

Lug/2016



CAMMINO DIRITTO

Articoli Scientifici

ISSN 2532-9871
Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

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, Francesco ORABONA, Francesco LONGOBUCCO, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe M ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SE CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

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

Redazione: Giuseppe FERLISI, Ilaria FERRARA

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CUI PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**
ISSN: 2532-9871 - 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>
Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it
Recapito telefonico: 02 87188451

Tutti i contributi pubblicati in questo questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma di parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere compiuto nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Indice dei contenuti

1 - L'OBBLIGAZIONE TRIBUTARIA. PRINCIPI E FONDAMENTO.

autore: **Daniela Mendola**, pubblicazione lunedì 4 luglio 2016

2 - SODDISFACIMENTO COATTIVO DELLA PRETESA ERARIALE. LIMITI E FONDAMENTO SEC VIVENTE.

autore: **Daniela Mendola**, pubblicazione martedì 19 luglio 2016

3 - RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE. LA CORTE DI CASSAZIONE NE AFFERMA LA NAT

autore: **Stefania Tirella**, pubblicazione mercoledì 20 luglio 2016

4 - I TERRORISTI NON HANNO DIRITTI

autore: **Saverio Setti**, pubblicazione giovedì 21 luglio 2016

L'OBBLIGAZIONE TRIBUTARIA. PRINCIPI E FONDAM

I rapporti tra Amministrazione finanziaria e contribuente sono riconducibili ai natura obbligatoria. Da tale assunto deriva l'applicabilità della disciplina privata obbligazioni e dei relativi principi.

autore **Daniela Mendola**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. L'obbligazione tributaria; 2. Buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione; 3. Contribuire alle spese dello Stato; 4. Conclusioni.

1. L'obbligazione tributaria.

Il rapporto che si instaura tra Amministrazione Finanziaria e contribuente è da definirsi un vero e proprio rapporto di natura obbligatoria. Come noto, l'obbligazione^[1] è la relazione tra soggetti che si trovano in una situazione di soggettiva opposta: attiva e passiva. Nella fattispecie è ravvisabile una parte attiva (creditore) e una parte passiva (debitore) ovvero il contribuente. All'obbligazione è applicabile la disciplina privatistica delle obbligazioni e, dunque, tutti i principi che regolano tale rapporto: buona fede^[2], leale collaborazione^[3], correttezza^[4], diligenza. Buona fede e correttezza riguardano il rapporto obbligatorio; mentre la correttezza è riferibile principalmente alla parte attiva e la diligenza alla parte passiva. Il creditore deve comportarsi correttamente, così come il debitore è tenuto a osservare la diligenza^[5] del buon padre di famiglia. L'obbligazione si considera estinta e, dunque, soddisfatta, ogniqualvolta sia soddisfatto l'interesse del creditore. Il contribuente, altresì, si libera dall'obbligo di adempimento della prestazione dovuta. L'adempimento deve essere esatto per soddisfare l'interesse del creditore, salvo che il creditore accetti un adempimento parziale. L'obbligazione tributaria ha come oggetto una somma di denaro che il contribuente è tenuto a corrispondere al fisco. Più precisamente, ed in tal caso il contribuente deve pagare la somma senza che vi corrisponda un servizio o un vantaggio dell'Amministrazione Finanziaria e tale obbligo trova tutela costituzionale espressa all'art. 53 della Costituzione, che stabilisce la capacità contributiva come presupposto per l'obbligazione tributaria. La capacità contributiva è il presupposto per il contribuente di essere tenuto a concorrere alle spese dello Stato. Il contribuente, tuttavia, può essere tenuto a corrispondere una tassa ottenendo in tale ipotesi un servizio o, ancora, può essere tenuto al versamento di un'imposta a disciplina applicabile sia quella privatistica, il rapporto tra Amministrazione Finanziaria e contribuente è di natura obbligatoria e di corrispettività, ma di correlatività. Nessun rapporto di natura sinallagmatica è ravvisabile nel rapporto dell'obbligazione tributaria resta sempre e comunque la legge e non l'autonomia privata. Il rapporto tra Amministrazione Finanziaria e contribuente non è configurabile un rapporto paritario, ma di imperio o

dell'Amministrazione Finanziaria sul contribuente. Il contribuente è tenuto a corrispondere all'er entro un termine prestabilito a carattere "essenziale" decorso il quale l'Amministrazione proced ottenere l'adempimento dell'obbligazione tributaria. Da ciò consegue che il contribuente o ade oppure sarà costretto ad adempiere all'obbligazione mediante la cd. riscossione^[6] coatti dell'obbligazione tributaria si desume dal disposto di cui all'art. 23 della Carta Costituziona "nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

2. Buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione.

L'Amministrazione Finanziaria deve comportarsi secondo i principi dell'imparzialità e del t significa che nell'effettuare il prelievo fiscale deve tener conto dell'effettiva situazione econom l'avviso di accertamento eventualmente emesso deve essere legittimo. I provvedim Amministrazione, come noto, godono di una presunzione di legittimità che il contribuente provando una condotta dell'Amministrazione *contra legem*. Ad esempio, il provvedimento sarà l in cui il contribuente sarà stato chiamato a contraddire e a presentare le sue osservazioni in tutte contraddittorio è tassativamente previsto. Ecco che il contraddittorio torna ad essere una garanzia fine di evitare automatismi nell' emissione di atti che non trovano alcuna ragione giustificatric dell'Amministrazione potrà essere considerato legittimo e conforme ai principi di cui al Costituzionale. In tema di contraddittorio di grande interesse è la sentenza della Cassazion dicembre 2015 n. 24823 a tenore della quale *"differentemente dal diritto dell'Unione europea, il stato della legislazione, non pone in capo all'amministrazione fiscale che si accinga ad adott lesivo dei diritti del contribuente in assenza di specifica prescrizione, un generalizzato obbli endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, l'invalidità dell'atto. Ne consegue che, i armonizzati", l'obbligo dell' amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocediment dell'atto sussiste esclusivamente in relazione alle ipotesi, per le quali siffatto obbligo risulti sp mentre in tema di tributi "armonizzati", avendo luogo la diretta applicazione del diritto dell' dell'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale da parte dell'amministrazione comporta in campo tributario, l'invalidità dell'atto, purché, in giudizio, il contribuente assolva l'onere di en ragioni che avrebbe potuto far valere, qualora il contraddittorio fosse stato tempestivan l'opposizione di dette ragioni si riveli non puramente pretestuosa e tale da configurare, in generale di correttezza e buona fede ed al principio di lealtà processuale, sviamento dello strum alla finalità di corretta tutela dell'interesse sostanziale, per le quali è stato predisposto".* A ciò provvedimenti amministrativi devono essere motivati per consentire al contribuente di con prelievo fiscale e preparare un'adeguata difesa. L'iter logico-giuridico, infatti, consente al contri legittimità dell'operato della Pubblica Amministrazione e la sua conformità ai principi cost trattarsi di un mero recupero, ma di un recupero giusto ed equo. *Ad abundantiam "con l'entrata i*

del contribuente, che trova fondamento nel diritto comunitario, vengono attuati in materia tributaria partecipazione di cui alla legge n. 241 del 1990; infatti instaurandosi la fase del contraddittorio del procedimento tributario, si sostanzia il principio di leale collaborazione tra Amministrazione contribuente, cui è collegato il rispetto dell'obbligo di comunicazione degli atti imponibili e la tutela di difesa della persona fisica nonché il buon andamento della pubblica amministrazione” (Comr (Calabria) sez. III 14 marzo 2016 n. 410).

3. Dovere di contribuire alle spese dello Stato.

A carico dei contribuenti sussiste un duplice obbligo: presentare la dichiarazione tributaria[7] l'imposta dovuta. Mediante il sistema dell'autotassazione ovvero denuncia verificata il contribuente all'Amministrazione Finanziaria della propria situazione reddituale e dell'idoneità della sua attività all'obbligazione tributaria. Per ciò che concerne l'obbligo per il contribuente di provvedere al versamento dell'imposta dovuta, nel nostro ordinamento vige il cd. principio di capacità contributiva costituzionalmente tutelato al tenore del quale, “*tutti sono tenuti a concorrere alle spese dello Stato in ragione della propria ricchezza*”, che, in altre parole, cristallizza il dovere di tutti a contribuire alle spese sostenute dallo Stato. Per finanziare la sua attività, l'Amministrazione Finanziaria necessita di entrate che provengono dai cittadini-contribuenti[8]. E, questi ultimi, sono tenuti in virtù di un dovere assoluto e imputato direttamente dalla legge. Ravvisiamo, altresì, una duplice tutela: da un lato l'Amministrazione Finanziaria deve recuperare somme utili per l'esercizio della sua attività e, dall'altro, il cittadino contribuente è tenuto a produrre reddito ed in base allo stesso, non potendosi pretendere un *quantum debeatur* superiore a quello che configurerebbe una violazione di legge (art. 53 Costituzione). L'adempimento può avvenire spontaneamente o coattivamente mediante il sistema della riscossione ad opera dell'Agente della riscossione. È l'Amministrazione Finanziaria che pretende l'adempimento e tutela il pubblico interesse, mentre il contribuente è tenuto a produrre il presupposto d'imposta ed è tenuto, dunque, al pagamento dell'imposta[9]. Il presupposto economico attribuibile al soggetto che determina il sorgere dell'obbligazione tributaria. Nel caso delle persone fisiche (Irpef), ad esempio, il presupposto non è altro che la produzione di reddito[10] come somma di denaro derivante da un'attività produttiva. Restando in tema di irpef, si applica il principio di progressività[11] a tenore del quale l'imposta dovuta aumenta all'aumentare della base imponibile. Il principio di uguaglianza che governa le imposte dirette e trova cittadinanza all'art. 53, comma 2, della Costituzione nella massima espressione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), atteso che, a situazioni economiche diverse, corrisponde la medesima tassazione e a situazioni economiche differenti una tassazione differente. Al punto della Costituzione vanno letti in combinato disposto e formano un *unicum* inscindibile. Si tiene conto delle condizioni personali e familiari del soggetto passivo secondo una tassazione per scaglioni. Di conseguenza, per l'imposta di registro il fatto economico da cui trova scaturigine il dovere contributivo va ravvisato

un atto. L'imposta di registro[12] colpisce i trasferimenti di ricchezza ed è un'imposta indifferente alle variazioni in base alla capacità contributiva del soggetto, ma si collega al valore intrinseco del registro segue, dunque, il principio di proporzionalità[13]. Ecco che, allora, appare netta la linea tra imposte dirette e imposte indirette[14], laddove le imposte dirette considerano la situazione "a carico del contribuente al fine di colpire un'effettiva capacità contributiva, mentre le imposte indirette colpiscono la capacità contributiva meramente "indiretta".

