

Nov/2017



CAMMINO DIRITTO

Rivista Giuridica

ISSN 2532-9871

Cammino Diritto (Periodico online)

DIRETTORE RESPONSABILE EDITOR-IN-CHIEF

Raffaele Giaquinto

VICE DIRETTORE MANAGING EDITOR

Alessio Giaquinto

CAPOREDATTORE ASSOCIATE EDITOR

Ilaria Ferrara

VICE CAPOREDATTORE ASSISTANT EDITOR

Giuseppe Ferlisi

Rivista
Giuridica

Indice dei contenuti

1. - IL DANNO DA DEMANSIONAMENTO PUÒ ESSERE PROVATO SULLA BASE DELLE PRESUNZIONI SEMPLICI

Alessandra Inchingolo, pubblicazione sabato 4 novembre 2017

2. - IL GIUDICE E LA SUA RESPONSABILITÀ: IUDEX IUDICARE DEBET!

Andrea Senatore, pubblicazione lunedì 6 novembre 2017

3. - LA CORTE EDU E IL DIVIETO DI BIS IN IDEM: LO STATO DELL'ARTE FRA INNOVAZIONI E REVIREMENTS.

Michele Motta, pubblicazione martedì 14 novembre 2017

4. - CONTRATTO DI FRANCHISING: CARATTERISTICHE E PRINCIPALI CLAUSOLE CONTRATTUALI

Manuel Mattia, pubblicazione venerdì 17 novembre 2017

5. - LA NULLITÀ DEL CONTRATTO DI LOCAZIONE NON REGISTRATO ALLA LUCE DELLA PRONUNCIA DELLE SS.UU. DELLA CORTE DI CASSAZIONE.

Vanessa Moscardi, pubblicazione lunedì 20 novembre 2017

6. - ATTI PERSECUTORI: EVOLUZIONE DEL REATO E CONDOTTE RIPARATORIE NEI CONFRONTI DELLA VITTIMA.

Anna Villani, pubblicazione mercoledì 22 novembre 2017

7. - LA CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI

Giusy Tuzza, pubblicazione giovedì 23 novembre 2017

8. - IL SOCCORSO ISTRUTTORIO E LE DIVERSITÀ APPLICATIVE NELL'EVOLUZIONE LEGISLATIVA E GIURISPRUDENZIALE

Francesco Belgio, pubblicazione martedì 28 novembre 2017

COMITATO SCIENTIFICO SCIENTIFIC COMMITTEE

| | |
|-----------------|----------------------------------|
| Angela CUOFANO | <i>Avvocato</i> |
| Gaspere DALIA | <i>Ricercatore universitario</i> |
| Rosa MUGAVERO | <i>Ricercatore universitario</i> |
| Lucio ORLANDO | <i>Avvocato</i> |
| Andrea SENATORE | <i>Ricercatore universitario</i> |
| Saverio SETTI | <i>Of Counsel</i> |

IL GIUDICE E LA SUA RESPONSABILITÀ: IUDEX IUDICARE DEBET!

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 164 del 2017 si pronuncia sulla riforma della responsabilità civile dei magistrati: il mestiere di giudicare è difficile ma è il mestiere del giudice.

Andrea Senatore - Pubblicazione, lunedì 6 novembre 2017
Redattore: Emmanuel Luciano

Sommario: 1. Premessa; 2. Le ordinanze di remissione; 3. La decisione della Consulta; 4. Qualche riflessione; 5. Epilogo (?).

1. Premessa

In un precedente articolo[1], ci siamo occupati di due ordinanze, 8 e 12 maggio 2015, di remissione alla Corte Costituzionale della l. 18/15 di riforma della l. 117/88 sulla responsabilità civile dei magistrati[2]. **La Consulta**, con la sentenza n. 164 del 12.07.2017, **si è finalmente[3] pronunciata sul punto**, esaminando anche le altre ordinanze nel frattempo intervenute, **dichiarando l'inammissibilità (e solo in un caso l'infondatezza) delle questioni sollevate dai giudici remittenti**. Si tratta di una (prima) risposta ai dubbi (o alle preoccupazioni) manifestate dagli organi giudicanti nell'esercizio della loro attività giurisdizionale a seguito della novella del 2015.

2. Le ordinanze di remissione

Con la prima ordinanza[4] il Tribunale penale di Treviso dubitava della compatibilità con la Costituzione della legge 18/15. Investito di una causa relativa alla detenzione illegale di tabacchi lavorati esteri, il giudice remittente evidenziava da un lato la carenza di prove, e dall'altro la presenza di indizi a carico del prevenuto, sottolineando che *“la valutazione di elementi indiziari è, come noto, particolarmente difficile e “rischiosa” in ordine alla correttezza dell'esito del giudizio probatorio, tant'è che lo stesso legislatore, ben consapevole di ciò, ha dettato una procedura aggravata per l'utilizzabilità probatoria degli indizi”*[5]. Pertanto, dovendo decidere in base a degli indizi, riteneva che la riforma della responsabilità civile andasse ad incidere sul principio del libero convincimento del giudice e sulle garanzie costituzionali relative all'attività giurisdizionale (artt. 3, 25, 101, 104, 113)[6].

Con una successiva ordinanza, anche il Tribunale di Verona^[7] sollevava questione di legittimità costituzionale (q.l.c.) sulla base di una visione simile a quella del Tribunale trevigiano. In primo luogo sarebbe quanto mai equivoco l'utilizzo del termine "travisamento", non ben definito, che nemmeno corrisponderebbe al concetto utilizzato per definire l'illecito disciplinare o il vizio di motivazione della sentenza penale; in tal modo si potrebbe "*censurare qualsiasi valutazione dei fatti o del materiale probatorio compiuta dal giudice nel giudizio a quo, che risulti non gradita o sfavorevole, semplicemente qualificandola come travisamento*". Anche secondo il giudice scaligero l'intero impianto della riforma contrasta con i principi costituzionali di imparzialità ed indipendenza del giudice ed anche con l'art. 3 Cost., per quanto riguarda l'obbligatorietà della rivalsa, e con l'art. 81 Cost. per mancanza di indicazione dei mezzi per far fronte ai maggiori oneri derivanti dall'applicazione della riforma.

A queste due ordinanze si sono aggiunte, nel frattempo altre tre ordinanze^[8] provenienti dai Tribunali di Catania (sezione lavoro), Enna e Genova.

Il Tribunale di Catania sollevava identiche questioni nel corso di un giudizio di opposizione ad ordinanza di reintegrazione di dipendente nel luogo di lavoro e condanna al risarcimento dei danni. In sede di opposizione veniva avanzata istanza di ricusazione, rigettata dal collegio^[9], di uno dei giudici che aveva già deciso^[10] la fase sommaria precedente. Nelle more del giudizio interveniva la già citata riforma della responsabilità civile dei magistrati. **Pure il Tribunale catanese esprime, in buona sostanza, gli stessi dubbi già espressi** che "*(...) appaiono, quindi, tali da minare la serenità di giudizio, l'imparzialità, il libero convincimento ex art. 116 c.p.c. del giudice (...), dati i pregiudizi, patrimoniali, quanto non patrimoniali, che potrebbero conseguire dalla mera proposizione della domanda risarcitoria per ritenuto "travisamento del fatto o delle prove"*"; né una, peraltro eventuale, riforma della sentenza "viziata" sarebbe idonea ad evitare l'insorgere dell'anzidetta responsabilità. Tra le norme costituzionali richiamate, oltre agli artt. 3, 24, 101-113 (*sic*), vi è anche l'art. 28, che vede i funzionari e i dipendenti dello Stato "*direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti*". **Vengono ancora criticati l'obbligo di rivalsa, la misura della stessa^[11] e l'assenza del filtro.** La possibilità di spiegare l'azione risarcitoria prima ancora che il giudizio ove l'asserito danno si è verificato si concluda, inciderebbe inoltre sulla serenità e del primo giudice e di quello di seconda istanza, che, viene ribadito ancora una volta, "*potrebbe essere portato - anche*

inconsapevolmente o istintivamente - a scegliere la strada più accomodante, rispetto a quella, magari più giusta”.

Anche la decisione del Tribunale ennese interviene nel corso di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in cui l’opponente contesta l’usurarietà degli interessi vantati dall’opposta che insisteva nella richiesta di concessione della provvisoria esecuzione. Il giudice, dopo aver delineato gli elementi indicati dall’art. 648 c.p.c. ed indicato l’interpretazione letterale della norma, ritiene che il seguire (o meno) una determinata opzione interpretativa che non si allinei con quella data dalla Corte Costituzionale in una pronuncia interpretativa di rigetto^[12] *“potrebbe esporre (...) ad una responsabilità diretta nei confronti delle parti processuali potendosi configurare il dolo civilistico legittimante la chiamata diretta del magistrato nel giudizio di responsabilità ex legge n. 117/1988”*, menomando la libertà interpretativa consacrata dalla Costituzione all’art. 101, co. 2. Pertanto il cd. “diritto vivente” che ritiene integrata la “violazione manifesta della legge” *“da una scelta interpretativa della legge effettuata dal giudice a quo ricompresa tra quelle espressamente escluse da una pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale”* violerebbe gli artt. 101, co. 2, 104, co. 1, 107, co. 3, ed anche l’art. 134 Cost.^[13]

La remissione del Tribunale genovese, invece, appare maggiormente interessante in quanto pronunciata proprio in un giudizio sulla responsabilità dei magistrati^[14]. Nelle more del giudizio interveniva la riforma della l. 117/88 che, tra l’altro, aboliva il filtro^[15]; **il collegio^[16] ritiene rilevante^[17] la disposizione** di cui all’art. 3, co. 2, l. 18/15 **che abroga il preventivo esame sull’ammissibilità della domanda**, ritenendo violanti gli artt. 3, 25, 101, 104, 111 Cost. La novella, secondo i giudici remittenti, non sarebbe nemmeno “euro-unitariamente obbligata” in quanto **il giudice europeo**, affermando l’incompatibilità col diritto comunitario dell’esclusione della responsabilità civile nel caso in cui il danno derivi da un’errata interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto o delle prove, **si riferisce esclusivamente allo Stato e non alla responsabilità personale del magistrato^[18].** Il Tribunale ligure ritiene che il sottoporre il giudice, anche solo potenzialmente, ad istanze risarcitorie senza filtro andrebbe ad incidere sul “giusto” processo, nel senso che non sarebbe “giusto” un processo in cui il decidente misuri la propria decisione non già con i rischi di una riforma bensì con quelli di un procedimento risarcitorio e pertanto possa vedere compromessi i principi di terzietà ed imparzialità. Si avrebbe quindi il rischio, peraltro già paventato dai giudici trevigiani e scaligeri, di una “giurisprudenza difensiva” in cui il giudice motivi in un determinato

modo non già per dar conto delle proprie ragioni poste alla base della sentenza (cfr. art. 111, co. 6 Cost.), ma per evitare di essere coinvolto in una vicenda risarcitoria. Secondo il Tribunale di Genova, la norma violerebbe anche i principi di sottoposizione del giudice alla legge, dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura e della precostituzione legale del giudice naturale; in tal ultimo caso, pur non essendo prevista un'ipotesi di astensione obbligatoria o di ricusazione, si può facilmente immaginare come il magistrato, di fatto, potrebbe non più avere la necessaria serenità di giudizio^[19].

Così compendiate le ragioni dei remittenti, può passarsi alla decisione della Corte Costituzionale.

3. La decisione della Consulta

La Corte preliminarmente riunisce, data la comunanza dell'oggetto e delle questioni sollevate, i ricorsi, passando poi ad esaminare le eccezioni avanzate dalla difesa erariale. **L'Avvocatura dello Stato ritiene che tutte le q.l.c. siano inammissibili per difetto di rilevanza**, anche per la vicenda insorta davanti al Tribunale di Genova^[20]. Il punto centrale dell'argomentazione è che **i remittenti non sono chiamati a fare diretta applicazione delle disposizioni della cui costituzionalità dubitano**, inoltre il pericolo alla serenità del giudice, con tutto quel che già si è detto a proposito dell'imparzialità e indipendenza della magistratura, sarebbe meramente ipotetico e giustificato dalla *“pericolosità della funzione giurisdizionale”*.

La Corte Costituzionale, salvo quanto si dirà in seguito per la q.l.c. genovese, **dichiara fondata l'eccezione**. In primo luogo viene sottolineata la non pertinenza del richiamo a precedenti sentenze della stessa Consulta (in particolare sent. 18/89 e 237/13) perché riguardanti diversi ambiti: il primo caso era attinente alla struttura dell'organo ed alle “distinzioni” funzionali interne ad esso^[21], mentre il secondo riguardava la stessa *potestas iudicandi*^[22]. Ciò che **va valutata è la stretta relazione funzionale tra norme impugnate e giudizio a quo** che *“deve assumere i connotati della pregiudizialità, la quale comporta l'impossibilità di definire il procedimento pregiudicato in assenza della deliberazione della quaestio pregiudicante”*, **secondo il Giudice delle Leggi le questioni sono state sollevate solo riguardo alla modalità di esercizio, senza valutarne la diretta ed effettiva incidenza sullo statuto di autonomia e di indipendenza**.

La Corte, naturalmente, non nega che un presidio istituzionale in favore del giudice debba esserci, pena il mancato rispetto del principio di legalità cui tutti (cfr. artt. 3 e 54

Cost.), giudice compreso, sono tenuti.

Il ruolo del giudice, nell'architettura costituzionale della giurisdizione, appare infatti peculiare, non potendosi escludere a priori che norme, pur non immediatamente applicabili nel processo, vadano ad incidere in maniera evidente ed attuale sulle garanzie costituzionali della funzione giurisdizionale, così condizionando l'esercizio della relativa attività. Ciò tuttavia presuppone che tale incidenza – per qualità, intensità, univocità ed evidenza della sua direzione, immediatezza ed estensione dei suoi effetti – sia tale da determinare una effettiva interferenza sulle condizioni di indipendenza e terzietà nel decidere, a prescindere da qualsiasi profilo che possa riguardare un eventuale “perturbamento psicologico” del singolo giudice.

Tali presupposti non sono stati rinvenuti, conseguentemente **le q.l.c.** sopra indicate sono dichiarate irrilevanti e dunque **inammissibili**.

Discorso diverso fa invece la Corte **per quanto riguarda l'ultima ordinanza di remissione**. Le questioni inciderebbero, infatti, sulle modalità procedurali della relativa verifica, che l'abrogato art. 5 l. 117/88 regolava con disciplina *ad hoc*, allo stato non più applicabile e che il rimettente mira a ripristinare dubitando della legittimità costituzionale della norma meramente abrogatrice. **La Consulta ritiene, pertanto, la q.l.c. rilevante ma infondata.**

In primo luogo **la sentenza ripercorre il percorso della Corte di Giustizia U.E.** sull'obbligo degli Stati membri di riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario commesse da organi giurisdizionali nazionali, peraltro già ripreso nelle ordinanze di remissione, ribadendo il principio della sentenza Köbler^[23] a mente del quale *“le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento”* (cfr. artt. 24, 113 Cost., 13 CEDU, 47 “Carta di Nizza”). Quindi la motivazione **affronta i principi di equivalenza ed effettività**^[24] come delineati dalla Corte di Lussemburgo per poi passare alla questione della compatibilità costituzionale dell'abolizione del filtro.

In effetti, sembra ammettere la Corte, l'abolizione del filtro non era “unitariamente” obbligata, come pure riteneva il Tribunale di Genova. Tuttavia i principi introdotti dal “diritto vivente” comunitario hanno indotto il legislatore ad equiparare il risarcimento in parola con le altre ordinarie richieste di risarcimento danni nei confronti dello Stato^[25]. La decisione di non limitarsi alle sole violazioni del diritto comunitario, prosegue la decisione, è dettata dalla necessità (costituzionale) di non creare una disparità di

trattamento rispetto alle violazioni del diritto interno.

Si entra così sul difficile terreno del bilanciamento degli interessi che vede da un lato la posizione del soggetto asseritamente leso da un provvedimento giudiziario tesa ad ottenere il ristoro del pregiudizio patito e dall'altro la salvaguardia delle funzioni giudiziarie. Ritiene la Corte che **nella l. 18/15 questo bilanciamento ci sia stato, attraverso una netta distinzione tra la responsabilità dello Stato e quella del magistrato**, superando la “coincidenza oggettiva e soggettiva” delle due responsabilità. Il legislatore ha quindi ampliato il perimetro della responsabilità statale, nei limiti della ragionevolezza, abolendo il filtro e continuando ad escludere l'azione diretta nei confronti del magistrato; secondo la Consulta

*Non è costituzionalmente necessario, infatti, che, per bilanciare i contrapposti interessi di cui si è detto, sia prevista una delibazione preliminare dell'ammissibilità della domanda (...) quale strumento indefettibile di protezione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura. Tale esigenza può essere infatti soddisfatta dal legislatore per altra via: ciò è quanto accaduto con la legge n. 18 del 2015, per un verso mediante il mantenimento del divieto dell'azione diretta contro il magistrato e con la netta separazione dei due ambiti di responsabilità, dello Stato e del giudice; per un altro, con la previsione di presupposti autonomi e più restrittivi per la responsabilità del singolo magistrato (...); per un altro ancora, tramite il mantenimento di un limite della misura della rivalsa. Tanto vale a stornare il paventato pericolo che l'abolizione del meccanismo processuale in esame determini un pregiudizio alla “serenità del giudice” come pure **la temuta deriva verso una “giurisprudenza difensiva”, ipotesi, questa, che evidentemente oblitera l'elevato magistero proprio di ogni funzione giurisdizionale (...).***

Sono anche ritenuti infondati i dubbi sulla violazione dell'art. 25 e dell'art. 111 Cost. Quanto al primo caso la sentenza richiama il “diritto vivente” della Cassazione che esclude che vi sia un'ipotesi di astensione o ricusazione ovvero un rapporto diretto parte-magistrato, che qualifichi quest'ultimo come debitore della prima. Relativamente alla irragionevole durata, nel senso che - abolito il filtro - il processo dovrebbe seguire i tempi “ordinari” della giustizia, osserva la Corte che questo dubbio è comune per tutti i giudizi civili “non preceduti da meccanismi di preliminare delibazione della domanda”.

