

Apr/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. - L'ATTENDIBILITÀ DEI RISULTATI DELLE INDAGINI GENETICHE: QUESTIONI APERTE ALLA LUCE DEL D.P.R. 87 DEL 2016

Rossana Scibetta, pubblicazione mercoledì 12 aprile 2017

2. - IL CONFINE TRA DANNO PATRIMONIALE E DANNO NON PATRIMONIALE

Giuseppe Mainas, pubblicazione venerdì 14 aprile 2017

3. - LA PROCEDURA DI RECLAMO-MEDIAZIONE TRIBUTARIA NELL'AMBITO DEGLI ENTI LOCALI: CRITICITÀ OPERATIVE E POSSIBILI SOLUZIONI.

Vincenzo Fortunato, pubblicazione lunedì 17 aprile 2017

4. - L'IMPUGNABILITÀ DELL'ESTRATTO DI RUOLO

Daniela Mendola, pubblicazione martedì 18 aprile 2017

5. - IL RUOLO E LA FUNZIONE DEL NOTAIO NELLA TRASCRIZIONE DEGLI ACCORDI TRA CONIUGI IN SEDE DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA

Pasquale Ragone, pubblicazione mercoledì 19 aprile 2017

6. - LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI CON PARTICOLARE ATTENZIONE AL CASO DELLE HOLDING

Fabio Giuseppe Squillaci, pubblicazione lunedì 24 aprile 2017

7. - I RAPPORTI TRA SEPARAZIONE E DIVORZIO

Graziella Soluri, pubblicazione sabato 29 aprile 2017

COMITATO SCIENTIFICO SCIENTIFIC COMMITTEE

Angela CUOFANO

Avvocato

Gaspere DALIA

Ricercatore universitario

Rosa MUGAVERO

Ricercatore universitario

Lucio ORLANDO

Avvocato

Andrea SENATORE

Ricercatore universitario

Saverio SETTI

Of Counsel

L'ATTENDIBILITÀ DEI RISULTATI DELLE INDAGINI GENETICHE: QUESTIONI APERTE ALLA LUCE DEL D.P.R. 87 DEL 2016

L'utilizzo della genetica forense nel processo penale, ovvero il ruolo della prova del DNA all'interno del processo penale quale mezzo di ricerca della verità, alla luce degli ultimi interventi legislativi.

Rossana Scibetta - Pubblicazione, mercoledì 12 aprile 2017

Redattore: **Giovanni Sicignano**

Sommario: 1. I prelievi biologici: la corretta qualificazione giuridica; 2. La L. 85 del 2009 e il D.P.R. 87/2016: la Banca Dati Nazionale del DNA e il Laboratorio Centrale; 2.1. Acquisizione, accesso e trattamento dei dati genetici; 2.2 Il diritto all'oblio del soggetto interessato: cancellazione dei dati e distruzione dei campioni biologici; 3. L'attendibilità dei risultati delle indagini genetiche: questioni aperte.

1. I prelievi biologici: la corretta qualificazione giuridica

L'indagine genetica è un procedimento articolato avente come scopo il confronto tra il materiale biologico rinvenuto con quello appartenente ad un singolo individuo. La difficoltà e la peculiare rilevanza che questo ha nell'ambito del procedimento penale è dimostrata dalla necessità di una disciplina precisa e puntuale.

La complessità dell'indagine genetica, infatti, si riflette su vari aspetti che vanno dalla definizione della sequenza tecnica e procedimentale, volta al confronto fra due frammenti di materiale biologico, alla specializzazione degli operatori, nonché alla tutela per il soggetto passivo di tali attività[1].

In un contesto così problematico emerge in primo luogo, la questione del prelievo biologico, in particolare della sua qualificazione soprattutto da un punto di vista giuridico.

Il primo problema che si pone concerne l'invasività del prelievo biologico e l'eventuale dissenso alla sua esecuzione. Si tratta di un profilo molto delicato più volte analizzato della giurisprudenza costituzionale.

Per meglio comprendere la questione, in primo luogo occorre soffermarsi su che cosa si

intende per prelievo biologico nell'ambito dell'ordinamento giuridico processuale-penale.

Sotto il profilo giuridico, l'accertamento in esame può essere definito come quella sequenza tecnica, che si articola in due diverse fasi: quella della raccolta e quella dell'analisi. La prima può essere definita come la fase descrittiva, mentre la seconda riguarda l'aspetto critico-valutativo dei dati raccolti, avente come finalità principale l'identificazione dell'indagato e la ricostruzione del fatto storico.

In pratica, in un primo momento avremo la raccolta di tracce biologiche nel luogo dove si è consumato il reato ovvero sul corpo della vittima, successivamente si procederà al prelievo vero e proprio del materiale organico dal soggetto da identificare e quindi all'estrazione del campione di DNA da porre a confronto attraverso un processo chimico reattivo.

Si tratta, pertanto, di un'operazione "propedeutica" allo svolgimento di un mezzo di prova o di un atto investigativo la cui esecuzione può presupporre un "pati" della persona che vi è sottoposta.

Il problema principale riguarda tuttavia, la mancanza all'interno del codice di procedura penale di un'espressa disciplina della fase critica- valutativa dei dati raccolti, ossia dell'analisi del DNA dal momento dell'estrazione dei campioni alla comparazione tra i profili genetici.

In particolare, nell'ambito dell'attività di iniziativa della polizia giudiziaria, viene disciplinato soltanto il momento iniziale della descrizione e raccolta di tracce e cose pertinenti al reato, mentre è del tutto mancante un'espressa regolamentazione della fase successiva, ovvero dell'astrazione del DNA dai campioni biologici e la successiva comparazione tra i profili genetici.

Dall'analisi delle norme del codice appare chiara come la raccolta o il prelievo di materiale biologico non può ricondursi a quelle attività aventi carattere obbligatorio, ma può qualificarsi come un atto medico eseguibile sulla base di un provvedimento dell'autorità giudiziaria, avente carattere eventualmente coattivo[2].

Appare opportuno sottolineare come le operazioni in questione anche dal punto di vista terminologico presentano una notevole differenza. Invero, si utilizza il termine "raccolta" con riferimento all'acquisizione di tracce biologiche da luoghi, da cadavere, o

da cose, mentre si parla di “prelievo biologico” nel sistema delle operazioni urgenti di polizia giudiziaria quando tale operazione, che deve essere svolta osservando particolari cautele. In questo caso, l’attività si realizza attraverso una manovra materiale, diretta ad asportare dal corpo umano quel determinato materiale (si pensi all’asportazione di saliva dal cavo orale o di taluni capelli dal cuoio capelluto)[3].

Il problema della qualificazione giuridica del prelievo biologico tocca due aspetti fondamentali. Da un lato la dimensione “materiale” del campione che, prima dello sviluppo delle tecnologie in ambito genetico, era considerato alla stregua di qualsiasi altro bene mobile; dall’altro, la dimensione “informativa”, la quale è fonte privilegiata di dati medici e genetici. Infatti, anche dopo la sua consumazione, il materiale biologico, mantiene la sua relazione con l’identità del corpo originario, in quanto ne individua il patrimonio genetico. Così descritto, il campione diventa strumento di identità biologica ed espressione della personalità del soggetto[4].

Ciò che quindi caratterizza il prelievo biologico è una doppia dimensione: la dimensione materiale, dove il rapporto con il tessuto è caratterizzato da una reale alterità dell’oggetto rispetto al titolare, riconducibile al diritto di proprietà, ma con i limiti previsti dall’art.5 c.c.; e una dimensione informativa, dove il rapporto con i dati genetici, connotato, invece da una corrispondenza, riconducibile alla categoria giuridica dell’appartenenza, tra questi e il titolare del campione[5].

Il problema principale riguarda, quindi la possibilità di assoggettare queste due differenti dimensioni ad un regime giuridico unitario o se, diversamente, siano configurabili regimi giuridici differenziati.

In questa seconda ipotesi, con riguardo alla dimensione materiale dei campioni biologici, la disciplina di riferimento potrebbe essere quella della proprietà, mentre con riferimento alla dimensione informativa, il consenso, avendo ad oggetto la relazione tra il soggetto ed i suoi dati personali, non potrebbe mai essere ricondotto al paradigma della proprietà, ma in quanto espressione dell’identità del soggetto, il quadro normativo di riferimento, potrebbe essere quello della protezione dei dati personali[6].

Quella della corretta qualificazione giuridica dei prelievi biologici, è senza dubbio una questione di fondamentale importanza. Essa ha avuto dei risvolti anche dal punto di vista pratico, tanto da essere al centro di un importante e massiccio intervento legislativo, nonché di una considerevole attività interpretativa posta in essere sia dai giudici di

legittimità che dalla Corte Costituzionale.

2. La L. 85 del 2009 e il D.P.R 87/2016: la Banca Dati Nazionale del DNA e il Laboratorio Centrale

In questo quadro giuridico - operativo piuttosto complesso, caratterizzato da “ritardi legislativi e culturali”[7] si inserisce la legge 30 giugno 2009 n. 85, con cui l’Italia ha provveduto alla ratifica del Trattato di Prum del 27 maggio 2005. Con questo Trattato si è cercato, in particolare, di rafforzare la cooperazione transfrontaliera nella lotta ai fenomeni del terrorismo, dell’immigrazione clandestina, della criminalità internazionale e transnazionale. A tal fine, è stata prevista la creazione di schedari nazionali di analisi del DNA con la possibilità di scambio delle informazioni contenute in tali schedari, nonché delle informazioni sui dati dattiloscopici (le impronte digitali); e inoltre è stato disciplinato, anche, l’accesso ai dati inseriti negli archivi informatizzati dei registri di immatricolazione dei veicoli.

La citata legge n. 85 del 2009, nel ratificare tale Trattato, ha previsto, in particolare, l’istituzione di una Banca dati nazionale del DNA, presso il Ministero dell’Interno, e di un Laboratorio centrale, presso il Ministero della giustizia, con finalità di identificazione degli autori dei reati.

Si tratta, senza dubbio di un intervento legislativo molto importante e di grande attualità per le implicazioni concrete ad esso connesse. Quella del 2009 è in effetti la prima legge organica sulla acquisizione e il trattamento della bio-informazione genetica a fini forensi.

La ratio sottesa alla riforma è da ricercarsi nel tentativo di stabilire nuovi equilibri tra la sfera individuale e l’impiego processuale di strumenti tecnico scientifici. Infatti, per la prima volta il legislatore si è preoccupato di disciplinare quegli accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale, con specifico riferimento all’acquisizione del profilo genetico di una persona[8].

Si è cercato, riuscendoci sotto alcuni punti di vista, di bilanciare due differenti ambiti di disciplina: la riservatezza - con specifico riguardo all’archiviazione nella banca nazionale dei profili genetici tipizzati dal laboratorio centrale - e la libertà personale – con particolare attenzione al prelievo di materiale biologico nonché agli accertamenti medici coattivi disposti dall’autorità giudiziaria- .

L’aspetto decisamente più innovativo della legge è la costituzione di una banca dati del

DNA, finalizzata all'identificazione degli autori dei delitti. Questa si inserisce all'interno di un sistema più complesso di cui è componente integrante il laboratorio centrale del DNA ed al quale concorrono i singoli laboratori di alta specializzazione, in uso anche alle forze di polizia.

L'attività della banca dati comprende la raccolta (nel senso di conservazione e non di prelievo) del profilo del DNA nonché il raffronto dei predetti profili a fini di identificazione. Si tratta, quindi, di un centro di elaborazione dei campioni o dei reperti biologici che provengono da fonti esterne alla stessa.

Il laboratorio centrale, invece, ha il compito di tipizzare il profilo del DNA prelevato dai soggetti individuati dall'art. 9, nonché conservare i campioni biologici utilizzati per la tipizzazione. Il laboratorio rappresenta, quindi, uno dei canali di approvvigionamento della banca dati, nel rispetto di una condivisibile ottica di separazione fisica tra, il luogo di immagazzinamento del materiale biologico e luogo di trattamento del profilo specificamente identificativo.

La seconda linea di intervento legislativa ha riguardato la annosa questione del prelievo coattivo di campioni biologici e/o di esecuzione coattiva di accertamenti medici, a fini di perizia. Tale intervento, si è manifestato attraverso l'integrazione del vigente codice di rito, sia in materia di accertamenti coattivi sulla persona, sia attraverso l'individuazione di ulteriori soggetti (indagato, imputato, persona offesa, terzo) i cui dati genetici possono servire nel processo per la ricostruzione del fatto. Si tratta di una modifica che ha avuto senza dubbio un effetto importante sulla tutela della libertà personale.

Solo con il d.p.r. 7 aprile 2016, n. 87 (recante "Disposizioni di attuazione della L. 30 giugno 2009, n. 85, concernente l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA") si sono finalmente resi operativi l'archivio genetico nazionale e il relativo laboratorio centrale.

Come già detto, infatti, il legislatore del 2009, al fine di adempiere ad un obbligo internazionale in materia di cooperazione giudiziaria (derivante dall'adesione dell'Italia al Trattato di Prüm), aveva istituito la banca dati nazionale del DNA, demandando, al tempo stesso, la disciplina relativa alle modalità di funzionamento e l'organizzazione della stessa allo strumento del regolamento[9].

Il testo normativo in esame è suddiviso in otto capi, e contiene le regole che disciplinano il funzionamento, l'organizzazione e la gestione complessiva della banca dati nazionale e

del laboratorio centrale, nonché le tecniche e le modalità di analisi e conservazione dei campioni biologici, disciplinando, inoltre, le forme di controllo della banca dati nazionale[10]. Quindi, in linea con l. n. 87 del 2009, il legislatore ha volutamente distinto il luogo di raccolta e di confronto dei profili di DNA (banca dati nazionale) da quello di estrazione dei suddetti profili e di conservazione dei relativi campioni (laboratorio centrale presso l'amministrazione penitenziaria); nonché dal luogo di estrazione dei profili provenienti dai reperti (laboratori delle forze di polizia o altri specializzati); questo, con l'obiettivo principale di evitare quelle promiscuità che potrebbero alterare la genuinità del dato. Inoltre, rispetto alla l. n. 85, si è creato un sistema di garanzie molto più incisivo, volto ad evitare un uso "distorto" della banca dati nazionale del DNA, sia dal punto di vista del personale, consentendo la consultazione solo ai soggetti addetti e autorizzati, sia per quanto riguarda l'individuazione della postazione e del soggetto che ha effettuato le operazioni, garantendo, in questo modo la "tracciabilità"[11]. In particolare, è stato disposto un nuovo sistema informatizzato (Laboratory Information Management System – o LIMS, in abbreviazione –), ritenuto "idoneo a gestire i dati e il flusso di lavoro all'interno del Laboratorio centrale" (art. 2, comma 1, lett. f).

Il regolamento, inoltre, definisce puntualmente una serie di termini (ad es., campione biologico, reperto biologico, ecc.) anche se manca una definizione esatta di "dato genetico" e di "banca dati", il cui significato risulta ancora lasciato all'interprete, che potrà utilizzare come parametro l'esperienza maturata negli altri Paesi nonché la normativa europea. Altro problema riguarda le modalità di estrazione del profilo genetico, in quanto il regolamento attuativo non chiarisce cosa si deve intendere per "amplificazione" del DNA[12].

Invece, pare risolta la questione circa l'operatività del "Codice sulla privacy" in tutte le fasi del trattamento dei dati genetici. Tale problema si era posto in quanto, l'art. 20 della l. n. 85/2009, limitava l'applicabilità della legislazione nazionale in materia di protezione dei dati personali allo scambio d'informazioni. Oggi, invece con l'art. 1, comma 3, reg. att. viene specificato come il trattamento dei dati personali debba essere effettuato nel rispetto della disciplina in materia di privacy.

2.1. Acquisizione, accesso e trattamento dei dati genetici

La prima novità significativa riguarda i soggetti sottoposti a misura restrittiva della libertà personale, che possono essere sottoposti al prelievo di due campioni di mucosa

orale, al fine di consentire l'eventuale ripetizione della tipizzazione del DNA. In proposito, l'art. 5 reg. att., integra l'art. 9 che elenca tassativamente i soggetti che possono essere sottoposti a prelievo di campioni biologici[13].

La ripetibilità pare, senz'altro, condivisibile, in quanto rappresenta senza dubbio un aspetto di garanzia rilevante, specie nell'ambito di un processo penale[14]. Infatti, attraverso il prelievo di un doppio campione, da un lato si evita il rischio della irripetibilità del mezzo istruttorio, dall'altro, si consente agli esperti, eventualmente nominati dalla difesa, di riesaminare la prova scientifica presentata dall'accusa, assicurando una maggiore attendibilità della prova[15].

Ancora, l'art. 5 disp. att. al fine di tutelare la libertà personale dell'indagato, prescrive l'adozione di misure idonee a prevenire che il prelievo di un campione biologico possa essere eseguito più volte sulla stessa persona senza giustificato motivo[16].

Al fine di garantire l'attendibilità del risultato dell'accertamento genetico, il D.P.R. 87/2016 prevede, infatti, un complesso di regole per la raccolta, l'analisi e la conservazione dei campioni biologici.

In particolare, il legislatore ha ritenuto necessari una serie di interventi, volti a colmare le lacune esistenti.

Si prevede, infatti, la necessità di una formazione adeguata per il personale che effettua il prelievo[17], nonché una rigorosa adesione alle procedure di laboratorio previste[18]. Vengono, inoltre, puntualmente disciplinati gli adempimenti successivi del Laboratorio: la registrazione informatizzata del plico contenente i campioni; l'apertura del plico sigillato e la tipizzazione di un solo campione (l'altro viene conservato in un'apposita busta di sicurezza) mediante il sistema del LIMS che assicura la tracciabilità delle operazioni effettuate dal personale addetto al laboratorio, nonché l'inserimento del profilo genetico, per via telematica, nella banca dati[19].

Si tratta di regole di fondamentale importanza perché permettono d'individuare correttamente una corrispondenza tra profili genetici all'interno della banca dati. Infatti, eventuali inesattezze causate da errori nei laboratori di analisi del DNA oppure imprecisioni nella registrazione dei dati possono avere conseguenze rilevanti nel procedimento penale.

Il regolamento in esame interviene, anche, sulle modalità di estrazione del DNA; in

particolare, questa deve avvenire con sistemi quanto più automatizzati possibili, per ridurre al minimo l'errore umano. Sono, poi, disciplinate la quantificazione e l'amplificazione del DNA e i criteri minimi standard per la lettura e l'interpretazione del profilo genetico: con riguardo a quest'ultima operazione, al fine di garantire l'attendibilità del risultato, viene stabilito che sia effettuata da due persone diverse oppure dalla medesima persona ma in due momenti differenti[20].

Parzialmente diversa è la disciplina dettata per la conservazione dei profili del DNA nei casi di reperto biologico acquisito durante il procedimento penale, ovvero di denuncia di persone scomparse, nonché di rinvenimento di resti cadaverici non identificati.

Si tratta di dati che possono essere, senza dubbio, inseriti nella banca nazionale del DNA.

Con riguardo ai profili di DNA di persone scomparse o loro consanguinei, il regolamento attuativo colma un'importante lacuna. Infatti, oggi, l'art. 6 comma 1 reg. att. prevede espressamente il carattere volontario del prelievo, precisazione che mancava nella L. 85/2009. Inoltre, sono state introdotte alcune garanzie nel trattamento dei profili biologici riferibili ai consanguinei: i relativi dati anagrafici dovranno essere inseriti, da parte della polizia giudiziaria, in un sottoinsieme dell'AFIS (Automated Fingerprint Identification System); invece, i profili del DNA vanno conservati in un sottoinsieme della banca dati consultabile solo a fini identificativi della persona scomparsa.

Per quanto riguarda i reperti biologici acquisiti durante il procedimento penale, essi devono essere tipizzati dai laboratori specializzati delle forze di polizia o di altre istituzioni, mediante un sistema informatizzato (LIMS) e poi direttamente inviati alla banca dati del DNA. Tale sistema genera automaticamente un codice (che non consente l'identificazione diretta del reperto biologico), utilizzato nelle varie fasi della tipizzazione del profilo del DNA (art. 6, comma 5, reg. att.) [21].

Un'importante garanzia è prevista al comma 8 dell'art. 6 reg. att. Tale norma obbliga a conservare l'elettroferogramma[22] utilizzato per estrapolare il profilo del DNA da laboratori accreditati, ma diversi da quelli di polizia e dal laboratorio centrale. In questo modo si consente alla difesa di controllare, almeno nella fase successiva, la correttezza dell'attività di tipizzazione.

Altre novità considerevoli riguardano l'attività di consultazione della banca dati del DNA. Tale attività si concretizza nella ricerca e nel raffronto dei profili genetici (art. 9,

comma 1, reg. att.) e deve essere svolta dal personale in servizio presso i laboratori delle forze di polizia. Dalla comparazione può risultare una concordanza totale o parziale dei profili[23], ma al fine di garantire l'“idoneità identificativa e di qualità dei profili” l' art. 10, comma 4, reg. att. prevede che vengano inseriti nella banca dati soltanto i profili di DNA ottenuti con metodi accreditati a norma ISO/IEC 17025[24].

Per quanto riguarda la gestione dei dati genetici, questa avviene tramite un sistema informatizzato organizzato su due livelli: il primo è usato ai fini investigativi in ambito nazionale; il secondo è impiegato anche per le finalità di collaborazione internazionale di polizia, in conformità alle decisioni 2008/615 GAI e 2008/616 GAI del 23 giugno 2008, nonché di attuazione degli accordi internazionali resi esecutivi (art. 3, comma 3, reg. att.) [25].

Il risultato del raffronto dev'essere comunicato, per via telematica, tramite il portale della banca dati, ai laboratori delle forze di polizia che hanno inserito il profilo del DNA a fini comparativi. Invece, nel caso di scambio di dati a fini di cooperazione internazionale di polizia ai sensi dell'art. 11, comma 1, reg. att., competente alla comunicazione sarà il Servizio per la cooperazione internazionale di polizia della Direzione centrale della polizia criminale del Dipartimento della pubblica sicurezza.

La consultazione dei dati genetici è disciplinata diversamente a seconda che avvenga dall'estero verso l'Italia oppure dall'Italia all'estero. Nel primo caso, la consultazione dei profili del DNA è consentita ai punti di contatto esteri, in possesso delle credenziali di autenticazione ed autorizzazione, anche per il raffronto con i profili del DNA contenuti al secondo livello della banca dati (art. 12, comma 1). Nella seconda ipotesi, la polizia giudiziaria che deve ricercare un profilo del DNA in ambito internazionale formula specifica richiesta al punto di contatto nazionale. Le banche dati estere, invece, vengono consultate tramite un'applicazione del portale della banca dati (art. 13, comma 1, reg. att.)[26].

Rimangono ferme, tuttavia, le profonde differenze intercorrenti tra le legislazioni dei diversi Stati sulla conservazione e sull'utilizzazione dei dati genetici. Questo aspetto rischia, infatti, di pregiudicare i valori di trasparenza e di certezza del diritto propri di ogni società democratica. Il regolamento attuativo della legge istitutiva della banca dati nazionale del DNA e del relativo laboratorio centrale ha cercato di ovviare a tale problematica, disciplinando lo scambio di informazioni e le altre forme di cooperazione tra gli Stati contraenti, bilanciando da un lato, l'esigenza di contrastare il terrorismo e la

criminalità internazionale, dall'altro quella di salvaguardare le libertà individuali. In quest'ottica si inseriscono tutte quelle regole volte a tutelare i dati personali nell'ambito della cooperazione internazionale. In particolare meritano di essere attenzionate: l'art. 16, che prevede la cancellazione dei dati ultronei, che non avrebbero dovuto essere trasmessi o rispetto ai quali è scaduto il termine massimo di conservazione; l'art. 17 che impone l'adozione di specifiche misure di sicurezza, come la registrazione delle operazioni in appositi file di log e art. 18 che prevede il controllo sulla trasmissione e ricezione dei dati personali nell'ambito della cooperazione transfrontaliera da parte del Garante, con conservazione per diciotto mesi delle risultanze del controllo.

2.2 Il diritto all'oblio del soggetto interessato: cancellazione dei dati e distruzione dei campioni biologici.

L'archivio per i profili del DNA deve uniformarsi a due principi fondamentali: quello dello scopo e quello della proporzionalità.

Il primo criterio, già seguito dalla l. 30 giugno 2009, n. 85, è stato riaffermato dal regolamento attuativo che consente l'uso dei dati genetici archiviati solo per fini di identificazione penale, nonché per finalità di collaborazione internazionale di polizia.