4. Conclusioni.

La disciplina tributaria è governata dai principi costituzionali che sono recepiti in modo diretto dallo Statuto dei diritti del contribuente. In particolare, principio cardine, è la leale collaborazione tra Stato e cittadino che si concretizza nell'adempimento dell'obbligo contributivo da parte del cittadino contribuente e della capacità contributiva da parte dell'Amministrazione Finanziaria. L'interesse, quello fiscale, a recuperare somme da utilizzare per l'esercizio dell'attività amministrativa, ma anche quello di assicurare un'attività amministrativa fiscale giusta ed equa nel pieno rispetto dei principi costituzionali.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cassazione civile sez. III 18 maggio 2016 n. 10140 in www.dejure.it "L'adempimento spontaneo di un'obbligazione del terzo determina l'estinzione dell'obbligazione, anche contro la volontà del creditore, ma non attribuisce al terzo un titolo per agire direttamente nei confronti del debitore, non essendo in tal caso configurabile né quella per volontà del creditore, prevista dall'art. 1201 c.c., né quella per volontà del debitore, prevista dall'art. 1202 c.c., né quella per volontà del debitore, prevista dall'art. 1203 n. 3 c.c."

[2] Cassazione civile sez. trib. 20 gennaio 2016 n. 967 in www.dejure.it "in tema di contenzioso tributario, finanziaria, ove contesti al cessionario/committente l'assenza di buona fede in caso di irregolarità fiscali o di provare ed allegare gli elementi probatori su cui si fonda la contestazione, tra i quali possono rilevare, elementi sintomatici della mancata esecuzione della prestazione dal fatturante, l'assenza della minima strumentale, l'immediatezza dei rapporti (cedente/prestatore fatturante interposto e cessionario/committente), l'inidoneità allo svolgimento dell'attività economica e la non corrispondenza tra i cedenti e la società coadiuvata (Cassa con rinvio, Comm. Trib. Reg. Lazio, 27/05/2010)".

[3] Consiglio di Stato sez. III 25 novembre 2015 n. 5359 in www.dejure.it "Prima della scadenza del termine delle direttive comunitarie nell'ordinamento giuridico interno è inconfigurabile qualsiasi efficacia diretta, particolare, nei c.d. rapporti verticali delle direttive europee (che, quindi, non possono essere qualificate, in termini di self-executing), per quanto dettagliate e complete; ma, non di meno, le stesse conservano un'efficacia giuridica che vincola sia i legislatori sia i giudici nazionali ad assicurare, nell'esercizio delle rispettive funzioni, il risultato voluto dalla direttiva; quanto ai contenuti di tale ridotta efficacia, si è, in particolare, chiarito che, per il recepimento, il rispetto del principio di leale collaborazione sancito all'art. 4, par.3, del Trattato, un verso, al legislatore nazionale l'approvazione di qualsiasi disposizione che ostacoli il raggiungimento del risultato risulta preordinata la direttiva e impone, per un altro, ai giudici nazionali di preferire l'opzione ermeneutica maggiormente conforme alle norme europee da recepire, di guisa che non venga pregiudicato il risultato voluto dall'atto normativo europeo. (AnnullaTarLazio, Roma, sez. III, n. 851 del 2015)".

[4] Cassazione civile sez. III 20 aprile 2012 n. 6283 in www.dejure.it "in base alle regole della responsabilità dell'amministrazione finanziaria non può essere chiamata a rispondere del danno eventualmente causato al cittadino il solo dato oggettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, essendo necessario che la stessa"

illegittimo, abbia anche violato le regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, che costituiscono alla sua azione di carattere discrezionale”.

[5] Cassazione civile sez. II 19 aprile 2016 n. 7708 in www.dejure.it “*L’obbligo di diligenza, ai sensi del con gli articoli 1176, comma 2, e 2236 c.c. impone al legale di informare l’assistito di tutte le questioni in fatto raggiungimento del risultato o, comunque, produttive del rischio di effetti dannosi. La semplice sottoscrizione idonea a dimostrare una corretta informazione da parte del legale al proprio assistito delle scelte dell’avvocato dimostrare di aver informato correttamente il proprio assistito sulle possibili conseguenze di (nella specie, una società aveva citato in giudizio il proprio difensore al fine di veder dichiarato risolto professionalmente per inadempimento del professionista stante l’omessa chiamata in causa del terzo)”.*

[6] Cassazione civile sez. lav. 01 marzo 2016 n. 4032 in www.dejure.it “*l’iscrizione a ruolo dei crediti degli subordinati, ai sensi dell’art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 46 del 1999, all’emissione di un provvedimento esecutivo, è subordinata all’accertamento su cui la pretesa creditoria si fonda sia impugnato davanti all’autorità giudiziaria, senza che sia eseguito dall’ente previdenziale ovvero da altro ufficio pubblico e senza richiedere la conoscenza, da parte dell’impugnazione proposta. (Nella specie, la S.C., confermando la pronuncia di merito, ha escluso la corresponsabilità del ruolo effettuata dall’INAIL sulla base di un verbale di accertamento dell’INPS non esecutivo, in quanto imprecisa, ancora pendente nei confronti del solo ente accertatore). (Cassa con rinvio, App. Catanzaro, 13/07/2010).*

[7] Cassazione civile sez. trib. 29 aprile 2016 n. 8533 in www.dejure.it “*in tema d’IRPEF, i coniugi non legittimati a presentare un’unica dichiarazione dei redditi, in virtù della quale le imposte determinate separatamente per i redditi sommano e le ritenute e i crediti d’imposta si applicano sull’ammontare complessivo, verificandosi un’irregolarità in posizioni con riferimento alle componenti che ne consentono una riduzione, sicché il debito d’imposta dell’uno non è imputabile al credito d’imposta dell’altro (Cassa e decide nel merito, Comm. Trib. Reg. Marche, 29/11/2007)”.*

[8] Cassazione civile sez. trib. 16 marzo 2016 n. 5172 in www.dejure.it “*se il contribuente indica nella dichiarazione il rimborso IVA tale diritto non può essere assoggettato al termine biennale ma bensì a quello di prescrizione ordinaria*

[9] Cassazione civile sez. trib. 25 maggio 2016 n. 10793 in www.dejure.it “*il principio del divieto di doppia imputazione, art. 67 d.P.R. n. 600 del 1973 e 127 t.u.i.r., per la cui operatività è richiesta l’applicazione ripetuta della stessa imposta sul medesimo presupposto, non risulta violato in caso di duplicità meramente economica del reddito”.*

[10] Cassazione penale sez. IV 21 aprile 2016 n. 21577 in www.dejure.it “*la dichiarazione di un reddito infondata effettuata ai fini dell’ammissione al gratuito patrocinio, potrebbe non integrare il reato di cui all’art. 95 d.p. in difetto dell’elemento soggettivo quanto meno nella forma del dolo eventuale - se la dichiarazione è attestata e rilasciata dal patronato”.*

[11] Cassazione civile sez. trib. 30 dicembre 2015 n. 26057 in www.dejure.it “*in tema di imposte sui redditi, in caso di acquisto di titoli presso un fondo comune d’investimento e successiva rivendita, la percezione dei dividendi, essendo tale nozione integrata ogniqualvolta, a prescindere dalla natura civilistica o fiscale, siano utilizzati strumenti giuridici al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale ed in difetto di ragioni apprezzabili che giustifichino l’operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel vantaggio, quindi senza prestazioni contrattuali, la cui effettività deve essere dimostrata dal contribuente, in adempimento delle componenti passive del reddito; in caso di mancato assolvimento del menzionato onere probatorio, tale negligenza all’Amministrazione finanziaria, anche nel regime anteriore all’entrata in vigore dell’art. 7 bis della l. n. 42 del 1997, principio antielusivo accolto dall’art. 37, comma 3, del d.P.R. n. 600 del 1973, che non permette la diversificazione reale del reddito e quello apparente, ancorché essa derivi dall’interposizione di un terzo, quale espressione di abuso desumibile dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria e sotteso all’art. 110 del d.P.R. n. 600 del 1973, che menziona la capacità contributiva e la progressività dell’imposizione. (Rigetta, Comm. Trib. Reg. Emilia Romagna, 12/02/2016)*

[12] Cassazione civile sez. trib. 18 dicembre 2015 n. 25478 in www.dejure.it “*in caso di costituzione di un trust, l’espressione di liberalità, secondo la disciplina “ratione temporis” vigente in epoca anteriore al 3 ottobre 2001, non esprime un regime delle imposte indirette sui trasferimenti in misura proporzionale, poiché il trasferimento dei beni è transitorio e non esprime alcuna capacità contributiva, sicché il presupposto d’imposta si manifesta solo in caso di definitivo di beni dal “trustee” al beneficiario. (Rigetta, Comm. Trib. Reg. Lazio, sez. dist. di Latina, 20/10/2015)*

[13] Cassazione civile sez. trib. 19 giugno 2013 n. 15319 in www.dejure.it “*in tema di imposte ipotecarie e censi, l’art. 20 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, richiamato dall’art. 13 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 31, che prescrive l’interpretazione degli atti registrati, alla natura intrinseca ed agli effetti giuridici degli stessi sul loro contenuto apparente, vincola l’interprete a privilegiare il dato giuridico reale dell’effettiva causa negoziale*

registrazione, rispetto al relativo assetto cartolare; la disposizione in esame esprime la precisa volontà in quale oggetto del rapporto giuridico tributario, gli atti in considerazione non della loro consistenza documentari, né è incompatibile con la nozione di "imposta d'atto", non ponendosi essa in contrasto con quello costituzionale sancito dall'art. 23 Cost., o con quello di cui all'art. 41 Cost., mantenendo i soggetti integralmente privata, anche nelle ipotesi di collegamento negoziale. (Principio affermato dalla S.C. con riguardo alla sequenza, di finanziamento alla società contribuente, apporto del patrimonio immobiliare di questa ad investimento immobiliare verso accollo liberatorio del finanziamento in capo alla società di gestione dell'apportante di quote di partecipazione al Fondo per importo di gran lunga inferiore al valore finanziato stesamente ad altri partecipanti o investitori, tale fattispecie essendo stata apprezzata, legittimamente, come base imponibile per la proporzionalità della tassazione dei suoi effetti). Cassa e decide nel merito, Com. 13/01/2012".

[14] Cassazione civile sez. trib. 30 dicembre 2015 n. 26071 in www.dejure.it "l'accertamento di maggior imposta di una società di persone, se autonomamente operata, non determina, in caso d'impugnazione, la contraddittorietà nei confronti dei relativi soci. Tuttavia, qualora l'Agenzia abbia contestualmente proceduto ad accertamenti ai fini delle imposte dirette, IVA ed IRAP, fondati su elementi comuni, il profilo dell'accertamento concernente l'imponibile IVA, che non sia suscettibile di autonoma definizione in funzione di aspetti ad esso estranei, al vincolo necessario del "simultaneus processus" per l'inscindibilità delle due situazioni. (Cassa con rinvio Veneto, 01/07/2009)".

SODDISFACIMENTO COATTIVO DELLA PRETESA ERARIAE I LIMITI E FONDAMENTO SECONDO IL DIRITTO VIVENTE

L'Agente della riscossione può ottenere coattivamente il soddisfacimento della pretesa erariale. Al contribuente è riconosciuto il diritto di contestare la legittimità dell'operato dell'Agente della riscossione.

autore **Daniela Mendola**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Forme coattive di soddisfacimento del credito erariale.

