAR del Lazio nel giudizio di primo grado aveva, infatti, ritenuto che la previsione dell’art. 3 del regolamento (D.M. 144/2015), circa la suddivisione dei settori di specializzazione, era intrinsecamente irragionevole e arbitraria, illogicamente omissiva di discipline giuridiche oggetto di codificazione (diritto dei consumatori) o oggetto di giurisdizioni dedicate (Corte dei Conti). Inoltre non era possibile coglierne il principio logico di base, posto che la suddivisione adottata non corrispondeva a un criterio codicistico, né a quello delle competenze dei vari organi giurisdizionali, né all’elenco degli insegnamenti universitari. Tanto aveva già, infatti, osservato il Consiglio di Stato in sede consultiva allo schema di regolamento, cui il Ministero parzialmente si era adeguato. Allo stesso modo il Consiglio di Stato alla fine dello scorso anno, con la succitata sentenza, aveva respinto il ricorso presentato dal Ministero della Giustizia in appello alle sentenze del TAR, confermando l’illegittimità del D.M. 144/2015, in ordine al fatto che la scelta delle materie di specializzazione risultasse non agevolare tutti gli ambiti di professionalità e che la previsione di un colloquio valutativo presso il Consiglio Nazionale forense fosse da ritenersi non adeguato per la valutazione della comprovata esperienza professionale, se non con la definizione delle precise modalità di esame.

In questi giorni, il Ministero della Giustizia ha dunque diffuso lo schema di decreto

ministeriale, inviato in data 24 maggio al Consiglio di Stato e al Consiglio Nazionale Forense per il parere di rito, volto a **modificare il d.m. 12 agosto 2015, n. 144** recante disposizioni per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista, a seguito delle risultanze emerse in sede giurisdizionale. Il Ministero, sempre al fine di rendere il mercato delle prestazioni legali più leggibile per i consumatori, ha rivisto l'elenco delle materie oggetto di specializzazione, precisando nella relazione illustrativa che il nuovo elenco è stato elaborato sulla base di una ricognizione "*dal punto di vista della **domanda di servizi legali specializzati**, individuando, all'interno dei settori tradizionali del diritto civile, penale e amministrativo, **indirizzi di specializzazione diretti a evitare una contraddittoria ed impropria connotazione generalista del titolo**".*

Lo schema di decreto, proposto dal Ministero, sul quale il Cnf e il Consiglio di Stato dovranno esprimere il parere di competenza, in riforma alla precedente cassata tripartizione, prevede dieci settori di specializzazione:

1. diritto civile;
2. diritto penale;
3. diritto amministrativo;
4. diritto del lavoro e della previdenza sociale;
5. diritto tributario, fiscale e doganale;
6. diritto internazionale;
7. diritto dell'Unione Europea;
8. diritto dei trasporti e della navigazione;
9. diritto della concorrenza;
10. diritto dell'informazione, dell'informatica e della protezione dei dati personali.

In ordine poi ai primi tre indirizzi generalisti (civile, penale e amministrativo), il titolo di specialista, secondo l'impostazione del Ministero, si potrà acquisire unitamente alla specializzazione in almeno uno dei seguenti "sotto-indirizzi":

- **Diritto civile:** i) diritto delle relazioni familiari, delle persone e dei minori; ii) diritto successorio; iii) diritti reali, condominio e locazioni; iv) diritto delle assicurazioni e della responsabilità professionale; v) diritto agrario; vi) diritto commerciale; vii) diritto industriale e della proprietà intellettuale; viii) diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza diritto dell'esecuzione forzata; ix) diritto bancario e dei mercati finanziari.
- **Diritto penale:** i) diritto penale della persona, dei minori e della famiglia; ii)

diritto penale della pubblica amministrazione; iii) diritto penale dell'ambiente, dell'urbanistica e dell'edilizia; iv) diritto penale dell'economia e dell'impresa; v) diritto penale della criminalità organizzata e delle misure di prevenzione; vi) diritto dell'esecuzione penale.

- **Diritto amministrativo:** i) diritto del pubblico impiego e della responsabilità amministrativa; ii) diritto urbanistico e dell'edilizia; iii) diritto dell'ambiente; iv) diritto sanitario; v) diritto dei contratti pubblici e dei servizi di interesse economico generale; vi) diritto delle autonomie territoriali e contenzioso elettorale.

In ordine, poi, all'altro motivo di gravame presso il TAR, il Ministero integra le definizioni del colloquio presso il CNF per il conseguimento del titolo in base alla comprovata esperienza, che era stato considerato illegittimo come previsto dall'art. 6, 4° co., del D.M. 144/2015, poiché si prevedeva che l'avvocato istante venisse genericamente convocato a colloquio dinanzi al CNF. Secondo i giudici *amministrativi*, infatti, la norma appariva irragionevole, non dettando criteri di sorta in ordine al contenuto del colloquio, alle modalità del suo svolgimento, alle competenze dei componenti della commissione, etc. Anche in questo caso il Consiglio di Stato aveva confeto la prospettiva di primo grado, rilevando a propria volta, che *«il colloquio, come delineato dalla disposizione regolamentare impugnata, ha contorni vaghi e imprecisi, sicché non ne risulta sufficientemente tutelato né l'interesse del professionista aspirante al titolo, né, per altro verso, l'interesse del consumatore-cliente, che nella speciale qualificazione attestata dal titolo deve poter riporre un ragionevole affidamento»*.

Orbene il Ministero, in riforma, nello schema del 24.05.2018, prevede che all'art. 6, comma 4 dell'originario D.: 144/2015, siano aggiunti in fine i seguenti periodi: *“il colloquio ha luogo davanti ad una commissione di valutazione composta da tre avvocati iscritti all'albo speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori e da due professori universitari di ruolo in materie giuridiche in possesso di documentata qualificazione nel settore di specializzazione oggetto delle domande sottoposte a valutazione della singola seduta. Il Consiglio nazionale forense nomina un componente avvocato, i restanti sono nominati con decreto del Ministero della Giustizia. In previsione della seduta di commissione, Il Consiglio Nazionale forense e il Ministro della giustizia individuano i componenti in possesso della necessaria qualificazione nell'ambito di un elenco tenuto presso il Ministero della Giustizia comprendente tutti i*

settori di specializzazione. L'inserimento nell'elenco è disposto per gli avvocati su designazione del Consiglio nazionale forense e, per i professori di ruolo, su designazione del dipartimento di afferenza. Gli avvocati e i professori universitari rimangono iscritti nell'elenco per un periodo di quattro anni. La commissione di valutazione è presieduta da uno dei membri nominati dal Ministro della Giustizia e delibera a maggioranza dei componenti una proposta motivata del titolo o di rigetto nel corso della domanda”.

Occorre, infine, segnalare che una disposizione transitoria prevede che potranno chiedere l'attribuzione del titolo di specialista in base all'art. 14 c. 1 del **D.M. 144/2015** anche gli avvocati che nei cinque anni precedenti l'entrata in vigore del nuovo decreto abbiano conseguito un attestato di frequenza di un corso avente i requisiti ivi previsti, anche quando il corso sia stato iniziato e non ancora concluso all'entrata in vigore del decreto stesso.

Ritenendo, in conclusione, che sia quanto mai necessaria l'entrata in vigore di una norma volta a regolamentare in modo preciso e chiaro la materia delle specializzazioni in abito forense, al fine di agevolare i fruitori di servizi legali sempre più specifici e di qualità, si rimandano ai futuri pareri del Consiglio Nazionale forense e del Consiglio di Stato ulteriori valutazioni a questo schema di riforma del D.M. 144/2015.

FALLIMENTO IN ESTENSIONE NEI CONFRONTI DELLA SUPER SOCIETÀ DI FATTO E DEI SOCI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI

La verifica dei presupposti alla luce delle recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia e la fallibilità della società socia della società di fatto, costituita in forma s.r.l., senza la necessità di accertarne l'insolvenza.

Elena Di Fede - Pubblicazione, mercoledì 25 luglio 2018
Redattore: Valeria Lucia

Sommario: Premessa; 1. Presupposti giuridici per la dichiarazione del fallimento di una s.d.f. composta per facta concludentia da società anche di capitali, e l'estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili; 2. Il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, anche se persone giuridiche; 3. La verifica della sussistenza della società di fatto ai fini della dichiarazione del fallimento in estensione ex art.147 L.F.

Premessa.