4. Qualche riflessione

La sentenza sembra allontanare l'*Hannibal ad portas* lanciato dai giudici remittenti (in particolare dai primi quattro). Probabilmente non sarà l'unica pronuncia del “circuito” delle Corti superiori ad intervenire sul punto, dato che l'infondatezza è stata limitata alla sola abolizione del filtro senza peraltro riguardare le altre q.l.c. perché, per l'appunto, giudicate irrilevanti. E come si faceva autorevolmente notare^[26] sul punto non si è

formato ancora un “diritto vivente”, infatti “*la legge è efficace da poco tempo, e non ne è ancora stata chiarita esattamente la portata interpretativa*”[27].

Tuttavia si può chiaramente affermare come la Consulta parta dal presupposto che solo un giudice nel pieno possesso ed esercizio dei propri poteri giurisdizionali possa svolgere correttamente e serenamente il proprio lavoro e ciò non soltanto da un punto di vista formale ma anche da un punto di vista sostanziale: **l’indipendenza del giudice è ribadita come una delle primarie esigenze di civiltà giuridica, direttamente discendente dal principio di legalità** e da quella funzione di interpretazione ed applicazione della legge. Tutto questo, però, **non può risolversi in una irresponsabilità assoluta**: il giudice è, come tutti, sottoposto alle leggi né può più ripetersi l’adagio noto ai giuristi inglesi *the King can do no wrong*[28]. Allora il giudice, la cui funzione è caratterizzata da alta professionalità[29], deve prendere la propria decisione solo in base alla legge. **Rimane tuttavia**, a parere di chi scrive, **il rischio che in concreto il giusdicente possa**, inconsciamente, **prendere la via più breve** e più semplice per arrivare ad una decisione che non sia quella giusta in relazione al caso concreto ma magari più facile da motivare e che metta al riparo da istanze risarcitorie[30]. In realtà quello che sembra trasparire dalla pronuncia della Corte in esame, e che viene detto con un grande pudore istituzionale, è che **il giudice deve** “semplicemente” **rendere giustizia**. Ed è in quel semplicemente, volutamente virgolettato, che sta l’altissima funzione del giudice ma questo dover raggiungere le alte vette del diritto per interrogarsi sulla praticabilità di una determinata soluzione ermeneutica deve, al contempo, lasciare l’interprete con i piedi saldamente ancorati al suolo (*i.e.* il caso concreto da decidere). Volendo essere ancora più espliciti **la Consulta dice ai giudici di “non avere paura” di giudicare**, perché **quello è il loro lavoro**[31], perché è naturale che dovendo prendere una decisione, si potrà scontentare una delle parti, ma se questo avviene con la dovuta preparazione, dopo il dovuto esame del fascicolo processuale e con correttezza morale e giuridica (che dovrebbe contraddistinguere chiunque indossi una toga), ci sarà ben poco spazio per un macroscopico errore che cagioni un “danno ingiusto”[32].

Si dirà, certo, che quanto sopra detto vale per “il migliore dei tribunali possibili” che, purtroppo, non corrisponde allo stato dell’arte dell’applicazione del diritto ed a volte quanto dettato dai codici rimane solo sulla carta. Questo è innegabilmente vero, ma verrebbe da chiedersi se un giudice monocratico che abbia sul ruolo 40 cause ad udienza possa avere, umanamente, all’ultima causa la medesima concentrazione della prima[33], eppure anche quell’ultima causa ha la stessa dignità della prima. È vero anche che, forse,

questo non è un momento felice per la giurisdizione: i noti carichi di lavoro che portano a rinvii lunghi o alla prescrizione del reato e quindi sostanzialmente ad una mancata o ritardataria giustizia[34], per le critiche che seguono a provvedimenti giurisdizionali non avvertiti come “socialmente giusti” da parte della collettività[35], ma in ogni caso **la figura del giudice**, lo dice chiaramente la Consulta, è **garanzia** di soluzione pacifica delle controversie, di controllo dell’azione dell’amministrazione, di verifica delle condotte umane e della sottoposizione ad una pena “umana” (art. 27, co. 3, Cost.)[36].

Del resto in alcuni casi si può notare come dietro l’interpretazione pura e oggettiva del diritto vi sia l’umanità del giudice[37], che non deve mai svolgere le funzioni di un burocrate bensì quelle di attento esaminatore del caso concreto e dei valori giuridici che sono in discussione. Ritorna allora quell’idea[38] di giudice sacerdote, appartenente ad un ordine monastico, quasi romita in mezzo alla collettività? Sicuramente no, il giudice ha, come tutti, le proprie idee, le proprie convinzioni personali, che però, *durante munere*, deve lasciare da parte per essere, il più possibile, pura funzione; certo è che il modello del giudice non deve essere Azzecagarbugli e nemmeno Don Abbondio.

5. Epilogo (?)

Il commento delle ordinanze di remissione cominciava evocando la nota espressione “ci sono dei giudici a Berlino”, usata come sinonimo di imparzialità e di soggezione del magistrato soltanto alla legge. Dietro quella frase, tuttavia, c’è un’altra storia che potrebbe stimolare ulteriori riflessioni. Secondo questa fonte[39], infatti, accadde che il povero mugnaio Arnold dovette rivolgersi a Federico il Grande per ottenere giustizia.

Il suo Mulino del Gambero (*Krebsmühle*), a seguito di alcuni lavori svolti dal suo vicino soprastante, un barone, non macinava più regolarmente per carenza d’acqua. Arnold, quindi, si trovò nella condizione di non poter pagare l’affitto del mulino che fu venduto all’asta e, indirettamente, comprato proprio dal vicino. La moglie di Arnold si rivolse al sovrano e questi li rimandò ai giudici. Dopo una serie di Corti e ricorsi, l’originaria sentenza viene sostanzialmente confermata: è inalterabile salvo l’intervento di un giudizio superiore. Finalmente, dopo altre richieste, il monarca incarica la più alta istanza giurisdizionale del suo regno, il *Kammergericht* di Berlino[40], di istruire rapidamente la causa e di deciderla definitivamente. Con lodevole celerità il relatore, tale Rannsleben, dopo un’intera giornata e nottata di studio dell’incartamento è in grado di riferire: la sentenza è giusta e va confermata, dunque “in nome del re” la si conferma.

Sempre secondo la nostra fonte, Federico non la prende bene: avuta la sentenza, convoca immediatamente il collegio giudicante e il gran cancelliere, rivolgendo loro una solenne ramanzina (a dire poco). Il sovrano non esita a definire la sentenza come ingiusta, visto che il povero Arnold era stato posto nell'impossibilità di macinare, se non per pochi giorni in primavera ed autunno, perdendo così il mulino. La corte di Berlino, invece di correggere l'immoralità intrinseca della vicenda, "abusa" del nome del sovrano per confermarla. Per Federico il Grande *"un tribunale ingiusto è più pernicioso d'una banda di ladri; contro questi potete difendervi, non così contro quello"*. Il cancelliere viene destituito seduta stante, i giudici di Berlino e quelli di appello, tranne quello che si era pronunciato in favore di Arnold e il Rannsleben, vengono reclusi nella fortezza di Spandau, destituiti e condannati al risarcimento dei danni in favore del mugnaio. Il sovrano stesso, siamo in un'epoca in cui tutti i poteri erano ancora nominalmente e sostanzialmente in capo al re, pronuncia un nuovo provvedimento con cui Arnold viene rimesso *in integrum* nel suo mulino; la notizia fece scalpore e si diffuse in tutta Europa.

Alla vicenda, però, manca ancora la parola fine. Il ceto forense, com'è facile immaginare, non accolse bene l'intervento diretto del re negli affari di giustizia. Con l'avvento di Federico Guglielmo II, la questione fu ancora una volta riferita al sovrano, stavolta da parte del vicino che ottenne un nuovo giudizio, dall'esito completamente opposto. Il barone aveva diritto all'acqua per la sua peschiera, Arnold doveva restituire il risarcimento ai giudici e, inoltre, versare o il mulino o il prezzo al barone. Queste somme furono, infine, pagate dal sovrano. Il cancelliere ed i giudici destituiti furono invece richiamati ai loro posti.

Se da quanto sinora detto si può trarre uno spunto di ulteriore riflessione, potremmo allora dire che **la responsabilità civile dei magistrati**, esseri umani come tutti ma con funzioni peculiarissime, **si ricollega non solo all'ambito**, tutto civilistico, **della responsabilità civile** e delle responsabilità "speciali", **ma anche al rapporto tra poteri dello Stato** che involge questioni pubblicistiche, di teoria generale e filosofiche che porterebbero troppo in là il nostro discorso. L'antico mulino di *Sanssouci* non esiste più, al suo posto sono state costruite varie repliche, l'ultima degli anni '90. Rimane, però, il simbolo e la frase che, a chi scrive, piace pensare come prova di fiducia nella magistratura, consci sempre del fatto che **giudicare è una delle attività più difficili che l'essere umano possa affrontare**.

[1] *La riforma della responsabilità civile dei magistrati all'esame della Consulta*, in questa *Rivista*, il [12.06.2015](#). Ci si prende la libertà di rinviare a quell'articolo, e alla bibliografia ivi contenuta, anche per quanto riguarda l'evoluzione normativa e la riforma attuata con la l. 18/15.

[2] Il testo della l. 117/88, anche nella versione previgente, è consultabile al sito [normattiva.it](#).

[3] La causa è stata trattata nella camera di consiglio del 9.11.2016, decisa il 3.04.2017, la sentenza è stata depositata il 12.07.2017 e quindi pubblicata in G.U. n. 29 del 19.07.2017.

[4] Prima anche in ordine cronologico, il testo dell'ordinanza è disponibile nell'articolo sopra citato assieme a quella del Tribunale di Verona (rispettivamente iscritte nel registro ordinanze della Corte ai nn. 198/15 e 218/15).

[5] Che secondo quanto previsto dall'art. 192 c.p.p. devono essere gravi, precisi e concordanti.

[6] V. p. 2 ss. dell'ordinanza di remissione.

[7] Nell'ambito di un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo.

[8] Rispettivamente iscritte nel registro delle ordinanze della Consulta ai numeri 113/16 (G.U. 8.06.2016, n. 23), 126/16 (G.U. 6.7.2016, n. 27) e 130/16 (G.U. 6.7.2016, n. 27) e consultabili sul sito della Corte ([www.cortecostituzionale.it](#)).

[9] Sul rilievo che la fase di opposizione, prevista dall'art. 1, co. 51, della stessa legge, non costituisce un giudizio di impugnazione bensì un giudizio ordinario di cognizione in materia di lavoro e dunque la vicenda sarebbe diversa da quella già decisa dal giudice recusato.

[10] Ex art. 1, co. 47 ss., l. 92/12.

[11] Che secondo il remittente sarebbe irragionevole e pregiudicherebbe le garanzie di imparzialità ed indipendenza, oltretutto – citando “*la dottrina costituzionalistica*” – evidenziante il carattere “punitivo” della riforma.

[12] Nella specie C. Cost. ord. 25.05.1989 n. 295, in [www.cortecostituzionale.it](#). L'effetto vincolante *erga iudices* delle ordinanze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale è stata affermata da Cass., Sez. Un. civ., sent. 16.12.2013, n. 27986 in *Ced. Cass.*.

[13] In tal modo, sostiene il remittente, la Consulta potrebbe diventare “*il giudice detentore del monopolio interpretativo della compatibilità tra legge e Costituzione*”.

[14] In particolare, dall'ordinanza di rimessione si ricava che il ricorrente si doleva del fatto che il Tribunale di Firenze, nel dichiarare il fallimento di una s.a.s., avesse esteso il fallimento anche nei suoi confronti, quale socio illimitatamente responsabile. Riguardo a tale declaratoria, riteneva che non gli fosse stato dato valido avviso dell'udienza a seguito della quale la stessa era stata pronunciata: in particolare i giudici di primo grado avrebbero errato in fatto, affermando che dalla data di spedizione della notifica ex art. 140 c.p.c. a quella dell'udienza fossero decorsi sette giorni liberi. Inoltre, una volta proposto reclamo, i giudici di secondo grado avrebbero errato a loro volta, in quanto - essendo intervenuta dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 140 c.p.c. - avrebbero dovuto ritenere la notifica perfezionata soltanto dopo che si era svolta l'udienza di primo grado.

[15] Ritenendo che l'abolizione fosse immediatamente applicabile anche agli illeciti pregressi ma la cui domanda sia stata proposta dopo l'entrata in vigore della riforma del 2015. L'ordinanza sul punto richiama Cass., sez. III civ., sent. 15.12.2015, n. 25216, in *Ced. Cass.*, il

cui principio di diritto testualmente recita “(...) *la sopravvenuta abrogazione [del filtro] non esplica efficacia retroattiva, onde l’ammissibilità della domanda di risarcimento dei danni (...) deve essere delibata alla stregua delle disposizioni processuali vigenti al momento della sua proposizione (...). Il giudizio di ammissibilità (...) pertanto prosegue secondo le norme poste da questa disposizione qualora la domanda sia stata avanzata con ricorso depositato prima del 19 marzo 2015, data di entrata in vigore della l. n. 18 del 2015*” (punto 1.6 della motivazione).

[16] Anche inserendo una rapida panoramica di diritto comparato *in subiecta materia*.

[17] In quanto ritiene di dover aderire alla giurisprudenza di legittimità (Cass., 25216/15, *cit.*), secondo cui la soppressione del filtro opera anche rispetto alle domande proposte dopo l’entrata in vigore della riforma ma relative agli illeciti pregressi: circostanza che comporterebbe la restituzione della causa al giudice istruttore per la prosecuzione del giudizio.

[18] Cfr. C.G.U.E., sentenze 13.06.2006 in C-173/03, 30.09.2003 in C-224/01 e 24.11.2011 in C-379/10, tutte in *curia.europa.eu*.

[19] “(...) *La proposizione di un ricorso, in un sistema privo di filtro, potrebbe così costituire uno strumento per ottenere la modifica dell’assegnazione della causa, magari dopo che un giudice aveva preso decisioni interinali che facevano presagire la soccombenza di una delle parti. Instaurare il processo di RC può essere quindi uno strumento di coazione indiretta nei confronti del giudice (...)*”.

[20] Secondo l’Avvocatura dello Stato il collegio avrebbe potuto comunque definire nel merito la controversia.

[21] Ad es. la figura del relatore nelle composizioni collegiali degli uffici giudicanti e la partecipazione dei laici all’amministrazione della giustizia.

[22] Si trattava della nota vicenda di “razionalizzazione” o riduzione degli uffici giudiziari, attuata con d.lgs. 156/12.

[23] C.G.U.E. sent. 30.09.2003 in C-224/01, *cit.*

[24] Secondo il primo principio, le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario attraverso un provvedimento giudiziario, non possono essere meno favorevoli di quelle riguardanti analoghi reclami di natura interna, vale a dire delle altre azioni risarcitorie esercitabili dai cittadini nei confronti dello Stato in altre e diverse materie. Il secondo principio, invece, richiede che i rimedi, per l’appunto, siano effettivi e non rendano sostanzialmente impossibile l’azione o il risarcimento.

[25] Ad es. se l’auto di Tizio viene tamponata da un veicolo appartenente alla Pubblica Amministrazione l’azione risarcitoria ex art. 2054 c.c. non è certo soggetta ad alcun filtro di ammissibilità.

[26] Cfr. *Guida dir.*, 27.05.2015, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*.

[27] *La responsabilità civile dei magistrati alla Consulta*, in *QG*, 18.05.2015.

[28] Peraltro tale brocardo va considerato in qualche modo superato, *in civilis*, dal *Crown Proceedings Act* del 1947 che prevede la responsabilità del Governo di Sua Maestà (e non personale del sovrano) per gli illeciti sia di natura contrattuale che extracontrattuale.

[29] Come argomentato dalla difesa erariale.

[30] Ad es. mediante il richiamo, acritico, alle difese di una delle parti, ovvero con la mera citazione di massime delle corti superiori senza che tali riferimenti riflettano un serio studio della causa. A tal proposito si ribadisce che, nonostante il diritto giurisprudenziale rivesta grande importanza – e per la C.E.D.U. nella vicenda Contrada anche “forza normativa” – l’Ordinamento italiano non è formalmente dominato dal principio del precedente vincolante, ma semmai è l’autorità del precedente e la sua applicabilità al caso concreto a renderla “diritto vivente” (v. ad es. C. Cost., sent. 18.06.2015, n. 113, in www.cortecostituzionale.it).

[31] O se si preferisce: il loro dovere.