Il contribuente se non provvede ad adempiere spontaneamente vi sarà tenuto coattivamente all'adempimento dell'obbligazione tributaria. Il fisco, dunque, per assicurarsi il soddisfacimento del credito può adottare le cd. *misure cautelari* che rappresentano una garanzia di adempimento tributario. Sono misure cautelari l'**ipoteca esattoriale** e il **fermo amministrativo**^[1] che consistono nel sequestro di beni di proprietà del contribuente al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligazione tributaria. In caso di mancato pagamento, divenuto definitivo l'avviso di accertamento, viene acquisita la qualità di debitore. Il ruolo è un elenco di debitori contenente l'indicazione delle generi e delle somme dovute che consente all'Agente di agire in via di riscossione. L'Agente della riscossione è il proprio mandatario dell'ente impositore e ha il compito di riscuotere le somme dovute dal contribuente.

E' bene precisare che la riscossione mediante ruolo può essere spontanea o coattiva. La prima avviene ogniqualvolta il contribuente esegua spontaneamente il pagamento mediante il versamento delle somme. In caso di riscossione mediante ruolo coattiva l'Ufficio si avvale del ruolo che rappresenta titolo esecutivo delle somme. Come testualmente dispone l'art. 45 rubricato "Riscossione coattiva", il concedente della riscossione coattiva delle somme iscritte a ruolo^[2], degli interessi di mora e delle spese di esecuzione dell'attività di riscossione è la **cartella di pagamento**^[3], atto proprio dell'Agente della riscossione che invita il contribuente, ormai debitore, ad eseguire il pagamento entro il termine indicato ovvero sessanta giorni con l'avvertimento che, in mancanza, si procederà ad esecuzione forzata.

La natura dell'ipoteca esattoriale.

Come ogni altro creditore, anche l'Amministrazione Finanziaria, per il tramite dell'Agente della riscossione può promuovere azioni cautelari e conservative, nonché ogni altra azione prevista dalle norme di diritto del creditore.

come previsto dall'art. 77 comma 1 d.P.R. n. 602 del 1973; in mancanza, l'atto è illegittimo e v. trib. prov.le Torino sez. XXXIII 18 dicembre 2008 n. 95). E, dunque, la motivazione dell'atto nella sua stessa emanazione, atteso che si tratta di un provvedimento aggressivo per il patrimonio richiede, altresì, una motivazione pari a quella richiesta nelle procedure ordinarie[12]

La tutela per il contribuente.

Prima di notificare il provvedimento di iscrizione ipotecaria[13] l'Agente della riscossione è tenuto a notificare al contribuente, che può adottare tutte le misure necessarie ad evitare il prodursi di effetti pregiudiziali al patrimonio ogniqualvolta l'azione esecutiva intrapresa risulti illegittima. Come testualmente dispone l'art. 2 bis, *“l'agente della riscossione è tenuto a notificare al proprietario dell'immobile una comunicazione contenente l'avviso che, in mancanza del pagamento delle somme dovute entro il termine di trenta giorni, l'agente della riscossione è tenuto a procedere all'iscrizione ipotecaria”*. Ecco che, dunque, il contraddittorio torna ad essere momento fondamentale per la riscossione ed elemento fondamentale per la difesa del contribuente.

La comunicazione preventiva di iscrizione ipotecaria riveste la funzione di chiamata a contraddittorio e opera a pena di nullità. Infatti qualora l'Agente non provvedesse alla notifica della comunicazione preventiva immediatamente alla notifica del provvedimento di iscrizione ipotecaria[14] incorrerebbe in un'ipotesi di nullità. La comunicazione preventiva di iscrizione ipotecaria deve contenere tutti gli elementi costitutivi del provvedimento di iscrizione ipotecaria. D'altronde *“ha carattere imperativo ed è necessaria a pena di nullità, prevedendo così forme di contraddittorio da evitare e consentendo al contribuente di provvedere spontaneamente, la regola stabilita dall'articolo 77 del DPR n. 602 del 1973, la quale prevede che l'agente della riscossione deve notificare al proprietario dell'immobile una comunicazione preventiva contenente l'avviso che, in mancanza del pagamento delle somme dovute entro i termini di trenta giorni, l'agente della riscossione è tenuto a procedere all'iscrizione ipotecaria”* (trib. prov. le Taranto sez. III 11 marzo 2016 n. 662). La comunicazione preventiva di iscrizione ipotecaria è impugnabile dal contribuente entro sessanta giorni dalla notificazione. Il concessionario deve osservare i principi di buona fede e leale collaborazione e attenersi alla correttezza nella gestione delle procedure. In mancanza della comunicazione preventiva di iscrizione ipotecaria il successivo provvedimento di iscrizione ipotecaria è di natura invasiva e pregiudizievole del patrimonio del contribuente. È necessario che il contribuente sia messo nella condizione di contraddire e, se del caso, di poter evitare il provvedimento di iscrizione ipotecaria.

Conclusioni.

L'Ufficio, per il tramite degli Agenti della riscossione, può ottenere il soddisfacimento della procedura di riscossione ad un principio di leale collaborazione deve essere informato preventivamente il contribuente e contestare l'operato dell' Agente della riscossione. E, ritorna, il contraddittorio come momento fondamentale per la riscossione ed elemento fondamentale per la difesa del contribuente.

contribuente che può difendersi dall'azione esecutiva, sia per l'Agente della Riscossione te provvedimento legittimo. Solo il contraddittorio può consentire un'analisi ampia e dettagliata contribuente debitore e allo stesso tempo garantire la legittimità dell'operato dell'Agente della risc

Note e riferimenti bibliografici

[1]Cassazione civile sez. un. 11 maggio 2009 n. 10672 in www.dejure.it “il preavviso di fermo amministrativo d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602 che riguardi una pretesa creditoria dell'ente pubblico di natura tributaria, innanzi al giudice tributario, in quanto atto funzionale a portare a conoscenza del contribuente una cartella esattoriale, rispetto alla quale sorge ex art. 100 c.p.c. l'interesse del contribuente alla tutela giurisdizionale della legittimità sostanziale della pretesa impositiva, a nulla rilevando che detto preavviso non compare nell'elenco degli atti impugnabili contenuto nell'art. 19 d.lg. 31 dicembre 1992 n. 546, in quanto interpretata in senso estensivo, sia in ossequio alle norme costituzionali di tutela del contribuente e di buona P.A., che in conseguenza dell'allargamento della giurisdizione tributaria operato con la l. 28 dicembre 2009 n. 112”.

[2]Tribunale Bari sez. II 16 novembre 2007 n. 44 in www.dejure.it “è legittima l'iscrizione ipotecaria qu avvenuta nel rispetto della normativa prevista dall'art. 77 d.P.R. n. 602 del 1973 e successive modifiche inutilmente il termine per il pagamento (sessanta giorni dalla notifica della cartella esattoriale - art. 77 d.P.R. cit.), il ruolo costituisce titolo per iscrivere l'ipoteca sugli immobili del debitore per un importo pari al ruolo iscritto. Unico limite per procedere ad espropriazione immobiliare è che le somme iscritte a ruolo nei confronti del debitore superino l'importo di euro 1.549,37 - dal 3 dicembre 2005 euro 8.000,00 - (art. 76 d.P.R. cit.), circostanza che non esclude il diritto dell'amministrazione di procedere esecutivamente in danno del debitore alle forme previste dalla legge speciale per la riscossione delle entrate fiscali. Va a riguardo evidenziato che pur superando il limite dell'art. 76, siano modesti rispetto al valore dell'immobile pignorato, l'iscrizione ipotecaria essere necessariamente effettuata prima di procedere all'espropriazione, la quale resta sospesa per un periodo di 60 giorni dall'iscrizione stessa al fine di consentire l'adempimento del contribuente ed il ricorso alla procedura esecutiva (art. 77 d.P.R. cit., comma 2)”.

[3]Tribunale Napoli sez. lav. 08 febbraio 2012 n. 4162 in www.dejure.it “in tema di cartelle esattoriali, in materia di cartelle esattoriali, la cartella esattoriale acquisisce efficacia di titolo esecutivo e quindi se non pagata consente alla riscossione di attivarsi per gli atti esecutivi (pignoramento, ipoteca, esproprio e tutte le misure di esecuzione consentite per legge) al fine del recupero del credito. In sostanza viene soppresso il cosiddetto precetto e definitivamente sancito che la cartella contiene in sé anche l'atto di precetto. Nel giudizio di opposizione possono farsi valere solo fatti impeditivi, modificativi od estintivi del rapporto consacrato nel provvedimento giudicato, costituente titolo esecutivo che si siano verificati successivamente alla sua formazione”.

[4]Cassazione civile sez. trib. 13 ottobre 2011 n. 21123 in www.dejure.it “in tema di contenzioso tributario, sensi dell'art. 19, comma 3, ultima parte, d.lg. 31 dicembre 1992 n. 546, requisito di ammissibilità dell'iscrizione di ipoteca sugli immobili di cui all'art. 77 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, per far valere l'atto pregresso autonomamente impugnabile, quale l'iscrizione a ruolo o la cartella esattoriale, la mancanza di tale atto anteriore; ne consegue che l'eccezione di decadenza quanto alla iscrizione di ipoteca ex art. 1 del 1973, per difetto di notificazione, deve ritenersi esclusa nel caso in cui manchi alcuna contestazione in

[5] Cassazione civile sez. trib. 09 novembre 2015 n. 22804 in www.dejure.it “in tema di riscossione delle redditi, qualora un credito iscritto a ruolo sia stato ridotto con sentenza definitiva, l'iscrizione dell'ipote preceduta né da una nuova iscrizione a ruolo, vincolando il provvedimento giudiziario sia l'Amministrazione il concessionario alla riscossione, né dalla notifica di una nuova cartella di pagamento con importo sufficiente, ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 77, comma 1, e 50, comma 1, del d.P.R. n. 602 temporis” vigenti, la notifica della prima cartella e la successiva comunicazione dello sgravio parziale del termine dilatorio previsto. (Cassa e decide nel merito, Comm. Trib. Reg. Lazio - Sez. dist. Latina, 25/11/2015)”.

[6] Comm. trib. reg. (Lombardia) sez. XXXVIII 30 settembre 2011 n. 124 in www.dejure.it “L'iscrizione dell'Agente della Riscossione sui beni destinati al fondo patrimoniale di cui agli art. 167 ss. c.c., è prevista dall'art. 170 c.c. se effettuata a garanzia di debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia; tale iscrizione sussiste, e deve pertanto ritenersi operante la piena responsabilità del fondo, se l'ipoteca “esattoriale garanzia di debiti tributari contratti nell'esercizio di un'attività lavorativa che deve ritenersi volta al sostentamento familiare. (M.M.)”.

[7] Comm. trib. reg. Milano (Lombardia) sez. XXXVI 31 gennaio 2011 n. 40 in www.dejure.it “in fase meramente funzionale all'esecuzione forzata, il ruolo costituisce titolo per iscrivere ipoteca sugli immobili coobbligati decorso inutilmente il termine di sessanta giorni dalla notificazione della Cartella di pagamento. (Sentenza n. 09793/2010 della Corte di Cassazione)”.