La società di fatto (SDF) è una società costituita per fatti e/o comportamenti concludenti, dai quali emerge la volontà delle parti di costituire un rapporto sociale, in assenza di esplicita dichiarazione formale. La SDF va considerata società in nome collettivo irregolare, perché non iscritta nel registro delle imprese. Essa si caratterizza, in via di fatto, per la presenza di un fondo comune, per la partecipazione ai profitti ed alle perdite dei soggetti coinvolti, e per i loro comportamenti idonei a far ritenere la posizione di socio (tra di loro) in un'unica realtà imprenditoriale, ovvero quanto meno, ad ingenerare nei terzi il convincimento dell'esistenza di tale rapporto.

Oggi, la giurisprudenza di legittimità, oramai in maniera consolidata, ammette la sua esistenza; di recente, la Suprema Corte, con la sentenza n. 8981 del 2016, ha di fatti affermato: *“La mancanza della prova scritta del contratto di costituzione di una società di fatto o irregolare (non richiesta dalla legge ai fini della sua validità) non impedisce al giudice del merito l'accertamento aliunde, mediante ogni mezzo di prova previsto dall'ordinamento, ivi comprese le presunzioni semplici, dell'esistenza di una struttura societaria, all'esito di una rigorosa valutazione (quanto ai rapporti tra soci) del complesso delle circostanze idonee a rivelare l'esercizio in comune di una attività*

imprenditoriale, quali il fondo comune costituito dai conferimenti finalizzati all'esercizio congiunto di un'attività economica, l'alea comune dei guadagni e delle perdite e l'affectio societatis, cioè il vincolo di collaborazione in vista di detta attività nei confronti dei terzi;[...]".

1. Presupposti giuridici per la dichiarazione del fallimento di una s.d.f. composta per *facta concludentia* da società anche di capitali, e l'estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili.

In punto di diritto, preliminarmente, occorre sciogliere alcune problematiche in ordine alle seguenti questioni: la configurabilità delle partecipazioni di società di capitali a società di fatto, la possibilità dell'estensione del fallimento dalla società di capitali - già dichiarata fallita - alla società di fatto che questa abbia costituito con altri soci - siano essi persone fisiche o giuridiche - nonché il conseguente fallimento di tutti i soci illimitatamente responsabili in società di persone, così come si configura giuridicamente una società di fatto.

In ordine alla prima questione, tenuto conto del contrasto esistente nella giurisprudenza di merito sull'argomento in esame, viene in considerazione la norma, dettata in tema di s.p.a., dell'art. 2361 co. 2 c.c. Tale dettato normativo prevede che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, che comportino una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime, è subordinata alla previa deliberazione dell'assemblea dei soci. Secondo un primo orientamento, esso troverebbe applicazione, in via analogica anche rispetto alle s.r.l., in forza dell'art.111-*duodecies* disp. att. c.c., nonché in virtù dell'art. 2479, co.2. n. 5 c.c., che riserva alla deliberazione dei soci la decisione delle operazioni che importino rilevanti modificazioni dei loro diritti. Sicché il mancato rispetto della procedura di cui all'art. 2361, co. 2 c.c., ovvero la mancata deliberazione dei soci ai sensi dell'art. 2479 co. 2 n.5 c.c., costituirebbe un ostacolo alla configurabilità della partecipazione di una società di capitale, e nella specie di una s.r.l. in una società di persone.

Un diverso orientamento ritiene invece ammissibile la partecipazione *per facta concludentia* di una società di capitali ad una ulteriore società, definita "di fatto" (la cd. "super società di fatto").

Ed invero, l'art. 2361 co.2 c.c. è norma diretta a tutelare i soci, non anche i terzi. Infatti, nei rapporti interni, la partecipazione non autorizzata dai soci produce responsabilità

dell'organo amministrativo per la condotta posta in essere in violazione del precetto normativo. Ciò, tuttavia, non esclude che nei rapporti esterni la società di fatto debba ritenersi, come effettivamente è, esistente, in quanto il rapporto sociale trova origine in un comportamento concludente, rispetto al quale l'inosservanza delle prescrizioni di legge è del tutto irrilevante: la società diventa titolare di diritti e obblighi per effetto della condotta tenuta dai soci e dai soggetti ai quali è stata delegata la gestione^[1].

Diversamente ragionando, si giungerebbe ad affermare, del tutto iniquamente, che dall'assenza della deliberazione dei soci deriverebbe l'effetto di escludere la responsabilità della società di capitali – partecipante ad altra società di fatto comportante l'illimitatezza della responsabilità del socio – nei confronti dei terzi per le conseguenze dei propri atti di gestione e di partecipazione quale socio, omettendo in tal modo di considerare che tale responsabilità consegue al fatto obiettivo della partecipazione e non già al rispetto delle regole di acquisizione della partecipazione medesima.

Le argomentazioni sostenute dall'orientamento che ritiene ammissibile una società di fatto costituita tra società anche di capitali sono state di recente condivise dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, con quattro recenti decisioni emesse nel 2016^[2]. Sul tema, la Suprema Corte ha individuato una serie di elementi indiziari idonei e sufficienti a dimostrare l'esistenza di una società di fatto, quali l'identità della sede legale, amministrativa ed operativa, l'unicità della struttura organizzativa e produttiva, l'identità della compagine sociale, la commistione patrimoniale fra le società e il perseguimento di un comune interesse.

Ed invero, in via più risalente, la Corte di Cassazione nella sentenza n. 23344/2010 ha affermato: *“le tre società di capitali delle quali si parla erano tutte in vario modo partecipate [...] e la loro amministrazione faceva capo agli stessi o a loro stretti familiari; si trattava di società svolgenti sostanzialmente la medesima attività, in locali parzialmente coincidenti e con la stessa organizzazione commerciale, le quali avevano posto in essere operazioni tra loro [...] denotanti un indirizzo imprenditoriale unitario; [...]. In particolare, l'accertata unitarietà operativa delle [...] società di capitali, pur se formalmente distinte e dotate di autonoma personalità giuridica, giustifica la conclusione secondo cui le relative partecipazioni, facenti capo ad una compagine familiare alla quale anche l'amministrazione di dette società risultava in vario modo affidata, erano destinate a realizzare un medesimo scopo economico; ed è appunto la medesimezza di tale scopo a far comprendere, per un verso, come alle suindicate*

partecipazioni non corrispondesse nei rispettivi titolari un atteggiamento di mero godimento degli utili eventualmente prodotti dalle summenzionate società, bensì un'attiva opera di coordinamento dell'attività delle stesse, e, per altro verso, come l'intera organizzazione presupponesse necessariamente un'intesa, a scopo economico, tra i diversi familiari ai quali quelle partecipazioni erano intestate e ad uno dei quali era stato anche confidato un ruolo preponderante nell'amministrazione delle società”.

2. Il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, anche se persone giuridiche.

A riguardo, invece, del tema del fallimento della società di fatto, esteso anche ai soci (persone fisiche o giuridiche) illimitatamente responsabili ai sensi dell'art. 147, comma 5, L.F., appare ad oggi pacifico, secondo i giudici di legittimità, l'ammissibilità del fallimento in estensione anche per i soci che siano anche persone giuridiche.

E di fatti, la fattispecie prevista all'art. 147 co. 5 L.F. deve intendersi comprensiva di tutte le ipotesi in cui, dopo il fallimento di un imprenditore, sia esso persona fisica o società, risulti che l'attività dallo stesso esercitata sia in realtà riferibile ad una società partecipata anche da altre parti. Ciò considerato che, diversamente ragionando, vi sarebbe una violazione del principio di uguaglianza sancito dall' art. 3 Costituzione, non essendovi motivi che possano giustificare un differente trattamento normativo nel caso in cui il socio, già dichiarato fallito, sia imprenditore collettivo o individuale; e che il carattere eccezionale della norma non impedisce un'applicazione più ampia di quella consentita dalla sua formulazione letterale, atteso che l'art. 14 disp. prel. c.c. vieta l'applicazione analogica delle leggi eccezionali, ma non ne impedisce un'eventuale interpretazione estensiva^[3].

La Corte di Cassazione ha così chiarito, in punto di diritto, che il fallimento della SDF non è precluso in nessuna ipotesi, ivi compresa quella che fra i suoi soci vi siano delle società di capitali.

3. La verifica della sussistenza della società di fatto ai fini della dichiarazione del fallimento in estensione ex art.147 L.F.