Il secondo canone, quello della proporzionalità, è stato, invece, rispettato solo in parte dalla l. n. 85/2009, soprattutto con riferimento alla tutela del diritto alla privacy ossia al termine di conservazione dei campioni biologici e dei profili di DNA.

Sul punto è intervenuto il D.P.R. 87/2016, introducendo nel nostro ordinamento importati aspetti innovativi.

Innanzitutto, il testo normativo de quo abbrevia i termini di conservazione dei profili di DNA ottenuti dalle persone soggette a restrizione della libertà personale (che sono considerate a rischio di recidiva) e dei relativi campioni biologici: i primi sono custoditi di regola per trenta anni decorrenti dalla data dell'ultima registrazione (art. 25 comma 1), anziché per quaranta anni, come prescriveva la l. n. 85 del 2009[27]. Tuttavia, il termine di conservazione si estende fino a quarant'anni nei casi, tassativamente previsti, di particolare gravità del reato e di presunta pericolosità del condannato[28].

Inoltre, l'art. 25, comma 4 reg. att., al fine di evitare la conservazione nella banca dati e nel laboratorio centrale di più profili di DNA e più campioni biologici appartenenti alla medesima persona, stabilisce che venga conservato solo il profilo genetico acquisito dal

campione biologico nel caso in cui venga individuata una corrispondenza tra il profilo del DNA ottenuto da reperto e quello ricavato da un campione.

Un'altra novità significativa concerne la conservazione dei campioni biologici: l'art. 24 del regolamento in esame prescrive che il DNA estratto da questi, dopo essere stato tipizzato, deve essere distrutto, mentre la parte di campione biologico non utilizzata e il secondo campione di riserva possono conservati per otto anni (comma 3); una volta decorso tale termine, il personale abilitato presso il laboratorio centrale deve distruggere anche questi campioni, previa verbalizzazione delle operazioni (comma 4)[29].

Per quanto riguarda le modalità di cancellazione dei profili di DNA e la distruzione dei relativi campioni biologici, il regolamento in questione prevede una disciplina articolata basata non soltanto sul criterio dell'utilità della conservazione, ma anche su quello dell'adeguatezza, pertinenza e ragionevolezza rispetto allo scopo ricercato.

Innanzitutto, con riferimento alle informazioni genetiche acquisite dai soggetti ristretti nella libertà personale, sono previsti diversi motivi di "estromissione" dalla banca dati e dal laboratorio centrale. Si tratta delle ipotesi in cui le operazioni di prelievo siano state compiute in violazione delle modalità di cui all'art. 9 della L85/2009, oppure a seguito di assoluzione con sentenza definitiva perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non l'ha commesso, perché il fatto non costituisce reato o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, nonché dei casi in cui sia scaduto il termine massimo stabilito per la conservazione.

In particolare, ai sensi dell'art. 29, comma, nelle ipotesi di sentenza definitiva di assoluzione con formula ampiamente liberatoria, la cancellazione dei profili e la distruzione dei relativi campioni deve essere disposta sempre d'ufficio <>.

Attraverso questa disposizione, il legislatore si è preoccupato di garantire l'osservanza del principio secondo cui la limitazione della privacy è ammessa solo se è davvero indispensabile[30].

Inoltre, occorre rilevare come, opportunamente, si sia riconosciuta ai consanguinei che abbiano acconsentito al prelievo e alla tipizzazione del DNA per la ricerca di una persona scomparsa la facoltà di chiedere, in ogni tempo, alla Direzione centrale della Polizia criminale del Ministero dell'Interno la cancellazione del proprio profilo genetico dalla banca dati (art. 33 reg. att.)[31].

Infine, l'art. 32 reg. att. stabilisce la cancellazione dei profili di DNA e la distruzione dei relativi campioni acquisiti da soggetti ristretti nella libertà personale dopo la scadenza dei termini massimi di conservazione stabiliti dall'art. 25 dello stesso regolamento. In questa ipotesi, il profilo del DNA è automaticamente cancellato dalla banca dati, tramite una specifica applicazione informatica.

In proposito pare condivisibile l'opinione secondo cui la disciplina contenuta nell'art. 32 sarebbe applicabile in tutti i casi di decorso dei termini di conservazione, indipendentemente dalla circostanza che la tipizzazione dei profili riguardi il DNA ottenuto da un campione biologico o quello ricavato da un reperto durante un procedimento penale[32].

Il riconoscimento ai titolari dei dati di tali diritti, realizza senza dubbio il cosiddetto diritto *all'oblio*, riconosciuto anche in ambito sovranazionale[33].

Il regolamento prevede, inoltre, una ulteriore "clausola generale di garanzia": la verbalizzazione delle operazioni e la comunicazione della sequenza alfanumerica che individua il campione (c.d. codice prelievo) all'AFIS da parte del personale in servizio presso il laboratorio centrale o presso il laboratorio delle forze di polizia oppure altro laboratorio di elevata specializzazione[34].

In conclusione nonostante gli importanti passi avanti fatti dal regolamento 87/2006 con riguardo al bilanciamento tra i contrapposti interessi, di ricerca della verità processuale e gli inderogabili diritti fondamentali, dell'integrità fisica, della dignità umana e della riservatezza, la normativa continua ad essere ancora ambigua e, per taluni versi, lacunosa[35]. Non possono, infatti essere trascurate le ulteriori previsioni precauzionali, che devono essere rispettate in questo ambito. Si pensi all'attento e scrupoloso controllo sulla gestione della Banca dati nazionale del DNA da parte del Garante sulla *privacy*.

3. L'attendibilità dei risultati delle indagini genetiche: questioni aperte

Alla luce di quanto esposto, s'impongono alcune considerazioni di carattere generale, provando a mettere in luce le lacune più evidenti che, nell'ordinamento italiano, rendono complesso l'utilizzo della genetica forense nel processo penale, cercando di analizzare la prova del DNA dal punto di vista pratico ovvero con riferimento al ruolo che essa ha all'interno del processo penale, quale mezzo di ricerca della verità.

L'evoluzione delle tecnologie scientifiche ha permesso alla genetica forense di

“invadere” la scena del diritto, aprendo nuove possibilità di indagine in relazione ad elementi che, spesso, costituiscono il substrato delle questioni affidate alla cognizione del giudice. Questa circostanza assume un rilievo particolare all’interno del processo penale, dove l’ingresso dei metodi scientifici per la ricostruzione di taluni elementi del fatto oggetto di accertamento, ha causato lo spostamento del baricentro della prospettiva conoscitiva del giudice penale dalla prova dichiarativa alla prova c.d. scientifica[36].

Infatti, con il passaggio dall’ematologia forense, disciplina caratterizzata dall’analisi di sistemi proteici e gruppi ematici, alla genetica forense, branca che si occupa di analizzare il DNA da ogni tipo di reperto biologico, abbiamo assistito ad un dinamico evolversi delle metodiche impiegate nell’analisi dei prelievi biologici, sia per quanto riguarda i protocolli di estrazione del DNA, che per gli strumenti specifici (c.d. sequenziatori di DNA), al fine di garantire la più elevata automazione e attendibilità delle analisi identificative[37].

Fondamentale importanza hanno, quindi, i protocolli di prevenzione dell’integrità del dato acquisito, nonché i sistemi di conservazione e custodia degli stessi, poiché solo un rigoroso rispetto delle procedure garantisce quella base minima di certezza, affinché si possa attivare un procedimento probatorio sul dato genetico[38].

Pertanto, emerge la necessità di garantire la qualità dei dati analitici raccolti, nonché l’attendibilità dei risultati.

Il primo problema che è emerso riguarda le acquisizioni maldestre e le pratiche fuorvianti di campioni biologici. Infatti, a seguito di importanti casi di cronaca giudiziaria, ci si è posta la questione circa il valore probatorio delle risultanze tratte da materiale mal appreso o mal conservato.

Appare evidente, per la delicatezza degli interessi in gioco, come l’inosservanza del corretto iter per il c.d. DNA *fingerprint*, consacrato nei protocolli internazionali, non può non avere conseguenze in rapporto alle regole di valutazione della prova.

Di recente la Corte di Cassazione, nel mettere la parola fine all’annosa vicenda “Amanda Knox”, ha analizzato in maniera rigorosa i principi della materia, richiamando, anche, le soluzioni provenienti dalla casistica nordamericana[39]. Infatti, nell’affrontare la questione, il giudice di legittimità ha scelto di percorrere la strada del giudizio presuntivo sostanziale, in base al quale risulterebbe intrinsecamente inaffidabile qualsiasi risultato che derivi dalle operazioni di repertamento e profilassi dei reperti biologici, svolte non

rispettando le *best practices* o *gli standard* seguite dalla comunità scientifica.[40] Emerge, quindi, come la violazione della prassi tecnica incide sul giudizio di “certezza” dell’indizio, requisito che deve sussistere ancor prima del vaglio dei tre parametri previsti dall’art. 192, comma 2, c.p.p. (gravità, precisione e concordanza).

Alla luce di tali considerazioni, quindi, la sentenza della Suprema Corte sul caso *Kercher*, rappresenta senza dubbio lo spartiacque degli orientamenti giurisprudenziali in materia di prova genetica, diventando una sorta di ammonimento per il corretto operare degli inquirenti e dei tecnici, nonché per i giudici di merito nella fase decisionale[41].

Il problema principale riguarda quindi la natura meramente indiziaria del DNA, e il ruolo che questo può assumere all’interno di un processo penale.

Sono, infatti, molteplici i problemi legati alla “certezza” del DNA, si pensi ai profili genetici incompleti o parziali, alla quantità limitata di materiale genetico e alla sua fisiologica degradazione, nonché all’intervento di fattori contaminanti; elementi che senza dubbio comportano un intervento di tipo critico-valutativo da parte dell’esperto, chiamato a colmare le lacune lasciate dalla perenne perfettibilità degli strumenti che adopera nella ricostruzione[42].

Si può quindi riconoscere alla prova del DNA il ruolo di “*uno fra i tanti tasselli della trama probatoria che conduce al convincimento del giudice, non sottratto alla tradizione logica del giudizio e alle regole del processo*”[43].

Sempre in materia di attendibilità della prova del DNA è opportuno esaminare le questioni connesse all’utilizzo della tecnica del *low copy number* che pone una serie di questioni riguardanti la sua ammissibilità e la sua affidabilità. Anche su questo tema non si può non fare riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione sul caso Meredith, vista la posizione centrale che nel processo è stata ricoperta da due tracce di DNA ritrovate, rispettivamente, sul gancetto del reggiseno della vittima (rinvenuto non lontano dal corpo) e sul coltello da cucina sequestrato nell’abitazione dell’altro coimputato, Raffaele Sollecito[44].

La sentenza affronta, per la prima volta in Italia[45], il problema della necessità di poter ripetere le analisi di laboratorio. In particolare, nel caso sottoposto all’attenzione dei giudici, “*le tracce rinvenute sui due reperti, erano di esigua entità (Low Copy Number), tale da non consentire di ripetere l’amplificazione, ossia la procedura volta ad evidenziare le tracce genetiche di interesse sul campione e dunque ad attribuire una*

traccia biologica ad un determinato profilo genetico. Sulla base dei protocolli in materia, la ripetizione dell'analisi è assolutamente necessaria perché il risultato dell'analisi possa ritenersi affidabile, sì da emarginare il rischio di falsi positivi entro margini statistici di insignificante rilievo”[46].

La questione riguarda, quindi, le quantità di DNA che vengono ritrovate sulla scena del crimine, che essendo minime impediscono di procedere ad analisi genetiche standard[47], rendendo necessario il ricorso a metodi alternativi (*Low Copy Number*)[48].

Attraverso questo sistema, il cui utilizzo impone la capacità di quantificare fenomeni detti di “*drop-out*” e “*drop-in*”, si rischia di causare la comparsa ovvero la scomparsa degli alleli (caratteristica genetica di base) inficiando in maniera incisiva l’attendibilità del risultato. Anche nel caso in cui si proceda alla ripetizione dell’analisi utilizzata, così da poter stabilire, sulla base dei vari risultati, quale profilo del campione analizzato possa essere considerato attendibile, gli artifici utilizzati dal metodo analitico e l’esigua quantità di materiale biologico, condurrebbero comunque ad una valutazione probabilistica.[49]

Un ulteriore problema, emerso già dagli inizi dell’utilizzo del DNA a scopi forensi, riguarda le c.d. tracce miste, ossia il ritrovamento in determinati reperti di più di una componente genetica. Infatti, soprattutto nell’ipotesi in cui i contributori sono due e le proporzionalità tra le quantità dei due DNA è di circa 3:1, nei vari loci sarà osservabile il c.d. “profilo misto”. Proprio al fine di fare fronte a tale evenienze sono stati messi a punto dei protocolli che consentono di separare le singole componenti genetiche nel “profilo misto”, e permettono di attribuire le diverse porzioni di DNA ad uno (o a tutti e due) i soggetti di riferimento (vittima e indagato). [50]

Si tratta di operazioni oggettivamente molto complesse, soprattutto nell’ipotesi di un marcato sbilanciamento (quantitativo) tra i due contributori, poiché la porzione minoritaria può risultare difficilmente distinguibile (o indistinguibile), nonché nel caso in cui i soggetti sottoposti al prelievo siano più di due. Il problema da affrontare in sede processuale riguarda il momento in cui è avvenuta tale commistione genetica, ovvero se questa sia contestuale o meno al momento in cui si è consumato il reato.

Anche in questo caso la soluzione è da rinvenire nelle modalità in cui è stato svolto l’accertamento genetico.

Invero, non esistendo metodi scientifici in grado di stabilire se la presenza di una traccia (soprattutto se minima) possa essere connessa alla commissione o meno di un reato, ciò che rileva in sede processuale, è la precisione e la meticolosità con cui i tecnici hanno svolto le analisi di questi campioni misti, al fine di assicurare la “certezza” del risultato[51].

In un contesto così complesso e ricco di difficoltà si inserisce il d.p.r. n. 87 del 2016 che ha introdotto una disciplina specifica, in attuazione della L. 30 giugno 2009 n.85, in materia di istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale.

In particolare, come si è già abbondantemente esaminato, il regolamento ha disciplinato quelle che sono le modalità di prelievo del DNA, la gestione, la tipizzazione, la conservazione e la cancellazione dei profili genetici; nonché le modalità di trattamento e di accesso per via informatica ai dati raccolti nell’archivio genetico e nel laboratorio centrale, al fine di garantire sia l’attendibilità dei dati che la riservatezza dei soggetti cui questi appartengono[52].

Alla luce delle considerazioni finora svolte, appare necessario approfondire quelli che possono essere i punti critici della normativa, che sicuramente potranno emergere nella prima fase c.d. di “rodaggio” della novella, fermo restando che essa va certamente salutata con favore. Invero, anche se il regolamento non tocca direttamente la materia del processo penale, prevede disposizioni che, pur essendo essenzialmente tecniche, aprono ampi spazi di riflessione anche per il giurista.

La prima questione che si deve analizzare riguarda la mancanza di disposizioni che si riferiscono alla tutela del diritto di difesa e della libertà personale.

Tale circostanza impone una serie di riflessioni.

Infatti, la maggior parte delle previsioni regolamentari si preoccupano di tutelare la riservatezza dei titolari dei dati genetici; altre disposizioni, invece, sono tese ad assicurare l’attendibilità del dato analitico che si riflette sull’affidabilità della prova del DNA. Mancano, invece disposizioni che risolvono puntualmente le questioni connesse al diritto di difesa e alla libertà personale, creando una situazione di disparità tra gli interessi in gioco in sede di prova del DNA e di utilizzazione della stessa nell’ambito del processo penale.

In particolare, nelle disposizioni finali, il legislatore riconosce ai soggetti interessati una

serie di diritti che garantiscono il controllo sull'uso dei propri dati personali, limitando la tutela al solo diritto alla riservatezza, pur nella sua più ampia espressione del diritto all'autodeterminazione informativa.[53]

In questo senso, proprio al fine di garantire anche dal punto di vista della libertà personale e del diritto alla difesa i soggetti coinvolti, si sarebbe potuto valorizzare l'aspetto funzionale della disciplina. Invero, alla luce delle difficoltà oggettive che sono implicite nell'utilizzo all'interno del processo penale delle analisi genetiche, sarebbe stato opportuno che il legislatore avesse posto in essere ulteriori misure, volte a garantire in maniera incisiva l'attendibilità del risultato ottenuto tramite la ricerca e le analisi effettuate dalla banca dati del DNA e dal laboratorio centrale. Si sarebbe, infatti, potuto prevedere ad esempio, che i laboratori incaricati dell'analisi genetica fossero appartenuti ad organismi indipendenti e non alle forze dell'ordine; ovvero che ogni campione raccolto sul luogo del delitto venisse inviato direttamente a tali laboratori per l'analisi, senza l'intervento di intermediari e, qualora fosse stato possibile, riservare alla difesa una porzione di ogni campione per una eventuale controperizia; ovvero che i profili del DNA fossero computerizzati e inseriti in un archivio nazionale o internazionale, indipendente dalle forze dell'ordine[54].

Pur riconoscendo, l'aspetto senza dubbio innovato del testo del provvedimento, un ulteriore problema riguarda la poca chiarezza della disciplina rispetto alle vicende dei profili del DNA tratti da reperti biologici acquisiti in un procedimento penale; nonché l'ambiguità del provvedimento attuativo con riferimento alla sorte degli archivi genetici non ufficiali che sembra siano destinati a convivere con la Banca nazionale del DNA[55]. Infatti, sul tema, la normativa non appare per nulla esaustiva, il che provocherebbe un vuoto di disciplina sicuramente non indifferente.

Un'ulteriore critica può muoversi in relazione al modo in cui si disporrà dei dati così raccolti, nonché con riguardo ai soggetti chi vi potranno accedere, alla tracciabilità, a chi conserva e a chi distrugge. Ciò che si ci augura in tal senso, è la costruzione di strumenti effettivi per garantire la massima tutela dei diritti delle persone coinvolte.

Di contro, un aspetto sicuramente positivo che merita di essere attenzionato, è il ruolo che la Banca dati potrebbe assumere nell'ottica di prevenzione della commissione dei reati. Invero, procedendo ad un'attenta analisi criminologica e considerato l'alto tasso di recidiva criminale, la Banca dati andrà infatti a raccogliere proprio i profili di quelle persone tendenzialmente più esposte ad essere coinvolte in futuri reati, ritrovandosi a

perseguire finalità non solo investigative ma anche di deterrenza. Tuttavia, ciò che non si comprende e che solleva dubbi difficilmente superabili, è in che modo questa peculiare forma di deterrenza special-preventiva sarà attuata, ovvero, in che modo tale meccanismo riuscirà ad evitare che il soggetto autore di reati ne commetta altri[56].

Al riguardo, appare condivisibile la scelta compiuta dal regolamento de quo di creare più banche dati, contenenti informazioni tra loro distinte. Infatti, la predisposizione di due archivi separati, uno con i dati genetici ed un altro con quelli anagrafici (AFIS) della singola persona, dovrebbe render più difficile ad un eventuale hackeraggio delle informazioni[57].

Un discorso a parte merita il riconoscimento della possibilità di procedere ad un'indagine comparativa del profilo genetico, che è senza dubbio una delle principali innovazioni del regolamento.

Tale previsione, permette la comparazione tra i campioni biologici rinvenuti sulla scena del crimine, con tutti i profili del DNA presenti nel database della Banca Dati. Ciò ha sicuramente una valenza pratica, in quanto l'efficacia della Banca dati sarà direttamente proporzionale alla quantità di dati in essa contenuti per l'ovvia considerazione che all'aumentare di tali dati corrisponde l'incremento delle probabilità di rinvenirvi una corrispondenza[58].

Sicuramente apprezzabile, inoltre, appare la scelta di abbreviare i termini di conservazione dei profili di DNA ottenuti dalle persone soggette a restrizione della libertà personale e dei relativi campioni biologici. In questo modo il legislatore ha provato, riuscendoci, a bilanciare i contrapposti interessi del diritto alla privacy e le esigenze di protezione della collettività. Al riguardo, è stato anche precisato il *dies a quo* di tale termine, oggi individuato nella “data dell'ultima registrazione”, anziché nell’“ultima circostanza che ne ha determinato l'inserimento” chiarendo definitivamente l'ambigua espressione in precedenza utilizzata dall'art. 13, comma 4, l. n. 85 del 2009. Inoltre, si è fissato un termine nuovo relativo al periodo di conservazione del secondo campione di riserva e della parte di campione non utilizzato.[59]

Tuttavia, pur riconoscendo la portata innovativa di queste regole, l'intervento del legislatore appare meno incisivo di quanto ci si augurava, risultando su certi aspetti incompleto. Infatti, si sarebbe potuto prevedere la conservazione soltanto della sequenza alfanumerica che individua il campione, anziché quest'ultimo nella sua integralità,

rendendo il sistema maggiormente coerente ed efficace[60].

Ulteriori rilievi critici possono essere mossi alla disciplina in materia di distruzione del materiale biologico acquisito all'esito della perizia eseguita ai sensi dell'art. 224-bis c.p.p. Il regolamento in questione, infatti, non ha modificato la disciplina di cui all'art. 72-quater norme att. c.p.p. (introdotta dall'art. 29 l. 85 del 2009) che obbliga il giudice a disporre la distruzione dei campioni «salvo che non ritenga la conservazione assolutamente indispensabile». In questo modo si rimette alla discrezionalità del giudice la scelta se conservare o meno il campione, con il rischio che, nel caso in cui si procrastinasse la distruzione, il dato potrebbe “circolare liberamente” in altri procedimenti, con il rischio ulteriore che, una volta che l'informazione genetica sia confluita nel verbale attestante lo svolgimento dei prelievi e degli accertamenti coattivi, tale documentazione potrebbe essere utilizzata secondo le regole degli artt. 238 e 403 c.p.p., ma anche al di fuori dell'ambito processuale, per scopi diversi da quelli previsti [61]. Mancherebbe inoltre, in questo caso, una disciplina sul dove e sul come custodire tale campione, circostanza che potrebbe avere, come abbiamo visto, un aspetto pratico all'interno del processo penale.

Infine, occorre evidenziare come, manchi una disciplina sulla sorte degli attuali archivi e banche dati appartenenti a forze di polizia. Ciò che preoccupa in tal senso riguarda tutti i profili di DNA già acquisiti, ovvero la necessità di assicurare che questi non restino attivi per nuove attività e impedire che vengano duplicati i dati ivi contenuti. Invero, la disciplina transitoria prevista dall'art. 35 reg. att. dispone che i profili del DNA già acquisiti nel corso di procedimenti penali, se relativi a soggetti ristretti nella libertà personale, debbono essere inseriti nel primo livello della banca dati nazionale del DNA. Nelle more dell'inserimento, che dovrà rispettare alcuni requisiti tecnici, i profili conservati dalle forze di polizia potranno essere utilizzati a fini investigativi in ambito nazionale, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria[62]. Deve, ovviamente, essere fatto salvo il rispetto delle misure di sicurezza minime previste dal “Codice sulla privacy”, soprattutto nel caso di banche dati diverse da quella nazionale.

In conclusione, alla luce delle considerazioni svolte, con il d.pr. 87/2016, il legislatore ha provato a mettere l'Italia al passo con altri Paesi europei, cercando soluzioni omogenee a livello internazionale[63].