[8] Comm. trib. prov.le Pisa sez. II 26 maggio 2008 n. 49 in www.dejure.it “è illegittima e va annullata l'iscrizione ipotecaria sui beni immobili del contribuente effettuata ad ulteriore garanzia di un credito già assistito dal fermo di beni mobili registrati, allorché vi sia sproporzione tra lo strumento utilizzato e l'entità del debito, e inadempiuto, anche in quanto quest'ultimo trovi già congrua garanzia nel provvedimento di fermo”.

[9] Comm. trib. prov.le Cosenza sez. I 28 novembre 2007 n. 570 in www.dejure.it “Come ha già precisato il Consiglio di Stato nell'ordinanza 9 novembre 2007, n. 377, l'obbligo di indicare il responsabile del procedimento dell'amministrazione finanziaria e dei concessionari della riscossione» (oggi agenti - l. n. 248 del 2005), comma 2, lett. a), l. n. 212 del 2000 - c.d. Statuto del contribuente, «lungi dall'essere un inutile adempimento assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa, la piena informazione del cittadino (anche ai fini dei confronti del responsabile) e la garanzia del diritto di difesa, che sono altrettanti aspetti del principio dell'imparzialità della pubblica amministrazione predicati dall'art. 97 comma 1 Cost.» e tale principio, seppure riferito alle cartelle di pagamento, non può non riferirsi a tutti gli atti, ivi compresa l'iscrizione ipotecaria, sia perché detta norma riguarda in genere gli atti del concessionario, sia perché le cartelle di pagamento, le quali sono atti del concessionario che riproducono anche atti che non sono a loro volta, a maggior ragione deve riguardare atti propri ed esclusivi del concessionario, qual è l'iscrizione ipotecaria; con la conseguenza che l'iscrizione ipotecaria impugnata nella fattispecie è illegittima in quanto mancante dell'indicazione del responsabile del procedimento, impregiudicata la possibilità per l'agente della riscossione di procedere, qualora ancora in termini, alla riedizione dell'atto, emendando trattandosi di annullamento per vizio di legittimità”.

[10] T.A.R. Napoli (Campania) sez. VI 03 dicembre 2015 n. 5592 in www.dejure.it “l'interesse del contribuente all'ostensione degli atti propedeutici a procedure di riscossione è riconosciuto anche in via legislativa dalla previsione di obblighi in capo al concessionario per la riscossione. Le disposizioni sul diritto di accesso ai documenti amministrativi di maggiore definizione e speciali rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo in caso di accesso, la valutazione sulla sussistenza di un interesse all'esibizione è fatta direttamente dalla legge e non

per caso. A maggior ragione, quindi, la richiesta del contribuente non può mai essere valutata sotto il profilo della meritevolezza soggettiva da parte del concessionario, obbligato ex lege alla custodia ed all'esibizione, senza residui alcun margine di scelta. Ciò in quanto la copia della cartella di pagamento ex se costituisce tutela giurisdizionale delle ragioni della ricorrente e la concessionaria non ha quindi alcuna legittimità di scelte difensive eventualmente operate dal privato”

[11] Cassazione civile sez. VI 22 dicembre 2015 n. 25852 in www.dejure.it “l'Agente della riscossione che, mancata ammissione di una domanda di insinuazione al passivo fallimentare, abbia proposto opposizione ignorando le motivazioni per le quali il credito non è stato ammesso dal giudice delegato (nella specie della domanda) e senza curarsi di operare i dovuti controlli nel corso del giudizio, sebbene avesse, a tale ottenuto il rinvio dell'udienza, è legittimamente condannato al risarcimento del danno ex art. 96, come egli non è un mero esecutore materiale dell'Amministrazione finanziaria ma ha piena ed autonoma capacità, sicché non può essere esonerato dalle conseguenze dell'aver agito in giudizio con colpa grave responsabilità assunta verso l'ente impositore, derivante da un rapporto di mandato al quale il contribuente (Rigetta, Trib. Torino, 19/05/2014).

[12] Comm. trib. prov.le Avellino sez. I 05 marzo 2008 n. 23 in www.dejure.it.

[13] Cassazione civile sez. trib. 13 ottobre 2011 n. 21123 in www.dejure.it “in tema di contenzioso tributario, ai sensi dell'art. 19, comma 3, ultima parte, d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, requisito di ammissibilità dell'iscrizione di ipoteca sugli immobili di cui all'art. 77 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, per far valere l'atto pregresso autonomamente impugnabile, quale l'iscrizione a ruolo o la cartella esattoriale, la mancata iscrizione di tale atto anteriore; ne consegue che l'eccezione di decadenza quanto alla iscrizione di ipoteca ex art. 1 del 1973, per difetto di notificazione, deve ritenersi esclusa nel caso in cui manchi alcuna contestazione in giudizio”

[14] Comm. trib. reg. Bari 08 novembre 2011 n. 58 in www.dejure.it “l'ipoteca rappresenta un atto preorale strumentale all'espropriazione immobiliare e, come tale, soggiace al limite per essa stabilito nell'art. 77 del 1973, nel senso che essa non può essere iscritta se il debito del contribuente non supera gli importi indicati nell'art. 77 del 1973”

RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE. LA CORTE DI CASSAZIONE NE AFFERMA LA NATURA CONTRATTUALE

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 14188/2016, torna ancora una volta della responsabilità precontrattuale, affermandone la natura contrattuale da cui aperta discontinuità con la giurisprudenza tradizionale.

autore **Stefania Tirella**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Indice: 1. Il nuovo principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza 14188/2016. - 2. La controversa natura della responsabilità precontrattuale: contrattuale o extracontrattuale? I di - 3a. L'orientamento tradizionale: la responsabilità precontrattuale è di natura aquiliana. - 3b. Il mutamento dell'orientamento consolidato: le sentenze della Corte di Cassazione n. 24438/2011 e n. 14188/2016. - 3c. Una nuova presa di posizione a favore della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale. - 4. Prospettive future.

1. Il nuovo principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 14188/2016.

"Nei contratti conclusi con la pubblica amministrazione, il dispiegamento degli effetti vincolanti della formale stipula di un accordo negoziale, è subordinata all'approvazione ministeriale ai sensi dell'art. 18 novembre 1923, n. 2440, da effettuarsi con un provvedimento espresso adottato dall'organo in forma solenne prescritta dalla legge, la cui esistenza non può desumersi implicitamente dall'amministrazione, sicché, ai fini del perfezionamento effettivo del vincolo contrattuale, esistente, non è sufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come per il contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge (artt. 16 e 17 del decreto n. 2440 del 18 novembre 1923), bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi dell'art. 1173 cod. civ., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 cod. civ."

2. Il fatto.

La vicenda sottesa alla sentenza in commento è relativa ad un contratto di appalto stipulato

Amministrazione ed una società. Tale contratto era stato, più nello specifico, stipulato ma non era approvato dall'art. 19 del r.d. n. 2440/1923, con la conseguente impossibilità di produrre effetti tra le parti.

Dalla mancata approvazione derivava pertanto una responsabilità di natura precontrattuale a carico dell'Amministrazione.

La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione rappresenta una "recente" acquisizione del panorama giurisprudenziale.

In passato, si riteneva infatti che la Pubblica Amministrazione non potesse incorrere in responsabilità precontrattuale in considerazione del fatto che l'attività negoziale dell'Amministrazione è soggetta ad un precetto previsto dalla legge, con la conseguenza che il privato non poteva fare legittimo affidamento sull'efficacia del contratto fino a quando questo non fosse stato definitivamente approvato^[1].

Questa impostazione tradizionale venne progressivamente superata, affermandosi la concezione secondo cui la responsabilità precontrattuale non dovesse ancorarsi ad una pretesa alla stipula e all'approvazione del contratto, ma ad un corretto comportamento della Pubblica Amministrazione.

Una volta stipulato il contratto, infatti, l'Amministrazione assume la veste di un contraente privato e deve comportarsi, quanto tale, al rispetto delle regole di correttezza e buona fede sancite dagli artt. 1337 e 1338 cc.

Art. 1337 c.c., Trattative e responsabilità precontrattuale.

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

Art. 1338 c.c., Conoscenza delle cause di invalidità.

La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha fatto menzione, è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.

Non si può in ogni caso non sottolineare la peculiarità di questa forma di responsabilità precontrattuale che può colpire i comportamenti tenuti da una delle parti (l'ente pubblico) quando, in realtà, il contratto non è mai stato stipulato, ma è, in quanto sottoposto alla condizione sospensiva dell'approvazione, inefficace.

L'illecito precontrattuale in questione si ravvisa dunque nel comportamento dell'Amministrazione che si adopera per richiedere l'approvazione del contratto o, ancora, che si adopera per impedire l'approvazione del contratto, così ledendo il legittimo affidamento del privato^[2].

3. La controversa natura della responsabilità precontrattuale: contrattuale o ex contractu a confronto.

Fatta questa premessa, occorre soffermarsi sulla natura della responsabilità precontrattuale in gen

La ratio di questa disciplina è quella di tutelare la libertà negoziale delle parti impegnate nelle loro di comportarsi secondo regole di correttezza e buona fede.

La natura controversa di questa forma di responsabilità deriva dal fatto che i soggetti in questione perfetti estranei, né parti di un accordo già concluso, ma soggetti che hanno instaurato del vicendevolmente un affidamento e un' aspettativa in merito alla conclusione del contratto.

L'obbligo imposto in capo a ciascuna delle parti, tuttavia, non è quello di concludere il co condurre seriamente la trattativa, astenendosi dal porre in essere comportamenti sleali e inutilme

Come osservato da autorevole dottrina^[3], chi manifesta l'intenzione di concludere un cont responsabile non per il fatto del recesso in sé, ma per non aver soppesato questa eventualità. I trattative con delle riserve, ha il dovere di buona fede di manifestare queste perplessità, in modo t possa regolarsi di conseguenza.

A fronte del particolare rapporto che lega le parti nella fase precontrattuale, diventa complesso co di una responsabilità di natura contrattuale o aquiliana^[4].

Le conseguenze ricollegabili alla qualificazione nell'uno o nell'altro senso non sono di poco cont

Le due tipologie di responsabilità presentano infatti numerose differenze, tra le quali si possono r

- Termine di prescrizione: ordinario decennale ex art. 2946 cc nella responsabilità quinquennale ex art. 2947 cc nella responsabilità aquiliana.
- Onere della prova: nella responsabilità contrattuale, il danneggiato è tenuto s l'inadempimento, spettando poi alla controparte provare di aver adempiuto o di non aver impossibilità della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile, mentre nella responsab spetta al danneggiato provare tutti gli elementi dell'illecito aquiliano (il danno, l'ingiustiz di causalità tra il fatto e il danno, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa).
- L'art. 2056 cc non richiama, tra le norme dettate per la responsabilità contrattua responsabilità extracontrattuale, l'art. 1225 cc ai sensi del quale "se l'inadempimento o il r dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel te l'obbligazione".
- Capacità del danneggiante: nel caso della responsabilità contrattuale è necessario che il c capacità di agire, mentre nell'illecito aquiliano è sufficiente la capacità di intendere e di vo
- Operatività della mora: mentre nella responsabilità contrattuale è necessaria la costituzi

degli artt. 1219 n.2 e 3 e 1222 cc, nella responsabilità aquiliana vige la regola della mora 1219 n.1 cc.