La giurisprudenza di merito e di legittimità (cfr. Corte d'Appello di Caltanissetta del 28/07/2014; Cass. Civ. sent. n.23344/2010; Cass. Civ. SS.UU. n. 2243/2012 e Cass. Civ. Sent. n. 8981/2016), escluso che debba essere fornita la prova dell'esistenza di un accordo scritto tra i soci, ha individuato una serie di elementi indiziari idonei e sufficienti a dimostrare l'esistenza di una società di fatto, quali l'identità della sede legale,

amministrativa ed operativa, l'unicità della struttura organizzativa e produttiva, l'identità della compagine sociale, la commistione patrimoniale fra le società e il perseguimento di un comune interesse. Si precisa che, sul tema, i giudici di legittimità parlano di identità sostanziale e non materiale o fisica: pertanto, a titolo meramente esemplificativo, i locali ove viene espletata l'attività d'impresa, da parte delle due società, possono essere anche solo parzialmente coincidenti, oppure l'amministrazione delle stesse non per forza deve far capo alla stessa persona fisica, ben potendo invece far capo anche ad una ristretta compagine familiare. E di fatti testualmente, in Cass. Civ n. 23344/2010, si legge: “[...]si trattava di società’ svolgenti sostanzialmente la medesima attività’, in locali parzialmente coincidenti e con la stessa organizzazione commerciale, le quali avevano posto in essere operazioni tra loro [...] denotanti un indirizzo imprenditoriale unitario; [...].In particolare, l’accertata unitarietà operativa delle [...] società’ di capitali, pur se formalmente distinte e dotate di autonoma personalità’ giuridica, giustifica la conclusione secondo cui le relative partecipazioni, facenti capo ad una compagine familiare alla quale anche l’amministrazione di dette società’ risultava in vario modo affidata, erano destinate a realizzare un medesimo scopo economico [...]”^[4].

Pertanto, nell’ottica complessiva dei rapporti intercorsi tra le società oggetto di interesse di verifica occorre rilevare come, in un determinato periodo di tempo, tutte le condotte poste in essere abbiano o meno integrato vere e proprie attività di gestione di un patrimonio comune, laddove, a titolo esemplificativo, si tenga in debito conto che entrambe le società :

- Abbiano la medesima sede legale.
- abbiano il medesimo oggetto sociale e svolgano sostanzialmente la medesima attività prevalente ed in locali molto vicini tra loro.
- Utilizzino uguali segni distintivi, attraverso l’esposizione pubblicitaria dello stesso logo e/o marchio.
- Attuino una sostanziale commistione dei patrimoni della società, tramite possibili apporti di natura finanziaria, o materiali (beni strumentali), ovvero ancora di personale dipendente.
- perseguano un comune interesse

Tutti gli elementi sopra elencati mettono in luce non solo la mera apparenza di un unico soggetto societario di fronte ai terzi, ma la vera e propria esistenza di fatto di tale soggetto, stante la puntuale verifica dei suddetti elementi. Di guisa che da essi possa

emergere, inequivocamente, l'intenzione dei soggetti coinvolti di stringere tra di loro un vincolo di collaborazione sociale allo scopo di conseguire interesse comune (quale è la prosecuzione di un'unica realtà imprenditoriale) oltre che le condotte accertate, nella specie, non possano andare qualificate nemmeno come “*affectio familiaris*”, atteso che questa si concretizza in comportamenti che si esauriscono nella semplice volontà di prestare ad altro familiare mera assistenza materiale o morale ed, al più incrementare la posizione economica dello stesso, ma non già di un ente societario; ciò avuto riguardo, altresì, del carattere continuativo e sistematico degli eventuali apporti finanziari e/o materiali che, qualora sussistenti, trascenderebbero del tutto palesemente la normale espressione della solidarietà familiare.

Concludendo sull'argomento, non può mancarsi di tenere presente quanto stabilito dalla Suprema Corte in ordine al fatto che, accertata l'insolvenza di una super-società di fatto della quale uno o più soci siano costituiti da società a responsabilità limitata, il fallimento in estensione di queste ultime - quali soci illimitatamente responsabili - costituisce una conseguenza ex lege prevista dall' art. 147, comma primo, L.F., **senza che risulti necessario l'accertamento di una loro specifica situazione di insolvenza** (cfr. Cass. Civ. n. 1095/2016).

Note e riferimenti bibliografici

[1] Così in Corte d'Appello di Caltanissetta del 28.07.2014.

[2] Sentenza n. 1095 del 21 gennaio 2016; sentenza n. 7744 del 19 aprile 2016; sentenza n. 10507 del 20 maggio 2016 e sentenza n. 12120 del 13 giugno 2016.

[3] Sentenza Cass. civ. sez. I, 20-05-2016, n. 10507 e, 13-06-2016 n. 12120.

[4] E così prosegue: “*è appunto la medesimezza di tale scopo a far comprendere, per un verso, come alle suindicate partecipazioni non corrispondesse nei rispettivi titolari un atteggiamento di mero godimento degli utili eventualmente prodotti dalle summenzionate società, bensì un'attiva opera di coordinamento dell'attività delle stesse, e, per altro verso, come l'intera organizzazione presupponesse necessariamente un'intesa, a scopo economico, tra i diversi familiari ai quali quelle partecipazioni erano intestate e ad uno dei quali era stato anche confidato un ruolo preponderante nell'amministrazione delle società Non erano dunque indispensabili ulteriori approfondimenti di motivazione, ai fini della decisione sulla questione controversa: ne' in ordine alla struttura partecipativa del gruppo d'impresе [...], ne' in ordine agli elementi da cui desumere l'esistenza della società di fatto holding, ne' in ordine all'organizzazione della stessa (coincidente con quella delle tre società coordinate), ne' in ordine alla sua esteriorizzazione, essendo a tal fine sufficiente l'individuazione anche soltanto di un'attività negoziale posta in essere in nome proprio da uno qualsiasi dei soci di fatto, ma chiaramente percepibile dai terzi come riferita alla società (cfr., in argomento, Cass. n. 13954 del 1999)*”.

REVOCA DELL'AMMINISTRATORE DI CONDOMINIO CHE NON SI ADOPERA PER IL RISPETTO DEL REGOLAMENTO CONDOMINIALE

L'amministratore di condominio è obbligato a curare il rispetto del regolamento di condominio. Quali sono gli strumenti a sua disposizione? Quali le conseguenze in caso di inerzia?

Alessandra Canafoglia Venturini - Pubblicazione, giovedì 26 luglio 2018
Redattore: **Giusy Tuzza**

Il Tribunale di Milano, con recente decreto n. 955 del 28/03/2018, ha ritenuto che, fra le altre, costituisca grave irregolarità ai sensi dell'art. 1129 c.c., tale da determinare la revoca dell'amministratore di condominio, la inerzia di quest'ultimo rispetto a plurime violazioni del regolamento condominiale, quali la stenditura di panni dai balconi e l'occupazione delle parti comuni con masserizie varie, in quanto espressamente vietate.

L'incarico di amministratore di condominio è, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, assimilabile al mandato con rappresentanza volontaria.

Si tratta, in particolare, di un mandato conferito collettivamente dall'assemblea dei condomini con decisione maggioritaria; ciò, però, non esclude che ogni condomino mantenga individualmente il diritto, scaturente dal suddetto rapporto di mandato di cui è parte, a che la gestione della cosa comune avvenga in maniera corretta e trasparente.

Ne discende in capo a ciascun condomino/mandante un generico potere di controllo sull'esecuzione del mandato gestorio, nonché, in caso di grave inadempimento, il diritto di pretenderne la risoluzione.

Perciò l'art. 1129 c.c. prevede, qualora ricorrano gravi irregolarità, la facoltà del singolo condomino di richiedere direttamente all'autorità giudiziaria la revoca dell'amministratore, a prescindere dalla preventiva consultazione dell'assemblea condominiale.

Uniche eccezioni per cui si impone, invece, la preventiva convocazione dell'assemblea in ordine alla revoca, sono le ipotesi di gravi irregolarità fiscali o di mancata apertura ed

utilizzazione del conto corrente intestato al condominio.

Peraltro, la norma in questione, oltre fornire un elenco delle ipotesi tipiche di grave inadempimento tali da comportare ex lege la revoca giudiziale dell'amministratore, contempla altresì una clausola generale cui può essere ricondotta qualunque azione od omissione dell'amministratore incompatibile con una gestione del condominio diligente e cristallina, pertanto, potenzialmente idonea a giustificare la revoca.