[32] Rimane intatta, infatti, la clausola di salvaguardia prevista dall’art. 2, co. 2, l. 117/88 in base alla quale “*non può dar luogo a responsabilità l’attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove*”. In particolare, secondo la difesa erariale, per travisamento s’intende “*un grave ed ingiustificato sviamento determinato da un errore di tale gravità da escluderne la scusabilità [lo] stravolgimento del dato fattuale, dovuto ad una macroscopica omissione nella percezione di fatti secondari decisivi, ovvero della regola di inferenza logica applicata*” (punto 1.7.2. del *Ritenuto in fatto*). Secondo il dizionario il verbo travisare ha due significati: alterare il viso, l’aspetto, in modo da rendersi irriconoscibile o trarre altri in inganno, ovvero in senso figurato di fare apparire diverso dal vero, narrare, esporre, interpretare in modo contrario o diverso da quello giusto. Sul punto ci si permetta di rinviare a quanto argomentato dalle ordinanze di rimessione ed alla bibliografia contenute nell’articolo del 12.06.2015.

[33] Dopo magari aver ascoltato, ed ascoltato con attenzione, decine di testimoni in aule sovraffollate e risolto questioni processuali, anche complesse, in udienza o dopo breve camera di consiglio.

[34] Alimentando quella che viene definita la “fuga dalla giurisdizione” verso le cosiddette A.D.R. (*alternative dispute resolution*) come arbitrato e mediazione, magari maggiormente appetibili da chi (ad es. le imprese) hanno bisogno di una rapida risoluzione della controversia.

[35] Basta andare su qualsiasi edizione *on line* dei quotidiani o delle agenzie di stampa per trovare commenti altamente caustici, per non dire offensivi, avverso quel provvedimento di condanna che viene ritenuto “troppo mite” o al contrario “troppo severo” in relazione a vicende magari completamente diverse, quella scarcerazione che è segno di “debolezza” (magari ignorando i principi fondamentali consacrati nell’art. 13 Cost. e indicati dagli artt. 272 ss. c.p.p.), quella sentenza che sarebbe ispirata da ideologie non giuridiche del magistrato e via enumerando. A tal proposito, cfr. P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, III ed. (ristampa), Milano, 2003, p. XIV.

[36] È quasi d’obbligo la citazione di U. Foscolo, *Dei Sepolcri*, v. 91-93, “*Dal dì che nozze e tribunali ed are diero alle umane belve esser pietose di se stesse e d’altrui (...)*”.

[37] Questo in casi piuttosto ardui in cui sono dibattuti i valori cardine della persona umana. Si pensi, ad es., alla pronuncia di Cass., sez. I civ., sent. n. 21748 del 16.10.2007, in *Ced. Cass.* e a tutti i provvedimenti collegati (si trattava del “*caso E.*”, in particolare v. par. 7.5), oppure all’indagine, ex art. 133 c.p., sulle condizioni di vita dell’imputato.

[38] Cfr. P. Calamandrei, *op. cit.*, *passim*.

[39] E. Broglio, *Il Regno di Federico di Prussia, detto il Grande*, vol. II, cap. IV, Roma, 1880, citato dal sito taninoferrri.com.

[40] La prima menzione del termine *Kammergericht* è del 1468 ed indicava la corte del margravio del Brandeburgo che giudicava, appunto, nelle stanze (*kammer*) del principe elettore. Fu istituita come suprema corte del regno di Prussia e dal 1735 ospitata nella *Collegienhaus* nel distretto di Kreuzberg. Tra i suoi presidenti va ricordato Samuel von Cocceji, noto riformatore del diritto prussiano. La corte d'appello di Berlino, unica in Germania, continua a portare la stessa denominazione, ma ha ora sede in un diverso edificio. Su quello originale è posta una targa con la celebre espressione “*il y a des juges à Berlin*”.

LA CORTE EDU E IL DIVIETO DI BIS IN IDEM: LO STATO DELL'ARTE FRA INNOVAZIONI E REVIREMENTS.

Nota a sentenza Corte Edu, 15 Novembre 2016, caso 'A. e B. c. Norvegia' (e successive conformi), ultimi tasselli di un mosaico confusionario. Un excursus concernente il tema caldo del 'ne bis in idem' alla luce dell'altalena giurisprudenziale fra innovazioni e revirements.

Michele Motta - Pubblicazione, martedì 14 novembre 2017
Redattore: **Emmanuel Luciano**

Sommario: 1. Premesse introduttive. – 2. I referenti normativi. – 3. Requisiti costitutivi e profili controversi. – 3.1. La 'natura sostanzialmente penale della seconda sanzione' (sentenza Engel, 1976). – 3.2. 'L'idem factum' (sentenza Zolotukhin, 2009). – 3.3. La 'connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta'. Profilo controverso. – 4. L'ultimo orientamento della Corte EDU: sentenza A. e B. c. Norvegia (2016). Successive conformi: sentenza Johannesson c. Islanda (2017). – 4.1. Paulo Pinto de Albuquerque: la voce fuori dal coro. – 5. Che fine ha fatto la sentenza Grande Stevens c. Italia (2014)?

1. Premesse introduttive.

Le questioni concernenti l'effettività della tutela del 'ne bis in idem' rappresentano uno degli *evergreen* dello scenario normativo sovranazionale dell'ultimo trentennio.

Accanto alle elaborazioni delle Corti di legittimità dei singoli Stati membri aderenti si (im)pongono, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, le pronunce dei giudici della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo (da ora: Corte EDU) e, più recentemente, anche i primi contributi della Corte di Giustizia dell'UE (da ora: Corte UE). I loro mirini di precisione puntano verso i sistemi nazionali di 'doppio binario' sanzionatorio, i quali, sebbene prerogativa della maggior parte degli Stati membri aderenti, rischiano di porsi in contrasto rispetto al principio convenzionale, traducendosi in intollerabili ed ingiustificate ripetizioni punitive. Le diverse pronunce elaborate in questa forbice temporale, pertanto, rappresentano diversi tasselli di un mosaico che, ad essere sinceri, non appare sempre ordinato, quanto piuttosto caratterizzato da improvvisi cambi di rotta

e successivi *revirement*.

2. I referenti normativi.

Il primo *step* necessario per il corretto inquadramento dei termini della questione è l'intercettazione dei referenti normativi che conferiscono dignità giuridica al principio *de quo*.

A tal proposito, per quanto concerne la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (da ora: CEDU), il principio trova tutela nel Protocollo n° 7, introdotto a partire dal 1984, il quale, all'art. 4, dispone che *“nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato”*.

Il sistema dell'Unione Europea deve attendere, invece, la formale introduzione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (da ora: 'Carta di Nizza' o 'CFUE') per assistere ad un riconoscimento espresso del principio del *'ne bis'*. La Carta di Nizza del 2000, emulando il contenuto del corrispondente referente normativo CEDU, dispone all'art. 50 che *“nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”*. Attraverso il meccanismo di inglobazione, previsto e disciplinato dall'art. 6 co. 1 TUE ([1]), la Carta di Nizza assume legittimamente rango di 'fonte' del diritto comunitario, e i principi e le libertà in essa sanciti assurgono, contestualmente, a veri e propri principi dell'Unione.

Attenzione merita, altresì, il co. 3 dell'art. 6 TUE, a mente del quale *“I diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”*. Tale disposizione rappresenta il *trait-d'union* per affermare quanto segue: il principio del *'ne bis in idem'*, originariamente riconosciuto all'interno della CEDU e tutelato dalla Corte EDU, riceve altresì un 'riconoscimento a doppia mandata' dal Trattato UE: esso è, in primo luogo, un principio autonomamente affermato della Carta di Nizza (che, ex art. 6 co 1 TUE, ha 'valore di trattato' all'interno dell'Unione); in secondo luogo, esso è un principio contenuto già all'interno della Convenzione EDU (che, ex art. 6 co 3 TUE, detta 'principi generali' vincolanti anche per l'Unione).

3. Requisiti costitutivi e profili controversi.

Se è pacifico, per un verso, che il principio in esame abbia cittadinanza giuridica non solo negli ordinamenti interni – si pensi alla previsione dell’art. 649 cod. proc. pen. – ma anche in ambito sovranazionale (stante la molteplicità dei referenti normativi intercettati), è tutt’altro che univoco, per contro, il *punctum dolens* concernente le condizioni in presenza delle quali il principio possa ritenersi *concretamente* ed *effettivamente* violato. Ciò in quanto le norme si limitano ad affermare il divieto di procedere a nuova sanzione *penale* nei confronti di chi sia già stato condannato o assolto con sentenza penale definitiva, ma non chiariscono in presenza di quali condizioni il principio possa ritenersi violato (con conseguente illegittimità della seconda sanzione ed inoperatività del sistema del doppio binario) e in assenza di quali, invece, sia da escludere alcun tipo di violazione (con conseguente possibilità di procedere ad una doppia irrogazione).

E’ fisiologico che il compito di individuare i requisiti costitutivi della violazione sia stata prima (e maggiormente) appannaggio della Corte EDU (rispetto alla Corte UE), in ragione della longevità della Convenzione rispetto alla Carta Fondamentale.

3.1. La natura sostanzialmente penale della seconda sanzione (caso Engel, 1976).

Venendo dunque all’elaborazione giurisprudenziale, essa afferma pacificamente che, perché si possa legittimamente dubitare di una presunta violazione del principio in esame, è necessario (sebbene non sufficiente) un giudizio di positività concernente l’indagine circa la natura sostanzialmente penale della seconda sanzione irrogata.

I giudici di Strasburgo erano intervenuti, già otto anni prima dell’introduzione dell’art. 4 del Protocollo n° 7, con la celeberrima *sentenza Engel*, ancorando in quell’occasione la pronuncia all’art. 6, in materia di equo processo. Come confermato dalla giurisprudenza successiva (fino ad arrivare alla sentenza in esame in questo contributo), in quell’occasione la Corte ha affermato principi che, per coerenza sistematica, non possono non valere anche con riguardo al principio del ‘*ne bis in idem*’. Pertanto, nelle ipotesi di irrogazione di un doppia sanzione (ovvero di una sanzione *amministrativa* o *tributaria* a fianco di una violazione penale), vi è necessità di indagare, preliminarmente, sulla reale natura della seconda sanzione, al fine di comprendere se questa, *formalmente* riconducibile al novero delle sanzioni amministrative, possa invece qualificarsi come *sostanzialmente* penale.

Premesso che l’indagine sulla *natura sostanzialmente penale della seconda sanzione* è

dunque il primo (necessario ma non sufficiente) requisito perchè possa aversi violazione del *ne bis in idem*, il problema finisce per spostarsi sull'individuazione dei criteri per rilevare la reale natura di una sanzione; ed è proprio attraverso l'elaborazione successiva, che la giurisprudenza individua una serie di *indici rivelatori* che permettano all'interprete di condurre l'indagine sulla reale natura della sanzione. In via del tutto esemplificativa, si segnala che alcune volte è stato posto l'accento sulla classificazione giuridica fatta all'interno del singolo ordinamento nazionale della sanzione, altre sulla natura dell'infrazione, ed altre ancora sulla severità della sanzione applicata (con particolare riguardo, in quest'ultima ipotesi, al massimo edittale).

3.2. L'*idem factum* (caso Zolotukhin, 2009)

Il secondo requisito cui deve guardarsi, al fine di poter valutare l'esistenza o meno di una violazione al principio in esame, è che la sanzione penale e la sanzione *formalmente* amministrativa (tributaria) abbiano ad oggetto l'*idem factum*. Con riguardo a questo secondo aspetto, merita una menzione particolare la preziosa sentenza Zolotukhin del 2009, la quale ha ancorato l'*identità* in questione al *fatto materiale* – per il quale si giunga alla sanzione tributaria e alla condanna in sede penale (e dunque, nelle ipotesi di convergenza di una sanzione tributaria e di una penale, quest'*identità* avrà ad oggetto l'evasione del tributo in sé e per sé considerato) – e non piuttosto alla *qualificazione giuridica* dello stesso. A partire dalla sentenza citata può ritenersi in buona sostanza pacifica l'elaborazione giurisprudenziale sul punto.

3.3. La 'connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta'. Profilo controverso.

Per quanto concerne il terzo ed ultimo requisito, ossia quello relativo alla 'connessione sostanziale e temporale', deve premettersi che la permanente incertezza applicativa è conseguenza del sinusoidale atteggiamento mostrato dalla Corte in occasione delle sue elaborazioni. In particolare, in merito allo specifico profilo della 'connessione temporale' ci si è chiesti se questa possa ritenersi sussistente solo nelle ipotesi di procedimenti *paralleli* (ipotesi restrittiva), o piuttosto anche nell'ipotesi di *procedimenti consecutivi* (e se sì, fino a che misura).

La sentenza 'A. e B. c. Norvegia' concentra parte della propria indagine sull'aspetto da ultimo segnalato e rappresenta l'ultimo orientamento attualmente sposato dalla Corte EDU. Che riesca nell'intento di risolvere il problema, tuttavia, è un'altra cosa.

4. L'ultimo orientamento della Corte EDU: sentenza A. e B. c. Norvegia (2016). Successive conformi: caso Johannesson c. Islanda (2017)

Nei confronti del sig. A viene esercitata l'azione penale per il reato di frode fiscale aggravata, causata dall'omessa dichiarazione al fisco di un'ingente somma di denaro.

Il mese successivo interviene la condanna definitiva, in sede tributaria, al pagamento di una sovrattassa, calcolata sull'imponibile non dichiarato, e pari al 30 per cento dell'importo. Il sig. A provvede tempestivamente a versare l'importo contestato e, scadendo i termini per proporre opposizione, si chiude definitivamente il procedimento tributario.

Quattro mesi dopo l'avvenuto pagamento (e cinque mesi dopo l'avvenuto esercizio dell'azione penale) interviene, in sede penale, la sentenza di condanna ad un anno di reclusione (affermando il tribunale di aver tenuto conto, in sede di commisurazione della pena, della sanzione amministrativa precedentemente irrogata, nonché dell'avvenuto versamento dell'importo).

Il sig. A lamenta dinanzi alle Corti nazionali, a questo punto, l'avvenuta violazione del Protocollo n° 7, art. 4; tanto il giudice di merito, quanto la corte di legittimità norvegese, pur riconoscendo sussistente il requisito dell'*idem factum*, e quello della *natura sostanzialmente penale* della sanzione amministrativa, ritengono sussista, tra le due sanzioni irrogate, una 'connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta' da indurre a reputarle come complementari.

Mutatis mutandis, simili sono le vicende che riguardano il sig. B.,.

Nel presentare ricorso dinanzi alla Corte EDU, nessuno dei due ricorrenti mette in discussione la nozione di '*idem factum*' cui le corti nazionali avevano fatto riferimento, confermando l'orientamento della *sentenza Zolotukhin*, nè tantomeno vi era incertezza sull'integrazione del requisito in esame con riferimento al caso di specie – atteso che, tanto la pena detentiva (sanzione penale), quanto la sovrattassa del 30 per cento (sanzione *formalmente tributaria*) avevano ad oggetto l'evasione del tributo e, di riflesso, i guadagni percepiti e non dichiarati.

Per contro, l'interrogativo alla Corte EDU ha ad oggetto il terzo requisito di operatività della garanzia convenzionale del '*ne bis*' (ossia quello relativo alla 'connessione sostanziale e temporale'), ed in particolare se la violazione del principio si configuri

nella sola ipotesi di procedimenti *consecutivi* o anche in quella di procedimenti *paralleli* per il medesimo fatto.

Dapprima la Corte passa in rassegna la casistica altalenante, denotando che in alcuni precedenti – invero minoritari ([2]) – si era preso in considerazione la ‘connessione’ come requisito ulteriore per l’accertamento della violazione, contrariamente ad un gran numero di altri casi, nei quali il requisito non era stato neanche preso in considerazione, estendendo l’ambito di operatività oggettivo della violazione fino a ricoprire ogni ipotesi di prosecuzione del giudizio penale successiva alla definitiva chiusura del processo amministrativo. ([3])

Premesso ciò, si procede ad un inevitabile bilanciamento. Il primo termine dell’alternativa è rappresentato dalla generale libertà degli Stati aderenti di elaborare plurime risposte punitive avverso specifiche condotte offensive – libertà che non può essere inibita, *a monte*, alla luce di parte del dato normativo che non vieta lo svolgimento di due procedimenti paralleli e l’irrogazione di due differenti sanzioni – mentre sull’altro piatto della bilancia si pone l’interesse dei singoli individui a non subire un complesso sistematico di sanzioni che appaia eccessivamente oneroso, incomprensibile e quindi intollerabile. Da un lato, numerosi ordinamenti europei caratterizzati dal sistema del doppio binario; dall’altro, l’esigenza di effettività della tutela sovranazionale.

Atteso che il compito della Corte è quello di sottoporre a verifica i sistemi di doppio binario sanzionatorio nazionali, al fine di cogliere se questi configurino un “*sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell’illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria*” (§ 122).

Risolutiva appare, in quest’ottica, la valorizzazione del criterio della ‘connessione sostanziale e temporale’; è proprio nelle ipotesi in cui i due procedimenti, parallelamente condotti, possano dirsi sostanzialmente e cronologicamente connessi in maniera talmente salda da apparire come due facce della stessa medaglia che le plurime irrogazioni potranno ritenersi prevedibili e proporzionali e, dunque, il sacrificio potrà dirsi ‘sopportabile’ per il cittadino (con esclusione della violazione del canone).

Anche in questa ipotesi la Corte elabora degli *indici* (§133) per orientare l’indagine compiuta dall’interprete (quali per esempio la *diversità degli scopi* perseguiti dai diversi procedimenti, la *prevedibilità della duplicità dei procedimenti e delle sanzioni*, l’*assenza di duplicazioni nella raccolta e nella valutazione della prova* (attraverso una “adeguata

interazione tra le varie autorità competenti”), nonché, infine, l’*avvenuta considerazione della precedente sanzione nella commisurazione della successiva irrogazione* (ai fini di una valutazione di proporzionalità della pena).