3a. L'orientamento tradizionale: la responsabilità precontrattuale è di natura aquiliana

Secondo l'orientamento quasi unanime in dottrina e in giurisprudenza, la responsabilità precontrattuale si inquadra nella responsabilità extracontrattuale.

Questa scelta poggia sulla considerazione che ciò che viene in rilievo nella responsabilità precontrattuale è un particolare interesse individuale (quello del creditore), ma un generale interesse della vita civile, l'interesse alla libertà negoziale^[5], la cui lesione configurerebbe una violazione del generale dovere di non ledere, piuttosto che di un'obbligazione vera e propria.

A sostegno di questa tesi, si osserva infatti che è solamente con la conclusione del contratto che si creano le parti delle obbligazioni, la cui violazione determina una responsabilità da inadempimento ex art.

3b. I primi segnali del mutamento dell'orientamento consolidato: le sentenze della Cassazione n. 24438/2011 e n. 27648/2011.

La tesi della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale è stata tuttavia sottoposta ad un mutamento di orientamento in passato, da parte di due sentenze risalenti al 2011.

La sentenza n. 24438/2011^[6] riguarda una fattispecie relativa all'erronea scelta del contraente in un appalto, divenuto inefficace per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice.

In questa pronuncia, la Corte di Cassazione ha affermato che la responsabilità configurabile in questa ipotesi è di natura aquiliana, pur non essendo qualificabile né come extracontrattuale, né come contrattuale, quest'ultima poiché consegue al "contatto" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, fondata sulla violazione del dovere di buona fede e correttezza per avere leso l'interesse del privato cittadino in termini di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo alla regolarità e legittimità dell'aggiudicazione.

La sentenza n. 27648/2011 ha poi stabilito che, nell'ambito della responsabilità precontrattuale, si configura il giudizio per il risarcimento del danno subito nella fase precedente alla stipula del contratto, non dovuto al dolo o la colpa dell'autore dell'illecito, versandosi in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 cc, la responsabilità da contatto sociale, di cui la responsabilità precontrattuale costituisce "una forma qualificata" ^[7].

Le due sentenze del 2011 prendono quindi posizione per la prima volta a favore della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, restando tuttavia isolate, fino ad arrivare alla recentissima sentenza

3c. Una nuova presa di posizione a favore della natura contrattuale de precontrattuale: la sentenza della Corte di Cassazione n. 14188/2016.

La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, afferma in chiave critica che la tradizionale responsabilità precontrattuale alla responsabilità aquiliana sembra ancorata ad una visione delle obbligazioni: da un lato le obbligazioni da contratto, dall'altro le obbligazioni da delitto.

Osserva tuttavia che ai sensi dell'art. 1173 c.c., è possibile individuare una terza tipologia di quella derivante “da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico se adeguatamente considerata, permetterebbe di attribuire il giusto rilievo a quelle situazioni *inquadabili né nel torto né nel contratto e – tuttavia – singolarmente assimilabili più alla seconda che non alla prima*” .

Le situazioni peculiari cui fa riferimento la Suprema Corte sono quelle derivanti da un contatto tra due soggetti, che già nel diritto romano post-classico prendeva il nome di “**quasi contractus**” e che nella dottrina tedesca come “rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione”.

La responsabilità da contatto sociale è stata accolta nel nostro ordinamento con riferimento a numerosi casi. È stata, per esempio, applicata al rapporto tra il medico dipendente di una struttura ospedaliera e il paziente.

In questa ipotesi, infatti, l'unico rapporto di natura contrattuale intercorre tra il paziente e il medico, mentre tra paziente e sanitario può essere individuato solamente un rapporto derivante dalla “presa in carico” del paziente stesso e che comporta l'insorgere di obblighi di protezione, la cui violazione dà origine ad una responsabilità di natura contrattuale.

Parimenti, in tema di incidenti scolastici, nel caso del danno arrecato dall'alunno a se stesso o all'insegnante viene ricostruita come responsabilità da contatto sociale (e quindi contrattuale) con il precettore assume degli obblighi di protezione e vigilanza nei confronti degli alunni affidati alle sue cure.

In questi casi, si ha dunque tra due soggetti un contatto che, pur non essendo qualificabile come contrattuale proprio, fa sorgere in capo alle parti un obbligo di protezione e salvaguardia, riconducibile al principio di buona fede.

È proprio la rivalutazione del principio di buona fede, cui è stato riconosciuto valore costituzionale, che esprime l'espressione del principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost., che consente di ritenere che il soggetto sia ravvisabile l'obbligo di agire in modo da preservare gli interessi della controparte. Se il principio potrebbe non essere stato esplicitato in alcun modo, è comunque sempre sussistente, tanto che

stesso genera di per sé un inadempimento vero e proprio, con conseguente obbligo di ris derivatone, a titolo di responsabilità contrattuale.

La teoria della responsabilità da contatto sociale, che non era stata finora accolta (fatta eccezion del 2011) con riferimento alla responsabilità precontrattuale, viene ora dalla Suprema Corte app ipotesi.

In particolare la sentenza, che si occupa dei rapporti tra P.A e privato, sottolinea che la respons contatto sociale ricorre, non nell'ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione abbia posto in essere (circostanza che darebbe luogo ad una responsabilità aquiliana), ma nell'ipotesi in cui il danno c di regole procedimentali.

Ciò che rileva è la lesione dell'affidamento del privato, con il quale la P.A ha già concluso un non ancora efficace.

Pubblica Amministrazione e privato non sono, in altre parole, estranei e la violazione del princij rappresenta una lesione del generale dovere di "alterum non laedere", ma rappresenta una vio propria obbligazione.

4. Prospettive future.

Se è chiara la presa di posizione della Suprema Corte con la sentenza 14188/2016, occorrer prossimi sviluppi della giurisprudenza.

Come già visto, i precedenti del 2011, non seguiti dalla giurisprudenza successiva, dimostr prudente assegnare ad un'unica sentenza il valore di una vera e propria svolta giurisprudenziale.

Un dato però è certo: l'incertezza giurisprudenziale non può che riverberarsi negativamente sull del diritto.

Sarebbe dunque auspicabile, a questo punto, un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite sulla

Note e riferimenti bibliografici

[1] C. MASSIMO BIANCA, *Diritto civile, Volume III "Il contratto"*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pag.

[2] Come chiarito dalla Corte di Cassazione, Sez. I, con la sentenza 12 maggio 2015 n. 9636, "la respons

precontrattuale della P.A non è responsabilità da provvedimento, ma da comportamento e presuppon doveri di correttezza e buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto, sicché non dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo di aggiudica provvedimenti successivi, ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amminis corso delle trattative e della formazione del contratto”.

[3] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pag. 881.

[4] A onor del vero, è stata prospettata anche la tesi secondo la quale si tratterebbe di un tertium genus di tutto distinto dalle altre. Questa tesi, che presenta il merito di superare la tradizionale diatriba, non problema della disciplina applicabile.

[5], C. MASSIMO BIANCA, *Diritto civile*, Volume III “Il contratto”, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pag

[6] Cass. Sez. I, sent. 21/11/2011 n. 24438

[7] Cass. Sez. I, sent. 21/12/2011 n. 27648 : “Come si è già osservato, la responsabilità precontrattuale, è certamente un contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo che presenta tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c., sicché deve ritenersi che l'attore, il quale intenda far valere l'obbligo, abbia l'onere di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede).

Il motivo, pertanto, deve essere rigettato in base al principio che, in tema di responsabilità precontrattuale, agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, e occorrendo provare, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, ver caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata - i previste nell'art. 1173 c.c..”

I TERRORISTI NON HANNO DIRITTI

Riflessioni comparate in tema di diritto penale del nemico

autore **Saverio Setti**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Prefazione

La scia di sangue che ha insanguinato l'Europa, cagionando la morte di 484 persone, dagli attentati a quelli di Nizza del 2016, porta la firma della lotta *jihadista*.

Ci si è chiesti se questa situazione possa integrare lo “stato di emergenza” definito da Carl Schmitt.

Certo è che le categorie e gli strumenti dell'ordinamento europeo ante 2004 si sono dimostrati insufficienti per contrastare queste sfide. Lo Stato ha bisogno non solo di nuovi congegni giuridici, ma di un netto cambiamento di mentalità, soprattutto nella sua sfera più inflittiva: il diritto penale.

Fino a che punto si può spingere uno Stato di diritto per contrastare quanti quello stesso Stato aprioristicamente distruggere? Come comportarsi davanti a chi, con spregio della vita propria e del dialogo e si getta in un delirio di sangue?

Uno sguardo nella prospettiva di lotta

Ruolo centrale nell'odierno dibattito in tema di diritto penale del nemico è assunto dalla dottrina tedesca, da Günter Jakobs, autore di diversi saggi^[1] che hanno avuto fortuna sempre maggiore nella giurisprudenza tedesca, soprattutto dopo l'11 settembre, e che hanno avuto un importante sbocco legislativo con la *Luftverkehrssicherheitsgesetz* (LuftSig), ovvero la legge sulla sicurezza dei voli. Si tratta di un pacchetto di misure di risposta al clima emergenziale scaturito dalla serie di attentati di matrice *jihadista* che hanno iniziato dall'inizio degli anni 2000 ed entrata in vigore, tra le polemiche, nel 2005.

Oggetto di forti contrasti è stato, si è detto, il § 14, c. 3 di questa legge che consente al Ministro dell'Interno, su sua autorità delegata, di ordinare l'abbattimento di un qualunque aeromobile (pertanto anche un aereo civile) in base alle circostanze concrete si possa ritenere che questo possa essere utilizzato «contro la vita umana» e che l'abbattimento sia «l'unico mezzo per scongiurare questo pericolo imminente»^[2].

Si tratta di una disposizione che ha un portato innovativo travolgente, poiché, a determinate condizioni, lo Stato è tenuto a sacrificare la vita dei propri (o di altri) cittadini.

Per comprendere meglio la portata di questa norma si immagina il dirottamento di un aereo di direzione di una città molto popolata, idealtipo dell'attentato dell'11 settembre. Ebbene, da insieme di persone su un aereo che, ragionevolmente, vola verso la morte e dall'altro abbiamo bersaglio che saranno ragionevolmente uccisi se nulla interviene ad interrompere il nesso causal situazione, viene naturale ritenere che l'abbattimento dell'aereo dirottato è necessario per salvare ancora "condannate", null'altro potendo fare per i passeggeri dell'aereo.

Partendo da queste considerazioni, Jakobs[3] scompone la risposta sanzionatoria dello Stato per i delinquenti.