L'art. 1129 c.c., invero, introduce l'elencazione delle cause tipiche sancendone la non tassatività con la seguente locuzione: “*Costituiscono, tra le altre, gravi irregolarità: (...)*”.

Il singolo condomino, quindi, è legittimato a chiedere la revoca giudiziale dell'amministratore in tutti i casi - seppure non tipici - di comportamenti contrari ai doveri imposti dalla legge e dal regolamento o che, comunque, pregiudichino la gestione economica o sociale del condominio, e ciò a prescindere dalla inerzia o volontà contraria dell'assemblea.

Molteplici, infatti, sono gli obblighi ed adempimenti che l'amministratore condominiale assume nello svolgimento del mandato conferitogli dall'assemblea ex art. 1710 c.c., il cui inadempimento può costituire una grave irregolarità nella gestione tale da giustificare la risoluzione del rapporto.

Appunto, nella pronuncia in esame, il Tribunale ha evidenziato come l'art. 1130 n. 1) c.c. sancisca il precipuo dovere dell'amministratore di attivarsi perchè non vengano poste in essere violazioni del regolamento condominiale.

Tanto più che l'amministratore di condominio dispone di vari strumenti per imporre ai condomini il rispetto del regolamento ed è tenuto ad avvalersene.

Anzitutto può intervenire, in via stragiudiziale, mediante l'affissione di avvisi sulla bacheca condominiale, ovvero mediante l'invio di inviti o diffide agli assunti autori delle violazioni.

Inoltre, l'amministratore, se è il caso, può notificare le violazioni di condominio alle autorità competenti, come le aziende sanitarie locali o le forze dell'ordine.

Ma soprattutto, la giurisprudenza dominante ha attribuito all'amministratore di condominio la facoltà di esperire azioni giudiziarie contro i trasgressori, peraltro senza

che sia necessaria alcuna delibera assembleare autorizzativa (sul punto si veda Cass. Civ. n. 17493/2014, Cass. Civ. n. 21814/2014, Cass. Civ. n. 1833/2010).

Invero, il comma 1 dell'art. 1131 c.c. consente all'amministratore di rappresentare i condomini e di agire in giudizio nei limiti delle attribuzioni stabilite dall'art. 1130 c.c., le quali appunto comprendono anche l'obbligo di curare l'osservanza del regolamento condominiale.

Infine, l'amministratore potrebbe irrogare le sanzioni previste dall'art. 70 disp. att. al c.c. qualora autorizzato dal regolamento condominiale, ovvero, sensibilizzare e sollecitare all'uopo la assemblea condominiale.

L'inerzia rispetto all'assunzione di tali strumenti messi a disposizione dell'ordinamento giuridico, configura senz'altro una responsabilità omissiva rispetto non soltanto alla lesione della cosa comune, ma altresì rispetto al diligente e competente adempimento dell'incarico gestorio.

Si tenga presente, infatti, che il motivo che giustifica la revoca giudiziale dell'amministratore non è la prospettazione di un potenziale pregiudizio ai beni comuni – pregiudizio che, qualora sussistente, potrebbe essere fatto valere dal condomino in altra sede ai fini risarcitori-, bensì la lesione attuale del diritto di ogni condomino ad una gestione corretta e trasparente del condominio in ragione del rapporto di mandato di cui è parte.

CAMMINO DIRITTO E YOUTUBE: LA RIVISTA DIVENTA MULTIMEDIALE

E' in fase di attivazione il nuovo canale video della nostra Rivista. Una nuova esperienza che coinvolgerà Autori e Lettori, aprendo le nostre pagine alla multimedialità. La trattazione degli argomenti più importanti sarà affiancata da video pillole riassuntive a cura della Redazione.

La Redazione - Pubblicazione, venerdì 27 luglio 2018
Redattore: **Alessio Giaquinto**

L'idea di affiancare dei brevi filmati ad argomenti di grande rilevanza sociale era già stata posta all'attenzione della Redazione e, già allora, non erano mancati dubbi o incertezze.

Dopo alcune riflessioni, ci siamo convinti che per raggiungere più utenti possibili e far comprendere loro - anche non addetti ai lavori - come il diritto evolve e perché riguarda tutti noi, è necessario approfittare di tutti gli strumenti possibili per arricchire e divulgare i temi affrontati ogni giorno dagli operatori del diritto.

Ecco che nasce la piattaforma multimediale di Cammino Diritto, muovendo i suoi primi passi proprio in questi giorni: un progetto dunque in continuo sviluppo e che ad oggi conta migliaia di lettori.

Approfittiamo quindi di questo periodo (siete al mare, quindi possiamo fare meno figuracce!) per attivare una serie di strumenti multimediali per arricchire l'esperienza del lettore e far sì che nei mesi che seguiranno sempre più contributi ci aiutino a completare la nostra missione.

Grazie a tutti voi che seguite queste pagine e grazie a tutti coloro che - quali membri del Comitato scientifico, del Comitato dei Redattori, del Gruppo degli Autori e dei Traduttori - si impegnano ogni giorno contribuendo ad impreziosire una Rivista giovane e, ci auguriamo, ancora piena di opportunità da scoprire.

Per iscriverti al canale [vai sulle pagine dedicate di YOUTUBE](#) e ricevi in tempo reale le novità e aggiornamenti dei nostri video-contributi.

Il Direttore responsabile.

Rivista Cammino Diritto ISSN 2421-7123

LA SOSTITUZIONE DEL BENE NELLA VENDITA

Aliud pro alio a tutela del consumatore qualora il bene acquistato sia affetto da vizi occulti.

Roberta Fontanieri - Pubblicazione, venerdì 27 luglio 2018
Redattore: **Ilaria Valentino**

Per *aliud pro alio* nella compravendita si intende “la consegna di un bene diverso da quello pattuito nel momento dell’acquisto”. In questa fattispecie, il consumatore trova tutela nell’ordinaria azione di risoluzione del contratto, come previsto dalla Sentenza della seconda Sezione della Corte d’Appello di Roma, del 22 giugno 2006.

L’odierna giurisprudenza contempla diverse casistiche che sono previste da sentenze dalle Corte di Cassazione, in merito all’istituto in questione: ad esempio, sussiste una diversificazione tra “*res diversa*” e “*manca di qualità*”.

In merito a questa differenza si è pronunciata la seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione, con la Sentenza n. 7630 del 31 marzo 2006. La Corte, infatti, ritiene che si abbia l’*aliud pro alio* quando il bene sia **totalmente** difforme da quello dovuto e ritiene che tale caratteristica sia d’importanza fondamentale per la determinazione dell’economia contrattuale.

Altra caratteristica che contraddistingue l’istituto è l’appartenenza del bene ad un genere del tutto diverso dalla *res* oggetto della compravendita o comunque si presenti priva delle caratteristiche funzionali necessarie alla soddisfazione delle funzioni per la quale è stato posto in essere l’acquisto da parte del compratore.

Sulla stessa linea di pensiero troviamo la Sentenza della Cassazione Civ. Sez. II del 04 maggio 2005 n. 9227, che ritiene configurabile la fattispecie in questione anche nel caso in cui la *res* consegnata abbia difetti che la rendono irreversibile o manchi delle particolari qualità necessarie per assolvere alla sua naturale “*funzione economico-sociale*”; qualora, invece, si verifichi l’opposta situazione, ovvero l’ipotesi in cui non sia stata prevista espressamente dalle parti la destinazione ad un uso preciso della merce venduta, l’*aliud pro alio* non è configurabile.

Ma qual è la tutela **concreta** che questo istituto concede al consumatore?

Alcune risposte ci vengono concesse dal codice civile ex. artt. 1490, 1492 e 1497, con i

quali si descrivono gli obblighi del venditore ed i diritti del consumatore. Le previsioni giurisprudenziali sono diversificate, in quanto la casistica che rientra nell'applicazione dell'*aliud pro alio* è molto vasta.

Partendo dall'art. 1490 c.c., si evince che le responsabilità della merce oggetto di acquisto da parte del consumatore è in capo al venditore, il quale ha l'obbligo di garantire che la *res* venduta sia priva di vizi che la rendono inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore, escludendo la garanzia se sussiste la malafede del venditore, il quale ha taciuto al compratore i vizi della *res*. Nelle disposizioni di cui all'art. 1492 c.c., viene specificato che nei casi previsti dall'art. 1490 c.c. il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione. La scelta è irrevocabile se proposta tramite domanda giudiziale. Se la *res* è perita in conseguenza di vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto. A questo punto, giova effettuare una distinzione tra le due tipologie di vizi: vizio apparente e vizio occulto.