Con riguardo poi al profilo della connessione *temporale* (invero, fra i più problematici) la Corte si limita ad *escludere* che il requisito possa dirsi integrato solo ed esclusivamente a fronte di procedimenti *paralleli*, implicitamente ammettendo la liceità dei procedimenti avviati anche dopo la definitiva conclusione del primo.

Si capisce come, gioco-forza nel caso di specie, la Corte ritenga di dover escludere la violazione, sussistendo una connessione sostanziale e temporale dei procedimenti. Per quanto riguarda il primo dei due profili, si valorizza, in primo luogo, la diversità dello scopo perseguito, nell’ambito del diritto interno norvegese, dalla sanzione penale (funzione punitiva) e dalla sanzione amministrativo-tributaria (funzione deterrente e compensatoria dei costi dell’amministrazione); in secondo luogo, si fa leva sulla prevedibilità, da parte dell’individuo, della doppia irrogazione; infine, si rileva l’interconnessione dei procedimenti svolti dalle autorità competenti (anche in sede di commisurazione della seconda sanzione).

Per quanto concerne le pronunce successive a quella in esame (in particolare si menzioni il caso *Johannesson c. Islanda*, 2017), esse si attestano alla stregua dell’orientamento di ‘A. e B’. Più, in particolare, in quest’ultimo caso si ravvisa la violazione del ‘ne bis in idem’, non essendo individuabili tutti i criteri necessari per la ‘connessione sostanziale e temporale’ richiesta alla luce del precedente. Procedendo alla verifica della sussistenza dei criteri-guida elaborati in occasione di A. e B., si rinvenne, per un verso, che le due sanzioni avessero scopi complementari, che la seconda sanzione fosse prevedibile, e che nella commisurazione della seconda sanzione fosse stata proporzionata all’irrogazione della precedente; per contro, si rilevò come l’acquisizione e la raccolta di prove fosse stata duplice (avendo condotto la polizia un’indagine indipendente pur avendo ricevuto dall’amministrazione finanziaria quanto necessario), e che mancasse la ‘connessione temporale’, essendosi i due processi svolti per lo più indipendentemente (condividendo solo una porzione temporale in parallelo).

4.1. Paulo Pinto de Albuquerque: la voce fuori dal coro.

Appare manifesta – anche alla luce della successiva *Johannesson c. Islanda* del 2017, applicativa dei principi elaborati dalla Corte in *A. e B. c. Norvegia* del 2016 – l’assoluta

incapacità della Corte (che ricorre a *meri indicatori*) di ancorare a criteri certi ed inequivocabili il requisito della connessione sostanziale e *temporale*, finendo per rimettere ogni valutazione al libero apprezzamento dell'organo giudicante (al confine con l'arbitrio). La pronuncia in esame, pertanto, mortifica la portata garantistica delle precedenti sentenze (*caso Zolotukhin* in materia di *idem factum*, *caso Grande Stevens* in materia di *divieto di doppio binario sanzionatorio*), e finisce per resuscitare ciò di cui si era “certificato la morte”, in maniera incoerente rispetto altresì alle posizioni contestualmente assunte dalla Corte di Giustizia dell'UE con riferimento al *caso Fransson* ([4]), nel frattempo sottoposto al suo vaglio. E' quanto sostenuto dal giudice Paulo Pinto de Albuquerque, unica voce fuori dal coro all'interno della Grande Camera, e contenuto nella propria relazione di dissenso, allegata alla pronuncia del caso A. e B, adottata a maggioranza.

E se fosse lui, l'unico tassello messo bene all'interno di un mosaico storto?

5. Che fine ha fatto *Grande Stevens c. Italia*?

Solo qualche anno prima, la Grande Camera della Corte si era occupata di violazioni concernenti il mercato finanziario in occasione del caso '*Grande Stevens c. Italia*'.

L'ufficio IT della Consob aveva proceduto ad irrogare una sanzione amministrativa ai ricorrenti (Avv. Franco Grande Stevens, i sigg. Gianluigi Gabetti e Virgilio Marrone, nonché le società Exor S.p.a. e Giovanni Agnelli & C. S.a.s.), conseguente ad una presunta violazione dell'art. 187 co 1 ter TUF ([5]), per avere diffuso notizie fuorvianti e aver manipolato il mercato. In particolare, era stata loro contestata la diffusione di un comunicato stampa in cui veniva abilmente omessa la comunicazione relativa ad una procedura di rinegoziazione *in itinere* fra la società Exor e la società Merrill Lynch International Ltd. La società Exor tentava, in questo modo, di ottenere la modificazione di un contratto di *equity swap* per conservare il controllo del 30% delle azioni FIAT, e di ovviare alla perdita di controllo che si sarebbe potuta realizzare. Era intervenuto, infatti, un altro accordo, fra la società Exor e otto banche, in occasione di un prestito concesso da queste ultime alla società; l'accordo in questione prevedeva tuttavia che, qualora la società non avesse provveduto, entro una certa data, a restituire il prestito accordatogli, sarebbe intervenuto un innalzamento del capitale sociale e una contestuale assegnazione delle quote neo-costituite alle banche stesse (a rimborso); ciò avrebbe comportato la contestuale riduzione della quota sociale controllata dalla Exor, con passaggio dal 30 al 22%. Nell'ottica dell'impossibilità di provvedere in tempo alla restituzione delle somme

di denaro, e per ovviare alla perdita di capitale che si sarebbe realizzata dall'operatività della clausola appena analizzata, venne ritenuto conveniente, secondo l'avvocato Grande Stevens, che la società Exor procedesse alla modificazione del contratto di *equity swap* citato.

Contestualmente all'irrogazione della sanzione amministrativa viene presentata altresì una denuncia alla procura, da parte della stessa Consob, per violazione dell'art. 185 co. 1 TUF ([6]), con conseguente esercizio dell'azione penale.

Era solo due anni prima che la Grande Camera della Corte, chiamata ad esprimersi sul quesito se la seconda irrogazione in questione violasse il principio convenzionale del 'ne bis in idem', aveva proclamato il principio (molto più garantistico) secondo il quale celebrare un processo penale, dopo l'irrogazione di una sanzione amministrativa da parte della Consob – solo formalmente qualificato come amministrativo, ma che sostanzialmente dotato di natura penale, alla luce degli indicatori della stessa corte EDU – viola il principio del ne bis in idem contenuto al protocollo n° 7, art. 4. In altre parole, è sufficiente il requisito della natura sostanzialmente penale della seconda sanzione, e che questa intervenga a punire l'idem factum, perché possa da tali rilievi automaticamente discendere la violazione del principio in esame. Posizione ben diversa, come noterà il lettore, da quella assunta, solamente due anni dopo, nel caso 'A. e B. c. Norvegia', in cui, oltre a valorizzare il requisito della 'connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta' (dando così auge ad una giurisprudenza rarefatta oltre che minoritaria), non riesce nemmeno nell'intento di conferire certezza per quanto concerne l'accertamento del criterio in esame. Pienamente condivisibili appaiono, pertanto, le feroci critiche del giudice Pinto.

E' il caso di dire, in chiusura, che la 'garanzia legale', sancita dal caso *Stevens*, è *scaduta*.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Il testo dell'art. 6 co 1 TUE dispone che "L'Unione riconosce i diritti, le libertà ed i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea", alla quale viene riconosciuto "lo stesso valore giuridico dei trattati".

[2] Sentenza R.T. c. Svizzera, 2000; Nillson c. Svezia, 2005.

[3] In questo secondo orientamento si colloca il precedente più importante, insieme alla sentenza in esame, ossia la Sentenza Grande Stevens c. Italia, 2014.

[4] In questa situazione i giudici di Lussemburgo hanno pacificamente ritenuto illegittime le ipotesi in cui, a seguito di una precedente sanzione penale, si proceda ad irrogare una

seconda sanzione che, solo *formalmente amministrativa*, si rivelasse *sostanzialmente penale*.

[5] Il quale, nella formulazione vigente all'epoca delle contestazioni, prevedeva: *“salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 20.000 ad euro 5.000.000 chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari”*. Il testo è rimasto successivamente identico nella sua formulazione, intervenendo la legge n° 262/2005 solamente ad innalzare i minimi e i massimi edittali di pena, quintuplicandoli. Pertanto, oggi la medesima condotta è punita con la sanzione *“da euro 100.000 ad euro 25.000.000”*.

[6] A mente del quale *“Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 20.000 a euro 5.000.000”*.

CONTRATTO DI FRANCHISING: CARATTERISTICHE E PRINCIPALI CLAUSOLE CONTRATTUALI

Principali clausole contrattuali su cui porre l'attenzione in sede di stipula del contratto di franchising.

Manuel Mattia - Pubblicazione, venerdì 17 novembre 2017
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. Nozione e fenomeno negoziale. 2. Tipi. 3. Caratteristiche. 4. Contenuto rilevante.

1. Nozione e fenomeno negoziale.

Con il contratto di franchising, un soggetto, detto affiliante o *franchisor*, stipula un accordo con un altro soggetto, detto affiliato o franchisee, in base al quale il primo concede al secondo il diritto di utilizzare una serie di privative industriali e il proprio know-how, per lo svolgimento di un'attività commerciale volta alla vendita ed alla fornitura di determinati beni e di servizi.

Il franchising rientra nella categoria dei contratti di distribuzione commerciale, il cui utilizzo è diffuso tanto in Italia quanto all'estero. Nel nostro ordinamento esso è disciplinato dalla L. n. 129/2004. Nella prassi, il predetto contratto è spesso utilizzato dalle grosse aziende che intendono diffondere i loro prodotti o servizi sul territorio nazionale ed internazionale, al fine di ampliare il proprio mercato di riferimento. Allo stesso tempo, l'azienda affiliata, che di regola è più piccola del franchisor, con siffatto contratto avrà la possibilità di aumentare la propria competitività ed i propri introiti, vendendo prodotti ed offrendo servizi che, grazie al brand ed alla loro elevata diffusione sul mercato, attraggono maggior clientela. L'esempio tipico di franchising è quello di famose aziende operanti nel settore alberghiero o della ristorazione (a titolo esemplificativo, Burger King, Mc Donald's, Starwood Hotels & Resorts Worldwide, Accor Hotels). Ad ogni modo, secondo la legislazione italiana è possibile stipulare contratti di franchising aventi ad oggetto beni e servizi di qualunque settore dell'attività commerciale, in ossequio all'art. 1 della Legge 129/2004^[1].

Quando il franchisor è un'azienda di grandi dimensioni, essa tenderà a stipulare

molteplici contratti di franchising con diversi affiliati.

2. Tipi

I tipi di contratto di franchising più diffusi sono quello di distribuzione di beni e quello di fornitura di servizi.

a) Con il **franchising di distribuzione di beni**, si instaura un contratto tra un franchisor produttore di beni (ad esempio, libri, giocattoli, abbigliamento etc) e un franchisee distributore di quegli stessi beni. Il franchising di distribuzione è una macro-area contrattuale in cui rientrano diverse forme di affiliazione. In particolare, con riferimento ai soggetti che stipulano il contratto, il franchising può instaurarsi tra un produttore ed un grossista, tra un produttore ed un dettagliante, o tra un grossista ed un dettagliante^[2].

b) Con il **franchising di fornitura di servizi**, l'impresa fornitrice di servizi si serve di un'impresa affiliata al fine di erogare il servizio ai consumatori finali. Tale tipo di franchising è molto utilizzato ad esempio nel settore alberghiero e della ristorazione, della mediazione creditizia, dei viaggi.

3. Caratteristiche

Il contratto di franchising è un contratto bilaterale, a prestazioni corrispettive, oneroso e di durata^[3]. Il rapporto obbligatorio sottostante si instaura tra due imprenditori, economicamente e giuridicamente autonomi l'uno dall'altro. L'accordo deve rivestire la forma scritta a pena di nullità, ex art. 3 L. n. 129/2004.

Tramite questo particolare accordo, si verifica una sorta di identificazione del franchisee con il franchisor: tramite l'utilizzo degli stessi marchi ed insegne dell'affiliante, la vendita dei suoi prodotti, la predisposizione nei locali di arredamenti ed uniformi ad hoc scelti dall'affiliante, l'affiliato apparirà come facente parte della medesima struttura ed organizzazione del franchisor. In virtù di questo principio (cd "di apparenza"), la giurisprudenza^[4] ha ammesso che il terzo che contratta con il franchisee può legittimamente agire anche nei confronti del franchisor, ritenendosi scusabile l'errore in cui è incappato il terzo che si è rivolto ad un soggetto diverso (il franchisor) da quello (il franchisee) nei cui confronti avrebbe dovuto spiegarsi la domanda giudiziale.

Il corrispettivo dell'affiliante generalmente consiste in una commissione iniziale o "fee", ossia, ai sensi della lett. b) del comma 3 dell'art. 1 della L. n. 129/2004, in una "cifra

fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale"; nonché in una "royalties", ossia, ai sensi della lett. c) del comma 3 dell'art. 1 della L. n. 129/2004, "una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche".

4. Contenuto rilevante

Nella fase di stipulazione del contratto di franchising, occorre porre particolare attenzione su alcune clausole contrattuali. Di seguito si indicano le clausole di maggior interesse:

Durata. Il contratto di franchising può essere stipulato a tempo indeterminato o determinato. In quest'ultima ipotesi, come accennato, la Legge^[5] prevede che la durata minima dell'accordo consenta al franchisee di rientrare nell'investimento iniziale, e comunque dev'essere almeno di 3 anni. Tale norma è volta a tutelare il franchisee, a cui la legge garantisce una durata ragionevole finalizzata a coprire quantomeno i costi iniziali sostenuti. Nel concordare la durata del contratto con il franchisor, il franchisee dovrà dunque valutare i costi iniziali: in particolare, dovrà tenere in considerazione il "fee" di cui al comma 3, lett. b) dell'art. 1 L. n. 129/2004; i costi di locazione dei locali commerciali^[6]; costi di avvio dell'attività commerciale ed eventuali oneri di finanziamento; spese di formazione del franchisee e dell'eventuale personale dipendente; oneri amministrativi (es. registrazione del contratto, costituzione di società, etc).

Ammontare della royalty ed eventuale incasso minimo. Il corrispettivo principale del franchisor è la royalty sul prezzo dei beni venduti dal franchisee. A norma dell'art. 3, comma 4, lett. b) della Legge n. 129/2004, le modalità di calcolo e di pagamento della royalty devono essere espressamente indicate nel contratto. In tale prospettiva, il franchisee dovrà valutare quale sia l'effettivo guadagno sui prodotti oggetto del franchising in relazione alla percentuale della royalty. Una royalty troppo elevata, infatti, aumenterebbe il rischio d'impresa in capo al franchisee, dovendo quest'ultimo sopperire anche ai costi iniziali e di gestione.

Accanto alla royalty, può essere previsto dal franchisor un incasso minimo da realizzare da parte del franchisee. Tale facoltà dev'essere formalizzata nel contratto con espressa indicazione, a norma del richiamato art. 3, comma 4, lett. b). In tale evenienza, il franchisee dovrà valutare la fattibilità del raggiungimento dell'incasso minimo imposto

dal franchisor, tenuto conto che il mancato raggiungimento potrebbe essere causa di risoluzione contrattuale.

Patti relativi ai diritti di proprietà industriale. Una delle principali caratteristiche del contratto di affiliazione commerciale consiste nell'utilizzo da parte del franchisee delle insegne, dei marchi, dei brevetti e delle altre privative industriali di proprietà del franchisor, per lo svolgimento dell'attività commerciale volta alla vendita di beni o alla fornitura di servizi oggetto del franchising.

L'utilizzo delle privative industriali da parte del franchisee è di notevole importanza sotto diversi aspetti: per la tutela dell'immagine del franchisor; per porre un legittimo affidamento in capo ai consumatori finali, nella misura in cui i prodotti venduti o servizi offerti dal franchisee vengono commercializzati mediante le medesime tecniche, procedure, caratteristiche, anche visive (si pensi al confezionamento del prodotto o all'utilizzo di segni distintivi), utilizzate dal franchisor; per consentire all'affiliato di operare sul mercato con la medesima diligenza e perizia utilizzata dall'affiliante, e con i suoi medesimi standard qualitativi.

Con particolare riferimento al know-how^[7], a norma dell'art. 3, comma 4 della L. n. 129/2004, nel contratto di affiliazione dev'essere espressamente indicato “*la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato*” (lett. d) e “*le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di know-how da parte dell'affiliato*” (lett. e). L'obbligo di specifica del know-how tutela il franchisee nella misura in cui gli viene effettivamente trasmesso un patrimonio di conoscenze specifiche strumentali allo svolgimento dell'attività commerciale in maniera concorrenziale (es. trasmissione di una ricetta per preparare un dolce che sul mercato ha avuto particolare successo); parallelamente, il franchisee dovrà rispettare una serie di istruzioni impartite dal franchisor per l'utilizzo corretto del know-how nello svolgimento dell'attività commerciale. Inoltre, a tutela del proprio know-how, il franchisor generalmente si servirà anche di accordi di segretezza^[8] e clausole che pongono il divieto per il franchisee di cessione del contratto di franchising, di subaffitto dell'azienda o di sua cessione, di cedere la sua azienda in gestione o nominare un direttore senza il consenso del franchisor^[9].