Da un lato abbiamo i delinquenti "normali", ovvero coloro che, pur violando una regola giuridica sistema di norme e che pone in essere un errore riparabile. Si pensi a chi cagiona la morte di una successione ereditaria. Un delitto del genere, per quanto grave, non si pone in contrasto con la legge anzi il reo, contraddicendosi, viola una norma penale (art. 575 c.p.) ma vuole l'applicazione contenuta nel Libro II del codice civile disciplinante le successioni *mortis causa*. In questo caso si deve da neutralizzare, ma un cittadino da rieducare attraverso la pena, funzione a questa attribuita dalla legge, però serve anche a fornire una contropinta alla commissione possibile del reato[4], a riaffermare le norme normative della società.

Jackob sottolinea[5], a margine, che se si vuole che una norma possa influire su un determinato comportamento, è necessario che i consociati tengano vicendevolmente un comportamento tale da convincere che l'altro rispetterà la norma. L'esempio più lampante è la circolazione stradale: il conducente si sente sicuro ad impegnare un incrocio, mettendo a rischio la propria incolumità, in quanto è un legittimo affidamento che questi rispetteranno il semaforo rosso. Ebbene nel momento in cui questi non lo fanno, viene erosa la portata di effettività del precetto legislativo. Difficilmente un soggetto si avventurerà in una zona malfamata, nonostante vi siano numerose leggi a tutela della proprietà. Quando l'aspettativa viene meno, la norma diviene una vuota promessa[6], inidonea a conformare il comportamento.

Assai diverso è il caso della seconda categoria jakobsiana di delinquenti, cioè coloro che mettono in discussione prima della norma (in una visione giuspositivista) o l'ente superiore che garantisce le norme (in una visione giusnaturalista). Si tratta di soggetti che mettono in discussione con mezzi violenti l'intero sistema valoriale, tra cui quello del diritto. Costoro, rifiutando il diritto, rifiutano di essere considerati come giuridiche da questo attribuite, dunque rifiutano quella che giuridicamente è la personalità. Scrivono:

non offre una sicurezza cognitiva sufficiente di tenere una condotta propria di una persona non se essere trattato alla stregua di una persona[7], ma non *deve* essere così trattato dallo Stato, che al diritto alla sicurezza dei consociati»[8]. Ecco allora che cambia il concetto stesso di imposizione perché qui è necessaria un'applicazione della sanzione tale da evitare il pericolo di danno futuro, fatto minacciato venisse portato a termine ci sarebbe la dissoluzione dello Stato; b) la contros inutile, certamente inidonea ad influire su quanti abbiano programmato un attacco suicida; c) l'ap sarebbe insufficiente al ripristino del danno subito.

Ecco allora la fondamentale distinzione jakobsiana tra un diritto penale del cittadino, funzionale a vigenza della norma, ed un diritto penale del nemico, finalizzato a contrastare pericoli. In un p per contrastare le forme più abiette di terrorismo, è allora necessaria una legislazione di lotta, c tutela penale ed affievolimento delle garanzie processuali.

Quest'ordine di considerazioni appare tanto più legittimo se si considera il contesto i dell'emersione di una sorta di "ordine giuridico internazionale", basato sul modello Westfalia concordanza su alcuni diritti fondamentali dell'uomo, vigeva la politica di potenza, una sorta di s se si può, oggi, dire senta tema di smentita, che esiste una sorta di *corpus* normativo cristallizat universale dei diritti umani[9], sottoscritta da tutti gli aderenti all'O.N.U., con altrettanta sicur che esistono varie zone del mondo in cui i diritti umani non sono rispettati. In quest'ultimo riparatore coattivo non può essere preordinato a mantenere la vigenza della Dichiarazione, ma delle norme sui diritti umani. Ed è ovvio che si dovrà intervenire in modo diverso rispetto ad ur in un Paese che rispetta pienamente questi diritti. Nell'un caso, infatti, può essere necessario l armi, nell'altro può essere sufficiente una sentenza di un tribunale internazionale o di sanzioni diversità di intervento è un riflesso della diversità di intervento interno tra diritto penale del cittad

Quanto sopra esposto non deve, però, surrettiziamente essere piegato a esigenze poliziesche: lo che «la pratica ottimale comporta che il diritto penale del nemico deve limitarsi allo stretto nec basso livello di violenza fisica»[10]. Lo stretto necessario, in questo senso, è la privazione al te quale abusa per i suoi progetti. Ecco allora materializzarsi la *ratio* di alcune norme che vedremo ad es., il sequestro di siti internet che diffondono contenuti terroristici.

Questo "stretto necessario" a volte può richiedere l'accettazione di danni collaterali: nel caso dell un sacrificio della libertà di espressione, nel caso dell'aereo dirottato della vita dei passeggeri. con uno sguardo alla nostra Costituzione, si potrebbe basare il sacrificio di vite innocenti fina numero maggiore altrettanto innocenti come una richiesta di «adempimento dei doveri inderog cui all'art. 2 Cost. Se questo discorso può farsi con riferimento a vite innocenti, a maggio legittimazione quando una garanzia processuale venga a cedere nei confronti di un terrorista, che

comunità, nel caso in cui questo sia l'unico modo per rendere innocuo l'estremista. Si pensi al caso di prevenire, ad es., un attentato dinamitardo nei confronti di una struttura ospedaliera solo attraverso l'impiego di un c.d. di terzo grado[11]. Ebbene qui il (difficile) bilanciamento è tra le esigenze di tutela dell'interrogatorio nei confronti di chi abbia materialmente posizionato gli ordigni e le esigenze di prevenzione dell'esplosione che porterebbe certamente ad una strage. È evidente che un approccio formalista, che pone la prima esigenza, mina alla base il dovere dello Stato di garantire la sicurezza e la vita dei suoi cittadini.

In questo senso Jakobs richiede un ripensamento a livello di teoria generale del diritto[12]. In situazioni di emergenza è necessario che lo Stato di diritto distingua le norme da applicare al cittadino e al nemico. Questa distinzione è necessaria perché in un diritto penale del cittadino con elementi di diritto penale del nemico chiunque può essere trattato come presunto terrorista, il che è evidentemente ingiusto, poiché la lotta al terrorismo è diversa da quella rieducativa[13].

La risposta di Jakobs alla fondamentale domanda se sia possibile il contrasto al terrorismo con il diritto penale dello Stato di diritto, ci dice che questa lotta è possibile, a patto che lo Stato si renda conto di distinguere in maniera diversa i suoi cittadini dai suoi nemici.

I maggiori profili critici europei di *civil law*

L'impostazione di Jakobs, in materia di diritto penale del nemico ha subito critiche assai forti in Europa.

La posizione tedesca

Il tedesco Kai Ambos[14] nonostante riconosca la necessità di un diritto penale "differenziato" (che si ponga in contrasto con la ragion d'essere del contratto sociale, non riconosce la legittimità del nemico interno e, conseguentemente a quello di diritto penale del nemico).

Ambos attacca uno dei punti più deboli della teoria qui in analisi: la definizione di "nemico". In che modo la divisione tra chi compie un reato "normale" (ed è solo un nemico potenziale, poiché ha in legge e non si mette in posizione di radicale contrasto con essa) e il terrorista (che è nemico s

riflessi sul diritto positivo. In primo luogo poiché è estremamente difficile definire il concetto di «nemico» è la prassi dei governi autoritari di definire tale chiunque si opponga anche senza ricorrere all'uso della forza[15]. In secondo luogo per la difficoltà di individuare le regole da seguire per l'azione penale del nemico; due sole sono le possibilità: o si inizia un processo con le regole «ordinarie» (per il cittadino) per poi accertare che si tratta di una condotta cui applicare il diritto penale del nemico, oppure si applica subito, su base presuntiva, prescindendo dall'accertamento del fatto e correndo il rischio di applicare il diritto penale del nemico anche al cittadino. Si tratta di due scelte contraddittorie, perché entrambe negano la differenza tra i tipi di diritto, finendo per applicarne uno solo.

Ulteriore nota critica riguarda il presupposto di applicabilità del diritto penale del nemico, che presuppone la commissione del fatto, poiché trattasi di incriminazione del pericolo non del fatto compiuto dalla personalità dell'autore. Se per un verso si tratta di una tecnica legislativa che ha la sua ragione di essere nella commissione di atti estremamente gravi, dall'altro questa spersonalizzazione giuridica prescinde dal fatto, da un principio di materialità, conquista di civiltà giuridica ormai irrinunciabile[16].

La più forte critica di Ambos a Jakobs, per riassumere, sta nella pericolosità di un concetto di «nemico» interno: «il discrimine tra pericolo reale e quello meramente affermato sparisce, la pericolosità è determinata in base al diritto penale del nemico, il pericolo viene affermato senza che il discorso nemico trovi un qualsiasi appoggio nella realtà»[17].

Questi profili critici, se possono fornire una base generale di discussione e condivisione, non rispondono alla domanda jakobsiana in ordine alla possibilità dello Stato di difendersi dalle minacce gravi con gli ordinari strumenti del diritto penale del cittadino. In una prospettiva (forse inaccettabile) si riafferma un diritto penale degli esseri umani, cioè una concezione del «diritto penale umanista» che parte dal punto di partenza l'individuo e la dignità umana come valore inalienabile. Questa linea dottrinale che esige le esigenze di difesa sociale che sono mutate nel tempo insieme all'*escalation* terroristica possa essere un diritto penale che giudica l'essere umano senza rinunciare alle conquiste giuridico-statali fondate su una base adeguata a minacce estreme è una reazione di normalità»[18].

Ulteriori profili critici emergono dagli scritti di Hörnle[19], che orienta la sua analisi non tanto sul terrorista quale omicida di massa, per il quale sarebbe astrattamente accettabile l'applicazione del diritto penale del nemico; la sua critica nasce dall'indeterminatezza del concetto di nemico. Ci si deve chiedere se si debba allargare anche a chi fornisce un appoggio logistico o a chi istiga o propaga idee terroristiche. Jakobs rimprovera il mancato confronto con i problemi di delimitazione del concetto di terrorista, gli attribuisce il merito di aver messo in luce conflitti e rotture nel nostro modo di trattare i delinquenti.

Posizione mediana è, infine assunta da Prittwitz[20]. Questi sostiene una sorta di “graduazione” diritto penale dei cittadini, uno del rischio e uno del nemico. Con piena legittimità dei primi due, il terzo, deriva dal secondo.

In questa costruzione, il diritto penale del cittadino è il diritto applicato ordinariamente, *post factum* alle classiche garanzie costituzionali.

Il diritto penale del rischio, invece, nasce per normare lo stato di eccezione. Di fronte a situazioni di gravissimi danni al tessuto sociale, è necessaria una anticipazione della tutela penale (*Risikoschutz*) di nuovi beni giuridici alla cerchia di quelli meritevoli di massima tutela e la punizione di atti meritevoli. Con il diritto penale del rischio un comportamento viene criminalizzato affinché venga considerato inadeguato e non possa venire in essere il rischio di iniziare condotte preparatorie ad un atto dalla

Se le due concezioni appena esposte sono pienamente legittime per Prittwitz, inaccettabile è la concezione penale del nemico che, a quella del rischio, aggiunge il *quid pluris* della spersonalizzazione. Questa concezione è l'estremizzazione del diritto penale del rischio, perché la nozione di “non-persona” all'annullamento delle garanzie costituzionali nei confronti della persona, minando alla base il principio dello Stato di Diritto e conducendo ad un ordinamento evidentemente poliziesco ed ingiusto.