Ovviamente, una precisa e puntuale valutazione dell'efficacia di questo nuovo e rivoluzionario sistema di indagini, potrà essere svolta solo con il continuo inserimento

nella Banca Dati del DNA di nuovi profili genetici criminali. Invero, solo con il passare del tempo e con l'acquisizione di sempre maggiori profili genetici, sarà possibile valutare concretamente in che modo gli strumenti previsti dal regolamento possano dirsi "innovativi" ovvero quali sono stati i risvolti pratici che questi hanno avuto nell'ambito dell'accertamento della verità processuale.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] P. Felicioni "La prova del DNA profili giuridici" in *Diritto penale e processo*, 2008 pag. 52
- [2] Si ritiene siano applicabili gli artt. 131 e 378 c.p.p che riconoscono al giudice e al pubblico ministero la facoltà di chiedere «l'intervento della polizia giudiziaria e se necessario della forza pubblica, prescrivendo tutto ciò che occorre per il sicuro e ordinato compimento degli atti»
- [3] V. Barbato, G. Lago e V. Manzari, *Come avviare al vuoto sui prelievi coattivi reato dalla sentenza n. 238 del 1996*, p. 363.
- [4] MACIOTTI, Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 227;
- [5] ROMANA PACIA "CAMPIONE BIOLOGICO E CONSENSO INFORMATO NELLA RICERCA GENETICA: IL POSSIBILE RUOLO DELLE BIOBANCHE" in *Jus Civile* n.13, 2014, cit. pag. 77
- [6] ROMANA PACIA "CAMPIONE BIOLOGICO E CONSENSO INFORMATO NELLA RICERCA GENETICA: IL POSSIBILE RUOLO DELLE BIOBANCHE" in *Jus Civile* n.13, 2014, pag. 78
- [7] P. FELICIONI, "Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici", in "Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi." a cura di C. CONTI, p. 143.
- [8] La questione era stata oggetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale, Corte Cost. sentenza 27 giugno 1996, n.238, in *Giur. Cost.* 1996, pp. 1242 ss.
- [9] CHIARA FANUELE, "Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela" in *Processo penale e giustizia* n. 1, 2017, pag.121
- [10] Occorre precisare che tale provvedimento disciplina, anche, lo scambio di informazioni e le altre forme di cooperazione tra gli Stati contraenti.
- [11] P. Felicioni, "Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano", in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 725
- [12] Sull'amplificazione del DNA, v., in particolare, R. Del Coco, *L'ambito definitorio*, in L. Marafioti-L. Luparia (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 51.
- [13] In sintesi, si tratta di: a) persone sottoposte a custodia cautelare o agli arresti domiciliari; b) gli arrestati in flagranza di reato o fermati; c) le persone detenute o destinatarie di una misura alternativa alla detenzione in seguito a sentenza irrevocabile per delitto non colposo; d) i soggetti nei cui confronti è applicata una misura di sicurezza detentiva, provvisoria o definitiva.
- [14] E. Colombo "Il nuovo regolamento per l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA: commento a prima lettura e confronto con le disposizioni di altri Stati U.E." in *Cass. Pen.*, 2016, p. 4618.
- [15] Questo in linea con la posizione, ormai dominante in dottrina e in giurisprudenza, che la prova scientifica, e in particolare quella del DNA, deve formarsi nel contraddittorio. In

particolare, v. P. Tonini, *Prova scientifica e contraddittorio*, in Dir. pen. proc., 2003, p. 1464;

[16] C. FANUELE, *“Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela”* in *Processo penale e giustizia* n. 1, 2017, cit., pag.123.

[17] deve trattarsi di appartenenti alla polizia penitenziaria, specificamente formati e addestrati, oppure di personale di polizia giudiziaria, a seconda che il soggetto passivo sia detenuto o meno.

[18] ad esempio, l’uso di contenitori separati ed etichettati, conservati a temperatura ambiente, che devono essere inviati nel più breve tempo possibile al Laboratorio centrale in un plico sigillato antieffrazione.

[19] C. FANUELE, *“Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela”* in *Processo penale e giustizia* n. 1, 2017, pag.124-125.

[20] vd. art. 23 lett. Sul tema P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 735.

[21] C. FANUELE, *“Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela”* in *Processo penale e giustizia* n. 1, 2017, pag.125.

[22] Secondo l’art. 2, comma 2, lett. f) reg. att., per “elettroferogramma” deve intendersi «il risultato dell’analisi elettroforetica della sequenza di frammenti del DNA utilizzata per estrapolare il profilo del DNA».

[23] Occorre sottolineare come i profili di DNA si possano ritenere “quasi concordanti” «solo in caso di concordanza totale di almeno sette loci dei due profili del DNA raffrontati» (art. 10, comma 9, reg. att.).

[24] C. FANUELE, *“Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela”* in *Processo penale e giustizia* n. 1, 2017, pag.127

[25] E. Colombo *“Il nuovo regolamento per l’istituzione della Banca dati nazionale del DNA: commento a prima lettura e confronto con le disposizioni di altri Stati U.E.”* in *Cass. Pen.*, 2016, p. 4618.

[26] C. FANUELE, *“Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela”* in *Processo penale e giustizia* n. 1, 2017, pag.127

[27] E. Colombo *“La Banca dati del DNA in Italia: prime considerazioni nel Panorama Europeo, alla luce del regolamento attuativo”* in *Cass. Pen.*, 206, pag. 382

[28] Nello specifico, si tratta delle ipotesi in cui il profilo del DNA si riferisce a persone condannate con sentenza irrevocabile per uno o più reati per i quali la legge prevede l’arresto obbligatorio in flagranza, o per taluno dei gravi reati di cui all’art. 407 comma 2 lett. a c.p.p., ovvero nel caso in cui sia stata ritenuta la recidiva in sede di emissione della sentenza di condanna (art. 25, comma 2, reg. att.).

[29] C. FANUELE, *“Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela”* in *Processo penale e giustizia* n. 1, 2017, cit., pag.130

[30] E. Colombo *“La Banca dati del DNA in Italia: prime considerazioni nel Panorama Europeo, alla luce del regolamento attuativo”* in *Cass. Pen.*, 206, pag. 385

[31] C. FANUELE, *“Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela”* in *Processo penale e giustizia* n. 1, 2017, cit., pag.130

[32] C. FANUELE, *“Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela”* in *Processo penale e giustizia* n. 1, 2017, cit., pag.130

[33] La Corte europea (Corte e.d.u., Grande Camera, sent. 4 dicembre 2008, n. 880, *S. et Marper c. Royame uni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 345) ha riconosciuto espressamente all’interessato il “diritto all’oblio”, cioè, la facoltà di domandare ed ottenere che i suoi dati genetici vengano cancellati quando sono scaduti i termini massimi di

conservazione o quando la conservazione non è più necessaria rispetto allo scopo per cui i dati sono stati utilizzati.

[34] C. Fanuele, *Banche dati genetiche: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in A. Scarcella (a cura di), “Prelievo del DNA e banca dati nazionale”, cit., p. 315 ss.

[35] E. Colombo “La Banca dati del DNA in Italia: prime considerazioni nel Panorama Europeo, alla luce del regolamento attuativo” in Cass. Pen, 206, pag. 385

[36] Basti pensare che l'accertamento del DNA è al centro di attuali, e ancora irrisolti, casi di cronaca giudiziaria (da quello di Yara Gambirasio, al delitto di Meredith Kercher a quello di Garlasco) e da esso scaturiscono, spesso, gli esiti dei processi indiziari.

[37] C. PREVIDERE', P. FATTORINO, *La complessità in genetica forense: l'analisi di DNA in limitata quantità (Low Copy Number) e l'interpretazione di tracce commiste*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* 1/2016, pag. 180.

[38] L. LUPARIA, *Le promesse della genetica forense e il disincanto del processualista. Appunti sulla prova del DNA nel sistema italiano*. in *Rivista Italiana di Medicina Legale* 1/2016, pag. 168.

[39] Basti pensare al “caso O. J. Simpson”, l'ex giocatore di football assolto dall'accusa di omicidio nel 1995, in seguito ai gravi errori commessi dagli inquirenti nelle procedure di custodia e repertamento dei campioni di DNA ritrovati sulla scena del crimine.

[40] Cass. pen., sez V, 27 marzo 2015, n. 36080. P. TONINI, *Nullum iudicium sine scientia. cadono vecchi idoli nel caso Meredith Kercher*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, p. 1410.

[41] L. LUPARIA, op. ult. cit. pag. 172.

[42] L. LUPARIA, op. ult. cit. pag. 176-177.

[43] L. LUPARIA, op. ult. cit. pag. 178.

[44] F. TARONI, J. VUILLE, L. LUPARIA, *La prova del DNA nella pronuncia della Cassazione sul caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.1/2016, <http://www.penalecontemporaneo.it/>, cit. pag. 1.

[45] Nel Regno Unito, invece, la tecnica del Low Copy Number è ben radicata e generalmente ammessa, nei limiti dei principi e dei criteri stabiliti dalla Corte d'Appello per Inghilterra e Galles Cfr. G. GENNARI, *La genetica alla prova delle Corti: il Low Copy Number nella giurisprudenza italiana e internazionale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1/2016, pagg. 198-205

[46] Cass. pen., sez V, 27 marzo 2015, n. 36080, pag. 38 in <http://www.foroitaliano.it>.

[47] Nel caso di specie sul coltello e sul gancetto del reggiseno erano state rinvenute tracce ridottissime di materiale genetico.

[48] In particolare, nel caso in esame, era stata ripetuta la “corsa elettroforetica”, e gran parte dei picchi del (ritenuto) profilo della vittima erano al di sotto della soglia dei 50 RFU, soglia ritenuta dallo stesso laboratorio della polizia scientifica come minima per identificare un allele. Cfr. G. GENNARI, op. ult.cit, pag. 207

[49] F. TARONI, J. VUILLE, L. LUPARIA, ul. op. cit. pag. 7

[50] Si tratta della procedura nota come “deconvoluzione del profilo genetico” C. PREVIDERE', P. FATTORINO, op. ult. cit., pag. 190.

[51] C. PREVIDERE', P. FATTORINO, op. ult. cit., p. 191.

[52] C. FANUELE, op. ult. cit., p. 129.

[53] C. FANUELE, op. ult. cit., p. 130.

[54] In tal senso C. FANUELE, ul. op. cit. pag. 130.

[55] P. FELICIONI, *DNA e banche dati europee*, XXX Convegno nazionale “Investigazioni e prove Transnazionali” (Roma, 20-21 ottobre 2016), pag. 6.

[56]M. NIGRO, “Banca dati del dna: note a prima lettura all'indomani dell'entrata in vigore del DPR 7 Aprile 2016 n. 87”, in *Giurisprudenza Penale Web*, 9/2016.

[57]C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, CEDAM 2009, cit., p. 328.

[58] M. NIGRO, ul. op. cit.

[59] C. FANUELE, ul. op. cit. pag. 130.

[60] Infatti, con il codice digitale si può solo identificare la persona, mentre il campione permette, anche, ad esempio, di risalire alle origini etniche o di svelare malattie ereditarie.

[61] L'art. 72-*quater* prevede, infatti, la distruzione del campione e non già la cancellazione del dato.

[62] C. FANUELE, *ul. op. cit.*, cit. pag. 130-131

[63] E' singolare come il nostro Paese è stato tra gli ultimi nell'adozione di una banca dati nazionale del DNA, assieme a Grecia ed Irlanda, mentre la Francia ha una banca dati del DNA attiva dal 2001 e la Germania addirittura dal 1998.

IL CONFINE TRA DANNO PATRIMONIALE E DANNO NON PATRIMONIALE

Il dibattito tra queste due tipologie di danno ha assunto particolare pregnanza dal 1979 in poi, ossia dopo il noto arresto della Consulta. Occorre chiarire fin dove si possa protrarre l'ambito applicativo di un istituto e dove inizi quello dell'altro, in quanto il confine risulta estremamente labile e particolarmente complesso da circoscrivere.

Giuseppe Mainas - Pubblicazione, venerdì 14 aprile 2017
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. Premessa; 2.1. Relativizzazione del principio di riserva di legge in materia di danno non patrimoniale; 2.2. Suddivisione del danno non patrimoniale in due macro categorie; 3. Problematiche; 4. Unitarietà del danno; 5. Natura unitaria del danno ed integralità del risarcimento.

1. Premessa

Le "diatribe" dottrinali e giurisprudenziali sul danno patrimoniale e danno non patrimoniale sono, almeno dal 1979, all'ordine del giorno, momento questo, in cui intervenne la prima sentenza della Corte Costituzionale mediante la quale si è cercato di conciliare la tutela risarcitoria ed i diritti inviolabili e fondamentali della persona, che diversamente necessitano di una tutela illimitata.

Far "convivere" uno strumento limitato e diritti illimitati è stata un'operazione estremamente complicata, realizzatasi mediante più pronunce della Consulta prima nel 1979, successivamente nel 1986, poi con diverse e plurime pronunce della Cassazione a Sezioni Unite ed infine, per concludere, con la sentenza del 22 luglio 2015, n. 15350 sul danno tanatologico.

Tali problematiche in materia di danno non patrimoniale sono affrontate dalla Cassazione con la sentenza del 21 novembre 2008, n. 26972 (e le due successive pronunce gemelle) e la sentenza del 22 luglio 2015, n. 15350.

La prima fissa lo "statuto del danno non patrimoniale", mentre la seconda, nel confermare la prima, trae le relative conseguenze anche in materia di danno tanatologico. La prima è la sentenza cornice, la seconda invece applica l'arresto della prima in

applicazione alla disciplina del più complesso e definito danno tanatologico.

Occorre effettuare due necessarie premesse relativamente alla relazione tra danno non patrimoniale e diritti fondamentali della persona, di seguito elencate.

2.1. Relativizzazione del principio di riserva di legge in materia di danno non patrimoniale

Il confine tra le due fattispecie di danno si rintraccia nell' *atipicità* del danno patrimoniale e nella *tipicità* del danno non patrimoniale. Il primo è, infatti, risarcibile sempre quando è ingiusto, se deriva dalla compressione di un interesse giuridico meritevole di tutela, anche se non dovesse avere il rango di diritto assoluto; l'ingiustizia è sufficiente, da sola permette la risarcibilità.

Diversamente l'ingiustizia non è sufficiente nel danno non patrimoniale, in quanto, deve sussistere, ma non è da sola rilevante ai fini del risarcimento. Nella disciplina enunciata dall'art. 2059 c.c. – che prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale nei soli casi previsti dalla legge – il compito di individuare i danni risarcibili non è attribuito alla sola clausola generale dell'ingiustizia, ma anche al filtro della legge, poiché, se non fosse tipizzato non sarebbe risarcibile.

Questa *summa divisio* (danno patrimoniale sempre risarcibile alla presenza di una lesione derivante dalla semplice ingiustizia, danno non patrimoniale risarcibile se in aggiunta all'ingiustizia sia presente anche una puntuale previsione di legge) si è attenuata dopo una serie di pronunce della Cassazione del 2003 e del 2004, le quali affermano che per norme di legge non si intendono solo le norme puntuali, che espressamente prevedono la risarcibilità del danno non patrimoniale, ma a questi fini anche le norme della Costituzione, che qualificando i diritti dell'uomo come inviolabili sono esse stesse previsioni legislative che soddisfino la riserva di legge ex art. 2059 c.c., così, prevedendo l'invulnerabilità ne prevedono anche la risarcibilità, ampliano la riserva di legge.

La riserva di legge si è elasticizzata, per cui sono risarcibili i danni non patrimoniali non solo alla presenza di una legge puntuale, ma anche quando il diritto rientri nel catalogo dei diritti inviolabili della persona.

La relativizzazione della riserva di legge è resa ancora più chiara dalla considerazione che l'art. 2 Cost. non prevede una enucleazione precisa di diritti inviolabili, non disciplina un *numerus clausus*, bensì, inquadra una clausola aperta; per cui spetta alla

sensibilità del giudice in un dato momento socio-culturale definire quali sono i diritti che rientrano nella previsione dell'articolo costituzionale. Il nucleo principale è individuato dall'interpretazione giurisprudenziale ancorata al sentire sociale di quel dato periodo storico.

2.2. Suddivisione del danno non patrimoniale in due macro categorie

1. Quando è previsto da una puntuale normativa, per cui non si ha riguardo alla rilevanza del diritto tutelato, basta la sola previsione di legge a definire la tutela di quel determinato diritto e la risarcibilità del relativo danno non patrimoniale;
2. Quando entrano in gioco i diritti inviolabili che, pur in assenza di legge, quest'ultima viene sostituita dalla previsione costituzionale sui diritti fondamentali della persona. Legge essa stessa precettiva che integra la riserva di legge.

Tra i danni non patrimoniali “da legge”, dunque, il *genus* più importante è sempre e comunque il reato ex art. 185 c.p., per cui il risarcimento spetta quando la lesione derivi da un fatto costitutivo di un reato.

A questo punto sorge il seguente problema: il reato va accertato dal giudice civile secondo logiche penali o secondo logiche civili?

L'elemento psicologico deve essere verificato attraverso regole penali, che impediscono una presunzione di colpa e che ne prevedono il sempre puntuale accertamento, ossia: è possibile accertare il reato applicando le norme del codice civile che ne disciplinano una presunzione di colpa, non mediante un accertamento completo e preciso?

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 3532/2004 ha chiarito che quando sia necessario accertare un reato ai fini della responsabilità civile, il giudice applica le regole probatorie del diritto civile, può accertare uno pseudo-reato attraverso una pseudo-colpa che si fonda su una presunzione.

Queste due premesse, relativizzazione della riserva di legge e accertamento per mezzo di forme di responsabilità civile come la colpa presunta, sono rilevanti perché la Cassazione ha superato i due principali limiti presentati dall'art. 2059 c.c. ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale: *ambito di operatività del danno non patrimoniale e regole probatorie che disciplinano il danno in oggetto.*

Precedentemente si affermava che il danno non patrimoniale fosse risarcibile solo in

base a precise e puntuali previsioni di legge, mentre ai fini della riscontrabilità probatoria si affermava che il fatto illecito doveva essere provato con le regole penalistiche. Tale previsione, inevitabilmente, implicava una difficoltosa e rara risarcibilità del danno per il soggetto danneggiato, che doveva aver subito un danno previsto puntualmente dalla legge, nei soli casi di reato, dovendo dimostrare l'elemento psicologico dell'autore, non potendo usufruire delle forme attenuate e di presunzione previste dal codice civile.

Questi due limiti, rigorosa tipicità e *probatio diabolica*, rendevano ostica l'applicazione dei diritti fondamentali con la risarcibilità del danno; da ciò ne derivò la pronuncia della Consulta del 1986, con la quale si operò una forzosa patrimonializzazione di diritti fondamentali, affermando che il danno non era inquadrato come «danno-conseguenza», ma come «danno-evento», cioè come danno in sé dei diritti della persona, il patrimonio della persona era considerato in modo ampio, cioè non solo in riferimento ai beni materiali, ma si mirava a quel complesso di diritti che fanno riferimento alla persona in sé. Si cercò di trasformare in patrimoniale, ciò che invece non lo era: si voleva in questo modo sfuggire alla stringente disciplina dell'art. 2059 c.c.

Oggi, grazie alle pronunce della Cassazione del 2003 e del 2004, tale interpretazione è divenuta non più strumentale, in quanto, le regole rigide della tipicità e dell'onere della prova si sono ridotte e relativizzate, essendosi elasticizzata la riserva di legge e la prova può fornirsi con le regole prettamente civilistiche.

3. Problematiche

Vi sono, però, delle problematiche inerenti il danno non patrimoniale:

1. Il danno non patrimoniale è una categoria unitaria o si divide in sottocategorie diverse? Cosa si intende in riferimento al danno morale, biologico, esistenziale, parentale? Riguarda sempre il medesimo concetto di danno, di cui si mostrano diverse forme di manifestazione, ovvero sono danni ontologicamente diversi?
2. Una volta stabilito che il danno non patrimoniale è una categoria unitaria, non scindibile in sottocategorie, come si concilia l'unitarietà del danno con l'integralità del risarcimento?

Il danno non patrimoniale, in qualsiasi dizione si manifesti, si mostra come unica categoria che si risolve in un unico concetto: il danno non patrimoniale è sofferenza; sono cause, modi e tempi diversi ma tutti facenti capo al medesimo concetto: la sofferenza. Occorre stabilire come si concilia, dunque, la natura unitaria con l'esigenza

del risarcimento integrale del danno non patrimoniale, quando questa unica categoria abbia manifestazioni tra loro diverse e non coincidenti.

Si pone il problema particolarmente complesso di evitare i rischi di risarcire due volte il medesimo danno, fornendogli una dizione ed una etichetta diversa, diversamente e antitetivamente di pretermettere il risarcimento di un danno che è autonomo rispetto ad altra tipologia di danno, come ad esempio nel caso di un incidente stradale viene risarcito il danno biologico e non il danno morale, pretermetto un danno che è del tutto autonomo rispetto all'altro, perché riguarda un tipo, un momento e forme diverse di sofferenza che sono diverse da quelle prodotte con il (diverso) danno invocato.

Quindi, la problematica in questione riguarda tre esigenze differenti: l'esigenza di conciliare l'unitarietà del danno non patrimoniale con la doppia esigenza, da un lato, della duplicazione di un danno e, dall'altro, pretermissione di danni che sono autonomi e che sono autonomamente risarcibili.

1. Qual è il contenuto di questa tipicità fortemente relativizzata a questo punto? È vero che la stessa è stata relativizzata, in quanto non è più necessaria la copertura di legge, ma basta la previsione costituzionale del diritto fondamentale. Ma detta relativizzazione fino a che punto può essere spinta e che limiti incontrano i giudici nell'interpretazione ed enucleazione dei diritti inviolabili della persona; non è pensabile che i giudici possano scegliere il "catalogo dei diritti inviolabili" sulla base di previsioni meramente soggettive, allora la relativizzazione sparirebbe del tutto; la riserva di legge verrebbe totalmente meno, non si guarderebbe come mera relativizzazione della stessa, ma come totale elusione. La tipicità, pur se fortemente relativizzata, resta vigente. Si vedrà come la riserva di legge rimane comunque vigente, il giudice deve giungere all'interpretazione dei diritti fondamentali con un serio ancoraggio alla carta costituzionale, cioè faccia una individuazione dei diritti fondamentali con dei contorni sufficientemente limitati e sufficientemente chiari e precisi. Si richiedono diritti precisi e puntuali che abbiano un chiaro e sufficientemente esplicito riferimento costituzionale: salute, sessualità, autodeterminazione terapeutica, riservatezza, oblio, casa lavoro, libertà religiosa e personale; ma non possono includersi nel novero anche i diritti alla serenità, al tempo libero, all'autodeterminazione in senso ampio, al sogno, alla felicità. Questi ultimi non hanno una base giuridico-costituzionale sufficientemente precisa e definita nei loro limiti inviolabili e fondamentali.

2. Sono risarcibili tutti i danni non patrimoniali, quando vi sia una previsione di legge ovvero il danno non patrimoniale, oltre ad essere fondato su una previsione legale, abbia anche il carattere di sufficiente gravità e di particolare rilevanza? Esiste nel nostro sistema la cd. *bagatelle clause*, la clausola bagatellare, secondo la quale non tutte le interferenze (anche quotidiane) nella sfera personale del soggetto, che sono tipiche del vivere sociale, sono danni? Non sono risarcibili tutte queste interferenze, ma solo quelle sufficientemente rilevanti, che superino la soglia della normale tollerabilità, quelle connotate da particolare rilevanza e gravità, quelle *sufficientemente caratterizzate*, una caratterizzazione che le differenzi da quelle che si pongono come una normale e naturale interferenza nella sfera personale del soggetto coinvolto.
3. Sarebbe possibile fare un discorso analogo per i danni che non siano esclusivamente di carattere non patrimoniale, derivanti da violazione del contratto, danni non patrimoniali contrattuali? Ad esempio, il danno affettivo andrebbe risarcito? Sicuramente non in campo aquiliano, in quanto, come suddetto sono risarcibili esclusivamente i danni tipizzati. Diversamente in campo contrattuale, c'è il limite della tipicità o meno? Oppure è sempre risarcibile indipendentemente dalla previsione legislativa e da un fondamento costituzionale? Nel caso di specie si versa nella totale atipicità del danno non patrimoniale da fonte contrattuale, ciò sull'assunto chiarissimo che in campo contrattuale la selezione degli interessi da tutelare non è sottoposta alla legge, ma al contratto e i contraenti anche per mezzo di contratti atipici; non si ha un problema di interpretazione della legge, ma della sola volontà delle parti, che hanno inteso includere e fissare determinati interessi all'interno delle clausole contrattuali.
4. Prova del danno: il danno non patrimoniale è un danno-conseguenza, non basta dimostrare che vi è stata una violazione di un diritto della persona (cd. danno-evento), ma che tale lesione abbia prodotto delle conseguenze negative nella sfera personale, un pregiudizio che supera la sufficiente e qualificata gravità e serietà.

Si pone, infine e conseguentemente, una difficoltà ed una problematica sulla prova del quantum, poiché, mentre per il danno biologico è semplificata sulla base della determinazione delle tabelle mediche, per il danno non biologico pone una difficoltà probatoria sicuramente diversa.

4. Unitarietà del danno

L'unitarietà del danno è stata oggetto di numerosi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, dunque, occorre chiarire se quando si fa riferimento al danno biologico, esistenziale, catastrofico o parentale si intenda l'esistenza di categorie di danno diverse o una categoria di danno unitario.