Nella prima tipologia, rientrano i vizi rilevabili attraverso un sommario esame del bene: essi sono, quindi, rilevabili a prima vista. Si parla di tutti i difetti che non necessitano dell'uso della *res* per essere individuati.

Nella seconda tipologia, si hanno ad oggetto dei difetti **non** rilevabili ad occhio nudo. Il termine per la "denuncia" di tali difetti decorre dal momento della scoperta del vizio e non come nei casi comuni, dall'acquisto o dalla consegna della merce. Accanto al termine di decadenza degli otto giorni, previsto per i beni affetti da vizi apparenti, la legge impone anche il rispetto di un termine di prescrizione; dopo la contestazione del difetto, entro gli otto giorni, l'acquirente che voglia proporre un'azione legale per far valere il proprio diritto, dovrà farlo entro un anno dalla denuncia, il mancato rispetto del termine comporta la perdita di ogni tutela.

Differente è la fattispecie che ha ad oggetto la consegna di un bene diverso da quello pattuito, quindi una *res* che riporta le caratteristiche richieste dall'*aliud pro alio*. I termini fin qua riportati non si applicano per la casistica in questione, in tali casi si applicherà la prescrizione di anni dieci, escludendo l'obbligo di denuncia entro gli otto giorni. Come riportato dalla Corte di Cassazione nella sentenza de qua, quando la diversità tra la cosa venduta e quella acquistata incide sulla natura e sulla destinazione di quest'ultima, tanto da poter ritenere che la *res* appartenga ad una categoria

completamente diversa da quella immaginata dal compratore sulla quale basava il convincimento per porre in essere l'acquisto o comunque presenti difetti tali da impedire le normali funzionalità della stessa, la c.d. inidoneità ad assolvere la funzione economico-sociale per la quale è stata costruita.

La mancanza di qualità caratteristica anch'essa ritrovata nell'istituto in commento è sancita dall'ultimo articolo sopra citato, art. 1497 c.c., il quale dispone che se la *res* venduta non ha le qualità promesse, ovvero quelle essenziali per l'uso a cui è destinata, il compratore ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto, secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, purchè il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi.

Tuttavia il diritto di ottenere la risoluzione è soggetto alla decadenza e alla prescrizione, sancite dall'art. 1495.

Ritornando alla disciplina dell'*aliud pro alio*, e soprattutto alla tutela del consumatore, è importante inserire un altro articolo che sembra combaciare a perfezione con questo istituto: l'art 130 del codice di consumo. Al primo comma, la disposizione di legge già sancita dall'art 1490 c.c., prosegue con il difetto di conformità disponendo - a tutela del consumatore - il ripristino senza spese della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione o una riduzione adeguata del prezzo o la risoluzione del contratto. Il consumatore può chiedere a sua scelta, al venditore di riparare il bene, senza spese in entrambi i casi, salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso.

Nel caso in cui si abbia una spesa elevata per la riparazione si deve tener conto per la determinazione dell'onerosità del valore che il bene avrebbe se non vi fosse difetto di conformità, dell'entità del difetto di conformità e dell'eventualità che il rimedio scelto possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore. Dopo la denuncia del difetto di conformità, il venditore può offrire al consumatore qualsiasi rimedio, con i seguenti effetti: qualora il consumatore abbia richiesto uno specifico rimedio, il venditore resta obbligato ad attuarlo; qualora il consumatore non abbia richiesto uno specifico rimedio il consumatore può accettare la proposta avanzata dal venditore o respingerla.

Fonti:

- Corte d'Appello di Roma sezione II 22/06/2006
- Corte di Cassazione civile sezione II Sent. N. 7630 del 31/03/2006
- Corte di Cassazione civile sezione II Sent. N. 9227 del 4/05/2005
- Artt. 1490, 1492, 1497 c.c.
- Art. 130 codice del consumo.

DUE REALTÀ A CONFRONTO: BULLISMO E STALKING

Nota alla sentenza della Cass. Pen. n. 26595 del 2018: nuove conferme sull'equiparazione tra bullismo e atti persecutori ("stalking").

Giacomo Tasca - Pubblicazione, sabato 28 luglio 2018
Redattore: Giovanni Sicignano

Sommario: Premessa. 1. Il Fatto; 2. Il ricorso; 3. La decisione della Corte; 3.1 (segue) La differenza tra fatto "diverso" e fatto "nuovo"; 3.2 (segue) Travisamento della prova o travisamento del fatto?; 3.3 (segue) Relazione tra bullismo e atti persecutori: lo stalking scolastico; 3.4 (segue) Lesioni personali volontarie o percosse?; 3.5 (segue) Circostanze attenuanti; 4. Considerazioni conclusive.

Premessa.

La V Sezione della Corte di Cassazione Penale, con la **sentenza 11 giugno 2018 n. 26595** si è pronunciata, tra i diversi motivi di ricorso, sulla qualifica come "atti persecutori" ex art. 612 bis c.p. delle continue vessazioni promosse dagli imputati nei confronti del proprio compagno di classe, determinando di fatto sia un'evidente alterazione delle condizioni di vita del minore che un accertato stato di ansia e di paura per la propria incolumità fisica.

1. Il Fatto

La Corte d'Appello di Catania, Sezione penale minori, con sentenza del 27 gennaio 2017 confermava la sentenza di condanna, emessa dal Tribunale per i minorenni, per i reati di lesioni personali aggravate, percosse e atti persecutori, tutti realizzati ai danni di un minore dai due imputati.

2. Il ricorso

Avverso la decisione della Corte di appello, con autonomi atti di impugnazione, proponevano ricorso per Cassazione gli imputati. Dal punto di vista squisitamente processuale, si contestava la violazione dell'art. 518 c.p.p., avendo il pubblico ministero proceduto alla contestazione del reato di cui all'art. 612 bis in dibattimento e senza il consenso dell'imputato, trattandosi, per i ricorrenti, di fatto nuovo ed ulteriore rispetto a

quelli originariamente contestati nel decreto che dispone il giudizio. Il secondo motivo di censura attiene, invece, l'attendibilità dei testimoni escussi nel corso del dibattimento, difettando la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per l'integrazione del reato di stalking. Il terzo motivo è a sua volta rivolto a censurare la manifesta illogicità della motivazione circa la qualifica giuridica del fatto come lesioni personali volontarie. Invero, avendo la vittima subito unicamente lividi e ematomi, il fatto va riqualificato nel meno grave reato di percosse *ex art. 581 c.p.* Infine, l'ultima, circa l'opportunità di concedere agli imputati le attenuanti generiche.

3. La decisione della Corte

3.1 La differenza tra fatto “diverso” e fatto “nuovo”

Per quanto riguarda il primo motivo di gravame occorre preliminarmente sottolineare che il legislatore, attraverso l'**art. 517** del codice di rito, ha recepito l'insegnamento del previgente codice del 1930, consentendo al PM, nel corso dell'istruzione dibattimentale, di ampliare il *thema decidendum* rispetto all'addebito principale, aggiungendo al fatto contestato circostanze aggravanti o reati connessi a norma dell'art. 12, 1 comma lett. b), c.p.p. L'anomalia processuale rispetto al successivo art. 518 c.p.p. viene giustificata dall'esigenza precipua di eliminare ogni atto non essenziale in grado di allungare i tempi di definizione del processo, attribuendo in tal senso estremo rilievo, sia ai dati probatori da cui emergono le nuove circostanze o i reati connessi, sia allo stretto rapporto che li lega ai fatti per i quali si procede. A tali condizioni appare, dunque, superfluo un ritorno del processo alle fasi precedenti, salvo che la cognizione non appartenga alla competenza di un giudice superiore.

L'**art. 518 c.p.p.**, invece, consente le contestazioni del PM nella medesima udienza, purché non configuranti reati connessi *ex art. 12, comma 1, lett. b)*, c.p.p. o circostanze aggravanti, il giudice le autorizzi e l'imputato presente consenta. Pertanto, se nel caso dell'art. 517 la scelta è subordinata ad una valutazione circa il pregiudizio che l'economia processuale può subire circa la rapida definizione del processo, nell'ipotesi dell'art. 518 c.p.p., la scelta è rimessa alle strategie difensive dell'imputato^[1]. Emerge, dunque, in tutta la sua complessità, come la differenza tra **fatto “diverso”** e **fatto “nuovo”** non sia questione meramente terminologica, ma comporti importanti risvolti circa il *modus operandi* del PM.