La posizione spagnola

Voci ondivaghe rispetto alla teoria del diritto penale del nemico si sono levate anche dalla dottrina spagnola.

Una parte minoritaria[21] ha sostanzialmente accolto le tesi di Jakobs. Il diritto penale dovrebbe essere guidato da due direttrici[22]. Da un lato un diritto penale del cittadino, che è considerato come persona giuridica e gode delle garanzie classiche del diritto penale.

Dall'altro lato si situa il terrorista, che non è considerato una persona, nel momento in cui viene attribuito di questa qualifica[23], dunque è possibile una certa flessibilità nell'applicazione del diritto penale criminale classicamente intesi.

La dottrina maggioritaria, tra cui Melià[24], è fortemente critica delle posizioni di Jakob e rimprovera un uso quasi simbolico del diritto, soprattutto della sua parte più inflittiva, poiché la dottrina è ammantata da spire di contrasto quasi religioso[25]. Questa esclusione di uno o più soggetti dal diritto penale è estremamente pericolosa, poiché, se estremizzata, può portare ad considerare come “nemico” a prescindere chi resta nel proprio contesto culturale, anche perché manca una attribuzione di un fatto determinato e una caratterizzazione dell'autore.

Scrivendo Melià: «il diritto penale del nemico non deve esistere perché non contribuisce alla sicurezza concreta e dell'ordine pubblico, dei delitti»[\[26\]](#). In effetti l'analisi fattuale evidenzia come inequivocabilmente terroristici europei (l'ETA, le Brigate Rosse, la Rote Armee Fraktion), non riescono a esporre al pericolo le strutture fondanti di una società[\[27\]](#).

Anche alla dottrina spagnola non è sfuggito l'ulteriore profilo critico rappresentato dalla mancanza di un concetto di diritto penale del nemico, una garanzia schiettamente liberale, finalizzata ad una responsabilità giuridico-penale per i meri pensieri.

La soluzione proposta da Melià ricalca quella di Ambos: la migliore risposta sul piano simbolico e terroristico è la riaffermazione da parte dello Stato della normalità, della negazione dell'eccezione, di non ammettere apostasie dello status di cittadino.

E tuttavia, anche in questo caso si evita di prender in considerazione il rilevante problema di come conferire una qualche idoneità di contropesca della pena nei confronti di un attentatore suicida.

Estremamente critico con le posizioni di Jakobs è Conde[\[28\]](#). Questa parte dal presupposto che la sua definizione, non ammette che si possa distinguere tra cittadini e nemici, cioè non ammette l'imputazione della responsabilità penale[\[29\]](#). Se si ammette una deroga, anche solo per casi eccezionali, si ammette la caduta dello Stato di Diritto, essendone l'uguaglianza una colonna portante, con cui si fonda il Diritto di Stato.[\[30\]](#) In questa prospettiva il diritto penale del nemico è accostato alla legislazione di emergenza e dunque nettamente rifiutato.

La posizione italiana

Un primo orientamento dottrinale italiano[\[31\]](#) è riduttivo della portata innovatrice del § 14, che consente l'abbattimento di un aereo dirottato se questo sia l'unico modo per scongiurare l'effetto di un attentato (v. *supra* § 1).

Si è considerato, in effetti, che l'abbattimento dell'aereo dirottato è, ovviamente, un'*extrema ratio* non essendo previsto alcun risarcimento del danno o indennizzo per le vittime innocenti. E l'uso della forza contro i terroristi al velivolo è contrastato da una serie di ulteriori norme contenute nello stesso LuftSiG, che conferisce alle autorità di sicurezza volo una vera e propria posizione di garanzia. Dunque, pur escluso l'automatismo (dell'imputazione del dirottamento all'omissione di controllo da parte degli organi

ovvio pensare che se vi è stato un dirottamento, questo sarà avvenuto nella stragrande maggioranza di un difetto di diligenza dell'autorità preposta al controllo. Ed allora la situazione cambia radicalmente: l'aereo dirottato perderebbe la propria vita per il concorso di condotta dolosa dei terroristi omettenti il controllo. In buona sostanza i passeggeri verrebbero sacrificati in prima battuta a causa di terzi, da cui può derivare un attentato.

Stante queste premesse, della morte degli innocenti causata per stato di necessità rispondere a questa necessità hanno colpevolmente contribuito a creare[32].

A quanto detto la dottrina italiana aggiunge una critica sul giudizio di comparazione. Ci si chiede (piano concreto) per quale ragione la vita delle persone a bordo dell'aereo ha minori probabilità di sopravvivere a quella di coloro che sono a terra, dunque può essere sacrificata? Anche accettando la risposta ovvia (perché i terroristi, magari in conseguenza del difetto di diligenza degli organi di controllo), come si può essere certi che i dirottatori vogliono lanciare il velivolo contro un abitato?[33]

Un secondo orientamento dottrinale italiano[34] ha invece affrontato il problema in una prospettiva sempre critica. Si è, in primo luogo, riconosciuto come un qualche tipo di diritto penale di lotta nel nostro Paese, che ha già sperimentato risposte giuridiche molto significative sia nei confronti dei delinquenti che nei confronti della criminalità organizzata[35]. Caratteristica comune di questo diritto di lotta è la tutela penale al tentativo e l'ampliamento del novero dei beni giuridici meritevoli di tutela. Seguendo di questa consolidata esperienza, si è nella nostra legislazione assistito ad una progressiva affermazione del diritto penale di lotta, soprattutto nei confronti di reati di particolare allarme sociale (pedopornografia, terrorismo economico ecc.).

Ecco che il punto di rottura di Jakobs e l'oggetto di maggior critica sta nella estremizzazione del diritto penale di lotta per spersonalizzare il "nemico". La dottrina italiana, se da un lato ammette la necessità di un diritto penale di lotta al futuro per prevenire il danno, dall'altro non riesce a vedere la opportunità di spersonalizzazione nei confronti di quanti sono naturalisticamente estranei all'ordinamento, ovvero l'internato in carcere giudiziario. «[...] Egli resta una persona finché le "misure" che gli si applicano mirano alla sua socializzazione e quindi hanno un contenuto dialogico, terapeutico, ovvero rieducativo o risarcitorio. Una cosa ben diversa, invece, è affidare alla *pena stessa* (come intende Jakobs per il "diritto penale di lotta dedicato al nemico) la funzione esclusiva delle *misure di sicurezza intese come sanzioni non rieducative*. Questo significa negare il diritto penale della responsabilità di fronte a soggetti responsabili, sarebbero tali perché nemici dell'ordinamento»[36].

Su queste basi si può certamente considerare legittimo un diritto penale di lotta, ammesso nelle classiche ipotesi di applicazione delle misure di sicurezza; b) i delitti che comportano uno stato

terrorismo, attentato alla Costituzione ed alto tradimento; c) le ipotesi di delitti di guerra: si p Cost. che consente sempre il ricorso per cassazione per violazione di legge, tranne i casi di : militari di guerra. In questi casi è consentito un intervento punitivo preventivo, ma con caratteri c e limitatezza nel tempo.

Assai diverso è il caso del diritto penale, che la dottrina italiana «con fermezza rifiuta». Questa ha una finalità di marcata neutralizzazione del nemico, anche attraverso l'esclusione con to concezioni di rieducazione e risocializzazione della pena che se possono essere comprese, poi contro l'intero sistema, sono, però, certamente affermate dall'art. 27 Cost. che riporta, al suo seco pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato». A questo va aggiunta la estrema delineazione del concetto di “nemico”, che rimane una categoria nebulosa.

Nella recente storia europea, in tutti in casi in cui si sia cercato di definire un nemico, il defi regime autoritario. Si pensi ai provvedimenti amministrativi di *Schutzhaft*, che consentivano un : un controllo giurisdizionale, attuabili in seguito alla proclamazione dello stato di emergenza previsto dalla Costituzione di Weimar.

Ad oggi si deve rilevare come rilevanti sospensioni delle garanzie statuali alla libertà ed alla inte attuate, al di fuori dell'Europa, nei campi di detenzione di Guantànamo, da parte di autorità stati avvengono trattamenti di particolare intensità fisica e psicologica nei confronti dei detenuti legittimazione dall'emergenza nazionale proclamata dal Presidente Bush il 14 settembre 2001, 1631 della Costituzione degli Stati Uniti. Il 26 ottobre dello stesso anno è entrato in vigore il disc che si basa proprio sulla distinzione cittadino – nemico qui in analisi. In effetti in questo antiterrorismo sono presenti varie misure[38] di detenzione amministrativa, di compressione libertà di espressione e ci si avvale spesso di nuove “etichette” quali: combattenti illegali (*un nemici combattenti (enemy combatants)*). Una parte della dottrina statunitense, assai minoritaria Dershowitz ha addirittura proposto un uso della tortura guidato dal controllo giurisdizionale[limitare l'uso indiscriminato dei mezzi coercitivi ai concreti fini di interrogatorio. L'uso di inidonee a comportare danni permanenti potrebbe essere utilizzato, nella prospettiva dell'A., per vitali in caso di grave ed attuale minaccia alla vita di più persone, altrimenti non ottenibili[40].

L'utilizzo di questi mezzi, anche se si dovesse giustificare con la scriminante di cui all'art. 51 c. superare il divieto assoluto imposto dall'art. 13, c. 3 Cost.[41]: «è punita ogni violenza fisica e comunque sottoposte a restrizioni di libertà». Si deve, poi, evidenziare che le autorità inquirenti l

un ventaglio assai ampi di strumenti di indagine, anche estremamente invasivi della *privacy*, di p
inutile l'informazione assunta a mezzo di tortura[42].

Uno sguardo realista al nostro diritto penale (v. *infra* cap. V), rende evidente la presenza di un
lato la maggior parte delle incriminazioni di evento (reato, quindi sanzione), dall'altro abbiar
(reato di pura condotta, senza danno) che, come vedremo, proprio per evitare l'inclusione nel
penale del nemico richiedono, a seguito di vari interventi della Consulta, almeno un *quid* di mater

Ecco allora che il nostro ordinamento pare disporre di strumenti già attivabili nella fase delle in
paiono in grado di contrastare, allo stato degli atti, la minaccia terroristica. È, però, chiaro che
stessa dovrà essere contrastata con congegni giuridici efficaci.

Conclusioni

In sintesi conclusiva di quanto esposto, la concezione di Diritto penale del nemico proposta da J
formula non meramente descrittiva ma normativa, un concreto progetto le cui caratteristiche di
legittimità teorica sono:

- anticipazione della soglia di tutela penale: un diritto che guarda al futuro per reprimere i
non al passato per riaffermare la vigenza della norma;
- minori garanzie processuali: poiché il delinquente abituale diviene un avversario “di princ
giuridico non è possibile applicare un diritto dialogico;
- pene elevate rispetto agli atti concretamente compiuti: al fine di massimizzare l'efficacia g
- diritto penale dell'autore: il ricorso a casi non predeterminati, perché le condotte
estremamente variegata e di difficile tipizzazione;
- pena come misura di sicurezza: perché non è utile punire il fatto compiuto ma è ne
personalità di colui che quel fatto vuole porre in essere.