Condizioni di vendita al pubblico. Contribuiscono alla tutela dell'immagine del franchisor nonché alla identificazione del franchisee con il franchisor stesso, anche quelle condizioni per la commercializzazione dei prodotti e dei servizi ai clienti, negoziate dalle parti con apposite clausole inserite nel contratto di franchising. A titolo

esemplificativo, al franchisee può essere imposto l'obbligo di svolgere l'attività commerciale presso appositi locali individuati dal franchisor o comunque ubicati in zone prestigiose, di allestirli ed arreararli secondo certe direttive e progetti, di far indossare determinate divise ai propri dipendenti etc.

Patti anticoncorrenziali. E' buona norma inserire nel contratto di franchising apposite clausole a tutela della concorrenza. Tra queste, le principali sono senz'altro la clausola di esclusiva e il patto di non concorrenza.

a) **Con la clausola di esclusiva**, l'affiliato si impegna a non vendere beni o somministrare servizi nell'interesse di terzi concorrenti con l'affiliante. Spesso l'esclusiva è reciproca: in questo senso, anche il franchisor si impegnerà a non servirsi di altri affiliati nella stessa area in cui opera l'affiliato. L'area di esclusiva di regola è ben delimitata, e la sua estensione dipende dal tipo di attività e dal numero di potenziali clienti.

La clausola di esclusiva reciproca deve risultare espressamente dal contratto di franchising^[10]. Essa tutela sia l'affiliato, che potrà disporre di una maggior "fetta di mercato" nella zona di sua competenza; sia l'affiliante, che, oltre a tutelarsi dall'eventuale attività concorrenziale svolta dal franchisee, potrà disporre di una rete omogenea di affiliati dislocati sul territorio.

b) **Con il patto di non concorrenza**, le parti pattuiscono che, alla cessazione del contratto di franchising, venga vietato al franchisee di assumere incarichi di distribuzione di prodotti o servizi concorrenti con quelli del franchisor ed oggetto del contratto cessato. Tale clausola ha prevalentemente la finalità di tutelare il know-how del franchisor trasferito al franchisee in sede di franchising.

Il patto dev'essere stipulato per iscritto a pena di invalidità. La durata non può superare un anno a decorrere dalla cessazione del contratto^[11].

Clausole risolutive espresse. Le parti possono prevedere l'inserimento nel contratto di apposite clausole risolutive espresse: esse elencano una serie di inadempimenti ed eventi che, se si verificano durante l'esecuzione del contratto, comportano la risoluzione di diritto su attivazione del contraente danneggiato. verificare (e magari concordare) quali sono tutte quelle obbligazioni che se non adempiute comportano la possibile risoluzione di diritto del contratto. Esempi di eventi o inadempienze oggetto di clausola risolutiva espressa potrebbero essere a) l'insufficiente fatturato annuo del franchisee; b) condanna

penale del franchisee per reati connessi al commercio; c) mancato adempimento dell'obbligo di assistenza e formazione del franchisee a carico del franchisor. All'avverarsi di tali eventi/inadempimenti, spesso i contraenti prevedono un sistema indennitario in favore della parte lesa. In sede di stipula del contratto di franchising, è opportuno porre l'attenzione sulla corretta redazione di tale clausola, sul suo contenuto e sulle conseguenze in caso di avveramento di un evento/inadempimento oggetto della clausola in questione.

Note e riferimenti bibliografici

[1] E' espressamente previsto al secondo comma dell'art. 1 della L. n. 129/2004 che *"Il contratto di affiliazione commerciale può essere utilizzato in ogni settore di attività economica"*.

[2] Per *grossista* s'intende l'impresa che acquista i beni direttamente dal produttore e li rivende ad altre imprese, dette "dettaglianti". In ordine al *dettagliante*, è l'impresa che acquista i prodotti dal produttore o dal grossista e li vende direttamente al consumatore finale, il quale acquista il bene per uso personale e non commerciale. Esistono diversi tipi di dettaglianti: tra i principali rientrano i cd *"negozi specializzati"*, che trattano una linea di prodotti limitata ma con vasto assortimento (es. negozi esclusivamente di abbigliamento come Benetton, Zara, H&M); *"grandi magazzini"*, che trattano diverse linee di prodotti, con vasto assortimento e suddivisi in locali spesso autonomi tra loro (es. La Rinascente, Harrods etc.); *"supermercati"*, che trattano linee di prodotti prevalentemente di tipo alimentare e per uso domestico, venduti in genere in ampi locali (es. Coop, Esselunga, Conad etc.); *"dettaglianti off-price"*, che acquistano merce dai grossisti a prezzi ridotti e la rivendono ai consumatori finali a prezzi inferiori rispetto quelli di mercato. Tali costi inferiori sono spesso giustificati dal fatto che lo stock di merce acquistata all'ingrosso costituisce rimanenza o eccedenza di produzione (in ogni caso merce in magazzino), ovvero presenta dei vizi o delle imperfezioni. Rientrano in questa tipologia i *"factory outlet"* o più comunemente *"outlet"* (esempi in Italia sono Franciacorta Outlet Village, The Mall, Fidenza Village etc.) ovvero i dettaglianti *"off-price indipendenti"* (es. T J Maxx).

[3] Il comma 3 dell'art. 3 della L. n. 129/2004 prevede che, in caso di contratto stipulato a tempo determinato, *"l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni"*.

[4] Cfr. Corte d'Appello Napoli, Sez. III, del 03/03/2005; Pret. Milano, 21/0/1992. Cfr. anche Cass. n. 647 del 15/01/2007.

[5] Art. 3, comma 3 L. n. 129/2004.

[6] Nella prassi, nei contratti commerciali la durata del franchising tende ad essere ben maggiore di tre anni, sino ad arrivare a nove anni, anche in conformità alle leggi in materia di locazioni commerciali.

[7] Ai sensi dell'art. 1, comma 3 lett. a) della L. n. 129/2004, per *"know-how"* s'intende *"un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il know-how, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto nè facilmente accessibile; per sostanziale, che il know-how comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali;*

per individuato, che il know-how deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità”.

[8] A tal proposito, l’art. 5 della L. n. 129/2004 dispone al secondo comma che “*L’affiliato si impegna ad osservare e a far osservare ai propri collaboratori e dipendenti, anche dopo lo scioglimento del contratto, la massima riservatezza in ordine al contenuto dell’attività oggetto dell’affiliazione commerciale”.*

[9] Cfr Decisione Commissione CE 02/12/1988089/94.

[10] Cfr. App. Milano, 09/10/2002; Trib, Lecce, 09/02/1990.

[11] In ordine alla durata del patto di non concorrenza, l’art. 2596 c.c. prevede che tale patto può avere una durata massima di cinque anni e deve essere circoscritto ad una determinata zona o a una specifica attività. Tuttavia, secondo la giurisprudenza prevalente l’art. 2596 del codice civile non si applica alle fattispecie oggetto di franchising. Di conseguenza, un patto di non concorrenza inserito in un contratto di franchising non sarebbe soggetto ai limiti previsti dall’art. 2596 del Codice civile, e, pertanto, in linea di principio le parti potrebbero disciplinare liberamente il patto di non concorrenza. Tuttavia, poiché il patto di non concorrenza produce l’effetto di comprimere la libertà di iniziativa economica dei contraenti, esso soggiace ai principi previsti dalle norme antitrust. In tale prospettiva i contratti di franchising sono soggetti alle norme antitrust europee, e in particolare al Regolamento CE n. 330/2010, direttamente applicabile anche ai contratti di franchising stipulati in Italia. Con riferimento ai patti di non concorrenza post-contrattuale, il Regolamento comunitario prevede che essi: a) devono essere necessari per la protezione del know-how del franchisor; b) devono riferirsi a beni o servizi in concorrenza con quelli oggetto del contratto di franchising; c) devono essere limitati ai locali in cui il franchisee ha operato durante il contratto; **d) non possono avere una durata superiore a un anno dopo il termine del contratto.**

LA NULLITÀ DEL CONTRATTO DI LOCAZIONE NON REGISTRATO ALLA LUCE DELLA PRONUNCIA DELLE SS.UU. DELLA CORTE DI CASSAZIONE.

La pronuncia in commento stabilisce il principio in virtù del quale la mancata registrazione del contratto di locazione di immobili ne comporta nullità. Purtuttavia ammette la registrazione tardiva dello stesso con efficacia ex tunc che retroagisce al momento di stipulazione del contratto.

Vanessa Moscardi - Pubblicazione, lunedì 20 novembre 2017
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Sommario: 1. Premessa. 2. La fattispecie concreta. 3. Il quadro normativo di riferimento e la pronuncia interpretativa della Corte Costituzionale. 4. Le contrastanti linee ermeneutiche di matrice dottrinale e giurisprudenziale. 5. Profili di criticità sul piano teorico e applicativo

1. Premessa.

La pronuncia n. 23601 del 09/10/2017 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione si esprime su una questione che ha occupato un posto primario nel diacronico dibattito giurisprudenziale e dottrinale, inserendosi altresì nell'alluvione normativa di cui è stata oggetto la materia locatizia.

La sentenza in commento, dopo aver ripercorso gli orientamenti ermeneutici contrastanti di dottrina e giurisprudenza, i quali individuano talvolta la nullità del contratto di locazione non registrato, talaltra la sua inefficacia giacché l'inosservanza di un adempimento fiscale non è idoneo ad assurgere a causa di nullità del negozio, prende le mosse dalla Legge finanziaria 2005 (Legge 30 dicembre 2014, n. 311) che all'art. 1, comma 346, con una inedita spregiudicatezza rispetto alle categorie dogmatiche tradizionali della teoria del negozio giuridico, prevede la nullità del contratto per omessa registrazione dello stesso.

In questo contesto s'inserisce la pronuncia in commento, la quale stabilisce il principio di massima in virtù del quale la mancata registrazione del contratto di locazione di immobili ne comporta nullità. Purtuttavia ammette la registrazione tardiva dello stesso

con efficacia *ex tunc* che retroagisce al momento di stipulazione del contratto.

Dipoi statuisce la nullità del patto aggiuntivo col quale le parti di un contratto di locazione ad uso non abitativo concordino occultamente un canone superiore a quello dichiarato col contratto originario; detta nullità “*vitiatur sed non vitiat*”, con la conseguenza che solo il patto risulterà insanabilmente nullo, a prescindere dall'avvenuta registrazione.

2. La fattispecie concreta.

La pronuncia in esame trae origine dalla vicenda di cui al prosieguo.

In primo grado il locatore di un immobile ad uso non abitativo agiva in giudizio contro il conduttore intimandogli lo sfratto per morosità per il mancato pagamento di due rate mensili del canone locatizio, sulla base di un contratto di locazione stipulato tra le parti e registrato all’Agenzia delle Entrate per un importo del canone di euro 1.200,00. Senonché con altro, contestuale e integrativo accordo, le parti convenivano, per il tramite di due differenti clausole, un canone di locazione di due diversi ammontare: l’uno di euro 5.500,00, l’altro di euro 3.500,00. Rispettivamente il primo definito “reale ed effettivo” rispetto a quello risultante da contratto, avrebbe dovuto trovare concreta applicazione laddove una o entrambe le parti avessero proceduto alla registrazione dell’accordo integrativo; mentre il secondo sarebbe dovuto essere corrisposto dal conduttore nell’ipotesi di mancata registrazione dell’accordo steso.

La parte conduttrice, nel resistere alla domanda attorea, deduceva di aver corrisposto il canone nell’ammontare previsto dal contratto, eccependo la invalidità del patto integrativo.

Il Tribunale di Catanzaro, con sentenza n. 3123/2011, escludeva l’inefficacia del contratto giacché la registrazione dello stesso, sebbene tardiva, vi era stata. Tuttavia ritenne nulla la pattuizione aggiuntiva, giacché contenente la illegittima previsione di un aumento automatico del canone. Di talché il Giudice di prime cure riteneva che il canone dovuto dal conduttore ammontasse ad euro 1.200,00, così come previsto dal contratto, non affetto da alcun vizio, né sul piano dell’efficacia né su quello della validità.

Il locatario proponeva appello avverso la prefata pronuncia.

La Corte d’Appello di Catanzaro, con sentenza n. 1281/2012, riteneva, in linea con

quanto statuito dal Giudice di prime cure, che l'adempimento fiscale di registrazione del contratto, quantunque tardivo, fosse comunque avvenuto, sanando così *ex tunc* qualsiasi vizio ipotizzabile del contratto stesso. Il Collegio sosteneva, poi, diversamente da quanto stabilito dal Tribunale di primo grado, che la previsione contrattuale aggiuntiva valeva a configurarsi quale controdi chiarazione attestante la simulazione relativa del prezzo, posta in essere per scopi di elusione fiscale. Sicché la pattuizione aggiuntiva, registrata prima dell'introduzione del giudizio, non era nulla, bensì risultava essere quella operante sin da subito tra le parti.

Avverso la testé citata sentenza, la conduttrice proponeva ricorso per Cassazione, deducendo, *inter alia*, la invalidità delle clausole contenute nell'accordo aggiuntivo.

La terza sezione civile, con ordinanza n. 16604 del 5 agosto 2016, ravvisando una questione di massima di particolare importanza, vieppiù in una materia contraddistinta da una diffusa contrattazione e sovente oggetto di controversie tra le parti, rimetteva la questione alla Sezioni Unite, sottoponendo alle stesse il seguente quesito:

“Se, in tema di contratti di locazione ad uso diverso da quello di abitazione, nell'ipotesi di tardiva registrazione (anche) del contestuale e separato accordo recante l'importo del canone maggiorato rispetto a quello indicato nel primo contratto registrato, sia configurabile un'ipotesi di sanatoria di tale nullità, ovvero se anche per le locazioni ad uso diverso da abitazione debba farsi applicazione del principio affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte (Cass. S.U., 17 settembre 2015, n. 18213, rv. 636471) con riferimento ai contratti di locazione ad uso abitativo, secondo il quale, su di un più generale piano etico/costituzionale, l'esclusione di una qualsivoglia efficacia sanante della registrazione tardiva consente di impedire che dinanzi ad una Corte suprema di un paese Europeo una parte possa invocare tutela giurisdizionale adducendo apertamente ed impunemente la propria qualità di evasore fiscale, e sia proprio la Corte di legittimità ad affermarne la liceità”.

Il Supremo Consesso nomofilattico, dopo un *excursus* dei contrastanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sviluppatisi sulla nullità ovvero sull'inefficacia della omessa registrazione del contratto di locazione, ha espresso il principio di massima in base al quale il contratto di locazione, sia ad uso abitativo che non abitativo, è nullo ove non registrato.

Il Collegio esteso della Cassazione ha poi operato una distinzione, tralasciata dalla

giurisprudenza e dottrina che si sono occupate del tema, tra le ipotesi di totale omissione della registrazione del contratto contenente *ab origine* l'indicazione del canone realmente dovuto (in assenza dunque di un procedimento simulatorio) e le altre ipotesi di simulazione del canone con registrazione del solo contratto simulato recante un canone inferiore, cui acceda il patto aggiuntivo con una rideterminazione superiore dello stesso.

Sul piano morfologico e funzionale le suddette vicende negoziali differiscono notevolmente.

Il contratto non registrato risulta inesistente ai fini fiscali e nullo sul piano civilistico in forza dell'art. 1 comma 346 della Legge finanziaria 2005 (Legge 30 dicembre 2014, n. 311, che sarà approfondita in seguito).

La registrazione tardiva del contratto, in attuazione di un ravvedimento operoso del locatore, è ammessa dalla Suprema Corte, con effetti sananti *ex tunc*, quindi che retroagiscono al momento della stipulazione del contratto.

Diverso è il caso di un contratto debitamente registrato, contenente un'indicazione simulata dell'ammontare del canone, cui acceda una pattuizione aggiuntiva *a latere* non registrata e destinata a sostituire la determinazione (inferiore) del canone come prevista nel contratto originario registrato. L'accordo simulatorio aggiuntivo, giacché volto a celare un canone superiore rispetto a quello del contratto registrato, rivela una causa in concreto di elusione fiscale. Dal fatto di dal porre in essere una causa contraria alla norma tributaria, di cui all'art. 1 co. 346 della L. n. 311/2014, elevata dalla Corte Costituzionale^[1] a norma imperativa, deriverebbe la nullità della convenzione negoziale ex art. 1418 I comma c.c.

3. Il quadro normativo di riferimento e la pronuncia interpretativa della Corte Costituzionale.

Dal particolare al generale, occorrono alcune considerazioni utili per meglio collocare e comprendere l'ambito in cui la sentenza in commento s'inserisce.

L'alluvione normativa che ha interessato la materia locatizia s'interseca con l'altrettanta copiosa giurisprudenza di riferimento.

In particolare l'interprete si trova a dover affrontare l'analisi logico-giuridica ricostruttiva di diversi aspetti che interessano la normativa eterogenea *in subiecta*

materia: quello attinente al piano genetico di formazione del contratto in parola, della sua conclusione per effetto dello scambio dei consensi, trattandosi di un contratto consensuale ad effetti reali (di cui alle disposizioni degli artt. 1571 e ss. c.c.) e quello disciplinante l'aspetto più propriamente fiscale-tributaristico (di cui alla corpora normativa speciale).