A tal proposito, la Cassazione nel 2003, e soprattutto nel 2008, a Sezioni Unite con la sentenza n.26972, ha affermato che si tratta di semplici modi di manifestarsi di un danno unitario, concludendo che il danno non patrimoniale è una categoria unitaria, non scindibile in sotto categorie tra loro autonome e diverse.

Il danno non patrimoniale si risolve in un solo fenomeno fisico e psichico: la sofferenza. Ci possono essere cause diverse, intensità diverse, tempi diversi ma ogni tipo di danno si concretizza in una sofferenza, in un *patis*. Possono, dunque, essere utilizzati i differenti lemmi di: danno biologico, catastrofico, esistenziale, biologico, ma con l'idea ben chiara che non si tratta di categorie o sottocategorie diverse, di manifestazione di danni diversi, ma di locuzioni puramente descrittive che servono ad evidenziare delle particolari manifestazioni e delle particolari cause sempre però appartenenti al medesimo fenomeno e concetto di danno non patrimoniale.

Sostiene la Cassazione che: "si parla di sintesi descrittive di particolare modi di atteggiarsi dell'unico danno non patrimoniale".

Nel *danno biologico* viene risarcita la sofferenza di colui che subisce un danno alla salute e peggiora la qualità della sua vita; nel *danno parentale* chi soffre la perdita di un congiunto e peggiora la qualità della sua vita; nel *danno morale* da reato viene risarcita la sofferenza di chi subisce tale fatto e in conseguenza vive una forte carica di sofferenza; nel *danno catastrofico* viene risarcita la sofferenza che precede l'esito morte; nel *danno terminale* viene risarcita la sofferenza da lesione che precede la morte. In tutti i casi pur con etichette diverse si evidenzia il concetto identico: la sofferenza che ha diverse cause, diverse intensità, diverse durate ma un'unica essenziale manifestazione.

La natura unitaria del danno non patrimoniale, manifestato per mezzo della sofferenza collegata al peggioramento della qualità della vita derivante dalla lesione di un diritto fondamentale della persona, lo si può individuare analizzando i due tipi più rilevanti di danno in oggetto:

- *Danno esistenziale*

- *Danno biologico*

Con riguardo al primo, i fautori della teoria del danno esistenziale, come danno autonomo rispetto al danno morale, hanno sempre affermato come questa prima tipologia si differenzia dal secondo fondamentalmente per due ragioni:

- a. perché è un danno esteriore, si concretizza nel *non facere*, nel mancato svolgimento delle attività realizzatrici della persona, mentre il danno morale non è da *non facere*, ma viene risarcito il danno interiore, la sofferenza, il *pati*;
- b. il danno esistenziale è un danno permanente, mentre invece il danno morale soggettivo è transitorio-temporale.

Le differenze, appena evidenziate, non sono sufficienti a dimostrare come i due danni non possano non essere la medesima cosa: il danno esistenziale è un danno morale e non qualcosa di diverso, si traduce in una sofferenza in un *pati*. Non viene risarcito il *non facere* in sé nel danno esistenziale, ma la sofferenza che si subisce e si concretizza nel non poter fare ciò; così anche nel danno esistenziale l'oggetto si ravvisa nel *pati* che il *non facere* produce, non è non fare qualcosa che si vorrebbe fare, ma riguarda la sofferenza che il piacere frustrato produce, ciò diviene oggetto di risarcimento. Così il danno esistenziale al pari del danno morale e di ogni altro danno non patrimoniale è un danno interiore, da sofferenza, non un danno da *non facere* in quanto tale, ma il voler fare quella precisa attività che viene preclusa al soggetto che provoca tale danno, tale sofferenza. L'aspetto ultimo non è il non poter fare un qualcosa, ma la frustrazione nella privazione e nell'impossibilità di poterla compiere.

In secondo luogo, viene meno anche il rilievo sull'eventuale decorrenza temporale dei due danni: chi potrebbe affermare a chiare lettere che il danno esistenziale è permanente, mentre quello morale è temporaneo e transitorio. Potrebbe avvenire esattamente il contrario. Anche sotto questa prospettiva, diviene fallace la differenziazione a cui sono giunte giurisprudenza e dottrina tradizionali.

Per cui è comprensibile come anche il danno esistenziale si traduca in una sofferenza, non configurando così un autonomo danno. Medesimo discorso potrebbe farsi per il danno biologico, l'art. 138[1] del codice delle assicurazioni individua la particolare entità dei danni derivanti da lesioni, appaiono delle quantificazioni tabellari, incrementabili con una valutazione individuale e personalistica fino al 30%, mentre l'art. 139 del medesimo codice prevede la risarcibilità delle lesioni di lieve entità fino al 9%,

anch'esse incrementabili fino al 20%; ma cosa risarcisce di preciso il danno biologico? Il danno fisico in sé, sul piano statico? Se così fosse anche la minima lesione, che non avrebbe ripercussioni sulla vita di relazione sarebbe risarcibile.

Il danno biologico è l'integrità della lesione psico-fisica che si ripercuote negativamente sulla sfera personale del soggetto, con incidenza sulle dinamiche personali e sociali dello stesso. Gli artt. 138 e 139[2] ben inquadrano il danno qualificando e individuando quelle menomazioni accertabili e riscontrabili sul piano medico che incidono sugli aspetti dinamico-relazionali e personali che hanno un'incidenza negativa sulle attività quotidiane. Nel danno biologico non si risarcisce il danno alla salute in sé, come nel danno esistenziale non si risarcisce il *non facere* in sé, ma si risarcisce la sofferenza per il peggioramento della qualità della vita del soggetto lesa dal comportamento illecito altrui. Il danno biologico altro non è che una *species* del danno esistenziale e quindi una *species* del danno morale. Così anche il danno biologico – *species* del danno esistenziale – si traduce nella sofferenza e non nella menomazione in sé dell'integrità psico-fisica.

Nel rispondere alla prima domanda, dopo aver svolto le prime necessarie premesse – riserva di legge relativizzata: non è più necessaria una previsione di legge puntuale, ma la riconduzione del diritto leso nel catalogo dei diritti fondamentali della persona; ai fini civili il reato è accertabile anche attraverso una presunzione di colpevolezza – che rendono l'art. 2059 c.c. uno strumento di contrasto al danno patrimoniale, perché si superano i limiti legali e probatori, abbiamo osservato che il danno non patrimoniale non è passibile di divisione in categorie o sottocategorie plurime, ma si traduce in un'unica classificazione, rispondente alla mera sofferenza personale. Si possono utilizzare tutte le diverse locuzioni di danno (esistenziale, biologico, morale, catastrofico, terminale, ecc.) in quanto sole categorie ed espressioni descrittive e terminologiche del medesimo danno, diversi modi di manifestazione della sofferenza che rimane di per sé unitaria e identica.

5. Natura unitaria del danno ed integralità del risarcimento

Una volta che è stato accertato come il danno non patrimoniale è unitario, bisogna conciliare la natura unitaria del danno con *l'integralità del risarcimento*, secondo il principio per cui va risarcito tutto il pregiudizio non patrimoniale.

Il danno non patrimoniale è stato sempre soggetto ad un duplice rischio:

- *Rischio c.d. "manica larga"*: fin quando si è ritenuto che il danno non patrimoniale fosse divisibile in sottocategorie autonome, allora si poneva

seriamente il rischio che, utilizzando più etichette, si risarcisse in modo plurimo quello che ontologicamente è il medesimo danno. Danno denominato in modi diversi e per ciò stesso risarcito più volte.

- *Rischio della mancata risarcibilità complessiva e globale del danno*: ulteriore rischio ricorreva nella mancanza totale, quindi nella risarcibilità parziale del danno. Diversamente da quanto suddetto, precedentemente era facile cadere in errore, in quanto, una forma di danno poteva in sé includere ogni ulteriore manifestazione diversificata di danno.

La riconduzione in ultimo del risarcimento del danno sotto una etichetta unica serve a contrastare il rischio duplice su esposto: duplicazione del risarcimento e parziale risarcibilità del danno.

Quale canone va allora seguito al fine di evitare sia la duplicazione sia l'elusione del risarcimento totale? Bisogna affrontare la problematica sul punto dell'analisi probatoria del danno di cui si chiede il risarcimento. Si vedrà come il risarcimento del danno potrebbe essere risarcibile non per il danno in sé ad un diritto inviolabile, risarcibilità del cd. danno-conseguenza, ma quando dal danno-evento siano derivate lesioni passibili di risarcibilità, danno-conseguenza. Conseguenze di cui bisogna dare dimostrazione: così, nel momento in cui il soggetto leso agisce in giudizio per la risarcibilità del danno, il giudice deve porre in essere una considerazione e valutazione giuridica sul piano dell'analisi probatoria, cioè deve chiedersi se il ricorrente/attore abbia provato di aver subito più conseguenze dannose tutte differenti tra di loro, deve chiedersi se vi siano state diverse conseguenze derivanti da diverse cause e che vadano risarcite tutte parimenti e differentemente l'una dall'altra, ovvero ha concluso per un'unica sofferenza sotto diverse etichette lessicali.

Deve così evitarsi che, da un lato, si risarcisca il danno ponendolo sotto dizioni differenti, dall'altro, deve essere utilizzato il concetto di danno non patrimoniale in modo da non andare a dirimere in senso negativo la tutela del medesimo limitandone il risarcimento anche se alla presenza di diverse e plurime sofferenze tutte parimenti risarcibili.

Ad esempio si avrebbe un'ingiusta locupletazione se si risarcisse la medesima sofferenza: risarcimento del danno biologico ed esistenziale, in quanto i due danni insistono sulla medesima fattispecie ex artt. 138 e 139 codice delle assicurazioni; se si deducesse il danno sotto la duplice dizione si andrebbe a liquidare ingiustamente la

medesima sofferenza.

Se diversamente si andasse a richiamare due etichette morfologicamente, sistematicamente e cronologicamente diverse non si avrebbe il bis in idem, ma si avrebbe l'esigenza della tutela risarcitoria piena derivante dalla lesione del diritto fondamentale alla persona. Per esempio se si perdesse un figlio e conseguentemente ci si ammala per la stessa causa, si avrebbero in questo caso due diversi danni da risarcire, l'uno derivante dalla perdita del figlio, l'altra dalla conseguente patologia insorta, si hanno due sofferenze diverse che vanno risarcite entrambe.

Per fare un ulteriore esempio, si potrebbe considerare la diversità che intercorre tra danno morale e danno biologico: diversità che si palesa soprattutto dai decreti intervenuti, es. danno da attentato terroristico e danno da uranio, per i quali la legge prevede la doppia risarcibilità del danno biologico e del danno morale. Dopo tutto anche le tabelle previste per la liquidazione del danno biologico, secondo il codice delle assicurazioni, prevede che sia incluso nelle stesse esclusivamente il danno biologico e viceversa non sia possibile valutare tabellarmente il danno morale.

Concludendo, si può allora ribadire, che fermo restando l'unitarietà del danno non patrimoniale, questa deve sostarsi da un lato nel rischio di evitare locupletazioni ingiustificate del danno, da lato opposto non deve cadersi nell'errore di incorrere in una risarcibilità parziale dello stesso, ritenendo che ci si trovi erroneamente in presenza di una medesima lesione. Bisogna valutare se il soggetto abbia patito la medesima sofferenza, ovvero se il danneggiato chieda il risarcimento di più sofferenze tra loro distinte, tutte parimenti risarcibili.

Bibliografia

- Busnelli F.D., Patti S., *“Danno da responsabilità civile”*, ed. Giappichelli - Torino, 1997.
- Castronovo C., *“Danno biologico, Un itinerario di diritto giurisprudenziale”*, ed. Giuffrè -Milano, 1998.
- De Matteis R., *“Il commento”*, in Danno e Responsabilità, 1999
- Franzoni M., *“Il danno risarcibile”*, in Trattato Franzoni, ed. Giuffrè - Milano, 2000.
- Gerin C., *“Danno biologico e danno alla salute (o danno alla validità)”*, in Zacchia - Roma 1991, pag.138.
- Luvoni R.-Mangili F.-Bernardi L., *“Guida alla valutazione medico-legale del danno biologico e dell'invalidità permanente”*, ed. Giuffrè - Milano 1995.
- Monateri P.G., Bellerio A.: *“Il "Quantum" nel danno a persona”*, ed. Giuffrè - Milano 1989.
- Monateri P.G., *“Il danno alla persona”*, ed. UTET - Torino, 1998.

- Rossetti M., *“Il danno alla salute”*, ed. Cedam – Padova, 2009
- Rovelli R., *“Risarcimento del danno alla persona”*, ed. Utet – Torino, 1963
- Russo P., *“Danni Esistenziali”*, ed. Utet – Torino, 2014.
- Russo P. e Rossi S., *“Il danno alla persona”*, I Professionali del Sole 24 ORE, Settimanale n. 2/2016

LA PROCEDURA DI RECLAMO-MEDIAZIONE TRIBUTARIA NELL'AMBITO DEGLI ENTI LOCALI: CRITICITÀ OPERATIVE E POSSIBILI SOLUZIONI.

Il contributo si propone di analizzare le problematiche connesse all'estensione dell'ambito oggettivo e soggettivo dell'istituto del reclamo-mediazione, con particolare riferimento ai piccoli comuni. Il tutto, non prima di aver brevemente analizzato la disciplina positiva in materia dettata dall'art. 17-bis del d.lgs. n. 546 del 1992.

Vincenzo Fortunato - Pubblicazione, lunedì 17 aprile 2017
Redattore: Angela Cuofano

Sommario: 1. Reclamo-mediazione: uno sguardo d'insieme. 2. L'estensione dell'ambito oggettivo e soggettivo dell'istituto. Le problematiche connesse al reclamo-mediazione nei piccoli comuni. 3. *segue*: le possibili soluzioni operative.

1. Reclamo-mediazione: uno sguardo d'insieme

Nell'ambito degli istituti deflattivi del contenzioso tributario riveste indubbia importanza il "reclamo-mediazione" [1].

Introdotta nel 2011 attraverso l'art. 39, comma 9 del D. L. n. 98 del 06.07.2011 e disciplinata nell'ambito dell'art. 17-bis del d.lgs. n. 546/1992, sulla scia del procedimento di mediazione civilistica, esso rappresenta un classico strumento di accesso condizionato alla giustizia.

Più precisamente, il reclamo-mediazione consiste in un procedimento amministrativo da esperire obbligatoriamente prima di poter accedere alla tutela giurisdizionale dinanzi alle Commissioni tributarie per le controversie in materia tributaria di valore inferiore a 20.000 euro [2].

Tale procedimento prevede la presentazione di un'istanza di riesame con la quale si chiede di annullare – totalmente o parzialmente - in via amministrativa, l'atto controverso. Insomma, un'istanza obbligatoria di autotutela [3].

Nella stessa istanza, può essere inserita una proposta di mediazione che verrà presa in esame nel caso di mancato o parziale accoglimento di reclamo.

Quest'ultima consiste in una rideterminazione motivata della pretesa tributaria che,

quanto a logica e contenuto, dovrebbe essere assimilata ad una proposta di accordo transattivo [4].

A sua volta anche l'Amministrazione, qualora decidesse di rigettare l'istanza di reclamo, è legittimata a presentare una proposta di mediazione. Essa potrà modificare la motivazione e, quindi, riesaminare i presupposti di fatto e di diritto alla base dell'originario provvedimento.

Notevole è l'effetto premiale della procedura in parola, in quanto nel caso di raggiungimento di un accordo, le sanzioni amministrative sono ridotte nella misura pari al 35% del minimo edittale previsto dalla legge [5].

Decorso un termine pari a 90 giorni - decorrenti dalla notifica del ricorso-reclamo - senza che la fase preliminare amministrativa si sia conclusa con l'accoglimento del reclamo o che la controversia sia stata risolta in sede di mediazione, il contribuente potrà costituirsi in giudizio davanti la Commissione Tributaria [6].

La mancata proposizione dell'istanza di reclamo era originariamente sanzionata con l'inammissibilità del ricorso presentato dinanzi le Commissioni tributarie, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

Pertanto, l'inosservanza della norma sul reclamo privava di fatto il contribuente del diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24.

Non a caso è stata sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 17-*bis* con riferimento all'art. 24 Cost., sulla quale la Corte Costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sancendo l'illegittimità della norma procedurale richiamata. In particolare, essa ha affermato che la giurisdizione condizionata non deve rendere eccessivamente difficoltoso il ricorso alla giustizia e, in particolare, deve contenere l'onere nella misura meno gravosa possibile, operando un «congruo bilanciamento» tra l'esigenza di assicurare la tutela dei diritti e le altre esigenze che il differimento dell'accesso alla stessa intende perseguire. In linea con tale prospettiva, la Corte afferma l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 24 Cost., di disposizioni che comminino la sanzione della decadenza dall'azione giudiziaria in conseguenza del mancato previo esperimento di rimedi di carattere amministrativo.

Il comma 2 dell'art. 17-*bis* del D. Lgs. n. 546 del 1992, nel suo testo originario è stato, perciò, dichiarato costituzionalmente illegittimo. La norma è stata dunque modificata ad opera dell'art. 1, comma 611, lettera a) della L. n. 147 del 2013 che ha eliminato la sanzione dell'inammissibilità sostituendola con la sanzione dell'improcedibilità sanabile. Discussa è anche la natura del reclamo e della mediazione. In ogni caso, pare potersi affermare che il reclamo rappresenti un'istanza obbligatoria di autotutela e, in quanto

tale, come istituto che formalizza l'obbligo di degli uffici di verificare se l'autotutela sia o meno esercitabile.

Per quanto riguarda la mediazione essa è un istituto transattivo, come dimostrano le ragioni che devono sorreggere la proposta di mediazione dell'ufficio avuto riguardo all'incertezza delle questioni controverse, al grado di sostenibilità della pretesa e via dicendo [7].

2. L'estensione dell'ambito oggettivo e soggettivo dell'istituto. Le problematiche connesse al reclamo-mediazione nei piccoli comuni.

L'istituto del reclamo-mediazione ha subito un'ulteriore modifica legislativa ad opera dell'art. 9, comma 1, lettera l), del d. lgs. n. 156 del 24 settembre 2015 "*Misure per la revisione della disciplina degli interpelli e del contenzioso tributario*" che è intervenuto **sull'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo** della sua disciplina.

Per quanto riguarda il primo aspetto è stato chiarito che non sono oggetto di reclamo-mediazione le controversie di valore indeterminabile oltretutto quelle in materia di recupero di aiuti di Stato [8].

Per quanto riguarda il secondo aspetto, nella sua versione originaria, l'istituto trovava sì applicazione nei confronti di tutte le liti tributarie (di valore inferiore a 20.000 euro, s'intende), comprese quelle in materia di rimborsi [anche taciti] e di sanzioni, ma limitatamente a quelle controverse aventi ad oggetto atti emessi dall'Agenzia delle Entrate.

In altre parole, dal punto di vista soggettivo, esso non trovava applicazione con riguardo alle liti concernenti atti emessi dall'Agente della riscossione, dell'Agenzia del Territorio, dall'Agenzia delle Dogane e dagli enti territoriali.

La novella ha perciò esteso all'agente della riscossione e a tutti gli enti impositori, compresi gli enti locali, l'applicazione del reclamo-mediazione [9].

Fin qui *nulla quaestio*, specie se si considera che la maggior parte delle controversie concernenti tributi locali hanno valore inferiore ai 20.000 euro. Dunque, in ottica deflazionistica ed in virtù delle statistiche positive relative all'istituto del reclamo, ben ha fatto il legislatore ad estenderne l'ambito soggettivo [10].

Tuttavia, non si può tacere riguardo alle problematiche di carattere giuridico/pratico che suddetta estensione ha comportato.

Infatti, nell'ambito dell'originario art. 17-bis, come detto originariamente riservato ai soli atti emessi dall'Agenzia delle Entrate, era - ed è - previsto al co. 4 che la Direzione provinciale o la Direzione regionale che ha emanato l'atto contestato e destinataria del

reclamo e della eventuale proposta di mediazione debba provvedere all'esame di questi ultimi "attraverso apposite strutture diverse ed autonome da quelle che curano l'istruttoria degli atti reclamabili" [11].

Tale previsione si giustifica in quanto il legislatore ha voluto garantire terzietà, imparzialità ed evitare, perciò, che ad esaminare l'istanza di reclamo sia lo stesso soggetto che ha emanato l'atto reclamato, il quale mostrerebbe evidentemente una certa ritrosia nell'annullare un suo stesso atto [12]. Ciò, a differenza di quanto avviene nell'ambito dell'accertamento con adesione.

Il tutto mira a far sì che l'istituto del reclamo-mediazione non venga privato di efficacia e che lo stesso consenta di deflazionare il contenzioso.

Al contrario, per quanto riguarda gli enti locali, la norma prevede che gli stessi provvedano in merito alle istanze di reclamo e alle proposte di mediazione mediante apposite strutture diverse ed autonome da quelle che curano l'istruttoria degli atti **compatibilmente con la loro struttura organizzativa**. Si è sostanzialmente demandato a ciascun ente locale di scegliere discrezionalmente come attivare una struttura apposita cui affidare la gestione dei reclami. Ragionando *a contrario*, il legislatore ha lasciato aperta la possibilità di istruire e valutare il reclamo, compresa la proposta di mediazione, tramite lo stesso ufficio (o, addirittura, lo stesso soggetto) che ha emesso l'atto.

Si crea, quindi, innanzitutto un divario tra le modalità applicative dell'istituto da parte delle Agenzie fiscali ed altri enti impositori.

In secondo luogo, si creano delle differenze nell'ambito della stessa categoria degli "altri enti impositori", specie tra quella degli enti locali. Va da sé, infatti, che vi saranno enti locali di maggiori dimensioni che, in virtù della loro struttura, non avranno grossi problemi a costituire strutture autonome per la gestione delle istanze di reclamo e le proposte di mediazione [13]. Essi potranno servirsi, ad esempio, dell'ufficio legale/contenzioso o di strutture di staff appositamente costituite.

Al contrario, negli enti locali di modeste dimensioni, laddove in genere vi è solo un funzionario addetto all'Ufficio tributi, costituire una struttura autonoma risulterà alquanto arduo. Tale inconveniente potrebbe concretizzarsi addirittura nella coincidenza della firma dei due atti (di accertamento e di accoglimento o rigetto del reclamo-mediazione).

In tale (*non remota*) ipotesi verrebbe a coincidere lo stesso funzionario persona fisica, così palesandosi un evidente conflitto di interessi funzionali.

In virtù della struttura organizzativa del Comune, dunque, diversa potrà essere la gestione dei reclami.

Il rischio è dunque che l'istituto del reclamo-mediazione possa trovare applicazione con modalità differenziate a seconda dell'ente e che, nell'ambito dei piccoli comuni, lo stesso si trasformi in un accertamento con adesione mascherato laddove ad esaminare l'istanza di reclamo non sia un soggetto diverso da quello che ha emanato l'atto [14].

3. segue: le possibili soluzioni operative.

In virtù di quanto è stato detto, l'ampliamento dell'istituto ha sollevato non poche incertezze in ordine alle modalità applicative [15].

Si pone, pertanto, il problema di garantire terzietà ed indipendenza anche nell'ambito dei reclami (e delle mediazioni) gestiti dai piccoli comuni.

A tal fine, parte della dottrina ha affermato che *“nei Comuni di minori dimensioni, la necessità di adottare la nuova disciplina, bilanciando l'esigenza di rispettare le finalità e la struttura del reclamo-mediazione con le risorse professionali ed economiche di ciascun ente, porterà nella maggior parte dei casi a nominare, salvo nei casi di comuni dotati di apposito ufficio legale, un soggetto sovraordinato rispetto a quello che ha curato l'istruttoria che ha portato all'emissione dell'atto impugnato, che potrà essere individuato nel segretario comunale oppure nel responsabile dell'Ufficio tributi [ove non sia lo stesso soggetto che ha istruito il procedimento che ha portato all'emissione dell'atto impositivo], per quanto nell'impossibilità di nominare i sopra indicati soggetti, altre forme di individuazione di un soggetto competente potranno rinvenirsi nello scambio tra funzionari responsabili di comuni limitrofi, che assumano ciascuno il ruolo di mediatore nell'altro comune, ovvero nella nomina di un terzo individuato da una società o da una associazione esterna ...”* [16].