Nel caso di specie, la Corte afferma come la contestazione suppletiva promossa dal PM

nel corso del dibattimento di primo grado atteneva specificamente ad elementi già acquisiti nel corso delle indagini preliminari e rientranti a pieno titolo nell'ipotesi di cui all'art. 12, lett. b) c.p.p. Pertanto, mancando un limite temporale o di fonte all'esercizio del potere di modifica dell'imputazione in dibattimento da parte del pubblico ministero (Cass. Pen. N. 10551/1999) e mancando la necessità di far retroagire il processo alla fase delle indagini preliminari, la Corte, sulla base di consolidata giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. Pen. n. 3192/2009), ritiene **pianamente legittima la contestazione suppletiva ex art. 517 c.p.**, ritenendo irrilevante il mancato consenso dell'imputato e l'autorizzazione del Presidente. In altri termini, la contestazione suppletiva effettuata dal PM nel corso dell'istruttoria dibattimentale di primo grado aveva ad oggetto *“da un lato, le circostanze aggravanti previste dall'art. 585 c.p. e art. 61 c.p. n. 11 ter, dall'altro lato il delitto di cui all'art. 61 c.p., n. 11 ter e art. 110 c.p. e art. 612 bis c.p., comma 3, che rientra nell'ipotesi prevista dall'art. 12 c.p.p. lett. b, trattandosi di reato unificato sotto il vincolo della continuazione con gli altri reati originariamente contestati agli imputati”*, sostenuti tutti dallo stesso disegno criminoso.

3.2 (segue) Travisamento della prova o travisamento del fatto?

Allo stesso modo infondati appaiono gli ulteriori motivi di impugnazioni in quanto generici e di natura fattuale. In altre parole, ciò che viene dedotto dai difensori tramite ricorso non è il **vizio di “travisamento della prova”** che ricorre nelle ipotesi in cui il giudice di merito fonda il convincimento su prove che non esistono o su risultati oggettivamente diversi da quelli reali, ma, bensì, deducono un **vizio del “travisamento del fatto”**, che per consolidata giurisprudenza di legittimità, non può essere oggetto di valutazione da parte della Corte di Cassazione. Orbene, rimettere una reinterpretazione delle risultanze processuali alla Corte di legittimità comporterebbe un'indebita operazione, estranea al ruolo e alla funzione svolta da tale giudizio (Cass. Pen. n. 10289/2014). Talaltro, nel caso *de quo*, i giudici di secondo grado hanno articolato la responsabilità degli imputati sulla base di concreti elementi probatori, fondati principalmente sulla narrazione credibile e attendibile della persona offesa, peraltro coadiuvata da importanti elementi di riscontro.

3.3 (segue) Relazione tra bullismo e atti persecutori: lo stalking scolastico

Infine, la Corte riserva uno specifico riferimento al reato di atti persecutori contestato da entrambi gli imputati. Come è noto, con il termine stalking *“si fa riferimento a un fenomeno di molestie assillanti e cioè un insieme di comportamenti ripetuti ed intrusivi*

di sorveglianza, controllo, ricerca di contatto e comunicazione che talora degenera nella vera e propria violenza, nei confronti di una vittima che non gradisce questi comportamenti, fonte di fastidio, preoccupazione, se non vera e propria paura-ansia o, comunque, di uno stato di sofferenza psicologica”[2].

Tale fenomeno, emerso originariamente in relazione ad episodi di molestie assillanti da parte dei fans nei confronti di persone famose, è entrato a far parte dell’ordinamento penale con il **d.l. n. 11/2009 (convertito dalla l. n. 38/2009)** che ha introdotto all'**art. 612 bis c.p.**, il reato di "atti persecutori". Tale reato ha nel tempo rivestito una nozione sempre più ampia, facendo rientrare in essa anche episodi di mobbing e di bullismo. Il **bullismo**, infatti, può essere definito come una relazione violenta fondata sull’asimmetria di potere che lega il bullo e la vittima. Tralasciando le diverse sfumature di tale asimmetria, si tratta, in ogni caso, di una condotta violenta che vede un soggetto vessare un altro attraverso i comportamenti più vari e reiterati nel tempo. Secondo lo psicologo *Dan Olweus*[3], tra i primissimi Autori a prestare particolare attenzione al fenomeno, il bullismo si caratterizza per un’azione di prevaricazione fisica o verbale, originata da uno squilibrio di forza o potere, prolungata nel tempo.

L’attenzione alla tematica è di stretta attualità ed è dimostrata dalla recente **novella normativa, L. n. 107 del 2017**[4], la *cd. Buona Scuola*, che ha definito la prevenzione e il contrasto alla discriminazione e al bullismo, anche informatico, come uno degli obiettivi formativi prioritari. Tuttavia, seppur si tratta di un fenomeno diffuso e studiato in diverse categorie psicologiche e sociologiche è privo di una norma civile e penale *ad hoc* che sanzioni specificamente questo comportamento. Nonostante ciò, il reato di stalking ben si presta a punire il comportamento del bullo.

Nel caso in questione, la vittima risultava oggetto di continue iniziative minacciose di natura persecutoria. Ripetute risultano le spinte e i calci subite dal ragazzo dai due imputati, accertati dalla presenza nel minore di numerosi lividi ed ematomi. Succube del potere prevaricante dei compagni di classe, sottomesso a forme di intrusione relazionale che provocano preoccupazione e timore, il ragazzo è addirittura costretto ad abbandonare definitivamente la scuola. Per i Giudici di Piazza Cavour il percorso argomentativo seguito dalla Corte di merito appare del tutto condivisibile anche con riferimento alla sussistenza dei requisiti normativi previsti dall’art. 612 bis c.p., disattendendo in tal modo gli argomenti spesi dalla difesa degli imputati. Invero, tre sono gli eventi finali il cui verificarsi segna la consumazione del reato: **il grave e perdurante**

stato di ansia e di paura; il fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di una persona al medesimo legata da una relazione affettiva; l'alterazione delle proprie abitudini di vita. Si tratta, secondo dottrina e giurisprudenza consolidata, di *eventi previsti in via alternativa* e dunque, ai fini dell'integrazione della fattispecie tipica, basta che se ne verifichi uno solo, anche se non è da escludere che se ne possa realizzare anche più d'uno come conseguenza delle stesse condotte reiterate. La sentenza *de qua* afferma al riguardo che *“la pluralità delle condotte vessatorie poste in essere dai due imputati in danno del L.B., per tutto il periodo dell'anno scolastico in cui egli frequentò la scuola, costringendolo, prima, ad interrompere la frequenza scolastica ed, alla fine, ad abbandonare la scuola, eventi che, avendo determinato un'evidente alterazione delle condizione di vita del minore, integrano, come correttamente ritenuto dal giudice di appello, la fattispecie incriminatrice, di cui all'art. 612 bis c.p., unitamente all'accertato stato di ansia e di paura per la propria incolumità fisica, insorto nel minore”*^[5].

3.4 (segue) Lesioni personali volontarie o percosse?

Con riguardo al contestato reato di lesioni personali volontarie, i ricorrenti lamentavano manifesta e contraddittorietà della motivazione. Più precisamente, si lamenta la **mancata riqualificazione del fatto nel reato di percosse ex art. 581 c.p.** Anche in questo caso la Corte concorda con le risultanze dei giudici di merito, desumendo la presenza del più grave reato di lesioni dall'accertata presenza sul minore di lividi ed ematomi che, secondo consolidata giurisprudenza, vanno considerati *“malattia”* ai sensi e dell'art. 582 c.p.

Difatti, la stessa Suprema Corte ha in più occasioni affermato come anche un'alterazione lieve dell'integrità fisica della persona, risultante dall'infiltrazione di sangue nel tessuto sottostante l'epidermide, è in grado di integrare l'evento *“malattia”* richiesto dalla fattispecie di lesioni (Cass. Pen., n. 2433/2006; Cass. Pen, n. 10986/2010; Cass. Pen., n. 10986/2010).

3.5 (segue) Circostanze attenuanti

Infine, manifestamente infondati sono i rilievi circa la mancata **concessione delle attenuanti generiche ex art. 62 bis c.p.** e la conseguente diminuzione della pena. Nello specifico, la presenza a carico di uno degli imputati di un precedente penale, oltre la mancanza di una reale processo di maturazione e rivisitazione critica della condotta

tenuta, impediscono, sulla base del corretto uso dei criteri fissati dall'art. 133 c.p., di concedere le attenuanti generiche.