Segnatamente la legislazione speciale, per quanto d'interesse in questa sede, ha ad oggetto la registrazione del contratto. Il Testo Unico delle disposizioni sull'imposta di registro (D.P.R. n. 131/1986) all'art. 2, lett. a) e b) e l'art. 3, lett. a) prescrive la registrazione del contratto di locazione, stipulato sia in forma scritta che verbale; quanto al termine, l'art. 17, I co. del medesimo T.U., come modificato dall'art. 68 della Legge n. 342/2000, impone che l'adempimento debba avvenire entro trenta giorni dalla data dell'atto o della sua esecuzione (laddove si tratti di contratto stipulato oralmente). Dipoi ancora l'art. 17, V co., del medesimo D.P.R. ammette la registrazione tardiva.

La Legge 28 dicembre 2015, n. 208 – modificando l'art. 13 della Legge 9 dicembre 1998, n. 431 – stabilisce che è nulla ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone locatizio maggiore rispetto a quello indicato nel contratto scritto e registrato.

Altresì l'appena citato testo normativo prevede che dell'adempimento fiscale di registrazione del contratto deve farsene carico il locatore, nel termine perentorio di trenta giorni, dandone documentata comunicazione (entro i sessanta giorni successivi) al conduttore. Sicché tale disposizione, utilizzando espressamente la locuzione “termine perentorio” sembrerebbe non ammettere la possibilità di una registrazione tardiva “sanante”.

Nell'ambito di una politica di contrasto all'evasione fiscale, la suddetta legge prevede poi dei meccanismi di favore nei confronti del locatario che agisca in giudizio sulla base dell'omessa registrazione del contratto, domandando l'accertamento dello stesso e la quantificazione del canone dovuto, che non potrà comunque eccedere il valore minimo, così come individuato dall'art. 2 ovvero dall'art. 5, II e III comma della l. n. 431/1998.

La disciplina di favore per il locatario si manifesta nitidamente nel momento in cui il legislatore prevede, quale (potenziale) effetto della domanda giudiziale suddetta, l'ottenimento da parte del giudice di una pronuncia che ordini la restituzione delle somme percepite in misura superiore al canone determinato giudizialmente.

Sul tema delle conseguenze derivanti dalla omessa registrazione, la L. n. 311/2004

all'art. 1, comma 346°, prescrive che i contratti di locazione (e più in generale quelli che costituiscono diritti reali di godimento) di unità immobiliari o di loro porzioni, in qualunque modo stipulati, sono nulli se non registrati.

La *ratio legis* ispiratrice di detta norma è evidentemente quella di contrastare il fenomeno dell'evasione fiscale.

La formulazione della disposizione in parola sembrerebbe *prima facie* non lasciare spazio a diverse interpretazioni da quella strettamente letterale, attesa la laconica chiarezza con cui prevede la nullità dei contratti di locazione non registrati. Cionondimeno ha dato adito ad un fervido dibattito giurisprudenziale e dottrinale poiché s'inserisce in modo innovativo^[2] in un quadro di sistema in cui il piano di validità del contratto, afferente all'aspetto genetico di formazione dello stesso, è governato dal principio consensualistico ed è regolato da una valutazione giuridica, da un lato di tipo sostanziale dei requisiti del contratto e dell'assetto di interessi come diviso dalle parti, dall'altro di tipo formale sulla forma del contratto richiesta dalla legge.

Norma, quest'ultima, scritta sbrigativamente e che necessitava di una più attenta meditazione, atteso il modo semplicistico con cui il legislatore ricorre all'uso atecnico di un termine che, nella teoria del contratto, ha un significato ben preciso e non così facilmente estensibile sul piano semantico e dogmatico a fattispecie diverse da quelle cui tradizionalmente è ricondotto.

La norma in parola ha quindi ampliato – sul piano estensionale e intensionale – alla categoria delle locazioni non abitative il vizio della nullità nel contratto, nel caso di omessa registrazione dello stesso. In aggiunta a quanto già prevedeva l'art. 13 della L. n. 431/1998 (poi modificato dalla L. n. 208/2015) che si riferiva ai soli contratti ad uso abitativo e limitatamente ai patti aggiuntivi di maggiorazione del canone rispetto a quanto previsto dal contratto originario di locazione, il dettato di cui alla L. n. 311/2014 colpisce con la nullità non già e non solo i patti integrativi di rideterminazione del canone, ma incide a monte sul contratto di locazione, ove non registrato.

Talmente importuno è stato l'impatto della disposizione in parola sull'impianto della teoria del contratto, che la Corte Costituzionale^[3] è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di detta norma, all'uopo affermando che questa eleva la norma tributaria al rango di norma imperativa, la cui violazione determina la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c.

In particolare il giudice del Tribunale di Torino invocava il giudice delle leggi ritenendo che il dettame di cui sopra fosse affetto da vizio di illegittimità costituzionale nella parte in cui prevedeva che i contratti di locazione sono nulli, se non sono registrati, per contrasto con l'art. 24 della Costituzione, perché, subordinando il rapporto civilistico all'adempimento di un onere, quale è la registrazione, che ha finalità esclusivamente fiscali, condizionerebbe all'adempimento di tale onere l'esercizio del diritto del locatore di agire in giudizio per ottenere il pagamento di quanto a lui spettante (il pagamento dei canoni locativi) in esecuzione del contratto stesso. In tale occasione il giudice delle leggi affermava, con una sentenza interpretativa di rigetto per infondatezza della questione di legittimità costituzionale, che la censura relativa all'art. 24 Cost. è inconferente, giacché il carattere sostanziale della norma denunciata non attiene alla materia delle garanzie di tutela giurisdizionale, limitandosi a sancire una nullità, sebbene non prevista dal codice civile.

4. Le contrastanti linee ermeneutiche di matrice dottrinale e giurisprudenziale.

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla questione della nuova nullità derivante dalla omessa registrazione del contratto e sul punto si sono formati diversi indirizzi esegetici.

Secondo una tesi sostenuta da autorevoli Autori^[4], la disposizione di cui alla L. n. 311/2004 individuerebbe un ulteriore elemento costitutivo del contratto di locazione, rendendolo a formazione progressiva. Sicché la mancata registrazione si attergerebbe a elemento ultimo ma costitutivo del negozio che, ove mancante, ne determina la nullità.

Secondo altri Autori^[5] la registrazione si configurerebbe come *condicio iuris* sospensiva, perciò nell'ipotesi in cui venisse omessa, il negozio risulterebbe privo di efficacia. Sicché una volta adempiuta la formalità richiesta dalla legge, il contratto dispiegherebbe i suoi effetti retroattivamente, sin dal momento della conclusione del contratto, ai sensi dell'art. 1360 c.c.

Quest'ultima tesi dottrinale è stata avallata da un primo e maggioritario orientamento esegetico della giurisprudenza di merito^[6] e di legittimità^[7], sulla base di un'interpretazione storico-sistematica ed antiletterale ed abrogatrice della norma per cui la violazione di una norma tributaria non può comportare la nullità del negozio. L'inosservanza dell'adempimento formale incide sul piano dell'efficacia del contratto, non già della sua validità. Sicché la registrazione si configura come condizione giuridica

di efficacia o meno del contratto.

Secondo altro indirizzo ermeneutico giurisprudenziale^[8], che prende le mosse da un'interpretazione letterale della norma e costituzionalmente orientata con l'art. 53 Cost, il contratto di locazione non registrato sarebbe affetto da nullità, sanabile *ex nunc* con la registrazione tardiva, per alcune pronunce; non sanabile, per altre.

In forza dell'art. 53 Cost. il dovere dei cittadini di contribuire alle casse dell'Erario, adempiendo agli obblighi di natura tributaria loro incombenti, è elevato a norma di rango costituzionale, qualificandosi dunque come norma cogente dell'ordinamento, giacché posta a presidio di valori ed interessi pubblici dell'ordinamento, non solo proibendo l'azione programmata ma vieppiù negando validità alla programmazione negoziale ad essa contraria.^[9] Di talché il contratto non registrato risulterebbe nullo.

Di recente, in linea con tale ultima corrente, La Suprema Corte di Cassazione è intervenuta, prima della pronuncia oggetto della presente trattazione, con due sentenze del 2015. Rispettivamente, con la prima^[10] introduceva il principio di inferenza/interferenza della norma tributaria sulla validità del contratto di locazione, deducendone la nullità del contratto non registrato; con la seconda^[11] il giudice di legittimità si è interrogato sulla natura di tale nullità e – limitandola all'ambito delle locazioni ad uso abitativo a mente dell'art. 1 comma 4 della L. n. 431/1998 – stabiliva si trattasse di nullità assoluta, rilevabile da entrambe le parti ed anche d'ufficio dal giudice, stante la *ratio* pubblicistica del contrasto all'evasione fiscale. Laddove, invece, come previsto dall'art. 13, comma 5 della medesima legge, la forma verbale del contratto veniva surrettiziamente imposta dal locatore, allora il contratto era affetto da nullità relativa di protezione, denunciabile dal solo conduttore.

5. Profili di criticità sul piano teorico e applicativo.

In ottemperanza ai principi generali regolatori la materia della formazione del negozio e della sua invalidità quale risposta dell'ordinamento a patologie che affliggono lo stesso nella fase genetica della sua costituzione, la nullità andrebbe riferita a vizi riguardanti appunto l'*iter* formativo e costitutivo dell'atto negoziale, non già a difetti derivanti da adempimenti successivi alla sua formazione, attinenti all'aspetto puramente tributario.

In una parola, facendo ricorso ai principi generali dell'ordinamento, il rapporto con il Fisco non potrebbe incidere sul più alto piano teorico di validità del negozio. Tale aspetto di validità potrebbe dipendere solo dalla formazione genetica dell'atto negoziale,

regolata dalla disciplina generale del contratto.

Sul piano noumenico-concettuale, individuare la nullità in categorie ontologicamente diverse - quali risultano essere quella di formazione del negozio e quella di conformità dello stesso a regole fiscali - non solo attenta all'impianto teorico del sistema ordinamentale, ma tale violazione, non fermandosi al piano meramente astratto (come spesso avviene quando non si rispettano i principi generali del sistema), rischia di determinare delle distorsive e per certi versi assurde conseguenze applicative.

Né sembra totalmente risolutiva l'osservazione che si legge nella sentenza in commento con cui la Suprema Corte supera il problema teorico testé sollevato con la circostanza che nel nostro ordinamento esistono altri tipi di nullità non propriamente corrispondenti al tipo generale e astratto di matrice tradizionale, come quelle presenti nel Codice del consumo, di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi offerta dall'art. 67 *septiesdecies* del citato decreto legislativo che prevede la nullità del contratto qualora il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente, oppure non rimborsi le somme da questi eventualmente pagate o ancora violi gli obblighi informativi nella fase precontrattuale.

A ben vedere, però, le nullità previste dalla disciplina consumeristica assurgono ad ipotesi speciali di nullità: c.d. di protezione. Queste sono poste a tutela del consumatore perché considerato contraente debole e quindi sono state concepite, nella loro singolarità, quale eccezione del sistema che assurge a regola generale per le specifiche norme di settore, per tutelare un interesse particolare, del consumatore appunto, e non già poste a presidio dell'interesse generale della collettività, come deontologicamente e storicamente dovrebbero fare le nullità di cui all'art. 1418 c.c.

La nullità derivante dalla omessa registrazione, invece, viene ricondotta all'interno della fattispecie di cui all'art. 1418, quale nullità virtuale giacché violativa di una norma imperativa ovvero testuale poiché è la stessa legge a prevederla.[\[12\]](#)

Vero è che l'interesse sotteso alla politica di contrasto alla evasione fiscale risulta sicuramente di carattere generale, come tipicamente avviene per le nullità.

Dipoi sul piano delle conseguenze applicative derivanti dal principio di diritto enunciato dalla sentenza in commento, si pensi al fatto che una volta dichiarata la nullità del

contratto di locazione non registrato, il locatore non potrebbe fruttuosamente agire in giudizio nel caso in cui il conduttore si renda moroso del pagamento dei canoni. Viepiù, una volta accertata la nullità del contratto in virtù del quale il conduttore ha corrisposto le somme di denaro a titolo di canoni, scatterebbe la ripetizione dell'indebitito delle suddette somme e il proprietario del bene locato avrebbe diritto solo ad un'indennità per un'occupazione che si configurerebbe *sine titulo*.

Note e riferimenti bibliografici

[1] C. Cost. 5 dicembre 2007, n. 420

[2] Al riguardo v'è da dire che in passato il r.d.l. 27/09/1941 n. 1015, all'art. 1, aveva previsto – limitatamente però ai contratti di alienazione di beni immobili – la nullità dell'atto ove non registrato. Tale legge è stata poi abrogata dal d.l. 22 dicembre 2008, n. 200 convertito con modificazioni dalla legge 18 febbraio 2009, n. 9. Al momento della sua entrata in vigore, e sino alla sua vigenza, la prefata disposizione aveva dato adito ad un dibattito in sede dottrinale del tipo di quello di cui al presente commento: cfr. sul punto Santoro Passarelli F., *Atti non registrati. Nullità. Promessa verbale. Provvigione*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 194.

[3] C. Cost. 5 dicembre 2007, n. 420.

[4] Scipelliti N., *Ganasce fiscali sulle locazioni non registrate: prime considerazioni di una nuova ipotesi di nullità*, in *Arch. Locaz.*, 2005, p. 395

[5] Giuggioli P. – Giuggioli F., *La nuova locazione disciplina delle locazioni abitative. Lettura critica*, Giuffrè, 1999, p. 116. Sul punto cfr. anche Vigna G., *Finanziaria, le disposizioni dei commi da 341 a 344 e 346 del suo articolo unico* in *Arch. Locaz.*, 2005, p. 395.

[6] *Trib. Modena*, 12 luglio 2006, in *Giust. civ.* 2007, II, p. 484, con nota di Di Marzio M., *La nullità del contratto di locazione per omessa registrazione*.

[7] Cass. n. 8230/2010. Conf.: Cass. n. 16089/2003.

[8] *Trib. Roma*, n. 1597/2014.

[9] Cfr. sul punto Russo E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva* in *Riv. dir.civ.*, 2001, pp. 585 e ss.

[10] Cass. n. 18213/2015.

[11] Cass. n. 18214/2015.

[12] Sui diversi tipi di nullità (virtuale, strutturale e testuale) si veda Bianca C., *Diritto civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 631 e ss.; Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1997, p.248. Gentili A., *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, pp.1330 e ss.; Roppo V., *Il contratto*, in *Trattato dir. priv.*, a cura di Iudica-Zatti, Giuffrè, Milano, 2001, pp.740 e ss.; Fratini M., *Manuale di diritto civile*, Roma, Nel diritto editore, 2017.

ATTI PERSECUTORI: EVOLUZIONE DEL REATO E CONDOTTE RIPARATORIE NEI CONFRONTI DELLA VITTIMA.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale del reato comunemente definito "stalking", con particolare riguardo alla discussa pronuncia del GUP di Torino in tema di estinzione del reato in conseguenza di offerta economica alla persona offesa.

Anna Villani - Pubblicazione, mercoledì 22 novembre 2017
Redattore: Ilaria Ferrara

Sommario: 1. Premessa 2. Storia dell'istituto ed evoluzione normativa 3. Conseguenze e condotte riparatorie (in particolare, pronuncia GUP Torino n. 1299 del 02 ottobre 2017) 4. Conclusioni.

1. Premessa

La problematica relativa alla riparazione delle conseguenze del reato di atti persecutori è recentemente tornata alla ribalta delle cronache per la pronuncia del G.U.P. di Torino, Dott.ssa Rosanna La Rosa, dello scorso 2 ottobre^[1], la quale ha stabilito il non doversi procedere a carico di un imputato di *stalking* il quale, ai sensi della norma di nuovo conio di cui all'art. 162 *ter c.p.*^[2], consente di fare un'offerta reale ai sensi dell'art. 1208 c.c. alla vittima, offerta che, ritenuta congrua dal giudice, pur in presenza di rifiuto della persona offesa, comporta l'estinzione del reato, quale condotta riparatoria dello stesso.

Evidenti le reazioni da più parti che hanno gridato allo scandalo, in virtù del fatto che un reato così grave, e con ripercussioni sia fisiche che psicologiche sulla vittima come quello di cui all'art. 612 *bis c.p.*^[3], possa essere "riparato" attraverso un pugno di soldi, come da taluno sostenuto.

Ma prima di addentrarci nella tematica strettamente connessa ai vari rimedi utilizzabili al fine di eliminare o, quantomeno, ridurre i danni provocati da un simile reato, occorre accennare alla storia che ha portato all'introduzione nel nostro ordinamento giuridico del fenomeno dello *stalking*, rimasto privo di tipizzazione legislativa fino al 2009.

2. Storia dell'istituto ed evoluzione normativa

In primo luogo, bisogna far presente che in Italia l'introduzione del reato è stata tardiva rispetto ad altri ordinamenti (Stati Uniti, Canada, Inghilterra, Australia), dove la regolamentazione dell'istituto risale agli anni '90. Il fenomeno, tuttavia, non era affatto sconosciuto. Si può dire che già negli anni '80 si parlava di molestie assillanti le quali, però, riguardavano principalmente personaggi dello spettacolo e dello sport. Negli ultimi tempi, invece, il problema si è esteso, coinvolgendo chiunque.

Lo *stalking* è entrato a far parte del nostro ordinamento con il decreto legge 23 febbraio 2009 n. 11, convertito nella Legge 23 aprile 2009 n. 38^[4], che ha inserito nel Capo III Titolo XII Parte II del c.p. l'art. 612 *bis* c.p., intitolato "atti persecutori".