Dunque, non è mancata una parte della dottrina che, sulla base delle norme relative al federalismo fiscale, dell'autonomia organizzativa e tributaria degli enti locali e della possibilità di regolare la fase attuativa dei tributi, ha sostenuto la possibilità di affidare la gestione dei reclami ad un soggetto “terzo” rispetto all'Amministrazione, ove per “terzi” s'intendono soggetti appositamente delegati in virtù della loro chiara e manifesta professionalità ed efficienza in materia. Evidentemente, il servizio dovrebbe essere gestito in forma associata, così da ripartire tra più Comuni il costo dello stesso.

In particolare, si è fatto leva sulla sentenza n. 98 del 2014 della Corte Costituzionale che ha confermato la natura pregiudiziale [non dunque giurisdizionale] del reclamo e della mediazione tributaria. Proprio la natura procedimentale militerebbe a favore della possibilità di disciplinare attraverso il regolamento dell'ente locale suddetto istituto, il quale ben potrebbe affidare la gestione dei reclami e delle mediazioni ad un

professionista.

Sul punto, però, è intervenuta la circ. n. 38/E del 29 dicembre 2015 “Riforma del processo tributario - decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 156” con la quale l’Agenzia delle Entrate ha fornito molteplici chiarimenti.

In particolare, si legge che, con riferimento alle Agenzie fiscali *«è stata ribadita - dal comma 4 dell’articolo 17-bis - l’autonomia, all’interno dell’ente, del soggetto che deve decidere sul reclamo, per consentire un corretto esercizio del relativo potere»* affidando *«ad apposite strutture diverse ed autonome da quelle che curano l’istruttoria degli atti reclamabili»* la gestione del procedimento in parola **ma, in ogni caso, «l’opzione di istituire un soggetto “terzo” deputato all’istruttoria, come previsto per la mediazione civile, è stata esclusa dal legislatore atteso che - come si legge nella relazione illustrativa - in campo tributario l’istituto del reclamo-mediazione si configura maggiormente come espressione dell’esercizio di un potere di autotutela nonché più adeguata determinazione dell’ente impositore, che va stimolato ed incoraggiato, allo scopo di indurre ogni Amministrazione a rivedere i propri errori prima dell’intervento del giudice” [17].**

Tuttavia, la dottrina richiamata fa notare come l’Agenzia contraddica se stessa in quanto nella circolare si legge anche che *“il legislatore ha invece rimesso alla organizzazione interna di ciascuno di essi l’individuazione della struttura eventualmente deputata alla trattazione dei reclami”*.

A parere di chi scrive, nonostante l’autonomia tributaria e regolamentare degli enti locali, la soluzione di affidare la gestione dei reclami ad un soggetto professionale terzo non appare condivisibile per vari motivi.

Innanzitutto, perché l’istituto del reclamo-mediazione in campo tributario verrebbe assimilato – o, comunque, si avvicinerebbe eccessivamente- all’istituto della mediazione civilistica. Non si vuole entrare nel merito circa l’opportunità di riavvicinare i due istituti, però è evidente che qualora un riavvicinamento vi fosse, si andrebbe contro la volontà del legislatore.

In secondo luogo, si creerebbero ulteriori differenziazioni, da un lato tra Agenzie fiscali (che per legge sono tenute ad esaminare le istanze di reclamo e le mediazioni attraverso un’apposita struttura organizzativa) ed enti locali (che invece potrebbero demandare la gestione dei reclami e delle mediazioni ad un professionista terzo]; dall’altro tra gli stessi enti locali, in quanto alcuni di essi potrebbero decidere di servirsi di figure professionali, altri invece potrebbero continuare a gestire i reclami *“in house”*.

In terzo luogo, non sarebbe completamente superato il problema relativo

all'indipendenza e la terzietà del soggetto che andrebbe ad esaminare i reclami e le mediazioni. Infatti, soprattutto nei comuni di piccole dimensioni, le relative Amministrazioni sarebbero portate a delegare la funzione a soggetti di fiducia e, comunque, legati in qualche modo agli Amministratori. Tale inconveniente comprometterebbe seriamente la terzietà del professionista stesso.

Infine, perché anche in caso di gestione associata del servizio, l'ente locale dovrebbe sopportare una spesa in più, che in un modo o nell'altro verrebbe alla fine a gravare sui contribuenti.

Meglio sarebbe, allora, nominare il segretario comunale quale soggetto addetto alla gestione dei reclami e delle proposte di mediazione, sia per la garanzia di terzietà sia per la professionalità in materia che tale figura dovrebbe garantire. Altrettanto non potrebbe dirsi con riferimento alla figura del sindaco, in quanto organo politico. In via alternativa, si potrebbero far convergere tutte le istanze di reclamo e di mediazione relative a tributi di piccoli comuni rientranti in un determinato comprensorio, nella struttura autonoma appositamente costituita nel comune di maggiori dimensioni dell'area. Fermo restando, in questo caso, l'onere in capo ai comuni più piccoli del comprensorio di contribuire nelle spese di gestione della "struttura autonoma".

Pertanto, il richiamo dell'Agenzia delle Entrate alla volontà del Legislatore di escludere, nell'ambito della mediazione tributaria, *"l'opzione di istituire un soggetto "terzo" deputato all'istruttoria, come previsto per la mediazione civile"* deve, quindi, essere interpretato, nel senso che la procedura di reclamo-mediazione tributaria non potrà essere affidata ad un soggetto terzo professionale, appositamente istituito, come avviene nella mediazione civile (avendo, peraltro, la mediazione tributaria natura amministrativa necessariamente gratuita, in cui nemmeno il contribuente dovrà obbligatoriamente essere assistito da un difensore]. Esso, però non può essere spinto fino al punto di prevedere che la decisione del reclamo possa essere adottata dallo stesso soggetto che abbia curato l'istruttoria dell'atto contestato (e, nei comuni più piccoli, anche la sua sottoscrizione], in quanto tale procedura comporterebbe un obiettivo conflitto di interessi e, soprattutto, il rischio che la decisione del mediatore, non essendo considerata oggettiva, possa a maggior ragione essere modificata in fase giudiziale.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Sul tema si vedano *ex multis* BASILAVECCHIA M., *Reclamo, mediazione tributaria e definizione delle liti pendenti*, Corr. trib., 2011, p. 2493; ID., *Dal reclamo al processo*, Corr. trib., 2012, p. 840; FICARI V., *Processo tributario. La mediazione fiscale*, Treccani Online, 2013; PISTOLESI F., *Il reclamo e la mediazione nel processo tributario*, Rass. trib., 2012, p. 70.

[2] Per quanto riguarda i criteri di calcolo del valore della lite si fa riferimento al solo tributo al netto di interessi e sanzioni. Se la controversia riguarda rimborsi o sanzioni si farà riferimento

all'entità della sanzione irrogata o del rimborso fatto valere dal contribuente.

[3] Sull'autotutela tributaria si vedano, STEVANATO D., voce *Autotutela (diritto tributario)*, Enc. dir., Agg. III, Milano, 1999; ID., *L'autotutela dell'amministrazione finanziaria. L'annullamento d'ufficio a favore del contribuente*, Padova, 1996; FICARI V., *Autotutela e riesame nell'accertamento tributario*, Milano, 1999; MUSCARA' S., [voce] *Autotutela [diritto tributario]*, Enc. giur., Treccani, 1996; ID., *Gli inusuali ambiti dell'autotutela in materia tributaria*, Riv. dir. trib., 2005, 71 ss.; LA ROSA S., *Autotutela e annullamento d'ufficio degli accertamenti tributari*, Riv. dir. trib., 1998, 1146 ss.; MARCHESELLI A., *Autotutela nel diritto tributario*, Dig. disc. priv., se. comm., Torino, 2008.

[4] Ed infatti “...dinanzi all'andamento oscillante della prassi e/o della giurisprudenza, all'inadeguatezza dell'istruzione probatoria o alla ricostruzione della base imponibile su base presuntiva e nel rispetto del principio di economicità dell'azione amministrativa, mediante la mediazione si tenta di pervenire, a seguito di contraddittorio tra ufficio e contribuente, ad una composizione delle rispettive pretese, a prescindere da qualsiasi accertamento della fattispecie”, cit. BORIA P., *Diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 498.

[5] Sul punto si veda BORIA P., *Diritto tributario*, op. cit. p. 498

[6] Dunque, se l'ufficio non intende accogliere la richiesta di annullamento, la procedura di reclamo si conclude con un atto di diniego, dalla cui comunicazione decorrono i trenta giorni per la costituzione in giudizio del contribuente. Se il reclamo viene accolto solo in parte (e non sia intervenuta alcuna proposta di mediazione), con conseguente parziale annullamento dell'atto reclamato o parziale riconoscimento di diritto al rimborso, il contribuente può costituirsi in giudizio entro trenta giorni dalla comunicazione dell'intervenuto annullamento per ottenere dalla commissione l'accoglimento integrale delle proprie richieste. Se, invece, l'ufficio non notificherà il provvedimento di accoglimento e non venga formalizzato alcun accordo di mediazioni, il contribuente potrà costituirsi in giudizio decorsi trenta giorni dal compimento dei novanta dal ricevimento dell'istanza di reclamo. Cfr. BORIA P., *Diritto tributario*, op. cit., p. 496-97.

[7] In tal senso BORIA P., *Diritto tributario*, op. cit., p. 499.

[8] Si precisa che «il termine “atto volto al recupero” si intende riferito a tutti gli atti o provvedimenti emessi al fine del recupero di un aiuto di Stato dichiarato illegittimo, comprendendovi, quindi, anche gli atti tipici della fase di riscossione rientranti nella giurisdizione delle Commissioni tributarie»; cfr. circ. n. 24/e del 29 aprile 2008, punto 2.

[9] “...la nuova disposizione normativa introduce un procedimento obbligatorio, che il contribuente dovrà necessariamente utilizzare, qualora intenda contestare un atto impositivo emesso dal comune. Ne consegue che - a prescindere dal contenuto di tale atto e dalla tipologia di contestazioni (formali o sostanziali) sollevate nei confronti dello stesso- ove l'atto impositivo sia inferiore alla soglia minima di valore fissata per legge, il contribuente che intenda contestarlo non per richiedere l'annullamento in autotutela o la revisione in sede di accertamento con adesione [istituti che potranno comunque precedere la proposizione di un reclamo formale], bensì per poter giungere alla fase giudiziale ove le proprie eccezioni non dovessero essere condivise dall'ufficio, sarà comunque tenuto a procedere preliminarmente alla proposizione del ricorso/reclamo, cui farà seguito il procedimento amministrativo individuato dall'art.17-bis, che potrà portare, in caso di esito negativo, alla contestazione giudiziale dell'atto”, cit. FAGAGNOLO M., “Le problematiche tecnico-procedurali legate all'applicazione del reclamo-mediazione ai tributi locali”, in *Tributi locali e regionali*, 2016, 1, p. 44.

[10] È risultato, infatti, che, rispetto all'anno precedente, i ricorsi depositati nel 2014 nei tre gradi di giudizio sono scesi da 149.000 a 139.000 [-7%]. In particolare, i ricorsi presentati in CTP sono scesi dell'11%, confermando il trend degli ultimi tre anni. Nel complesso il numero dei ricorsi presentati nel 2014 è stato pari a 90.000 in CTP (contro i 171.000 del 2011, anno di introduzione della mediazione tributaria, con un calo di quasi la metà, pari al 47,5% in meno), 40.000 in C.T.R. e 9.000 in Cassazione. Non a caso, nella circ. n. 38/E del 29 dicembre 2015 si afferma che “la scelta del legislatore di ampliare la platea degli enti coinvolti nel procedimento di reclamo si giustifica in base al principio di economicità dell'azione amministrativa, preso atto dell'efficacia

deflattiva riscontrata in relazione al contenzioso sugli atti emessi dall’Agenzia delle entrate e dell’elevato numero di controversie di modesto valore che caratterizza in generale il contenzioso tributario”.

[11] Si è voluto evitare che «*la coincidenza tra organo accertatore e organo “esaminatore” possa viziare la procedura*». Sul punto, LOVISETTI M., *Prima lettura della riforma del contenzioso tributario*, in *Tributi locali e regionali*, Santarcangelo di Romagna [RN], 2015, 6, p. 18.

[12] Invero, parlare di terzietà riguardo al reclamo/mediazione è improprio. Infatti, il soggetto incaricato del riesame non sarà mai realmente terzo rispetto alle “parti in lite”, dal momento in cui esso fa sempre parte di una struttura interna all’ente impostore [ragion per cui non si può assimilare il reclamo/mediazione in campo tributario alla mediazione civilistica]. Tuttavia, è noto che il reclamo sarà tanto più efficace se a rivedere l’atto saranno chiamati soggetti diversi, per compiti e responsabilità, da coloro che lo hanno formato. In tal senso CARINCI A., *Un limite di fondo nella mediazione con gli enti locali*, *Dir. e Prat. trib.*, 2016, 2, p. 697;

[13] In tal senso si veda, FAGAGNOLO M., *“Le problematiche tecnico-procedurali legate all’applicazione del reclamo-mediazione ai tributi locali”*, op.cit., p. 43 ss. In tali contesti, il reclamo-mediazione potrà essere gestito con le medesime procedure ed indicazioni fornite dall’Agenzia delle Entrate, garantendo la divisione tra soggetto che ha predisposto l’atto impositivo oggetto di ricorso/mediazione ed il soggetto che giudicherà sulle conseguenti contestazioni.

[14] Pertanto, la figura del terzo mediatore in senso proprio, che già manca nell’ambito dei reclami gestiti da parte dell’Agenzia delle Entrate, sarà a maggior ragione completamente assente nel tentativo deflattivo che riguarda i tributi locali. Non vi sarà, dunque, un soggetto equidistante dalle parti, dotato di autonomia e autorevolezza, in grado di garantire, allo stesso modo, sia il soggetto impositore che il contribuente. Tale previsione è giustificata dal fatto che gli Enti locali di piccole e medie dimensioni non hanno personale qualificato in misura sufficiente per creare strutture svincolate ed indipendenti dall’Ufficio tributi che gestisce la fase accertativa. Dunque, a differenza delle Agenzie fiscali, il Comune può anche non provvedere all’esame del reclamo e della proposta di mediazione mediante apposite strutture, diverse ed autonome da quelle che curano l’istruttoria degli atti reclamabili. Ciò sembra avvicinare il reclamo ad un’istanza di autotutela. Non a caso si è parlato della mediazione tributaria come di autotutela rafforzata. Tuttavia, ciò che differenzia il riesame in autotutela dalla procedura del reclamo/mediazione tributaria è l’obbligatorietà, la rigidità delle procedure, la tempistica da seguire e le conseguenze che scaturiscono sul piano processuale di quest’ultima. In tal senso CATANIA L., *Il reclamo e la mediazione rispetto ai tributi locali*, op.cit., p. 21-22; BORIA P., *Diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 499. Ragionando diversamente, infatti, il nuovo istituto “*difficilmente potrebbe portare ad una effettiva diminuzione del contenzioso giudiziale, a causa della tendenza degli uffici a confermare gli atti dagli stessi predisposti, che già trovano nella natura immobiliare dei tributi comunali e nella conseguente natura obbligata di buona parte degli avvisi di accertamento emessi dagli enti locali un ostacolo alle procedure di mediazione*”, cit. FAGAGNOLO M., *“Le problematiche tecnico-procedurali legate all’applicazione del reclamo-mediazione ai tributi locali”*, in *Tributi locali e regionali*, 2016, 1, p. 42.

[15] “*Proprio l’estensione del reclamo-mediazione anche agli atti degli enti locali, infatti, minaccia di mettere in discussione il tratto qualificante dell’istituto, forse anche la sua stessa ragione giustificativa*”, cit. CARINCI A., *Un limite di fondo nella mediazione con gli enti locali*, op.cit., p. 695.

[16] In tal senso, FAGAGNOLO M., *Le problematiche tecnico-procedurali legate all’applicazione del reclamo-mediazione ai tributi locali*, op. cit., p. 51.

[17] I chiarimenti forniti dall’Agenzia delle Entrate nella circ. n. 38/E del 2015, sono stati intesi da una parte della dottrina nel senso che debba considerarsi esclusa *tout court* la possibilità di affidare la procedura del reclamo-mediazione a soggetti terzi professionali, dunque estendendo tale preclusione anche ai Comuni, i quali dovranno «*rinvenire all’interno del proprio organico la*

figura del mediatore. In tal senso FOGAGNOLO M., Le problematiche tecnico-procedurali legate all'applicazione del reclamo-mediazione ai tributi locali, op. cit., p. 42.

L'IMPUGNABILITÀ DELL'ESTRATTO DI RUOLO

L'impugnabilità dell'estratto di ruolo è stata da tempo oggetto di dibattiti e querelle. La questione va interpretata alla luce delle garanzie costituzionali da riconoscere al contribuente sottoposto a verifica.

Daniela Mendola - Pubblicazione, martedì 18 aprile 2017

Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. La riscossione coattiva; 2. Il ruolo; 3. Sull'impugnabilità dell'estratto ruolo; 4. Conclusioni.

1. La riscossione coattiva

Contribuente e Amministrazione Finanziaria rappresentano le due parti dell'obbligazione tributaria. Quest'ultima nasce *ex lege* e trova fonte nell'art. 53 della Carta Costituzionale che sancisce il dovere di contribuire alle spese dello Stato "*in ragione della propria capacità contributiva*". Il contribuente è tenuto a concorrere alle spese dello Stato versando all'erario un *quantum* determinato in ragione della propria capacità contributiva. Ne deriva che è inesigibile un'imposizione superiore alla suddetta capacità contributiva che configura un limite al prelievo fiscale. L'Amministrazione Finanziaria si trova in una posizione attiva cd. creditoria, mentre il contribuente è soggetto passivo, debitore dell'obbligazione tributaria. Entrambe le parti devono comportarsi secondo correttezza e buona fede e il debitore deve adempiere all'obbligazione tributaria con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.). Il contributo fornito dai contribuenti rileva al fine di consentire all'Amministrazione Finanziaria di adempiere alle proprie funzioni e di far fronte alle spese che è chiamata a sostenere nell'interesse della collettività. Tra Amministrazione Finanziaria e contribuente si instaura un vero e proprio rapporto obbligatorio e ne consegue l'applicabilità della disciplina privatistica. Ma, è a dirsi, che nonostante il recepimento della disciplina privatistica, tra le due parti non si instaura un rapporto di corrispettività, ma di correlatività. Quanto detto, atteso che l'Amministrazione Finanziaria è pur sempre in posizione di supremazia rispetto al privato cittadino che versa in stato di soccombenza. Tale supremazia o privilegio trova giustificazione nell'interesse che l'Amministrazione Finanziaria è chiamata a tutelare: l'interesse pubblico. Resta tra le parti, dunque, un rapporto di imperio dell'Amministrazione rispetto al contribuente. Il naturale modo di estinzione

dell'obbligazione tributaria è l'adempimento. Esso deve essere esatto e deve avvenire nei termini espressamente e tassativamente indicati. Il "naturale" adempimento avviene mediante versamento diretto delle somme dovute da parte del contribuente. Il contribuente mediante la dichiarazione rende edotto l'Ufficio del *quantum* che provvederà a versare spontaneamente. Atteso che l'obiettivo dell'imposizione è il recupero di somme dovute dal contribuente, qualora quest'ultimo non adempiesse spontaneamente vi sarebbe tenuto coattivamente. L'Ufficio riscuoterà le somme coattivamente dal contribuente, mediante l'istituto della riscossione coattiva.

2. Il ruolo

La riscossione coattiva avviene mediante ruolo. Si tratta di un atto amministrativo collettivo contenente l'indicazione dei debitori e delle somme da questi dovute. Deve contenere, altresì, le generalità dei contribuenti che sono tenuti a versare una somma all'erario. La riscossione mediante ruolo trova cittadinanza all'art. 45 del D. PR. 602/73 che testualmente dispone che "il concessionario procede alla riscossione coattiva delle somme iscritte a ruolo, degli interessi di mora e delle spese di esecuzione secondo le disposizioni del presente titolo". In particolare, l'art. 10 del D. PR. 602/73 definisce il ruolo come "l'elenco dei debitori e delle somme da essi dovute formato dall'ufficio ai fini della riscossione a mezzo del concessionario". Nei ruoli sono iscritte le imposte, le sanzioni e gli interessi. I ruoli si distinguono in ordinari e straordinari, questi ultimi si formano eccezionalmente quando vi sia fondato pericolo per la riscossione. E' espressamente previsto un minimo legale per l'iscrizione a ruolo e sono iscritte a titolo definitivo le somme dovute a seguito di liquidazione automatica, a seguito di controllo formale e le somme risultanti da accertamenti definitivi. Se gli accertamenti non sono definitivi si procede all'iscrizione a ruolo soltanto di un terzo dell'ammontare corrispondente agli imponibili o ai maggiori imponibili accertati. Salvo che si tratti di ruolo straordinario, perché in tale ipotesi al fine di garantire il soddisfacimento della pretesa, si procede all'iscrizione dell'intero importo risultante dall'accertamento, anche se non definitivo. Il ruolo rappresenta il titolo in base al quale l'Ufficio fa valere la sua pretesa ed ha il connotato dell'esecutorietà. A seguito della formazione, il ruolo viene consegnato al concessionario per l'inizio della procedura esecutiva. Il concessionario notifica la cartella di pagamento^[1] al debitore iscritto a ruolo o al coobbligato nei confronti dei quali procede. La cartella di pagamento è il primo vero e proprio atto della fase esecutiva e contiene l'intimazione ad adempiere l'obbligo risultante dal ruolo entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione, con l'avvertimento che, in mancanza, si

procederà ad esecuzione forzata. La cartella di pagamento[2] contiene l'indicazione del ruolo che rappresenta il presupposto per l'azione esecutiva. Legittimato ad emettere una cartella di pagamento[3] è il concessionario. Il contribuente viene a conoscenza della cartella di pagamento mediante notifica e può, nel termine ordinario di sessanta giorni, impugnarla dinanzi all'organo competente che, a seconda della natura della pretesa, potrà essere il giudice tributario (imposte) o il giudice ordinario[4] (violazione codice della strada). Essa può essere impugnata[5] in via autonoma per "vizi propri[6]", ad esempio, eccependo una nullità dell'atto per illegittimità dell'atto presupposto ovvero un difetto di legittimazione passiva. Qualora il contribuente prestasse acquiescenza all'atto può presentare istanza di rateazione, chiedendo di effettuare il pagamento a rate, qualora il pagamento in unica soluzione della somma arrecasse un grave pregiudizio. L'Agente della riscossione ha l'obbligo di conservare per cinque anni copia della cartella di pagamento per consentire di verificare la corrispondenza con l'atto notificato al contribuente. In particolare, *"il concessionario della riscossione ha l'obbligo di conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione o l'avviso di ricevimento, al fine di farne esibizione su richiesta del contribuente, ma ciò non implica anche che il concessionario che intenda agire o resistere in giudizio sia esonerato dall'obbligo di fornire la prova di aver correttamente proceduto alla notifica, poiché in tal caso l'obbligo della conservazione permane per il tempo necessario per l'uso processuale (nel caso di specie, era mancante la prova della notifica delle cartelle di pagamento, avuto riguardo, non solo a quelle la cui mancanza era stata confermata da Equitalia, ma anche a quelle relativamente alle quali il concessionario aveva depositato fotocopie nel giudizio d'appello, che riproducevano, però, da un lato, la spedizione di un avviso di deposito da cui non era dato evincere a quale cartella si riferisse, dall'altro lato, la relata di notificazione che non si accompagnava alla completa esibizione della cartella, sicché era impossibile stabilire la connessione con la cartella medesima)"*[7]. La conservazione di copie è funzionale a verificare la corrispondenza e coincidenza del contenuto delle cartelle in possesso dell'Ufficio con quelle notificate al contribuente e tale comparazione potrà avvenire in giudizio, qualora il contribuente faccia espressa richiesta di esibizione dell'atto.

3. Sull'impugnabilità dell'estratto ruolo

Molto si è discusso sull'impugnabilità del ruolo. Taluni hanno ritenuto che esso sia un atto autonomamente impugnabile, nel termine di sessanta giorni, perché rientrante

nell'elenco tassativo di cui all'art. 19 del D. Lgs. 546/92. In tal senso si è espressa la Commissione Trib. Prov. Puglia *“è legittimo il ricorso proposto avverso i ruoli esecutivi, determinanti la emissione delle relative cartelle di pagamento mai notificate al contribuente. In ipotesi siffatte, invero, l'impugnazione dei ruoli è legittima in quanto concernente atti propedeutici ad atti esecutivi emessi e non notificati, impugnabili in quanto tali per esistenza del legittimo diritto ad agire. In ogni caso, l'art. 19, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 546 del 1992, enuclea tra gli atti impugnabili anche il ruolo” [8]*. Altri ritengono che tale impugnazione[9] non sia ammissibile atteso che *“i ruoli sono atti interni dell'Amministrazione, i quali non possono essere oggetto di impugnativa in via autonoma, ma solo con l'impugnazione dell'atto impositivo (di regola la cartella esattoriale) attraverso il quale il contribuente assume contezza dell'iscrizione a ruolo” [10]*.