4. Considerazioni conclusive

In linea con l'intento legislativo di porre freno al dilagante fenomeno del cyberbullismo[6] in tutte le sue manifestazioni, con un specifica strategia di educazione e prevenzione nei confronti dei minori coinvolti, anche la giurisprudenza continua la sua opera. Tramite il richiamo alla fattispecie di stalking si è inteso, dunque, apprestare un tutela forte e pene esemplari nei confronti di tutti coloro che, approfittando della debolezza del compagno, lo rendono vittima di continui atti di sopraffazione fisica e psichica, spesso coperti da una sorta di omertà consapevole che induce ad accettarli come comportamenti normali. Molti studiosi sono concordi nel sottolineare il profondo disagio e sofferenza psicologica che deriva nella personalità del minore vittima di tali soprusi.

La diffusione di internet e della rete ha, inoltre, aumentato il potenziale offensivo del bullismo, rendendolo ancora più persistente e pericoloso. In conclusione può quindi affermarsi che tramite la recente legge n. 71 del 2017 si è finalmente aperta una breccia all'interno del tema scottante del bullismo, in cui la giurisprudenza pone sempre maggiore attenzione.

Traendo le fila del discorso sin qui svolto, occorre sottolineare come un vero cambio di marcia sul punto deve partire sostanzialmente dalla società civile e da un rinnovato senso di legalità e rispetto reciproco, che prescinde e sovrintende la presenza o meno di un normativa *ad hoc*, ma si radica profondamente nella cultura di un Paese.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Vincenzo Perchinunno – *Percorsi di procedura penale*, Volume 4, 2008

[2] Anna M. Maugeri – *Lo stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, 2010

[3] Per approfondimenti: D. Olweus - *Bullying at School: What We Know. and What We Can Do*, 1996

[4] Ai sensi dell'art. 1 comma 2 della suddetta legge si legge che “*ai fini della presente legge, per «cyberbullismo» si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché' la diffusione di contenuti on line*

aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo”.

[5] Con la sentenza n. 28623 del 2017 la Cassazione ha per la prima volta riconosciuto la sussistenza del reato di atti persecutori di cui all’art. 612 bis c.p. in caso di bullismo in ambito scolastico, confermando le condanne inflitte a quattro ragazzi che, all’epoca dei fatti studenti minorenni di un istituto tecnico, avevano preso di mira per due anni un compagno di scuola, picchiandolo e insultandolo, fino al punto di indurlo, dopo essere finito in ospedale, a lasciare la scuola per trasferirsi altrove.

[6] Secondo i dati del rapporto dell’ISTAT del 2015 ad oggetto [“Il Bullismo in Italia: comportamenti offensivi e violenti fra i giovanissimi”](#) nel 2014, poco più del 50% degli 11-17enni ha subito qualche episodio offensivo, non rispettoso e/o violento da parte di altri ragazzi o ragazze nei 12 mesi precedenti. Il 19,8% è vittima assidua di una delle “tipiche” azioni di bullismo, ossia le subisce più volte al mese. Per il 9,1% gli atti di prepotenza si ripresentano con cadenza settimanale. Hanno subito ripetutamente comportamenti offensivi, non rispettosi e/o violenti più i ragazzi 11-13enni (22,5%) che gli adolescenti 14-17enni (17,9%); più le femmine (20,9%) che i maschi (18,8%). Tra gli studenti delle superiori, i liceali sono in testa (19,4%); seguono gli studenti degli istituti professionali (18,1%) e quelli degli istituti tecnici (16%).

IMMIGRAZIONE CLANDESTINA: RIMESSA ALLE SEZIONI UNITE LA QUESTIONE SULLA DISTINZIONE DEL REATO BASE DALLE AGGRAVANTI

La Corte di Cassazione con ordinanza n. 11889 del 15 marzo 2018 rimette alle Sezioni Unite la questione in merito al rapporto tra il primo comma e il terzo comma dell'art. 12 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Ilaria Taccola - Pubblicazione, lunedì 30 luglio 2018
Redattore: **Francesco Rizzello**

Sommario: 1. Premessa; 2. Il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; 3. L'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite.

1. Premessa

Le circostanze del reato vengono definite come quegli elementi accessori che non modificano la struttura del reato, bensì incidono sugli effetti sanzionatori della fattispecie criminosa.

Più precisamente, gli elementi accidentali del reato non aggiungono niente in più alla fattispecie incriminatrice, già perfetta nella sua struttura, ma si limitano unicamente a modificare la cornice edittale.

Infatti, le circostanze del reato svolgono la funzione di adeguare il trattamento sanzionatorio al caso concreto, consentendo una maggiore individualizzazione dell'illecito penale e della responsabilità. Inoltre, le circostanze limitano la discrezionalità del giudice nella determinazione della pena.

Si deve peraltro precisare che con la riforma operata dal Legislatore nel 1974 all'art. 69 c.p., si è consentito il giudizio di bilanciamento con ogni tipo di circostanza, quindi anche con quelle a efficacia speciale e con la recidiva. Di conseguenza, la discrezionalità del giudice è notevolmente ampliata rispetto a prima.

Inoltre, come è noto, nel nostro ordinamento vige il principio della tassatività delle

circostanze e dell'obbligatorietà della loro applicazione.

Uno degli argomenti più dibattuti in dottrina e in giurisprudenza attiene proprio alla distinzione tra elemento accidentale ed essenziale. Difatti, la disciplina delle circostanze differisce in tema di elemento soggettivo (art. 59 c.p.), di concorso (art. 69 c.p.) e sotto il profilo processuale della contestazione all'imputato (art. 517 c.p.p.).

La definizione fornita precedentemente di circostanze del reato non offre alcun criterio risolutivo per individuare quando un elemento specializzante della norma costituisce una fattispecie autonoma o una circostanza.

Infatti, i problemi maggiori sorgono proprio quando il legislatore non definisce espressamente l'elemento specializzante come circostanza e non offre neanche dei criteri risolutivi.

Uno dei primi criteri individuati dalla dottrina è stato quello della specialità, ossia si definisce circostanza quell'elemento che contiene tutti gli elementi della fattispecie base con uno o più elementi specializzanti per aggiunta o per specificazione rispetto all'ipotesi base. Tale criterio non è stato definito risolutivo, poiché una fattispecie autonoma di reato può essere speciale rispetto a un'altra.

I successivi criteri definiti strutturali, ossia quello della descrizione *per relationem* e quello della determinazione della pena non sono stati ritenuti esaustivi. Nel caso del criterio *per relationem*, si ritiene che quando la fattispecie viene descritta attraverso il rinvio a un'altra fattispecie, di conseguenza siamo in presenza di una circostanza.

Viceversa, nell'analisi della determinazione della pena, si ritiene che sussista l'elemento circostanziato quando la norma, pur richiamando la pena prevista in un'altra fattispecie, applica una variazione in aumento o diminuzione.

Tali criteri non sono stati ritenuti esaurienti, poiché come è noto, nel caso del criterio della descrizione *per relationem*, non è raro che si richiami una fattispecie che costituisca un reato autonomo. Per quanto riguarda, invece, il criterio della determinazione della pena, non è insolito riscontrare dei casi in cui pur sussistendo l'utilizzo di formule "si aumenta" o "si diminuisce", non si rilevi il rapporto di specialità.

Un ulteriore criterio è quello teleologico, ossia quando la fattispecie tutela un bene giuridico diverso rispetto alla fattispecie presa come termine di riferimento, di

conseguenza siamo in presenza di una fattispecie autonoma.

Infine, viene anche utilizzato il criterio topografico che consiste nel verificare se la disposizione in analisi è inserita in un articolo separato, oppure è formulata nello stesso articolo.

Un'autorevole dottrina^[1], ha sottolineato che il criterio più attendibile è quello che valorizza la funzione degli elementi circostanziati, ossia il fatto che non aggiungono nulla di più alla fattispecie di base.

Pertanto, secondo l'autorevole dottrina citata, innanzitutto è imprescindibile che le circostanze siano costituite da elementi specializzanti in coincidenza con gli elementi essenziali della fattispecie base. Di conseguenza, la circostanza non può essere costituita da elementi che sostituiscono o si aggiungono agli elementi della fattispecie base. Ad esempio, le lesioni gravi o gravissime di cui all'art. 583 c.p. che essendo in rapporto di esclusione reciproca con le lesioni di cui all'art. 582 c.p., costituiscano una fattispecie autonoma e non circostanziata.