Prima della summenzionata disciplina, le condotte persecutorie non potevano che essere ricondotte in altri reati previsti dal c.p., come la molestia o disturbo alle persone (art. 660 c.p.), la minaccia (art. 612 c.p.), la violenza privata (art. 610 c.p.), la violazione di domicilio (art. 614 c.p.), norme che tuttavia non erano in grado di cogliere esattamente la peculiarità della condotta in questione. Infatti, il reato di minaccia non sempre è idoneo a coprire i comportamenti degli *stalkers* che, pur comportando un fondato timore per la propria incolumità in capo alla vittima, non sono posti in essere tramite la prospettazione di un male futuro qual è la minaccia. O ancora, nel caso della violenza privata, occorre che la violenza o minaccia sia posta in essere in danno della vittima, mentre nel caso dello *stalking*, non sempre l'agente ricorre a modalità violente o minacciose.

La nuova fattispecie, dunque, serve proprio a colmare quel vuoto di tutela penale determinato dall'impossibilità di incriminare, se non attraverso l'istituto della continuazione, forme di minaccia, violenza, molestia, poste in essere in maniera *seriale*.

Ecco che emerge l'elemento costitutivo del reato di atti persecutori: la reiterazione delle condotte e la loro protrazione nel tempo. È necessario, per integrare il reato *de quo*, la realizzazione entro un certo lasso temporale di condotte omogenee, configurandosi l'art. 612 *bis* c.p. quale reato *abituale*, al pari dei maltrattamenti in famiglia. A tal riguardo, la Suprema Corte di Cassazione^[5] ha statuito che anche solo due condotte di minaccia o molestia integrano il delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p., in quanto idonee a costituire la reiterazione richiesta dalla norma incriminatrice. Con la conseguenza che, in assenza di reiterazione, i singoli atti posti in essere in un'unica occasione non integrano il delitto di atti persecutori ma, come già accennato, altre fattispecie conosciute dall'ordinamento, eventualmente avvinte dal vincolo della continuazione (ad esempio, nel caso di interruzione fra una serie e l'altra di episodi lesivi)^[6].

La mancanza di una disciplina transitoria sulle condotte poste in essere prima dell'entrata in vigore del decreto legge che ha introdotto l'art. 612 *bis* c.p. ha fatto sorgere contrasti in dottrina e giurisprudenza con riguardo al problema dell'individuazione del *tempus commissi delicti*. Una parte maggioritaria della dottrina e giurisprudenza fa riferimento alla teoria della condotta, secondo la quale occorre considerare il momento di realizzazione della condotta descritta dalla fattispecie, a nulla rilevando il momento di verifica dell'evento.

Inoltre, per i reati abituali in particolare, come è quello di atti persecutori, deve tenersi distinto il momento del perfezionamento da quello della consumazione del reato. Il reato è perfetto quando l'agente ha realizzato tutti gli elementi del fatto tipico, ma ciò non sempre coincide col momento consumativo. Nel reato di atti persecutori l'agente è in condizione di orientare le proprie azioni per il futuro solo dalla data di entrata in vigore della nuova norma, sicchè una condanna *ex art. 612 bis* c.p. fondata su condotte commesse prima dell'entrata in vigore della suddetta norma violerebbe palesemente il principio di irretroattività della norma penale, in quanto la nuova norma penale non avrebbe potuto svolgere alcuna funzione di orientamento della condotta dell'individuo. Sul versante opposto, invece, si violerebbe il principio di legalità se si condannasse un soggetto con la nuova norma per aver posto in essere, dopo l'introduzione della stessa, solamente una condotta di molestia o minaccia, mancando l'elemento costitutivo della reiterazione.

In giurisprudenza si è registrato un contrasto interpretativo. Un primo orientamento, basandosi su un'interpretazione stringente del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole al reo, ha escluso che gli atti persecutori commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legge possano ritenersi rilevanti ai fini dell'integrazione del reato *de quo*^[7], la nuova norma applicandosi solo alle condotte commesse dopo la sua entrata in vigore. Per converso, altra impostazione ha attribuito rilievo anche alle condotte poste in essere prima dell'entrata in vigore del decreto legge^[8].

Il reato in esame tutela il bene giuridico della libertà morale e consiste in una forma di aggressione psicologica e fisica finalizzata a sopraffare la volontà della vittima e la sua capacità di resistenza, attraverso un'incessante condotta persecutoria.

I comportamenti dello *stalker* devono determinare nella persona offesa uno dei tre eventi alternativamente previsti dall'art. 612 *bis* c.p. : 1) perdurante e grave stato di ansia o di

paura; 2) fondato timore per la propria incolumità o per quella di persone vicine; 3) costrizione all'alterazione delle proprie abitudini di vita^[9]. Si tratta, quindi, di reato di danno e di evento^[10], a forma libera, in quanto le condotte di minaccia o molestia possono concretarsi in una molteplicità di forme non aprioristicamente individuabili.

Da notare, inoltre, l'utilizzo dell'espressione "cagionare" nell'art. 612 *bis* c.p., che implica un rapporto di causalità tra la condotta e uno dei tre possibili ambiti di aggressione della vittima: 1) il piano psicologico ("il perdurante e grave stato di ansia e di paura"); 2) il piano fisico-biologico ("il fondato timore per la propria incolumità o per quella di persone a lei vicine"); 3) il piano del danno alla libertà di autodeterminazione ("costringerla ad alterare le proprie abitudini di vita").

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, esso consiste nel dolo generico, ossia nella coscienza e volontà della condotta ma, essendo un reato di evento, l'agente deve anche rappresentarsi e volere uno degli eventi descritti dalla norma.

Al fine di anticipare la soglia di intervento penale, il legislatore ha configurato la fattispecie in forma "elastica", scontando un'evidente indeterminatezza di fondo. Si pensi al concetto dell'alterazione delle abitudini di vita o al grave stato di ansia o di paura, elementi normativi di carattere extra giuridico che possono dipendere da una molteplicità di fattori variabili e non preventivamente identificabili. Vi possono essere disturbi legati alla depressione, ansia, angoscia, insonnia, depressione del tono dell'umore, disturbo acuto da stress, disturbo di somatizzazione, i quali possono portare a trattamenti farmacologici o psicoterapeutici. Ovviamente, l'operatore del diritto, per orientarsi in relazione a tale fattispecie di reato, dovrà far riferimento alla scienza medica e ai parametri forniti dalla medicina legale.

3. Conseguenze e condotte riparatorie (in particolare, pronuncia GUP Torino n. 1299 del 02 ottobre 2017)

Il reato di atti persecutori coinvolge due soggetti: lo *stalker* e la vittima.

Per quanto concerne le condotte dell'agente, esse possono essere le più disparate: aspettare, inseguire, sorvegliare la persona, raccogliere informazioni sui movimenti della vittima, appostamenti sotto casa o nel luogo di lavoro, pedinamenti, invio di lettere, email, telefonate, messaggi, graffiti o murali, furto della corrispondenza, danneggiamento delle proprietà della vittima ecc., anche attraverso il mondo virtuale e dei social network cd. *cyberstalking*.

Con riferimento specifico, invece, alla vittima, occorre, prima di tutto, evidenziare che le condotte persecutorie possono essere indirizzate sia a donne che uomini, ma che colpiscono per lo più le donne (circa l'86%). Le persone più a rischio sono quelle che svolgono le cd. "professioni di aiuto", come nel caso di avvocati molestati per aver perso una causa o di giudici per aver emesso una sentenza di condanna o di chirurghi per aver sbagliato l'operazione.

In alcuni casi, la gravità della situazione impone alla vittima scelte radicali, come lo stravolgimento delle proprie abitudini di vita, il cambiamento del numero di telefono, del lavoro, della casa, della città, il trasferimento all'estero, l'acquisto di un'arma, la frequentazione di corsi di autodifesa, l'uso del cognome da nubile, l'installazione di sistemi di allarme, la sostituzione della serratura della porta.

È da premettere che proprio la paura di ritorsioni, il timore di pregiudizi, la vergogna derivante da convenzioni sociali o familiari, comportano una difficoltà per la vittima nel denunciare tali fatti. Una ricerca dell'Associazione italiana di psicologia e criminologia ha, infatti, fatto emergere che i casi denunciati alle forze dell'ordine sono solamente il 20%.

La vittima di atti persecutori, oltre a dover denunciare tempestivamente simili episodi, viene tutelata in vario modo dall'ordinamento giuridico.

In primo luogo, è prevista una tutela cautelare. L'art. 282 *ter* c.p.p., infatti, prevede la possibilità per il giudice di prescrivere all'imputato il divieto di avvicinamento a determinati luoghi frequentati abitualmente dalla persona offesa o da persone comunque legate alla stessa da vincoli di parentela o conviventi o legate da qualsiasi relazione affettiva. È inoltre possibile anche imporre all'imputato il divieto di comunicare in qualsiasi modo con le suddette persone.

Sono previste, inoltre, particolari tutele nell'ambito del processo penale relativo a tale tipologia di reato. È ampliata la possibilità di ricorso all'incidente probatorio quale strumento di acquisizione anticipata della prova prima del dibattimento o il suo svolgimento con modalità peculiari qualora la persona offesa è minore d'età, disabile o maggiorenne con particolare vulnerabilità, prevedendo che l'udienza si svolga presso l'abitazione della vittima del reato.

Il reato di atti persecutori, poi, comporta danni oggetto di pretesa risarcitoria,

configurandosi anche quale illecito civile di natura aquiliana. In particolare, vi è un danno “esistenziale”, in quanto, a causa degli atti persecutori, si verifica una modificazione peggiorativa della sfera personale della vittima, relativamente ai rapporti affettivi, sociali ecc. Tale danno ovviamente va provato mediante le ripercussioni che il comportamento dello *stalker* ha esercitato sul soggetto passivo. Altra linea interpretativa considera, invece, tale danno come “biologico”, legato alle varie patologie che possono insorgere, da valutare attraverso consulenza medico-legale. La vittima, dunque, avrà diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non, costituendosi parte civile nel processo penale o attivando un’autonoma azione civile.

Altra caratteristica di questo reato è che, in genere, la procedibilità è a querela della persona offesa. Però, si procede d’ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o con minacce gravi o quando è connesso con altro reato per il quale è prevista la procedibilità d’ufficio.

Ma vi è di più. Ai sensi dell’art. 612 *ter* c.p., la vittima che ha già subito o denunciato condotte persecutorie e che abbia fondato motivo di temere che si ripetano in futuro, può presentare una diffida formale dal compiere ulteriori atti persecutori, all’Autorità di Polizia di Stato, previa autorizzazione del Pubblico Ministero precedente. Tale disposizione, quindi, prevede un ulteriore strumento cautelare che consente di intervenire tempestivamente e preventivamente per evitare la reiterazione dei comportamenti persecutori. Se poi, nonostante la diffida formale, lo *stalker* continua nella condotta persecutoria, il reato diventa perseguibile d’ufficio e la pena viene aumentata.

È proprio con riferimento alle varie modalità che consentono di riparare in qualche modo alle conseguenze dannose subite dalla vittima di *stalking* che è intervenuto recentemente il legislatore con l’introduzione dell’art. 162 *ter* c.p. ad opera dell’art. 1, comma 1, della Legge 103/2017, entrata in vigore il 4 agosto scorso.

La disposizione di nuovo conio prevede una causa di estinzione del reato nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, qualora l’imputato abbia riparato interamente il danno cagionato dal reato attraverso le restituzioni o il risarcimento, ed eliminato per quanto possibile le conseguenze dannose o pericolose dello stesso. Si stabilisce, altresì, che il risarcimento può essere concesso anche a seguito di un’offerta reale *ex artt.* 1208 e ss. c.c., formulata dall’imputato e non accettata dalla persona offesa, qualora il giudice ritenga comunque congrua la somma offerta. La riparazione deve avvenire entro il termine massimo di apertura del dibattimento in primo grado. Il giudice,

però, ha la facoltà di concedere più tempo all'imputato per il pagamento di quanto dovuto, anche a rate, se quest'ultimo dimostra di non aver potuto adempiere nel termine originariamente concesso, col limite massimo di sei mesi.

Una delle primissime applicazioni di questa nuova norma è stata fatta proprio nella pronuncia che qui si commenta e che tante critiche ha sollevato, portando all'impugnazione della stessa da parte della Procura Generale del Piemonte. La sentenza del G.U.P. di Torino (Dott.ssa Rosanna La Rosa) del 2 ottobre scorso, infatti, stabilisce il non doversi procedere *ex art. 531 c.p.p.* per estinzione del reato nei confronti di un imputato di *stalking*^[11] che aveva chiesto il rito abbreviato ed offerto 1.500 euro quale risarcimento alla parte lesa, che aveva rifiutato il denaro. Nonostante il diniego, però, il giudice ha ritenuto congrua la somma offerta rispetto all'entità dei fatti, considerando riparata la condotta criminosa. Ha, dunque, imposto alla vittima di accettare la cifra offertale e disposto il deposito della somma su un libretto di deposito intestato alla donna.

La sentenza in esame è stata da subito criticata da più parti, ritenendo assurdo e inaccettabile che la vittima del reato non abbia voce in capitolo nella decisione del giudice di accogliere o meno la somma proposta dallo *stalker* per riparare al danno subito e che tutto possa finire con un pugno di soldi^[12]. Si è anche palesato il rischio che tale pronuncia costituisca un precedente pericoloso per incentivare episodi di *stalking* lanciando un messaggio sbagliato, che non si commette reato se dopo aver compiuto atti persecutori, si offre alla vittima denaro quale risarcimento, monetizzando l'offesa al bene giuridico e la sofferenza subita dalla persona offesa, quantificandola in una somma davvero irrisoria rispetto alle ripercussioni che la vittima di tali reati si porta dietro per tutta la vita^[13].

Proprio la grande indignazione diffusa da tale sentenza ha portato la Procura Generale del Piemonte ad impugnarla e il legislatore a porre in essere una riforma per eliminare il reato di atti persecutori dalla lista dei reati che è possibile estinguere con una condotta riparatoria. L'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, infatti, su indicazione dello stesso Ministro Orlando, ha dato parere favorevole all'emendamento presentato dalla senatrice del PD, Francesca Puglisi, al disegno di legge di tutela degli orfani degli omicidi domestici, prevedendo che il giudice non possa prosciogliere l'imputato di *stalking* che paga, senza il consenso espresso della vittima. In tal modo, al nuovo art. 162 *ter* c.p., introdotto dalla stessa Riforma Orlando con Legge n. 103 del 2017, andrà

aggiunta la frase: “Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi di cui all’articolo 612 *bis*”.

A tal riguardo, la Commissione bilancio del Senato, col decreto legge fiscale^[14] collegato alla manovra 2018, ha approvato l’emendamento che stabilisce l’esclusione del reato di atti persecutori dai reati estinguibili attraverso un semplice risarcimento. Ora la parola passa alla Commissione Giustizia della Camera per l’approvazione definitiva, che dovrebbe arrivare a giorni.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto detto finora, è sicuramente da apprezzare la scelta legislativa volta a rendere il reato di atti persecutori “non riparabile” attraverso una mera monetizzazione che rischia solamente di dare adito alla perpetrazione di simili episodi, sicuri poi gli *stalkers* della possibilità di rimediare a tutto attraverso il dio denaro.

È per questo che tale riforma cerca di recuperare il valore fondamentale dell’effettività della tutela giustiziale, quale principio generale dell’ordinamento giuridico sia interno che internazionale, e l’importanza dell’interesse giuridico primario in gioco, quello della libertà morale della vittima del reato.

Note e riferimenti bibliografici

- AA.VV., “Violenza e Stalking – due facce della stessa medaglia ?”, AIPC, Roma, 2010.
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., “Entra nel codice la molestia reiterata” in “Guida al diritto”, Milano, 2009.
- BUZZI F., VANINI M., “Guida alla valutazione psichiatrica e medico-legale del danno biologico di natura psichica”, Giuffrè, Milano, 2006.
- CALIO’ M.F., “Stalking e stalkers”, LSa, Novara, 2007.
- CARINGELLA F., DE PALMA M., FARINI S., TRINCI A., “Manuale di diritto penale, parte speciale”, Dike Giuridica, Roma, 2010.
- GAROFOLI R., “Manuale di diritto penale, parte generale”, Giuffrè, Milano, 2007.
- GASPARINI M., “La mappa del provvedimento” in “Guida al diritto”, Milano, 2009.
- MANTOVANI F., “Diritto Penale”, CEDAM, Padova, 2007.
- PANARELLO P., “L’analisi del delitto di atti persecutori” in “Rivista di diritto e procedura penale”, Roma, 2010.
- RINALDI M., “Il reato di stalking”, ALTALEX, Pistoia, 2010.
- TOVANI S., TRINCI A., “Lo stalking. Il reato di atti persecutori (Art.612 bis c.p.) e le altre modifiche introdotte dalla legge 23 aprile 1990 n°38”, Dike Giuridica, Roma, 2009.
- VALENTI R., “Delitto di atti persecutori (stalking)” in “Diritto.net”, Milano, 2011.

[1] Sentenza n. 1299 del 02.10.2017, Tribunale di Torino, Sezione dei Giudici per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare.

[2] Recita l'art. 162 *ter* c.p. (Estinzione del reato per condotte riparatorie), introdotto dalla L. 23 giugno 2017, n. 103, cd. Riforma Orlando: “Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.

Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma.

Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito positivo delle condotte riparatorie”.

[3] Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.

La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.

La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata.

Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. La querela è comunque irrevocabile se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612, secondo comma. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio.

[4] “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale,

nonché in tema di atti persecutori”

[5] Cass. 21 gennaio 2010 n. 6417, depositata il 17 febbraio 2010, una delle prime pronunce di legittimità in tema di atti persecutori.