Ancor di più, ha generato dubbi e *querelle* l'impugnabilità [11] dell'estratto di ruolo. Quest'ultimo non rientra nell'elenco tassativo di cui all'art. 19 del D. Lgs. 546/92 che indica gli atti autonomamente impugnabili e, per tale ragione, risulterebbe inimpugnabile. Ma, come noto, la disciplina tributaria oltrechè rispettare il diritto scritto, deve conciliarsi con il diritto vivente. Con le esigenze della società che si evolve continuamente. Ebbene il diritto vivente si è più volte espresso sull'impugnabilità degli atti anche qualora non siano ricompresi nell'elenco tassativo di cui alla prefata disposizione, qualora sia ravvisabile una pretesa fiscale. In particolare, la Corte, nel suo massimo consesso, con sentenza 02/10/2015 n° 19704 ha enunciato il seguente principio di diritto *“è ammissibile l'impugnazione della cartella (e/o del ruolo) che non sia stata (validamente) notificata e della quale il contribuente sia venuto a conoscenza attraverso l'estratto di ruolo rilasciato su sua richiesta dal concessionario, senza che a ciò sia di ostacolo il disposto dell'ultima parte del terzo comma dell'art. 19 d.lgs. n. 546 del 1992, posto che una lettura costituzionalmente orientata di tale norma impone di ritenere che la ivi prevista impugnabilità dell'atto precedente non notificato unitamente all'atto successivo notificato non costituisca l'unica possibilità di far valere l'invalidità della notifica di un atto del quale il contribuente sia comunque legittimamente venuto a conoscenza e pertanto non escluda la possibilità di far valere tale invalidità anche prima, nel doveroso rispetto del diritto del contribuente a non vedere senza motivo compresso, ritardato, reso più difficile ovvero più gravoso il proprio accesso alla tutela giurisdizionale quando ciò non sia imposto dalla stringente necessità di garantire diritti o interessi di pari rilievo rispetto ai quali si ponga un concreto problema di reciproca limitazione”*. La Corte, nel suo massimo consesso, fonda il suo *decisum* sulla necessità

di garantire al contribuente l'accesso alla tutela giurisdizionale mediante impugnazione di un atto sebbene quest'ultimo non sia ricompreso nell'elenco di cui all'art. 19 D.lgs. 546/92. Tuttavia, tale orientamento si pone in contrasto con un ultimo orientamento della Corte secondo il quale "l'estratto di ruolo, atto interno all'Amministrazione, non può essere oggetto di autonoma impugnazione, ma deve essere impugnato unitamente all'atto impositivo, notificato di regola con la cartella di pagamento nella quale il ruolo viene trasfuso, in difetto non sussistendo un interesse concreto ed attuale al contribuente, ex art. 100 c.p.c. ad instaurare una lite tributaria, che non ammette azioni di accertamento negativo del tributo" [12]. Ecco che nasce una contrapposizione tra due principi fondamentali: da un lato il principio di tassatività, principio cardine dell'ordinamento giuridico; dall'altro il diritto di difesa ogni qualvolta il contribuente ravvisi nell'atto notificato una pretesa tributaria, maturando un interesse ad agire.

4. Conclusioni.

La complessa questione sull'impugnabilità degli atti non rientranti nell'elenco di cui all'art. 19 del D. Lgs. 546/92 andrebbe esaminata alla luce delle garanzie costituzionali da riconoscere al contribuente e in considerazione dell'oggetto della pretesa tributaria. Ogniqualvolta sia ravvisabile dall'atto una pretesa tributaria, nasce l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c. che, d'altronde, è il presupposto per promuovere un'azione giudiziaria ed ottenere tutela. Tale tutela dovrebbe operare anche qualora l'atto non sia tassativamente indicato dalla legge come "autonomamente impugnabile".

Note e riferimenti bibliografici

[1]Cass. civ. Sez. Unite, 17/11/2016, n. 23397 in *Pluris* "il principio, di carattere generale, secondo cui la scadenza del termine perentorio sancito per opporsi o impugnare un atto di riscossione mediante ruolo, o comunque di riscossione coattiva, produce soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito, ma non anche la cd. "conversione" del termine di prescrizione breve eventualmente previsto in quello ordinario decennale, ai sensi dell'art. 2953 c.c., si applica con riguardo a tutti gli atti - in ogni modo denominati - di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva di crediti degli enti previdenziali, ovvero di crediti relativi ad entrate dello Stato, tributarie ed extratributarie, nonché di crediti delle Regioni, delle Province, dei Comuni e degli altri Enti locali, nonché delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie o amministrative e così via. Pertanto, ove per i relativi crediti sia prevista una prescrizione (sostanziale) più breve di quella ordinaria, la sola scadenza del termine concesso al debitore per proporre l'opposizione, non consente di fare applicazione dell'art. 2953 c.c., tranne che in presenza di un titolo giudiziale divenuto definitivo. (Rigetta, App. Catania, 16/05/2014)

[2]Commiss. Trib. Prov. Lombardia Milano Sez. I, 03/02/2017 in *Pluris* "è illegittima la notifica per posta elettronica certificata della cartella di pagamento in formato pdf, senza l'estensione denominata "p7m", non potendo ritenersi in tale ipotesi soddisfatta la certificazione della firma".

[3] Cass. civ. Sez. lavoro, 23/01/2017, n. 1698 in *Quotidiano Giuridico*, 2017 “la cartella di pagamento con la quale l'ente previdenziale fa valere un credito contributivo non è un atto esecutivo ma preannuncia l'esercizio dell'azione esecutiva ed è, pertanto, parificabile al precetto; ne consegue che la sua notificazione all'erede in pendenza della procedura di liquidazione dell'eredità con beneficio d'inventario non cade nel divieto previsto dall'art. 506 c.c. che vieta le procedure esecutive dopo la pubblicazione prescritta dal terzo comma dell'art. 498 c.c.”.

[4] Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 17/01/2017, n. 960 in *Fisco*, 2017, 6, 596 “spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione delle controversie relative all'impugnazione di una cartella di pagamento con la quale la Regione faccia valere nei confronti di una concessionaria ACI il credito nascente dal mancato riversamento alla Regione, da parte di detta concessionaria, delle somme riscosse a titolo di tassa automobilistica”.

[5] Cass. civ. Sez. Unite, 05/01/2016, n. 29 in *Massima redazionale*, 2016 “il Giudice Tributario è giurisdizionalmente competente in relazione alla controversia avente ad oggetto l'impugnazione dell'ingiunzione fiscale emessa dal Comune per la riscossione dell'I.C.I. in pendenza di un giudizio tributario promosso contro l'avviso di accertamento, così come disciplinato dall'art. 68 del D.Lgs 31 dicembre 1992, n. 546, ciò in quanto la detta ingiunzione è assimilabile ad una controversia in cui venga impugnato un ruolo”.

[6] Cass. civ. Sez. VI - 3 Ordinanza, 12/01/2017, n. 637 in *Massima redazionale*, 2017 “in riferimento alla riscossione coattiva mediante iscrizione a ruolo di entrate di natura non tributaria, qualora il debitore abbia impugnato la cartella di pagamento, emessa dall'Agente della riscossione, per motivi che attengono ai vizi della cartella medesima, compreso il vizio di motivazione, l'impugnazione deve essere rivolta nei confronti dell'Agente della riscossione, il quale, ove assuma che il vizio sia imputabile all'ente impositore, può estendere il giudizio a quest'ultimo”.

[7] Cass. civ. Sez. V, 08/02/2017, n. 3356 in *Fisco*, 2017, 9, 897.

[8] Commiss. Trib. Prov. Puglia Bari Sez. X, 16/04/2015 in *Massima redazionale*, 2015.

[9] Cass. civ. Sez. V, 15/01/2016, n. 569 in *CED Cassazione*, 2016 “il caso di estinzione del processo tributario, l'iscrizione a ruolo dell'imposta presuppone la definitività dell'accertamento, sicché deve essere preceduta dalla regolare comunicazione dell'ordinanza di estinzione al contribuente per consentirgli l'eventuale proposizione del reclamo. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto illegittima l'iscrizione a ruolo dell'imposta, per omessa comunicazione agli eredi dell'ordinanza di estinzione del giudizio). (Cassa e decide nel merito, Comm. Trib. Reg. Lombardia, 20/02/2008)

[10] Commiss. Trib. Reg. Sicilia Palermo Sez. I, 08/02/2017 in *Massima redazionale*, 2017

[11] Cass. civ. Sez. V, 11/08/2016, n. 16956 in *CED Cassazione*, 2016 “in tema di contenzioso tributario, l'atto impugnato, che, di regola, diviene definitivo in caso di estinzione del giudizio non essendo un atto processuale ma l'oggetto dell'impugnazione, non si sottrae all'effetto del giudicato parziale formatosi tra le parti, a cui l'ufficio impositore deve adeguare la propria posizione sostanziale, anche nell'ipotesi di estinzione per omessa riassunzione del giudizio di rinvio, poiché non può porre in riscossione il tributo sulla base dell'atto impositivo impugnato “come se” quest'ultimo non fosse stato ritenuto, per taluni aspetti, illegittimo con sentenza passata in giudicato. (Cassa e decide nel merito, Comm. Trib. Reg. Lombardia, 14/01/2011)

[12] Commiss. Trib. Reg. Lazio Roma Sez. XXI, 11/04/2016 in *Massima redazionale*, 2016.

IL RUOLO E LA FUNZIONE DEL NOTAIO NELLA TRASCRIZIONE DEGLI ACCORDI TRA CONIUGI IN SEDE DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA

La trascrizione degli accordi raggiunti in sede di negoziazione assistita, con particolare riferimento a quelli in materia familiare. Studio sui vari iter procedurali adottabili per la trascrizione degli accordi citati, potendo i coniugi addivenire anche al trasferimento di diritti reali immobiliari tra loro o in favore dei figli.

Pasquale Ragone - Pubblicazione, mercoledì 19 aprile 2017
Redattore: **Rosa Mugavero**

Sommario: 1. Brevi cenni sulla procedura di negoziazione assistita; 2. La negoziazione assistita e le controversie in tema di separazione e divorzio: il ruolo e la funzione di garanzia del Notaio; 2.1. Il procedimento con trasferimento avente efficacia immediata (cd. Tesi unifasica); Segue 2.2. Il procedimento obbligatorio (cd. Procedimento bifasico); 3. Conclusioni finali.

Premessa

Il presente breve articolo, mira a delineare il ruolo e la funzione del Notaio in materia di trascrizione di accordi intrapresi in sede di negoziazione assistita, con particolare riferimento agli accordi di negoziazione assistita in materia familiare ex art. 6 legge 10 novembre 2014 n.162, descrivendo i vari iter procedurali adottabili per la trascrizione degli stessi, potendo i coniugi con detti accordi addivenire anche al trasferimento di diritti reali immobiliari tra loro o in favore dei figli. Vista l'importanza della tematica per l'operatore giuridico, ivi compreso il magistrato incaricato del rilascio del nullaosta o della omologa dell'accordo, si cercherà di meglio delineare quello che è il ruolo del Notaio, quale soggetto preposto dall'ordinamento alla tutela e alla garanzia della regolare tenuta dei registri immobiliari.

Problematiche analoghe sono state affrontate in Giurisprudenza anche in passato in materia di trasferimenti immobiliari effettuati nell'ambito di accordi di separazione/divorzio.

Sul punto di recente, notevole è stata l'importanza mediatica attribuita ad un decreto del Presidente del Tribunale di Pordenone del 16 marzo 2017, il quale ha ritenuto

trascrivibile un accordo intrapreso in sede di negoziazione assistita in materia di separazione coniugale sprovvisto della imprescindibile autentica Notarile.

Prima di entrare nel merito della tematica ed al fine di una migliore comprensione della stessa, è opportuno premettere brevi cenni sulla disciplina e sulla natura della procedura di negoziazione assistita.

1. Brevi cenni sulla procedura di negoziazione assistita

La procedura di negoziazione assistita, introdotta dal **D.L. 12 settembre 2014 n. 132** convertito in L. 10 novembre 2014 n. 162, consiste in un accordo con il quale le parti, assistite da uno o più avvocati, convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole una controversia. Trattasi di una procedura alternativa alla giurisdizione ordinaria, rientrando tra gli istituti della cd. A.D.R. (Alternative Dispute Resolution), la cui funzione è quella di **favorire la risoluzione in via stragiudiziale delle controversie già insorte** e che potrebbero sorgere, mediante l'introduzione di disposizioni idonee a consentire la riduzione del contenzioso civile: determinate materie che tradizionalmente erano affidate alle cure della magistratura, vengono oggi rese possibili oggetto di accordi delle parti.

Possiamo distinguere tra negoziazione assistita facoltativa e negoziazione assistita obbligatoria.

Le parti possono infatti avvalersi della procedura in esame per tutte le controversie vertenti in materia di diritti disponibili, in luogo di altri strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. Viceversa la stessa è obbligatoria, essendo prevista a pena di improcedibilità ex art. 4 D.L. n. 132/14, per tutte le controversie per le quali le parti intendono chiedere il pagamento – a qualsiasi titolo – di somme inferiori a € 50.000 nonché per tutte le cause, indipendentemente dal valore, aventi ad oggetto richieste di risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti.

Inoltre, salvo che non vi siano figli minori o figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, la norma rende applicabile la procedura di negoziazione assistita anche al fine di raggiungere una **soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio** nei casi di cui all'art. 3, comma 1, n. 2), lett. b) della legge n. 898/1970.

La procedura di negoziazione assistita **in materia familiare è facoltativa**, ed è prevista non solo al fine della risoluzione della crisi coniugale, ma anche a tutela dei figli minori, dei figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, ponendosi quale strumento utile a raggiungere consensualmente una risoluzione della controversia in materie che in passato erano sottratte alla autonomia privata. L'equo bilanciamento tra autonomia privata e tutela delle situazioni soggettive meritevoli di protezione, è garantita dall'intervento del Procuratore della Repubblica il quale, rilascia un nullaosta ovvero autorizza l'accordo frutto della negoziazione.

L'art. 6 comma 2 prima parte della L. 162/2014 infatti dispone che, in mancanza di figli che si trovino nelle suddette condizioni, *“l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3”*; invece se la coppia ha figli che versino nelle situazioni sopra indicate *“l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente”*: in tale ipotesi però, il controllo del magistrato non è di mera regolarità, ma deve valutare se l'accordo risponda *“all'interesse dei figli”*. In caso di esito positivo lo autorizza, mentre se ritiene che l'accordo non risponda all'interesse dei figli, *«lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo»*.

Come si vede dunque, con disposizione abbastanza discutibile, nella negoziazione assistita il legislatore all'art. 6 della legge 162/2014, diversamente da quanto accade nell'istituto della media conciliazione disciplinato dal d.lgs 4 marzo 2010 n.28, prevede che non vi sia un solo soggetto terzo imparziale che dirige il tentativo di amichevole composizione della lite, essendo gli avvocati delle parti (che per antonomasia, in virtù del loro ruolo, non possono avere una posizione di terzietà rispetto alle parti) a ricoprire il ruolo di mediatori[1].

Si ripropongono inoltre, anche con riferimento alla negoziazione assistita di cui all'art. 6 della l. 162/2014, problematiche analoghe a quelle che di recente si sono poste in ordine alla natura giuridica degli accordi in sede di separazione/divorzio: è pertanto fondamentale analizzare quello che è il ruolo del Notaio all'interno di siffatti accordi, anche al fine di meglio comprendere la reale portata e le perplessità suscitate da quella

tesi, minoritaria, che ammette la trascrivibilità di tali accordi anche senza l'intervento del Notaio, di recente fatta propria dal Presidente del Tribunale di Pordenone con il decreto sopra menzionato.

2. La negoziazione assistita e le controversie in tema di separazione e divorzio: il ruolo e la funzione di garanzia del Notaio.

Come si è sopra accennato, l'**art. 6 della legge 162/14** estende l'applicabilità della convenzione di negoziazione assistita anche alla soluzione delle crisi coniugali/genitoriali, potendo l'accordo avere ad oggetto una soluzione consensuale di separazione personale, di divorzio o di modifica delle condizioni separative/divorzili, all'interno dei quali potrebbe essere anche concordato dai coniugi un trasferimento immobiliare tra loro o anche in favore dei figli, la cui funzione economico sociale sia appunto quella della risoluzione della crisi coniugale.

Il fondamentale ruolo del notaio, all'interno della procedura di negoziazione assistita, è ribadito dal terzo comma dell'art. 5 della legge 162/2014; la norma infatti prevede che *“Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”*. Come più innanzi si dirà, trattasi di una disposizione che secondo i primi commentatori ha carattere generale e dunque applicabile, in mancanza di espressa deroga, anche in materia di negoziazione assistita in sede di separazione e di divorzio prevista dal successivo articolo 6.

Appare di immediata evidenza che, il ruolo in capo al Notaio di garante del rispetto delle normative pubblicistiche e della regolare tenuta dei registri immobiliari, è stato espressamente riconosciuto dal legislatore anche all'interno delle norme che disciplinano la negoziazione assistita, al fine di impedire un abuso del mezzo alternativo della procedura di negoziazione che, pur avendo quale obiettivo la deflazione del contenzioso giudiziario[2], potrebbe essere utilizzata quale mezzo per eludere norme che il legislatore ha previsto nell'interesse della collettività (si pensi alle inderogabili norme urbanistiche e fiscali previste in sede di trasferimenti immobiliari, alla normativa antiriciclaggio, alla normativa relativa alla conformità catastale, alla procedura ispettiva alla quale sono sottoposti gli atti notarili da parte dell'archivio, alla tenuta dei repertori). Il legislatore dunque, con la previsione di cui all'art. 5 comma 3, affidando la funzione di trascrizione dell'accordo alle cure del Notaio, ha voluto evitare che si creassero due

distinte modalità di circolazione di beni immobili completamente contrapposte tra loro, ossia una rispettosa di norme imperative e di ordine pubblico qual' è appunto quella realizzata con il ministero del Notaio ed un'altra che, sotto le mentite spoglie del buon intento di deflazionare il contenzioso giudiziario, potrebbe invece piegarsi a fini elusivi delle suddette previsioni volte alla tutela di preminenti interessi pubblici, rendendo addirittura il sistema meno efficiente.

La stessa **Corte di Giustizia Europea con la recente sentenza del 9 marzo 2017[3]**, decidendo sul tema della possibilità della normativa nazionale di attribuire competenze esclusive ai Notai in ambito immobiliare, ha chiarito che tale facoltà non solo sussiste ma ha anche sottolineato che una scelta in tal senso da parte degli Stati contribuisce a garantire la certezza del diritto relativamente alle transazioni immobiliari ed al buon funzionamento dei pubblici registri.

L'art. 2657, comma 1 c.c. infatti prevede che "la trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente". La norma va letta accanto a quelle di analogo contenuto dettate in tema di ipoteca volontaria (artt. 2821, comma 1, e 2835, comma 1, c.c.), nonché accanto alle previsioni degli articoli 2699 e 2703 del codice, i quali attribuiscono la competenza al ricevimento degli atti pubblici, o all'autenticazione delle scritture private, al notaio (ovvero ad altro pubblico ufficiale, nei casi in cui quest'ultimo sia a ciò autorizzato dalla legge).

Secondo l'interpretazione pacifica degli artt. 2699 e 2703 del codice civile, alla competenza generale del notaio ai fini del ricevimento e dell'autenticazione riguardo agli atti negoziali, fa riscontro la competenza specifica degli altri pubblici ufficiali di volta in volta individuati dalla legge, e riscontrabile quindi solo in presenza di una tassativa disposizione normativa che tale competenza attribuisca per determinate categorie di atti[4].

La dottrina maggioritaria[5] ritiene che l'autenticità del titolo risponde all'esigenza di accrescere la certezza e l'affidabilità delle risultanze dei registri immobiliari, al fine di promuovere il massimo grado possibile di sicurezza della circolazione giuridica riguardante gli immobili.

Del resto il ruolo del Notaio in materia di trascrizione è fondamentale non solo nel sistema Italiano ma in molti altri ordinamenti, soprattutto in quelli di civil law che

tipicamente si affidano ad un sistema di Notariato di tipo latino, laddove solo il Notaio è soggetto delegato dallo Stato a svolgere tale fondamentale ruolo in sede di accordi negoziali, non potendo essere esso affidato a dei professionisti di parte come avvocati o intermediari, non essendo essi espressione dei pubblici poteri, idonei a dare pubblica fede agli accordi.

Ad esempio in **Germania**, in base al § 311 b 1 comma BGB l'assunzione dell'obbligazione di alienare o acquistare un immobile è valida solo se fatta per atto notarile[6](*notariellen Beurkundung*). In mancanza della forma notarile[7] l'atto è nullo, tuttavia non si tratta di nullità insanabile: l'atto nullo per vizio di forma viene sanato in caso di avvenuta intavolazione in seguito ad atto di rilascio (*Auflassung*) ricevuto da notaio tedesco[8]. Inoltre il § 925 del BGB, ai fini del perfezionamento dell'atto traslativo (*Auflassung*), richiede l'atto pubblico, da redigersi da un notaio tedesco[9] alla presenza contestuale delle parti; infine, i §§ 20 e 29 del GBO richiedono anch'esso l'intervento notarile ai fini del consenso all'iscrizione (*Eintragungsbewilligung*). Tutto ciò comporta, come già detto, un *controllo notarile preventivo di legalità, capacità e legittimazione* (che si aggiunge a quello da effettuarsi da parte del *Rechtspfleger*): infatti anche in Germania, così come in Italia, il notaio non può ricevere atti contrari alla legge (artt. 14 e 15 della legge notarile del 24 febbraio 1961; art. 4 della legge del 28 agosto 1969), e deve accertare la capacità di agire delle parti nonché i relativi poteri di rappresentanza (artt. 11 e 12 della legge del 28 agosto 1969)[10].

In altri sistemi, come quelli *nordici* invece (**Svezia, Finlandia, Danimarca**)[11], nei quali il sistema di pubblicità immobiliare non è affidato alle cure di un pubblico ufficiale garante come il Notaio, l'accesso alla pubblicità immobiliare ha luogo senza necessità di alcun requisito formale dell'atto traslativo (che è generalmente redatto da agenti immobiliari o dalle parti stesse). Al controllo della legalità dell'atto e della legittimazione delle parti provvede il funzionario preposto alla tenuta del registro. L'assenza di intervento di un pubblico ufficiale alla formazione dell'atto, e quindi il mancato accertamento dell'identità personale delle parti, determina inconvenienti riguardo alla provenienza del documento: sono state infatti evidenziate, nella prassi, *iscrizioni fraudolente*, in conseguenza dell'utilizzo di documenti falsi[12].

Con particolare riferimento alla trascrizione di accordi intrapresi in sede di separazione/divorzio e oggi anche in sede di accordo di negoziazione assistita, potendo i coniugi prevedere negli stessi clausole che si prefiggano di trasferire tra loro o in favore

di figli, diritti reali immobiliari o di costituire *iura in re aliena* su immobili, è opportuno chiarire quale sia l'orientamento della dottrina e della Giurisprudenza, soprattutto alla luce del decreto del Tribunale di Pordenone del 16 marzo 2017, che a ben vedere è stato oggetto di frettolosi commenti, con scopi prevalentemente mediatici .

In materia di trascrizione di tali accordi, vi sono due principali teorie: una prima tesi che potremmo definire “tesi unifasica” ed una seconda tesi, preferibile, che potremmo definire “tesi bifasica”, seguita dalla maggior parte delle pronunce di merito[13].

Segue 2.1. Il procedimento con trasferimento avente efficacia immediata (cd. Tesi unifasica)

Secondo un primo orientamento, in sede di accordo di separazione/divorzio (e dunque anche in sede di accordo di negoziazione assistita ex art. 6 l. 162/2014), **il trasferimento immobiliare potrebbe concretizzarsi con efficacia immediata, per effetto del provvedimento del giudice o dell'accordo di negoziazione munito del nullaosta del P.M o da questi autorizzato**[14], già di per sé immediatamente trascrivibile da parte del Conservatore, senza necessità del preventivo controllo di legalità espletato dal Notaio per conto dello Stato.