Mancano pronunce giurisprudenziali italiane che prendano posizione in ordine al diritto penale de

Ma si può chiudere il cerchio analizzando la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*
l'incostituzionalità del § 14 c. 3 del LuftSiG[43].

Due sono i motivi alla base della pronuncia, di questi uno solo è rilevante ai fini di questo scritto[

La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* inizia ammettendo che la legge possa contenere di
conservazione e la difesa della vita umana. Tuttavia la disposizione del LuftSiG contrasta

costituzionali tedesche sulla protezione della vita umana[45]. Se, infatti, la Corte ritiene l'abbattimento di un aeromobile utilizzato a fini terroristici senza pilota[46] o che porti a bordo i si discute della vita di passeggeri innocenti la questione cambia radicalmente. Infatti, ove si co sacrificare costoro per salvare la vita di altri, significherebbe che i passeggeri innocenti sono par li oggettiverebbe, negandone la qualità di esseri umani[47], in contrasto con le disposizioni costru

Questa pronuncia evidenzia che «al diritto costituzionale interessa che comportamenti, nell'uccisione di cittadini innocenti, non possano essere qualificati come conformi al dirit autorizzati. [...]»[48]. Il *Bundesverfassungsgericht*, allora, vieta una autorizzazione prevent dottrina[49], consente al diritto penale di «escludere la rilevanza penale [dell'abbattimento soltanto sotto il profilo della colpevolezza; vale a dire, a ritenerlo coperto da una causa scusante»

Altra parte della dottrina italiana scrive: « la stessa Corte riconosce che l'autorizzazione all'az forze armate quando a bordo dell'aeromobile si trovino soltanto i dirottatori che intendano utiliz all' art.14, comma 3, LuftSiG, appare del tutto conforme ad una logica di proporzionalità *strict* fatto che “coloro che hanno l'aeromobile in loro potere, sono anche quelli che definiscono i l'accadimento (non soltanto: n.d.r.) a bordo, ma anche a terra” 44. La loro soppressione fisica, j legittima se con certezza è riconoscibile che l'aeromobile dirottato sarebbe stato utilizzato p uomini e se i primi confermano di perseguire questo progetto, pur essendo a conoscenza dei ris loro vita. Ciò ridurrebbe il peso dell'ingerenza nel diritto fondamentale alla vita di questi i nessuna possibilità di reale difesa contro il rischio di quest'attacco aereo avrebbero coloro la tutelata da parte dello Stato»[50]

In ogni caso questa pronuncia della Corte Costituzionale Federale tedesca escludendo l'auto all'abbattimento di un aereo dirottato, ovviamente preclude anche il potere dello Stato di presc dello Stato di diritto anche nella lotta al terrorismo più pericoloso, ponendo (per ora) termini diritto (positivo) penale del nemico.

[1] Molti dal titolo anche “provocatorio”, ad es. *I terroristi non hanno diritti*, in R. Kostoris e R. Orlandi, *C terrorismo interno ed internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006.

[2] In tedesco: «Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umstände ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mitt gegenwärtigen Gefahr ist».

[3] *Diritto penale del nemico*, 2004 in M. Donini e M. Papa, *Diritto penale del nemico – un dibattito intern*

Giuffrè, 2007, p. 21.

[4] A. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, cap. I e Sciumè, *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale: atti del Convegno della Società Italiana Brescia, 16 e 17 ottobre 2009*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 123 – 145.

[5] Ma v. anche G. Così, *Legge, diritto, giustizia: Un percorso nell'esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli

[6] V. anche F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Bari, Laterza, 2011, p. 24 e segg.

[7] Riveste la qualità di persona chi offre una sufficiente garanzia cognitiva di tenere un comportamento che persona.

[8] *Diritto penale del nemico*, 2004 cit., p. 22.

[9] Cui si è affiancata, nel 1981, la Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo.

[10] *I terroristi non hanno diritti*, in R. Kostoris e R. Orlandi, *Contrasto cit.*, p. 12.

[11] Vietato dagli artt. 64 e 65 del c.p.p., oltretutto dall'art. 3 della C.E.D.U. (v., in particolare, Corte eur., se Selmouni c. Francia.

[12] *I terroristi non hanno diritti*, in R. Kostoris e R. Orlandi, *Contrasto cit.*, p. 16.

[13] G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, 2004 cit., p. 25.

[14] In *Il diritto penale del nemico*, 2004 in M. Donini e M. Papa, *Diritto penale del nemico – un dibattito i* Milano, Giuffrè, 2007, p. 45. Ambos è docente di Diritto penale interno e comparato presso l'Università di di numerose pubblicazioni di diritto penale internazionale. Per quanto qui di interesse si segnala K. Ambos, *Building a Future on Peace and Justice*, Berlino, Springer, 2009.

[15] Cfr. R. Chiarelli, *La Repubblica italiana come governo degli uomini*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 5

[16] T. Tasso, *Oltre il diritto – alla ricerca della giuridicità del fatto*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 81 – 130 di *diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 89 – 110, V. Manes, *Principi costituzionali in materia predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionale italiana, spagnola e portogh* ottobre 2011, disponibile http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/PRINCIPI_COSTITUZIONALI_IN_MAT

[17] K. Ambos, *Il diritto penale del nemico cit.*, p. 51.

[18] Ivi, p. 63.

[19] T. Hörnle, *Dimensioni descrittive e normative del concetto di “diritto penale del nemico”*, in M. Donini *penale del nemico – un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 121.

[20] Cornelius Prittwitz, docente di Criminologia e Filosofia del diritto presso l'Università Goethe di Franco *penale del nemico*, in in M. Donini e M. Papa, *Diritto penale del nemico – un dibattito internazionale*, Milano, 139 e segg.

[21] J. M. S. Sánchez, docente di diritto penale presso l'Università Pompeu Fabra.

[22] J. M. S. Sánchez, *Los indeseados como enemigos – le exclusion de seres humanos del status personae*, Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 9, 2007, disponibile su <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc>

[23] «En cuanto al caso del imputable peligroso, que se le califique como “enemigo”, lo que por cierto resu en un exceso verbal, en absoluto implica que se le niegue el status de persona. Es verdad que en algunas oc asiones se ha referido al “enemigo” como “no-persona”. Pero, más allá de las palabras, ni su concepción ni ninguna ot ra contemporánea de algo así como un Derecho penal de los enemigos trata al delincuente, sea de la clasificación absoluta o no persona.»

[24] Manuel Cancio Melia, docente di diritto penale, presso l'Università di Madrid.

[25] «[...] una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de "enemigos" en este pseudoreligioso que en la acepción tradicional-militar del término». M. C. Melia, *De nuevo: ¿"Derecho penal del enemigo"?*, disponibile su <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/cancio-enemigo.pdf>.

[26] « el Derecho penal del enemigo no debe ser porque no contribuye a la prevención policial fáctica de delincuencia »

[27] La stessa cosa potrebbe dirsi, allo stato attuale, per il terrorismo *jiihadista* che, nonostante possa causar un danno allo Stato, non pare ora come ora in grado di metterne in pericolo, ad es., la forma repubblicana, di com unità militare o le strutture sociali. Naturalmente ciò potrebbe non valere per il futuro.

[28] Francisco Muñoz Conde, docente di Diritto penale all'Università di Siviglia.

[29] F. M. Conde, *De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»*, in *Rivista penal*, n. 16, 2015, disponibile su <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/255/245>.

[30] F.M. Conde, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Prólogo. Valencia, 2004, p. 12.

[31] M. Mantovani, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in R. Kostoris e R. Orlandi, *Contrasto al terrorismo internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 87 e segg.

[32] Nel nostro *corpus* legislativo incontriamo due disposizioni che hanno lo stesso tenore: l'art. 54 c.p. che punisce chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo grave alla persona, *pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile*, sempre che il fatto non sia stato necessario per salvare se o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura e rimessa all'equo apprezzamento del giudice.

[33] Ben potrebbe succedere (come accaduto al volo dirottato della *Pegasus* su cieli turchi il 7 febbraio 2015) di vederli visti scortare da aerei da caccia, desista e consenta un atterraggio pacifico.

[34] M. Domini, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R. Kostoris e R. Orlandi, *Contrasto al terrorismo internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 87 e segg.

[35] S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, ESI, 1997.

[36] M. Domini, *Diritto penale di lotta cit*, p. 35.

[37] In merito interessate è J. Vervaele. *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: intera arma silenti*

proc. pen. 2005, p. 739.

[38] Per una breve analisi si veda C. Bassu, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà per negli Stati Uniti*, 2006, archivio della *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionali* http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/antiterrorismo_canada/index.html.

[39] AA. VV., *Torture: a collection*, S. Levinson editor, Oxford University Press, 2004, p. 257 e segg.

[40] A. M. Dershowitz, *Terrorismo*, Roma, Carocci, 2003, pp. 125 – 155.

[41] Numerose sono le norme internazionali e sovraordinate che vietano la tortura come la Convenzione di tortura del 27 giugno 1987 e la Convenzione Europea per la Prevenzione della Tortura e della pene inumane e degradanti del 26 novembre 1987. L'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo condotte: tortura, trattamenti o pene inumane e trattamenti o pene degradanti. La definizione e puntu ciascuna condotta è stata curata nei dettagli dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nelle numerose senten

[42] Senza voler considerare che c'è da dubitare della veridicità delle informazioni estratte mediante tortura interrogato ben sarebbe portato a compiacere il suo aguzzino al solo scopo di far terminare le inflizioni di d

[43] La decisione (n. 11/2006 del 15 febbraio 2006) è disponibile, anche in lingua inglese, su <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2006/bvg06-011.html> http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2006/02/rs20060215_1bvr03570

[44] L'altro motivo è di carattere squisitamente procedurale: non è sufficiente l'ordine di abbattimento dell' parte del Ministro della Difesa, dovendo questo essere provocato da una richiesta del Land o dei Länder de dalla minaccia.

[45] «Das Luftsicherheitsgesetz verstoße gegen die Grundrechte der Beschwerdeführer auf Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG».

[46] Trattasi degli aeromobili a pilotaggio remoto, c.d. droni, velivoli anche di grandi dimensioni controllat attraverso un computer.

[47] «Eine Relativierung des Lebensrechts der Passagiere lasse sich auch nicht damit begründen, dass diese Flugzeug angesehen würden. Wer so argumentiere, mache sie zum bloßen Objekt staatlichen Handelns u menschlichen Qualität und Würde».

[48] M. Mantovani, *Le condotte cit*, p. 96.

[49] Ivi, p. 97.

[50] V. Baldini, *Stato di prevenzione v/ stato costituzionale di diritto: un nuovo capitolo di una storia infini una decisione della Corte costituzionale federale tedesca sulla legge federale in materia di sicurezza dei v* archivio della *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/stato_di_prevenzione/index.html#sdfootnote43anc.