[6] A tal fine, si ha riguardo al significato letterale del termine “reiterare”, inteso quale ripetizione di una condotta una seconda volta ovvero più volte con insistenza.

[7] G.I.P. Reggio Emilia 10 aprile 2009.

[8] G.I.P. Tribunale di Grosseto 23 aprile 2009 n. 7-8; Tribunale di Lucera, 30 giugno 2009.

[9] A tal riguardo, preme sottolineare la scelta del legislatore di sostituire la formulazione originaria che utilizzava l’espressione “scelte di vita” con quella attuale di “abitudini di vita”, che pare più corretta, in quanto indica comportamenti esteriori più facilmente apprezzabili rispetto a proiezioni più intime e difficili da provare.

[10] Tribunale di Bari 6 aprile 2009.

[11] Nella specie, l’uomo era accusato di aver seguito in auto in molte occasioni la donna, in varie località del circondario di Torino.

[12] E’ quanto affermato dal Presidente di Telefono Rosa, Gabriella Carnieri Moscatelli.

[13] Questo anche il pensiero del Presidente del Codacons, Carlo Rienzi.

[14] D.L. 16/10/2017 n. 148 (G.U. 17/10/2017) recante “Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili”.

IL SOCCORSO ISTRUTTORIO E LE DIVERSITÀ APPLICATIVE NELL'EVOLUZIONE LEGISLATIVA E GIURISPRUDENZIALE

Il bilanciamento tra il principio di correttezza sostanziale delle determinazioni della P.A. e quello di autoreponsabilità ha guidato, nel corso degli anni, l'evoluzione legislativa e l'applicazione giurisprudenziale del soccorso istruttorio nei vari ambiti di attività della P.A. in cui lo stesso trova applicazione

Francesco Belgio - Pubblicazione, martedì 28 novembre 2017
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Sommario: 1. Il soccorso istruttorio nel quadro normativo della l. 241 del 1990 e la sua *ratio*; 2. Il perimetro di applicazione; 3. Il caso degli appalti pubblici: evoluzione legislativa e giurisprudenziale; 4. Le conseguenze del mancato soccorso istruttorio.

1. Il soccorso istruttorio nel quadro normativo della l. 241 del 1990 e la sua *ratio*

La legge 241 del 1990 rivoluziona l'intero *agere* amministrativo, ingessando in un disposto normativo ciò che prima era per lo più oggetto di prassi o talvolta di previsioni giurisprudenziali che, per quanto consolidate, non colmavano del tutto le lacune normative promananti dalla mancata disciplina del procedimento amministrativo.

Il legislatore del 1990, peraltro, come traspare in modo evidente dalla lettura della legge in questione, non si limita a conferire "cittadinanza normativa" ad una serie di aspetti che riguardano l'agire oramai procedimentalizzato della P.A., ma ridisegna tali meccanismi alla luce di un rinnovato rapporto di vicinanza tra P.A. e privato, superando antichi steccati e prefigurando un rapporto collaborativo.

In quest'ottica, oltre che alla luce del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, sono da inquadrare tutti gli istituti che favoriscono la partecipazione del privato al procedimento amministrativo, nonché la figura del responsabile del procedimento; quest'ultima ha rappresentato il superamento dell'anonimato e della generale irresponsabilità che prima accompagnava l'agire della P.A., individuando un interlocutore unico al quale il privato può relazionarsi per tutti gli aspetti che riguardano il procedimento di interesse.

Proprio nell'art. 6 lett. b) della l. 241/1990 trova espressione il cd. soccorso istruttorio nella misura in cui il responsabile del procedimento "può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete" .

Appare *ictu oculi* che le esigenze sottese ad una tale previsione sono molteplici: oltre a quella già richiamata di garantire un rapporto collaborativo tra privato e P.A. (che peraltro ritorna in numerosi punti della l.241/90), risulta evidente la volontà di informare - per tale via - l'attività della P.A. a parametri di opportunità e buona amministrazione. Infatti, attraverso il soccorso istruttorio, si evitano interruzioni procedurali dovute a mere irregolarità formali e si assicura altresì che l'emanando provvedimento sia effettivamente (nella sostanza) coerente ai presupposti di fatto e di diritto posti a fondamento.

Si consideri, peraltro, che questa esigenza di correttezza sostanziale e la sua prevalenza sulla mera correttezza formale, è presente anche in altri punti della legge sul procedimento amministrativo, tanto è vero che il legislatore mostra in diversi tratti un accoglimento del principio di prevalenza della sostanza sulla forma: basti pensare alla disciplina del cd. vizi non invalidanti e all'art. 21 *octies* della medesima legge.

2. Il perimetro di applicazione

Quantunque l'istituto in esame risulti oggi di indubbia centralità per una pubblica amministrazione che deve procedere con speditezza e celerità e che, per tale via, può evitare inutili lungaggini determinate da interruzioni risolvibili con l'intervento suppletivo in discussione, non può di per ciò solo attribuirsi ad esso un indiscriminato ed illimitato ambito di applicabilità.

D'altra parte il procedimento resta luogo di contemperamento e di attenta ponderazione di diversi - e spesso confliggenti- interessi, valutati imparzialmente da una P.A. che, alla fine (eccezion fatta per i casi in cui si tratti di amministrazione neutrale), deve affermare la prevalenza dell'interesse pubblico: è evidente, quindi, che se si affermasse la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio senza limitazioni alcune, sarebbe messa a repentaglio l'imparzialità medesima posto che l'operato della P.A. sfocerebbe così in mero arbitrio. E' quindi necessario delimitare il perimetro entro il quale la P.A. può muoversi nell'esercizio della sua attività ausiliaria, tenendo conto che il legislatore non precisa i presupposti che facoltizzano il cd. soccorso istruttorio.

Il *vulnus* rispetto al quale dovrebbe intervenire l'istituto in esame può essere verosimilmente di due tipi: è possibile che la documentazione sia incompleta (o addirittura mancante) o, *a contrario*, si può verificare che sia semplicemente irregolare in quanto siano riscontrabili errori materiali o formali; nel primo caso l'intervento del privato si tradurrebbe in una vera e propria integrazione, essendo invece nella seconda delle due ipotesi limitato ad una mera regolarizzazione. Orbene, secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente, è ammissibile il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio solo quando la domanda risulti completa e, quindi, semplicemente irregolare; in altri termini è legittimo unicamente un intervento di regolarizzazione e non anche di vera e propria integrazione.

Le ragioni a fondamento di tale perimetrazione sono facilmente rilevabili: da un lato si pone l'esigenza di garantire la "*par condicio*" tra cittadini, e dall'altro di evitare fenomeni di irresponsabilità dei privati che – forti della garanzia di poter pur sempre integrare *ex post* l'istanza incompleta presentata alla P.A.- potrebbero non prestare la dovuta attenzione in ordine al controllo di completezza della documentazione presentata. In riferimento alla garanzia della "*par condicio*", infatti, risulta innegabile che, soprattutto nei procedimenti in cui sono state presentate diverse domande autorizzatorie o concessorie, consentire solo a taluno dei pretendenti di integrare *ex post* la domanda possa determinare deviazioni dal rispetto dei principi di imparzialità e concorrenzialità.

La linea di confine, il perimetro entro cui la P.A. può ricorrere al soccorso, inoltre, non va tracciata solo con riferimento al tipo di attività (regolarizzazione- integrazione) da esperire, ma anche con riferimento all'oggetto della medesima: non è comunque ammissibile l'ingresso di elementi o fatti sopravvenuti. Insomma la regolarizzazione deve riferirsi ad elementi preesistenti.

3. Il caso degli appalti pubblici: evoluzione legislativa e giurisprudenziale

Il soccorso istruttorio si atteggia in modo peculiare nelle procedure ad evidenza pubblica. La prima peculiarità è nella fonte: non la l. 241/1990, ma la disciplina in materia di contratti pubblici (oggi d.lgs. 50/2016), normativa di gran lunga più analitica, che si sveste di quella elasticità ed ampiezza che invece connota la legge sul procedimento amministrativo.

Nella materia degli appalti pubblici la disciplina sul soccorso istruttorio deve essere contestualizzata: deve preliminarmente aversi contezza del fatto che ci si muove in un

settore che, più di altri, si fonda sul valore della concorrenza, dove il principio di autoresponsabilità è ancor più pregnante. D'altra parte non è revocabile in dubbio che l'intera materia dei contratti pubblici si fondi sul paradigma – di matrice europea- delle pari possibilità di tutti gli operatori economici di partecipare alle gare indette da uno Stato membro, sulla base di modalità previamente stabilite dalla stazione appaltante e valide per tutti i partecipanti (*par condicio*), e ciò non ha potuto che condurre a restringere oltremodo il perimetro dell'applicabilità del soccorso istruttorio.

Già la vecchia disciplina - contenuta nell'art. 45 d.lgs. 163/2006 - rendeva in buona sostanza ammissibile un intervento della stazione appaltante solo per ciò che attiene ai requisiti soggettivi di partecipazione, escludendosi ogni tipo di intervento in ordine all'offerta economica presentata. Per di più, come ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la regolarizzazione si è considerata ammissibile solo nei casi in cui per la mancanza del requisito non sia prevista l'esclusione del concorrente dalla gara. Quindi ,nel settore degli appalti pubblici, come ribadito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, *“il potere di soccorso - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti- non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali”* (Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n.9). L'unica eccezione a questi limiti è stata a lungo individuata nella casistica del bando di gara con clausole ambigue oggetto di successivo chiarimento della P.A. : in tal caso si è sovente ammesso non già una mera regolarizzazione, quanto piuttosto una vera e propria integrazione.

La disciplina appena tratteggiata subisce un primo mutamento ad opera del legislatore del 2014, posto che la l. 114/2014 supera la distinzione tra regolarizzazione ed integrazione ed amplia l'ambito di applicazione dell'istituto in esame. Basti considerare che il comma 1 *ter* dell'art. 46 del d.lgs. 163/2006 estende l'applicazione della novella ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, mentre l'art. 38 co. 2 *bis* individua due ipotesi soggette a diverso regime giuridico; da un lato si fa riferimento alle mere irregolarità non essenziali¹, che non danno luogo nè ad esclusione nè tantomeno all'attivazione della procedura del soccorso

istruttorio, mentre dall'altro alle irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al co. 2 della medesima norma², per le quali è avviata una peculiare procedura³ di regolarizzazione/integrazione della documentazione⁴.

Quindi l'evoluzione legislativa in questione determina un primo mutamento di prospettiva, alla luce del quale il soccorso istruttorio subisce una generalizzazione, seppur procedimentalizzata, che non consente di considerarlo più confinato ad ipotesi tassativamente enucleate⁵: tutto ciò, beninteso, non pare confliggere con le istanze di tutela di cui si è detto, posto che la previsione di una sanzione pecuniaria è strumento che verosimilmente valorizza il principio di autoresponsabilità, in un difficile bilanciamento con quello della "*par condicio*". Tuttavia è innegabile che tale intervento legislativo si sia portato dietro una scia di critiche dottrinali, fondate sul rilievo per cui, superandosi la distinzione tra regolarizzazione ed integrazione, si sia ancorata l'operatività del soccorso istruttorio a parametri incerti e soggettivi, vale a dire incentrati sul giudizio di essenzialità ed indispensabilità o meno del requisito richiesto⁶. Di qui il ruolo della giurisprudenza, che ha cercato di porre rimedio a tale varco lasciato aperto dal legislatore, precisando – in numerosi arresti- che in ogni caso la sanatoria non può riguardare l'offerta economica, atteso che diversamente la concorrenzialità della procedura sarebbe messa seriamente a repentaglio.

I contorni di tale quadro normativo vengono poi confermati dal d.lgs. 50/2016: l'art. 83 mantiene la *summa divisio* tra violazione essenziale (non sanabile) e non essenziale (sanabile). Pur tuttavia, aspetti di interessante innovazione e specificazione sono rinvenibili nel recente decreto legislativo: in primo luogo la sanzione pecuniaria viene irrogata solo quando l'operatore intende effettivamente avvalersi del meccanismo sanante; in secondo luogo le irregolarità non essenziali non continuano ad essere esenti del tutto da regolarizzazione (come nel regime previgente), ma devono essere regolarizzate a pena di esclusione (seppur senza il pagamento di sanzione alcuna).

E' evidente che resta in piedi il divieto di integrazioni che riguardino l'offerta tecnica ed economica, così come perdurano (stante il mantenimento del nucleo essenziale della precedente disciplina) le critiche dottrinali e giurisprudenziali soprattutto in ordine agli aspetti che riguardano la sanzione pecuniaria⁷.

In ultimo, poi, a quasi un anno dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, è intervenuto il d.lgs. n. 56/2017 (cd. decreto correttivo) che ha introdotto

ulteriori modifiche normative ad una materia continuamente oggetto di revisione. A ben vedere, quantunque detto intervento si qualifichi come meramente correttivo, dopo un'attenta analisi del disposto normativo, può ben dirsi che ha effetti dirompenti sulla disciplina del soccorso istruttorio nel settore degli appalti.

I motivi di una tale conclusione appaiono *ictu oculi*: in primo luogo si supera l'onerosità del soccorso istruttorio (cاپosaldo della precedente disciplina)⁸, e a ciò si aggiunga che si rivede anche la precedente ed incerta distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali.

Quanto al primo aspetto, gli operatori economici avranno la facoltà di regolarizzare e/o integrare le dichiarazioni e i documenti incompleti e/o irregolari senza dover sostenere alcun onere finanziario. In ordine al secondo aspetto, invece, si configura un sistema in cui gli operatori economici potranno integrare o regolarizzare qualsiasi elemento formale della domanda con esclusione di quelli incidenti sull'offerta economica e tecnica⁹.

4. Le conseguenze del mancato soccorso istruttorio

Dalle coordinate normative ed ermeneutiche sin qui tracciate, è dunque palese la presenza di un confine tra il soccorso istruttorio così come prefigurato dalla legge sul procedimento e la disciplina che invece connota il settore degli appalti pubblici; uno steccato in cui si consumano differenze e distanze che riguardano soprattutto il perimetro di applicazione e i presupposti applicativi. Ma v'è di più. Le due ipotesi divergono anche in ordine al vizio rilevabile nel provvedimento finale in conseguenza della mancata attivazione dell'istituto.

Si consideri che nell' art.6 dell. 1.241/1990 il soccorso istruttorio è chiaramente qualificato quale mera facoltà della P.A., atteso che si prevede che quest'ultima “può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o di istanze erronee e incomplete”. Nel settore degli appalti, invece, l'immanenza del principio di concorrenzialità impone di generalizzare il *favor participationis*, relegando a casistiche marginali le esclusioni dalla partecipazione alla gara (a seguito di mancata attivazione dell'istituto)¹⁰.

Ne consegue, dunque, la diversità di vizio che colpirà il provvedimento finale adottato dalla P.A. in mancanza di soccorso istruttorio. Nella prima delle due ipotesi il privato potrà chiedere l'annullamento del provvedimento per eccesso di potere, mentre nella

seconda sembra effettivamente configurabile un'ipotesi di violazione di legge (considerata la presenza di un autentico dovere della P.A. di rimuovere il deficit informativo). Quindi per configurare l'eccesso di potere, dovrà rintracciarsi la figura sintomatica che nel caso concreto si palesa: potrà essere verosimilmente un travisamento di fatti (quando il mancato intervento sanante ha determinato una rappresentazione alterata della realtà), o una disparità di trattamento (se ne sia disceso un trattamento non propriamente imparziale della P.A.).

Note e riferimenti bibliografici

¹ Per questa casistica il riferimento è alla mancanza o incompletezza delle dichiarazioni non indispensabili.

² Il riferimento è all'indicazione di eventuali condanne penali riportate e l'inesistenza di situazioni di controllo di cui all'art.2359 c.c.

³ Tale procedura che deve esperirsi entro un termine perentorio assegnato all'impresa partecipante e dietro pagamento di una sanzione pecuniaria.

⁴A.S. Annunziata D'Angio, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo e nella procedura ad evidenza pubblica*, Solo Temi, 2017, n.3, pag. 511

⁵ A.S. Annunziata D'Angio, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo e nella procedura ad evidenza pubblica*, Solo Temi, 2017, n.3, pag. 512

⁶ A.S. Annunziata D'Angio, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo e nella procedura ad evidenza pubblica*, Solo Temi, 2017, n.3, pag. 512

⁷Con l'ordinanza 3.10.2016 n. 10012, il TAR Lazio ha messo in discussione la legittimità comunitaria del soccorso istruttorio oneroso, sottoponendo alla Corte di Giustizia dell'Unione europea alcune questioni pregiudiziali di interpretazione dell'art. 38 comma 2-bis del D.lgs. 12.4.2006 n. 163 rispetto alla disciplina di cui agli artt. 45 e 51 della Direttiva 2004/18/CE ed ai principi di massima concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione in materia di procedure per l'affidamento di lavori, servizi e forniture

⁸ E' opportuno rilevare che ancorchè sono sopite le critiche dottrinali e giurisprudenziali sull'opportunità di un soccorso oneroso, emergono quelle sull'assenza di qualsiasi forma di deterrenza che solleciti l'autoresponsabilità del privato

⁹M. Gagliega, "Il soccorso istruttorio dopo il D.lgs. 19.4.2017 n. 56 cd. Decreto Correttivo", da diritto.it del 11/07/2017

¹⁰ Il riferimento è all'integrazione che riguarda l'offerta economica