Tale orientamento è stato fatto proprio dal **decreto del Presidente del Tribunale di Pordenone del 16 marzo 2017** (e da ultimo dal decreto del Presidente del Tribunale di Roma del 17 marzo 2017) in materia di trascrizione degli accordi raggiunti in sede di negoziazione assistita ex art. 6 l. 162/2014; secondo quanto si legge nel decreto del Tribunale di Pordenone infatti sarebbe possibile inserire all'interno di tali accordi, clausole che prevedano trasferimenti immobiliari effettivi e dunque aventi effetti reali, con conseguente possibilità di eseguire le relative formalità presso i Pubblici Registri Immobiliari sulla base degli accordi stessi, in quanto sottoposti al preventivo controllo di legalità della autorità giudiziaria.

Il ragionamento del Tribunale di Pordenone, si fonda sul discutibile assunto per cui la norma di cui all'art. 5 comma 3 della l. 162/2014, non sia applicabile all'accordo di negoziazione assistita in materia di famiglia di cui al successivo art. 6, dovendo l'accordo di negoziazione di cui all'art. 6 comunque essere sottoposto al Procuratore della Repubblica competente affinché quest'ultimo lo autorizzi o rilasci il nullaosta; orbene poiché detto accordo **«produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono, i procedimenti di separazione giudiziari»** (i quali non

richiedendo autenticazioni delle sottoscrizioni da parte di ulteriori pubblici ufficiali a ciò autorizzati), per la trascrizione dei trasferimenti immobiliari contenuti in siffatti accordi, non sarebbe necessario l'intervento Notarile in quanto in tal modo, risulterebbe vanificata la anzidetta equiparazione ai provvedimenti giudiziari dell'accordo di negoziazione raggiunto, secondo quanto previsto dalla norma.

Secondo il citato Tribunale, la natura di **detto accordo sarebbe equiparabile al lodo arbitrale rituale dichiarato esecutivo ex art. 825 c.p.c.** e pertanto, posto che l'accordo di negoziazione assistita munito del nullaosta del Procuratore della Repubblica produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari, lo stesso potrà anche costituire valido titolo per la trascrizione senza che all'uopo sia necessarie ulteriori autenticazioni, essendo sufficienti le autenticazioni effettuate a cura degli avvocati.

Tale ricostruzione della norma è stata aspramente criticata dai primi commentatori del decreto in esame. In particolare si è osservato[15], che le motivazioni sopradette appaiono poco convincenti dal momento che si basano sull'errato presupposto che l'art. 6 sia in toto una norma speciale rispetto alle altre dettate dalla stessa legge, in materia di negoziazione assistita. Nella anzidetto commento a cura del Prof. Giuseppe Finocchiaro, si fa notare che l'art. 6 della l.162/2014 è una norma speciale nella parte in cui prevede una serie di disposizioni speciali *«al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio»*, non potendo invece tale carattere di specialità riguardare anche le formalità necessarie per la trascrizione dell'accordo di negoziazione nei pubblici registri immobiliari, posto che ai sensi dell'art. 14 disp. prel., infatti, *«Le leggi ... che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi ... in esse considerati»*.

Anche autorevole dottrina notarile[16], ha sottolineato che l'art. 5 del citato d.l. 132/2014 convertito in Legge 162/2014, è una norma di carattere generale che trova la sua applicazione anche all'interno della procedura speciale di negoziazione assistita di separazione e di divorzio, non sussistendo alcun motivo ragionevole per limitarne l'applicazione.

Alle stesse conclusioni giunge persino il resoconto della Giunta e Commissioni presso la Camera dei Deputati del 27 ottobre 2014 – Presidenza del Deputato Donatella Ferranti, il

quale senza fare distinzione alcuna per la negoziazione assistita in materia familiare, ha ribadito la necessità che il processo verbale dell'accordo sia autenticato da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato quando l'accordo riguardi la conclusione di contratti o atti soggetti a trascrizione.

La Giurisprudenza di merito[17] che si è occupata della questione ha infatti aderito a detto orientamento. In particolare il **decreto del Presidente del Tribunale di Genova del 29 marzo 2016** ha precisato che *“l’articolo 5 della legge 162/2014, per collocazione e contenuto, è disposizione che riguarda in generale tutti gli aspetti collegati al raggiungimento di un accordo a seguito della negoziazione assistita: ha dunque portata generale, non limitata per materie, la previsione circa la richiesta autenticazione delle sottoscrizioni sul verbale di accordo...Il successivo articolo 6 non contiene una testuale regola che deroghi a tale onere formale ed anzi si può osservare, a contrario, che il suo comma 3 prevede bensì, nella sua parte finale, l’autenticazione delle sottoscrizioni nell’accordo da parte del legale che ha assistito i contraenti. Ciò, tuttavia, è consentito esclusivamente ai fini della successiva trasmissione all’ufficiale dello stato civile per i conseguenti adempimenti anagrafici, mentre un analogo potere certificativo non viene riconosciuto ai difensori ai fini delle trascrizioni immobiliari”*. Il citato decreto specifica altresì che *“...Il verbale di accordo patrimoniale tra i coniugi intervenuto in sede giudiziale, tuttavia, non presenta alcun problema dal punto di vista della identificazione delle parti contraenti grazie all’attività certificativa resa in udienza dal cancelliere quando vi è tale possibilità, o comunque dal magistrato che sottoscrive il verbale di udienza”* (e dunque non già dagli avvocati di parte). *“Non è possibile parlare di un’equiparazione tra verbale giudiziale e accordo negoziato, spinta fino all’attribuzione sul terreno sostanziale di un potere certificativo ai difensori, che la disposizione sulle negoziazioni assistite in materia familiare, prevede solo limitatamente agli effetti anagrafici, ma non per le trascrizioni immobiliari”*.

Il tribunale di Genova giustifica le proprie conclusioni in quanto se così non fosse *“si realizzerebbe l’unico caso in tutto l’ordinamento nel quale al difensore sarebbe attribuito un potere certificativo per le attività negoziali, che non è riconosciuto né per le ordinarie formalità di trascrizione dall’art. 2657 c.c. e neppure è contemplato nella disciplina sulla cd. Mediaconciliazione. Il d.lgs n. 28 del 2010 al suo articolo 11 comma 3 infatti prescrive che il verbale conclusivo della mediazione, quando si tratti di atti soggetti a trascrizione, debba recare la sottoscrizione della parte da pubblico ufficiale autorizzato: con disposizione che risulta quindi integralmente riprodotta nell’art. 5 della*

successiva e richiamata legge che nel 2014 ha introdotto la negoziazione assistita”.

Ulteriore motivazione a sostegno della tesi per cui risulta necessaria l'autentica notarile si evince dal decreto del Tribunale di Catania del 24 novembre 2015, il quale specifica che “*....se con la negoziazione assistita le parti realizzano un negozio transattivo coincidente con quello di cui all'art. 1965 c.c., il regime di trascrizione sarà quello di cui all'art. 2643 n.13 c.c. e, nei casi di trascrizione mista, quello di cui all'art. 2643 n.1 c.c.....Dato che l'accordo di negoziazione è assimilabile a una transazione, trascrivibile ai sensi dell'art. 2643 c.c., nessun dubbio che il citato art. 5 sia ad esso applicabile, trattandosi di un atto soggetto a trascrizione. Quanto alla individuazione del pubblico ufficiale nell'ipotesi di costituzione o trasferimento di diritti reali....., appare evidente che non possa che trattarsi del Notaio*”. Il tribunale di Catania basa le proprie argomentazioni, come sostenuto da altri commentatori della vicenda[18], sulla disposizione contenuta nell'art. 19 comma 4 della legge n. 122/10 che ha modificato l'art. 29 della legge 27 febbraio 1985 n. 52, inserendo il comma 1-bis e prevedendo che «*gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, ad esclusione dei diritti reali di garanzia, devono contenere, per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all'identificazione catastale:*

- il riferimento alle planimetrie depositate in catasto;

*- la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale. La predetta dichiarazione può essere sostituita da un'attestazione di conformità da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale. Prima della stipula dei predetti atti il **Notaio** individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari».*

Come si vede, dalla norma emerge in modo univoco che il legislatore – nel dettare misure urgenti volte a contrastare l'elusione fiscale e contributiva – ha **espressamente demandato al «Notaio»** e non ad altri operatori giuridici, il compito dell'individuazione e della verifica catastale, nella fase di stesura degli atti traslativi. Dunque è nel rogito notarile e solo in esso, che può avvenire il controllo espletato dal Notaio rogante per conto dello Stato in ordine alla conformità catastale, controllo che non può essere demandato a soggetti non aventi funzione di terzietà (come appunto gli avvocati di parte), trattandosi di un controllo statale, previsto a presidio di superiori ed inderogabili

interessi pubblici coinvolti. Il citato Tribunale di Catania inoltre ha precisato che *“La circostanza che il comma 2 dell’art. 6 preveda che, là dove il P.M non ravvisi irregolarità, comunica agli avvocati il nulla osta per gli adempimenti necessari, non conferisce certamente natura di atto pubblico all’accordo, che è e resta di natura privata.....Né può soccorrere a tal fine l’art. 6 comma 3, in base al quale l’accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti della crisi familiare. Tale disposizione infatti, non è in grado di conferire all’accordo di negoziazione la natura di una sentenza, e cioè la forma pretesa dall’art. 2657 c.c. ai fini della trascrizione di un trasferimento immobiliare, in quanto non promana da un organo giurisdizionale.....E neanche può ritenersi che sia sufficiente l’autenticazione delle firme effettuata dai procuratori delle parti, poiché anche se in sede di autentica gli avvocati rivestono la funzione di pubblici ufficiali, nella specie non potrebbero sopperire ai poteri certificativi conferiti dal legislatore solo ai Notai”*.

Pertanto il Giudice per risolvere questioni non espressamente prese in considerazione dall’art. 6, qual è appunto quella in esame, dovrà necessariamente applicare le norme di carattere generale. Inoltre, a ben vedere, tale conclusione pare essere suffragata in maniera incontestabile dallo stesso art. 6 terzo comma ultimo periodo, il quale nell’imporre agli avvocati delle parti l’obbligo di trasmissione di copia autenticata dell’accordo all’ufficiale dello stato civile, espressamente richiama la norma generale, laddove parla di copia dell’accordo *“munita delle certificazioni di cui all’articolo 5”*.

Segue 2.2. Il procedimento obbligatorio (cd. Procedimento bifasico)

Secondo tale diverso orientamento, in sede di accordo di separazione/divorzio (e dunque anche in sede di accordo nella negoziazione assistita di cui all’art. 6 legge 162/2014), il trasferimento immobiliare può essere concretizzato in due fasi, una prima fase nella quale le parti si obbligano a porre in essere l’atto traslativo ed una seconda fase con la quale si adempie a detto obbligo mediante la stipula dell’atto notarile. In tal caso dunque, in sede di redazione dell’accordo, si porrà in essere un vero e proprio contratto preliminare[19] mediante il quale il coniuge non trasferente acquisirà al proprio patrimonio il diritto alla stipula del contratto definitivo, diritto che sarà suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.[20], nonché secondo alcuni ammettendo la natura di atto pubblico del verbale di separazione consensuale, suscettibile anche di trascrizione ex art. 2645-bis c.c.[21]. Secondo alcuni infatti l’accordo di negoziazione

assistita potrebbe avere anche mero contenuto obbligatorio e limitarsi a rinviare ad un successivo momento l'atto traslativo del diritto reale, essendo in tal caso necessario l'intervento del Notaio ai fini della trascrizione di siffatto accordo avente natura obbligatoria ed assimilabile ad un contratto preliminare, trascrivibile ex art. 2645-bis c.c.[22]

Il successivo atto traslativo sarà un atto solvendi causa, volto dunque al mero adempimento dell'obbligo assunto in sede di accordo, la cui causa esterna opportunamente dovrà essere espressamente richiamata all'interno dell'atto.

Dunque secondo tale orientamento, recepito dalla maggior parte delle pronunce in materia[23], è possibile inserire all'interno dell'accordo soltanto clausole aventi mera efficacia obbligatoria. In particolare, molto chiaro sul punto appare il decreto del **Tribunale di Milano – sez. IX civ. del 21 maggio 2013[24]** (Presidente estensore dott.ssa Nadia Dell'Arciprete), il quale aderendo ha stabilito che *“Le parti, per effetto della loro autonomia contrattuale e della conseguente interpretazione dell'art. 711 c.p.c. e 4, comma 16°, legge div., possono sì integrare le clausole consuete di separazione e divorzio (figli, assegni, casa coniugale) con clausole che si prefiggono di trasferire tra i coniugi o in favore di figli diritti reali immobiliari o di costituire iura in re aliena su immobili: tuttavia, debbono ricorrere alla tecnica obbligatoria e non a quella reale, pena la possibile vanificazione dello strumento di tutela prescelto. Tale tecnica obbligatoria, peraltro, consente pacificamente l'applicazione dell'art. 2932 c.c. e, quindi, di porre rimedio ad eventuali inadempimenti successivi alla pattuizione. Si tratta di una interpretazione oggi confermata dai più recenti interventi normativi del Legislatore: l'art. 19 comma IV della legge 30 luglio 2010 n. 122, di conversione del d.l. 21 maggio 2010 n. 78 ha, infatti, manipolato l'art. 29 della legge 27 febbraio 1985 n. 52, inserendo il comma 1-bis in cui si demanda in modo espresso al «notaio» e non ad altri operatori, il compito della individuazione e della verifica catastale, nella fase di stesura degli atti traslativi così concentrando, nell'alveo naturale del rogito notarile, il controllo indiretto statale a presidio degli interessi pubblici coinvolti. Ne consegue, quale corollario fisiologico, che il controllo del notaio non può certo essere sostituito da quello del giudice, ostandovi l'evidente quanto pacifica diversità di ruolo e funzioni. Soprattutto, comunque, si versa in un ambito governato dal principio di tassatività e legalità in cui la figura professionale scelta dal legislatore (notaio) è insuscettibile di interpretazione analogica”*.

Si è altresì sottolineato[25] che le maggiori difficoltà che pone la tesi del procedimento unifasico riguardano la tutela delle parti contraenti e la responsabilità del pubblico ufficiale terzo che riceva l'atto, dal momento che diversamente dal Notaio:

- l'obbligo del cancelliere di curare la trascrizione deriva dall'art. 6 del T.U. Imposte ipotecarie e catastali, norma la cui violazione determina una mera sanzione di tipo pecuniario e non la responsabilità prevista dall'art. 2671 c.c.[26];
- non vi è alcun supporto normativo per affermare la responsabilità civile del pubblico ufficiale che riceve il verbale in cui venga trasferito un immobile abusivo[27];
- non vi è una disposizione che imponga al pubblico ufficiale che riceve il verbale di accertare l'identità delle parti, di accertarne la legittimazione a disporre, nonché di adeguare la dichiarazione dei coniugi alla normativa vigente in omaggio alla cd. Funzione di adeguamento propria del Notaio, né di accertarsi della effettiva titolarità del bene e della libertà del medesimo da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli[28];
- manca infine una norma che, analogamente a quanto fa l'art. 28 della legge notarile, imponga al pubblico ufficiale che riceva il verbale di effettuare un controllo di legalità.[29]

Tutte le suddette critiche sembrano essere state recepite dalla maggior parte dei Presidenti di Tribunale, i quali nella stragrande maggioranza dei casi vietano l'inserimento di atti traslativi di beni immobili all'interno dei verbali di separazione, ritenendo ammissibile solo l'assunzione di un obbligo da perfezionarsi successivamente in sede notarile[30].

Inoltre, dopo l'introduzione del procedimento di negoziazione assistita, l'orientamento in esame pare sia stato recepito da numerose Procure di Italia alcune delle quali, all'indomani dell'entrata in vigore della procedura di Negoziazione assistita, hanno dettato delle apposite linee guida, con la premura di ribadire la necessità dell'autentica notarile per il caso in cui l'accordo di negoziazione contenga trasferimenti immobiliari. Ad esempio le linee guida del Tribunale di Latina del 30 aprile 2015, redatte a cura del Procuratore aggiunto dott.ssa Nunzia D'Elia, in maniera espressa ed inequivoca richiedono che "nel caso di trasferimento immobiliare, l'accordo contenga una dichiarazione di impegno a formalizzare il trasferimento dinnanzi ad un Notaio[31].

3. Conclusioni finali.

In conclusione **il verbale dell'udienza presidenziale di separazione consensuale, il verbale di udienza collegiale nella causa divorzile, nonché l'accordo frutto della negoziazione assistita, non potranno sostituire l'indispensabile rogito notarile**, essendo il procedimento carente dal punto di vista del rispetto della normativa urbanistica, tributaria, di antiriciclaggio e in generale di tutte quelle disposizioni di legge applicabili ai trasferimenti immobiliari e volte alla tutela di preminenti interessi di natura pubblicistica, il cui controllo viene dall'ordinamento affidato esclusivamente alle cure ed al Ministero del Notaio, quale garante della legalità per conto dello Stato e in funzione di terzietà rispetto alle parti.

Devono ritenersi molto dubbie le conclusioni alle quali è giunto il Presidente del Tribunale di Pordenone con recente decreto del 16 marzo 2017, sia in quanto espressamente contrario alle norme di legge, sia in quanto pone in serio pericolo il buon funzionamento dei pubblici registri immobiliari, non essendoci un soggetto terzo che per conto dello Stato, sia deputato ai controlli necessari alla garanzia dell'intero sistema, non potendo detta funzione essere affidata tantomeno agli avvocati, i quali sono sprovvisti del requisito di terzietà proprio del Notaio, non essendo essi espressione dei pubblici poteri ma prestando il loro servizio per conto delle parti, i cui interessi spesso sono in conflitto con i preminenti interessi pubblicistici facenti capo allo Stato.

Ai fini della miglior garanzia della certezza del diritto, qualora i coniugi separandi/divorziandi intendano procedere ad un trasferimento immobiliare quale condizione dell'accordo, sembra senz'altro preferibile seguire la strada della procedura bifasica, soprattutto dal punto di vista degli effetti pratici e della sicurezza del risultato da conseguire. Del resto le stesse pronunce di merito che hanno ritenuto ammissibile la procedura unifasica hanno tuttavia ammesso la maggiore garanzia di tutela che le parti otterrebbero ove il trasferimento fosse curato dal Notaio[32].

Come si è detto sopra non solo in Italia, ma in tutti i sistemi basati su un Notariato di tipo latino, i notai sono i soli pubblici ufficiali per legge incaricati di ricevere atti immobiliari e procedere alla relativa trascrizione; tale *competenza esclusiva*, attribuita dall'ordinamento italiano all'esito di un **rigoroso concorso specialistico per esami**, dopo una adeguata pratica e successivo tirocinio, conferisce la massima garanzia possibile in ordine a preparazione giuridica e capacità professionale, garantisce che tutti gli atti giuridici, ricevuti o autenticati dal notaio, vengano sottoposti ad un rigoroso *controllo preventivo di legalità sostanziale* secondo quanto prescritto dalla legge n. 89

del 1913.

Anche il controllo ispettivo biennale, eseguito dall'Amministrazione dello Stato per il tramite gli archivi notarili, sugli atti ricevuti ed autenticati dal notaio ai sensi dell' art. 128 della legge n. 89 del 1913, rappresenta un'ulteriore garanzia del rispetto delle inderogabili norme di legge: **tale controllo ispettivo non può essere eluso, mediante la creazione di un duplice binario di modalità attuative dei trasferimenti immobiliari, a danno della sicurezza delle parti e dell'interesse generale alla corretta gestione dei registri immobiliari.** Si consideri ulteriormente la rigorosa responsabilità professionale del notaio, a garanzia della quale è istituito oltre che l'assicurazione obbligatoria (di cui agli artt. 19 e seguenti della legge n. 89/1913, ed al D. Lgs. 4 maggio 2006, n. 182), anche il cd. Fondo di Garanzia Nazionale a protezione dei clienti che siano vittime di condotte dannose dipendenti da dolo del notaio, nonché per il caso di mancato versamento delle imposte/tasse che il Notaio riceve per conto dello Stato e che, in questa fantasiosa e sui generis new generation di modalità di attuazione dei trasferimenti immobiliari, sarebbero completamente eluse, con danno per i cittadini e per lo Stato[33].

Note e riferimenti bibliografici

[1] Sul punto vedi dott. Michele Ruvolo – Giudice presso il Tribunale di Palermo, in www.ca.milano.giustizia.it, secondo il quale “si tratta di una previsione anomala per quattro ragioni: 1) davanti al giudice in sede di separazione consensuale le parti possono comparire con un solo avvocato per entrambe. In altri termini, i provvedimenti giudiziari (i decreti di omologa dei ricorsi per separazione consensuale) sostituiti dalle convenzioni di negoziazione assistita possono essere pronunciati dal giudice su ricorso di un solo Avvocato che rappresenti entrambi i coniugi; 2) in alcuni Tribunali (es. Tribunale di Milano – in linea, peraltro, con le istruzioni offerte dal Ministero della Giustizia nella scheda pratica dedicata alla separazione consensuale) gli accordi di separazione consensuale possono essere conclusi anche senza avvocati, su ricorso dei coniugi; 3) se da un lato viene normativamente prevista la facoltà degli avvocati di «negoziare» gli status dei coniugi e i loro rapporti con i figli (così manifestando fiducia verso l'attività dei legali), non pare ragionevole poi manifestare, con la richiesta di un avvocato per parte, un sospetto verso la capacità del singolo Avvocato di rappresentare in modo adeguato la famiglia in sé considerata; 4) è evidente che la necessità della doppia difesa – peraltro senza possibilità del patrocinio a spese dello Stato –costituisce un forte disincentivo alla diffusione dell'istituto” e contrasta con la funzione di terzietà che invece dovrebbe rivestire il soggetto che riveste il ruolo di negoziatore.

[2] Il legislatore, in un'ottica veramente semplificativa ed economicamente meno dispendiosa per i coniugi, avrebbe potuto prevedere innovazioni legislative che effettivamente riuscissero a raggiungere sia lo scopo di ridurre il carico di lavoro dei Giudici, sia quello di rendere meno dispendiosa e più celere la procedura: ad esempio, in altri ordinamenti di civil law identici quanto a struttura a quello italiano, la procedura di negoziazione assistita in materia di divorzio, viene posta in essere con l'intervento del Notaio e senza che sia necessario l'intervento del giudice, alleggerendo dunque in concreto il carico di lavoro di quest'ultimo, mediante l'intervento di un soggetto come il Notaio, ha funzione di terzietà e preparazione adeguata tali da conferire sicurezza giuridica all'accordo. Vedi l'ordinamento Francese - Legge n° 2016-1547 del 18 novembre 2016, ha introdotto la procedura di divorzio per mutuo consenso, posto in essere con

scrittura privata controfirmata da avvocati, depositata agli atti di un Notaio.

[3] Corte di Giustizia, Quinta Sezione, sentenza 9 marzo 2017, causa C-342/15, la quale in materia di professione forense ha altresì precisato che “l’avvocato resta sottoposto alle condizioni e alle regole professionali dello Stato membro di provenienza fatto salvo il rispetto delle norme, qualunque sia la loro fonte, che disciplinano la professione nello Stato membro ospitante, in particolare di quelle riguardanti l’incompatibilità fra l’esercizio delle attività di avvocato e quello di altre attività in detto Stato”.

[4] cfr. POET, *La esclusivita' della funzione del ricevere atti negoziali nella tradizione e nella struttura del notariato*, in *Riv. not.*, 1965, p. 437; Consiglio Nazionale del Notariato, *Autenticazione di firme, eseguita da pubblici ufficiali non abilitati a tale funzione*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, I, Roma, 1969, p. 48; MORELLO, *Le limitazioni all'esclusivita' della funzione notarile in Italia*, in *Riv. not.*, 1974, p. 922; VOCATURO, *Il potere di autentica del cancelliere: tra ars notaria e certezza pubblica (nota a Trib. Verbania 30 novembre 2005)*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1369; LAURINI, *Le funzioni notarili dei consoli*, in *Riv. not.*, 1995, 6, p. 1373; CASU, *Legge Bassanini e competenza di rogito dei segretari comunali*, in *Studi e Materiali*, 5.2, Milano, 1998, p. 649; FALZONE-ALIBRANDI, *Stipulazione in forma pubblica amministrativa*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, III, Roma, 1977, p. 814; Cons. Stato 13 febbraio 1989 n. 79, in *Vita not.*, 1989, p. 122.