2. Il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina

La legge 94/2009 ha apportato una modifica notevole all'art. 12 D.lgs. 286/1998 (Legge Turco – Napolitano) prevedendo quattro ipotesi reato:

- a. Al primo comma si prevede una fattispecie base che sanziona *“salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona”*
- b. Al terzo comma si delinea una fattispecie che richiama l'ipotesi base di cui al primo comma con l'aggiunta di elementi specializzanti individuati in via alternativa dalla lettera a) alla lettera d)
- c. Al quinto comma si configura una fattispecie di favoreggiamento della permanenza illegale
- d. Al quinto comma bis, si prevede la fattispecie di delitto di alloggio o cessione di immobile a uno straniero irregolare
- e. Ai commi 3 bis e 3 ter si prevedono delle circostanze aggravanti

In merito al terzo comma dell'art. 12 T.U. immigrazione, gli interpreti si sono domandati se quest'ultimo costituisca un'ipotesi autonoma di reato o un elemento circostanziato.

Analizzando la norma e utilizzando il criterio strutturale, una parte della giurisprudenza ha sempre ritenuto che l'art. 12, terzo comma T.U. immigrazione, costituisca un elemento circostanziato proprio in ragione del fatto che si porrebbe in rapporto di specialità con l'ipotesi di cui al primo comma. Invero, la condotta descritta dalla fattispecie di cui al terzo comma è identica a quella di cui al primo comma, con l'aggiunta di elementi specializzanti previsti in via alternative dalla lettera a) alla lettera d). Si tratterebbe, infatti, di un rapporto di specialità per aggiunta[2]. Difatti, si deve tenere presente, che prima della riforma, una parte della giurisprudenza riteneva che l'ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina caratterizzata dal fine del profitto, costituisca una fattispecie circostanziata [3].

Al contrario, un orientamento giurisprudenziale riteneva che la fattispecie di cui all'art. 12 comma terzo T.U. immigrazione, integrasse un'ipotesi di reato autonomo e non circostanziale. Più precisamente, una parte della giurisprudenza sosteneva che la disposizione in esame costituisca un reato di evento, a differenza della fattispecie di cui al primo comma che integra un reato di pericolo o a consumazione anticipata.

Invero, secondo quest'interpretazione, la fattispecie di cui al terzo comma richiederebbe l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio per perfezionarsi, a differenza della disposizione di cui al primo comma che richiede unicamente "atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso"[4].

Tale soluzione interpretativa deriva dall'utilizzo del criterio sistematico e letterale poiché il comma 3 ter delinea delle circostanze ad effetto speciale richiamando i fatti previsti dai commi primo e terzo. Infatti, secondo alcuni interpreti, non si potrebbe configurare la circostanza di una circostanza.

Inoltre, utilizzando il criterio teleologico, si ritiene che l'aumento edittale applicato al reo avrebbe una giustificazione unicamente se si trattasse di una fattispecie consumata, non essendo logico infliggere un trattamento edittale più severo a una fattispecie tentata.

Secondo un'altra interpretazione[5], la disposizione di cui al terzo comma dell'articolo in esame pur configurando una fattispecie di reato autonomo non richiederebbe l'effettivo ingresso dello straniero, non essendoci un dato testuale che richieda l'ingresso

effettivo nel territorio dello Stato. Invero, i fatti richiamati nelle lettere da a) a e) non offrono alcun indice testuale che avvalora l'interpretazione della sentenza Scarano[6].

3. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite

Il Tribunale di Mantova aveva condannato l'imputato alla pena di anni due e sei mesi di reclusione e 100.000 euro di multa, per aver compiuto in concorso con altri soggetti giudicati separatamente, atti diretti a procurare l'ingresso illegale di tre cittadini Pakistani ai sensi dell'art. 12, terzo comma lettera d) D.lgs. n. 286/1998, esclusa la continuazione e concesse le attenuanti.

La Corte di appello di Brescia aveva riformato la sentenza di condanna di primo grado, ascrivendo all'imputato la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 12 D.lgs. n. 286/1998, riducendo di conseguenza la pena ad anni uno di reclusione e 20.000 euro di multa. La riqualificazione veniva operata, poiché nessuno dei tre cittadini Pakistani aveva fatto effettivamente ingresso nel territorio dello Stato.

Il Procuratore generale presso la Corte di appello di Brescia ricorreva in Cassazione deducendo l'erronea applicazione dell'art. 12 commi primo e terzo D.lgs. n. 286/1998, ritenendo che la disposizione di cui al terzo comma non richiedesse l'effettivo ingresso nel territorio ai fini del perfezionamento.

Infatti, il Procuratore generale sosteneva che non vi fosse alcun riferimento letterale che avvalorasse la tesi, secondo la quale, l'ipotesi prevista al terzo comma richiedesse l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato. Invero, nelle lettere e) e d) non vi è alcun riferimento all'ingresso e nelle lettere b) e c) il riferimento alla persona trasportata non implica necessariamente l'ingresso nel territorio dello Stato.

Inoltre, la previsione della lettera a) al terzo comma dell'art. 12 D.lgs. n. 268/98 che richiama l'ingresso e la permanenza illegale nello Stato, si riferisce esclusivamente all'ipotesi in cui il fatto riguardi cinque o più persone.

La Corte di Cassazione ripercorrendo l'evoluzione giurisprudenziale citata ha ritenuto di rimettere il seguente quesito alle Sezioni Unite “Se in tema di disciplina dell'immigrazione, le fattispecie disciplinate dall'art. 12, comma terzo, del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 costituiscano circostanze aggravanti del delitto di cui all'art. 12, comma primo, del medesimo D.lgs. ovvero figure autonome di reato. In eventualità siffatta se il delitto di cui all'art. 12, comma 3, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 integri un

reato di pericolo o 'a consumazione anticipata', che si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a procurare l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, in violazione della disciplina di settore, non richiedendo l'effettivo ingresso illegale dell'immigrato in detto territorio”.

Infatti, se si ritenesse che la disposizione di cui al terzo comma costituisse una fattispecie circostanziata, soggiacerebbe al concorso con le circostanze attenuanti *ex art. 69 c.p.* e di conseguenza al giudizio di equivalenza.

Viceversa, nel caso in cui si ritenesse che la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 12 d.lgs. n. 286/1998 integrasse un reato autonomo, si dovrebbe chiarire se quest'ultimo configuri una fattispecie di pericolo o a consumazione anticipata, oppure un reato di evento che richiederebbe ai fini del perfezionamento l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato.

Nell'informazione provvisoria all'udienza del 21 giugno 2018, le Sezioni Unite hanno fornito la seguente soluzione: *«le fattispecie previste nell'art. 12, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998 configurano circostanze aggravanti del reato di pericolo di cui al comma 1 del medesimo articolo»*.

A parere dello scrivente, infatti, utilizzando il criterio sistematico e teleologico, la fattispecie di cui al terzo comma si pone in rapporto di specialità con la disposizione di cui al primo comma, essendo identica la descrizione della condotta in entrambe le fattispecie. Invero, al terzo comma vengono solamente introdotti in via alternativa degli elementi specializzanti dalla lettera a) alla lettera d). Pertanto, l'interpretazione più corretta e conforme al dato letterale è quella che ritiene la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 12 D.lgs. n. 286/1998 una circostanza aggravante.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Ferrando Mantovani Diritto penale Cedam 2017

[2] Cass. Sez. I, n. 14654 del 29/11/2016 Ud. (dep. 24/03/2017)

[3] Cass. sez. I, 17 novembre 2004, n. 44644

[4] Cass. sez. I 1 ottobre 2014, n. 40624 Ud. 25 marzo 2104 “in tema di disciplina dell'immigrazione, le condotte descritte ai commi terzo e terzo bis dell'art. 12 D.l.vo 25 luglio 198, n. 286 implicano l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, in violazione della disciplina di settore, presupposto invece non richiesto ai fini dell'integrazione dell'ipotesi di reato di cui all'art. 12, comma primo del medesimo D.l.vo,

che si configura come delitto a consumazione anticipata”.

[5] Cass. Sez. I, 31 marzo 2017, n. 45734.

[6] Vedi nota n. 4