[5] GABRIELLI, *Idoneità dei titoli al fine della pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 153 (ove il riferimento all'esigenza di "evitare, per quanto possibile, che il sistema dispensi informazioni non rispondenti alla realtà", che verrebbe frustrata se si "desumesse da un documento qualsiasi, non qualificato, l'esistenza del fatto da segnalarsi"); ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943, p. 131 (secondo il quale il requisito dell'autenticità "è richiesto per la maggiore sicurezza de' terzi"); MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Codice civile. Commentario. Libro della tutela dei diritti*, diretto da Mariano d'Amelio, Firenze, 1943, p. 270 ("L'autenticazione deve intendersi quale un requisito per l'effettuazione della trascrizione, essendo necessario che sussista una base idonea, obbiettivamente valutabile, per una pubblicità che è destinata a manifestare i suoi effetti *erga omnes*").

[6] Sono altresì abilitati al ricevimento di tali atti i Ratsschreiber del Baden Württemberg e gli ufficiali consolari. Inoltre sono parificati agli atti notarili i verbali di conciliazione giudiziali se in osservanza delle norme di procedura relative.

[7] Per i requisiti formali richiesti vedi Eylmann/Vaasen, *Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz Kommentar*, 3. Ed. 1995, Keidel/Winkler, *Beurkundungsgesetz*, 14. ed., Kommentar München 1999.

[8] Vedi anche Studio CNN 05.09.10.45/UE, *Prassi e costi dei trasferimenti immobiliari in Germania* Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali il 10 settembre 2005, a cura di David Oeckl.

[9] La versione originaria del § 925 del BGB attribuiva la competenza a ricevere l'*Auflassung* al funzionario preposto alla tenuta del registro; tale previsione fu sostituita con quella attuale, che attribuisce competenza al notaio, con la riforma del 1953. La previsione di forma in oggetto risponde ad esigenze di protezione delle parti, nonché di certezza ai fini probatori e di legalità dell'atto: MARTINEZ VALENCOSO, *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho aleman. Aspectos registrales*, cit., p. 54 ss.; sul punto vedi anche “L’autenticità del titolo della trascrizione nella evoluzione storica e nel diritto comparato” di Gaetano PETRELLI in www.notaioricciardi.it

[10] vedi anche “L’autenticità del titolo della trascrizione nella evoluzione storica e nel diritto comparato” di Gaetano PETRELLI in www.notaioricciardi.it secondo cui: In **Spagna** l'art. 3 LH richiede la “*escritura pública*” quale titolo per l'iscrizione. In **Portogallo**, la disciplina della pubblicità immobiliare è contenuta nel *Código do Registo Predial*, approvato con *Decreto-Lei* n. 224/84 del 6 luglio 1984 (e successive modificazioni). L'art. 1 del decreto stabilisce quale fine del *registo predial* quello di garantire la sicurezza dei traffici immobiliari. Quanto al *titolo* della pubblicità, l'art. 80, n. 1, del *Código do notariado* portoghese, approvato con *Decreto-Lei* n.

207/95 del 14 agosto 1995, richiede - sulla scia dell'art. 875 del *Código civil*- l'atto pubblico notarile (*escritura pública*) per la validità degli atti traslativi, costitutivi e dichiarativi di diritti reali immobiliari. In **Grecia**, il trasferimento della proprietà ha luogo sulla base di un contratto causale, incorporato in un atto pubblico notarile e soggetto a trascrizione (art. 1033 c.c.); è richiesta *ad substantiam* la forma dell'atto pubblico notarile per tutti gli atti costitutivi ed estintivi di diritti reali immobiliari (art. 369 c.c.); la medesima forma è da adottarsi obbligatoriamente anche per il contratto preliminare (art. 166 c.c.).

In **Olanda** ai fini del trasferimento della proprietà di beni immobili è necessario l'atto notarile, ricevuto da un notaio olandese (art. 3:31 BW)[10]. Anche in Germania, e in generale in tutti i sistemi dei *libri fondiari* (vedi *Austria, Svizzera*) è richiesto l'intervento notarile ai fini della formazione del titolo destinato all'iscrizione.

[11] Cfr., per alcune notizie su tali sistemi, PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 131 ss., nonché, Gaetano Petrelli, op. cit., su www.notaioicciardi.it

[12] "Indeed, in the Nordic systems, there have been reports on fraudulent registrations achieved by fake documents". "Real Property Law and Procedure in the European Union, General Report, by C.U. Schmid e C. Hertel, 31.5.2005, p. 31, in "<http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/>".

[13] si vedano i decreti del Presidente del Tribunale di Milano del 21 maggio 2013, del Presidente del Tribunale di Genova del 29 marzo 2016 (dott. Roberto BRACCIALINI), del Presidente del Tribunale di Napoli del 20 gennaio 2016 (dott. Franco DE RISI) e del Presidente del Tribunale di Catania del 24 novembre 2015 – (dott. Filippo PENNISI)

[14] sul punto vedi Cass. 15 novembre 2000 n. 14791 in *Rivista del Notariato*, 2001, 1193 d in *Giust. Civ.*, 2001, 2476

[15] Sul punto vedi articolo del Prof. Giuseppe Finocchiaro – su www.quotidianogiuridico.it "Negoziazione assistita e separazione: cessione di immobile senza Notaio

[16] vedi MARCO Krogh – studio civilistico CNN 571-2016/C, "Il ruolo del Notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio"

[17] Vedi anche decreto del Presidente del Tribunale di Milano del 21 maggio 2013, del Presidente del Tribunale di Genova del 29 marzo 2016 (dott. Roberto BRACCIALINI), del Presidente del Tribunale di Napoli del 20 gennaio 2016 (dott. Franco DE RISI) e del Presidente del Tribunale di Catania del 24 novembre 2015 – (dott. Filippo PENNISI)

[18] sul punto vedi anche Andrea Ferrari, Op. cit., in *Famiglia e Diritto* 6/2014, pag. 608 e dott. Michele Ruvolo – Giudice presso il Tribunale di Palermo, in www.ca.milano.giustizia.it

[19] così Cass. 21 dicembre 1987 n. 9500 in *Corr. Giur.*, 1988, 144 con nota di V. Mariconda

[20] v. Oberto "I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio" in *Famiglia e diritto*, 1995, 166

[21] Vedi T.V. Russo "Accordi di separazione e consenso traslativo: sul presunto conflitto di competenza tra notariato e magistratura" in *Notariato* 2001, 300

[22] vedi MARCO Krogh – studio civilistico CNN 571-2016/C, "Il ruolo del Notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio"

[23] Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 21 maggio 2013, Trib. Alba Circolare del 30 maggio 2012, Trib. Bologna, con effetto dall'1 gennaio 2013

[24] Vedi anche decreto del Presidente del Tribunale di Genova del 29 marzo 2016 (dott. Roberto BRACCIALINI), del Presidente del Tribunale di Napoli del 20 gennaio 2016 (dott. Franco DE RISI) e del Presidente del Tribunale di Catania del 24 novembre 2015 – (dott. Filippo PENNISI), sopra citati.

[25] sul punto vedi Andrea Ferrari "L'opportunità della procedura bifasica nei trasferimenti a causa di separazione consensuale o divorzio", in *Famiglia e Diritto* 6/2014, pagg. 600 e ss

[26] Vedi anche Gazzoni, "La trascrizione immobiliare", I, in *Cod. Civ.*, Commentario diretto da Piero Schlesinger, Milano, 1998, 688; Trapani, "Il trasferimento dei beni in esecuzione degli accordi di separazione e divorzio, in *Riv. Not.*, 2007, 1430

[27] Vedi anche Caravaglios, "Trasferimenti Immobiliari nella separazione consensuale tra

coniugi”, in Famiglia e Diritto, 1997, 426

[28] Nello stesso senso anche la dichiarazione del Presidente del Tribunale di Torino, in Rivista Notariato 1995, pag. 1101 e ss., per il quale *“il Giudice non farà (né potrebbe fare) alcun controllo sulla effettiva titolarità del diritto in capo a chi dichiara di trasferirlo, né sulla sussistenza di pesi, od oneri o vincoli di nessun genere sul bene trasferito”* avvalorata la tesi per cui il Giudice non ha i medesimi doveri e obblighi che la legge impone al Notaio

[29] Sul punto anche il Tribunale di Firenze del 20 febbraio 2009 si è espresso affermando che *“nessun controllo può essere eseguito dal Tribunale sulla validità delle condizioni della separazione che non attengono al contenuto necessario ed in particolare con riferimento al trasferimento immobiliare”*.

[30] vedi Presidente del Tribunale di Bergamo 28 settembre 2007 in Riv. Not. 2008, 1499; Presidente del Tribunale di Milano 6 marzo 2009 in Riv. Not. 2009, 879.880; Presidente del Tribunale di Lodi 18 giugno 2010; Presidente del Tribunale di Monza 14 ottobre 2008 in Banca dati Pluris Cedam Utetgiuridica

[31] Allo stesso modo si vedano linee guida dei Tribunali di Bari, Rovigo, Palermo, Catania, Padova

[32] vedi Corte di Appello di Milano 12 gennaio 2010 secondo la quale *“...potendo convenirsi con i primi giudici sulla complessità degli adempimenti che si accompagnano al trasferimento immobiliare e sulla possibile maggior garanzia di tutela che le parti otterrebbero ove detto trasferimento fosse curato da un Notaio”*

[33] Vedi *“L’autenticità del titolo della trascrizione nella evoluzione storica e nel diritto comparato”* di Gaetano PETRELLI in www.notaioricciardi.it

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI CON PARTICOLARE ATTENZIONE AL CASO DELLE HOLDING

La "sorella minore" nel caso ILVA: riflessioni sulla responsabilità amministrativa da reato infragruppo. Commento alla sentenza n. 52316 del 2016 della Corte di Cassazione.

Fabio Giuseppe Squillaci - Pubblicazione, lunedì 24 aprile 2017
Redattore: Angela Cuofano

Sommario: 1. Premessa; 2. Il caso; 3. I reati contestati: la truffa e l'associazione a delinquere. Profili problematici; 4. La responsabilità ex 231 nel caso di organizzazioni societarie complesse.

1. Premessa

Con la sentenza n. 52316/2016 la Corte di Cassazione affronta in modo trasversale questioni che hanno impegnato la dottrina nell'ultimo ventennio, spaziando dal tormentato rapporto tra gli artt. 640-bis c.p. e 316-ter c.p., alla responsabilità amministrativa degli enti con particolare attenzione al caso delle holding. La pronuncia potrebbe essere etichettata quale "sorella minore" della "saga ILVA" trattandosi di una statuizione a latere rispetto alle più famose vicende giudiziarie che hanno interessato il colosso dell'acciaio.

2. Il caso

La pronuncia della Suprema Corte muove dal ricorso presentato dal sig. Fabio Arturo Riva ed altri avverso la sentenza con la quale la Corte di Appello di Milano confermava la responsabilità penale degli imputati già accertata in primo grado dal Tribunale meneghino. Questi venivano ritenuti colpevoli dei reati di associazione per delinquere e di truffa aggravata ai danni dello Stato per il conseguimento di erogazioni pubbliche, e per l'effetto veniva riconosciuta responsabilità ex Dlgs 231/2001 in capo all'ente RIVA FIRE s.p.a.

Il nucleo centrale delle condotte ruota intorno al capo B) della rubrica imputativa, ovvero al contestato reato di cui all'art. 640-bis c.p. dal quale consegue la successiva imputazione associativa e la responsabilità dell'ente. In particolare, cercando di

semplificare le condotte contestate agli imputati, lo scenario nel quale ci muoviamo è quello di un gruppo di imprese al cui vertice è posta la RIVA FIRE s.p.a. amministrata direttamente dal Riva Fabio Arturo. La holding del gruppo Riva, per ciò che interessa, intratteneva rapporti commerciali per mezzo di due controllate ILVA S.p.a. (società esistente) ed ILVA SA (società di comodo con sede in Svizzera, ma formalmente gestita dal gruppo Riva). L'indebita interposizione fittizia di ILVA SA (società non UE) nelle procedure di scambio tra la società ILVA S.p.a. e l'acquirente finale consentiva al gruppo della famiglia Riva di acquisire erogazioni pubbliche non dovute a sostegno delle esportazioni[1]. In particolare l'art. 14 D.L. 143/1998 prevede una procedura di finanziamento dei crediti all'esportazione per incentivare il mercato attraverso la copertura delle esposizioni bancarie da parte dei venditori italiani in favore dei terzi acquirenti[2]. Sfruttando la dimensione non europea della ILVA SA, il gruppo Riva attraverso una interposizione fittizia lucrava su operazioni di vendita di prodotti in favore di soggetti terzi acquirenti, filtrati attraverso un passaggio intermedio infragruppo, ed a saldi invariati, alla società elvetica. Questa, infatti, essendo sostanzialmente una *longa manus* della controllante, nonostante avesse ricevuto l'integrale pagamento *cash flow* dall'acquirente emetteva cambiali internazionali dal valore nominale decurtato in favore della ILVA S.p.a., poi rimborsate nella differenza dallo Stato Italiano. Si registrava pertanto un'indebita duplicazione del *quantum debeatur* rispetto ad una medesima operazione posto che, come emerge dalle ricostruzioni in fatto, il patrimonio della ILVA SA confluiva integralmente in quello del gruppo controllante.

3. I reati contestati: la truffa e l'associazione a delinquere. Profili problematici

La pronuncia nonostante non si dimostri innovativa in punto di diritto è comunque apprezzabile sotto il profilo espositivo in quanto affronta in modo limpido ed organico le più spinose questioni in tema di 640-bis c.p. e 416 c.p.. E' opportuno pertanto esaminare alcuni problemi giuridici posti da tutti i ricorrenti, muovendo sicuramente dalla presunta mancata integrazione del contestato reato di truffa per il conseguimento di pubbliche erogazioni (art. 640-bis cod. pen.), per non essere stati individuati il soggetto od i soggetti indotti in errore, il che avrebbe portato a ritenere configurabile una frode "*ad incertam personam*". Per comprendere la ragione di tale affermazione è necessario mettere a fuoco il concetto di persona offesa, al quale il legislatore ha dedicato un capo intero del codice penale, senza tuttavia darne una vera e propria definizione. Dottrina e giurisprudenza, peraltro, non sono del tutto concordi nel chiarire tale concetto, identificando la persona offesa dal reato, alcuni nel titolare dell'interesse

immediatamente leso dalla norma penale, altri nella persona che dal reato viene direttamente e immediatamente offesa, e altri ancora nel titolare dell'interesse la cui offesa costituisce l'essenza del reato. Vi è, invece, assoluta concordia nel distinguere la posizione della persona offesa da quella del danneggiato civilmente, che è colui il quale, pur non essendo titolare del bene leso o messo in pericolo dall'azione criminosa, in conseguenza del reato, ha subito un danno risarcibile. La giurisprudenza in tema di truffa ha precisato che elemento essenziale del reato è che "taluno", cioè una persona fisica, sia indotto in errore, mentre non costituisce elemento essenziale l'identificazione di tale persona quando il giudice ritenga gli artifici e raggiri tali da poter avere portata ingannatoria nei confronti di chiunque. Dall'esegesi ontologicamente orientata dell'art.640 c.p. quale fattispecie generale di truffa, ne deriva che profilo dirimente è l'accertamento giudiziale dell'idoneità menzionata della condotta, dovendone valorizzare la natura di reato in contratto. Tuttavia si osserva, a contrario, che la disposizione prevede una genericità solo in ordine all'agente, utilizzando il "chiunque", ma sembra, invece, invocare la necessità di una persona offesa qualificata se solo si pone attenzione al profilo di responsabilità residuale del *deceptus*. L'idea che i reati in contratto possano tollerare, in modo generalizzato, forme di offesa soggettivamente incerte deve essere revocata in dubbio posto che, così argomentando, si accetterebbe il rischio di configurare fattispecie fisiologicamente indeterminate in spregio ai principi penali. Sarebbe più opportuno concepire tali ipotesi come eccezionali e condizionate dalla particolare natura dell'interlocutore indotto in errore. Nel caso di coinvolgimento della P.A. ovvero di enti privati è evidente che questi, pur godendo di soggettività giuridica, si muovono e vivono per mezzo dei funzionari (persone fisiche) che vi operano all'interno. In siffatte circostanze l'individuazione della persona offesa soffre della particolare struttura soggettiva (organizzativa) dell'ente, venendo in rilievo un'esigenza immediata di ricerca dell'effettivo titolare dell'interesse leso e solo di riflesso della persona fisica disponente. Ne discende che l'inquadramento tra le persone offese dal reato di soggetti complessi, (ad esempio nei casi di truffa, malversazione, peculato, *latu sensu* anche le vicende di corruzione) impongono all'interprete di ricercare gli elementi sintomatici dell'alterazione della libertà di determinazione dell'ente medesimo, rifuggendo da voli pindarici e da *probatio diaboliche*. Pertanto, come ha argutamente osservato il Collegio, «*in tema di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche gli artifici e raggiri devono essere idonei ad indurre in inganno l'ente erogatore* (Sez. 5, n. 21083 del 14/04/2004, Bellesio, Rv. 229203). *E' chiaro che l'ente erogatore muove le proprie decisioni attraverso le persone fisiche che lo*

rappresentano e che sono chiamate ad effettuare le verifiche relative alle istanze che gli sono inoltrate, ma ciò comporta, contrariamente alla truffa ad personam, che non siano necessariamente individuati i singoli passaggi volitivi a volte complessi e legati anche alla struttura organizzativa dell'ente. Il processo decisionale dell'ente si sviluppa in genere attraverso l'intervento di più soggetti cui sono demandati i diversi compiti di raccolta, verifica ed istruttoria delle istanze, nonché di assunzione e di esternazione delle decisioni, tutti soggetti potenzialmente individuabili attraverso un'indagine al riguardo. Tuttavia tale attività non appare necessaria nel momento in cui l'azione truffaldina consistente nell'immutato veri ha, come nel caso in esame, caratteristiche tali da ingannare l'intero processo decisionale costituito dai tasselli di coloro che ne sono stati parte, ciascuno dei quali confidando nella correttezza delle informazioni prospettate e più in generale dell'intera operazione ed essendo chiamato a soli controlli formali è di fatto stato tratto in inganno.» La natura fittizia di ILVA SA ha rappresentato in definitiva un artificio idoneo ad indurre in errore uno qualsiasi dei funzionari Simest addetti alla trattazione della domanda di contributi cui non è stata puramente e semplicemente rappresentata una situazione non corrispondente al vero attraverso una mera falsa dichiarazione autocertificativa, ma è stata rappresentata una situazione complessa. La valorizzazione dell'idoneità menzionata della condotta quale elemento sufficiente a ritenere integrata la tipicità del fatto reato coinvolge questioni di più ampio respiro quali il principio di offensività e quello di prevedibilità, e si colloca in una tendenza del diritto penale a privilegiare la sostanza sulla forma[3]. Il Collegio ricorda quanto da tempo sostenuto dalla giurisprudenza in tema di estorsione[4], ma del pari può essere citato quanto acquisito dalla tradizione pretoria sui concetti di pubblico agente e di PP.AA., laddove l'elemento della sostanza teleologica sembra aver annacquato il principio di stretta legalità[5]. Non sembra rilevare ai fini dell'esclusione della fraudolenta induzione in errore la circostanza che il *deceptus* abbia a sua disposizione strumenti di difesa, nel caso in esame non compiutamente utilizzati, poiché in siffatta situazione la responsabilità penale è sempre collegata al fatto dell'agente, ed è indipendente dalla eventuale cooperazione, più o meno colposa, della vittima negligente. Questa affermazione consente categoricamente di escludere che nell'ipotesi di truffa sia ipotizzabile un concorso nel reato in senso stretto tra agente e vittima, nonché forme di responsabilità da posizione o senza colpa atteso che questa potrà subire un rimprovero qualitativamente distinto.

L'eccezione sollevata dalla difesa dell'imputato in merito alla mancata derubricazione del reato di cui all'art. 640-bis c.p. in quello previsto e punito dall'art. 316-ter c.p. in

quanto ci si troverebbe non tanto in presenza di un "artificio" quanto in presenza di "omissione di informazioni dovute", ha concesso al Collegio l'opportunità di ritornare sull'annosa questione delle ondivaghe interferenze tra le due fattispecie. La fattispecie criminosa di cui all'art. 316-ter c.p. punisce, con la reclusione da sei mesi a tre anni, "*Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640-bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità Europee*". La giurisprudenza da tempo è concorde nel ritenere che l'art. 316-ter c.p., configura un reato di pericolo, e non di danno (Sez. 6, n. 35220 del 09/05/2013, Campisi Rv. 256927), e che tale reato si distingue da quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, sia perché la condotta non ha natura fraudolenta, in quanto la presentazione delle dichiarazioni o documenti attestanti cose non vere costituisce "fatto" strutturalmente diverso dagli artifici e raggiri, sia per l'assenza della induzione in errore (Sez. 2, n. 46064 del 19/10/2012, Santannerà, Rv. 254354). Deve pertanto ritenersi incontestabile potestà del giudice quella di valutare se la condotta consistente in una falsa dichiarazione, valorizzando la cornice in cui il fatto si è realizzato, integri l'artificio di cui all'art. 640-bis c.p., e se da esso sia poi derivata l'induzione in errore di chi è chiamato a provvedere sulla richiesta di erogazione. Il Collegio ha correttamente ritenuto che nel caso in esame, la falsa dichiarazione accertata non è caduta sugli elementi fattuali da rappresentare a Simest ai fini della erogazione dei contributi, ma è consistita nella *immutatio veri* circa l'esistenza di ILVA SA. Pregevole però è stata la scelta del consesso di dare atto degli arresti più importanti sulla questione acclarando *expressis verba* come «*l'ambito applicativo del delitto di cui all'art. 316-ter cod. pen. è stato, approfondito sia dalle Sezioni Unite, sia dalla Corte costituzionale*»[6]. Di recente la questione del *limes agendi* dell'art. 640-bis c.p. è stata riproposta al vaglio del supremo Consesso rinnovando le perplessità della dottrina in ordine al principio di sussidiarietà ed in particolare prospettando il quesito "se il reato di malversazione in danno dello Stato (art. 316-bis c.p.) concorra con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.)"[7]. Secondo l'informazione provvisoria diffusa dalla Suprema Corte, al quesito di è data risposta affermativa.

Del pari inconsistenti sono le censure in ordine al contestato reato associativo, in relazione alle quali il Collegio si è limitato a riprendere gli arresti più significativi. La

ratio per cui il legislatore ha configurato, come autonomo titolo di reato, il delitto di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p., consiste nel pericolo per l'ordine pubblico provocato dal vincolo associativo che intercorre tra più persone legate da un medesimo fine criminoso[8]. Ne discende che per la sussistenza del delitto di associazione per delinquere sia irrilevante la consumazione dei delitti programmati, sottesi al disegno criminoso, perché ciò che costituisce allarme sociale è la persistenza di un consesso di soggetti proclivi al crimine. Non a caso in giurisprudenza con riferimento al delitto di associazione per delinquere sovente si utilizzano come indici sintomatici perifrasi quali "un ben congegnato sistema criminoso", "un mirato programma" ecc. In punto di diritto deve ricordarsi che *«L'associazione per delinquere si caratterizza per tre fondamentali elementi, costituiti da un vincolo associativo tendenzialmente permanente, o comunque stabile, destinato a durare anche oltre la realizzazione dei delitti concretamente programmati, dall'indeterminatezza del programma criminoso che distingue il reato associativo dall'accordo che sorregge il concorso di persone nel reato, e dall'esistenza di una struttura organizzativa, sia pur minima, ma idonea e soprattutto adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi presi di mira»* (ex ceteris Sez. 2, n. 16339 del 17/01/2013, Burgio, Rv. 255359). Il criterio distintivo tra il delitto di associazione per delinquere e il concorso di persone nel reato continuato va individuato nel carattere dell'accordo criminoso, che nell'indicata ipotesi di concorso si concretizza in via meramente occasionale ed accidentale, essendo diretto alla commissione di uno o più reati determinati mentre nel reato associativo risulta diretto all'attuazione di un più vasto programma criminoso, per la commissione di una serie indeterminata di delitti, con la permanenza di un vincolo associativo tra i partecipanti, anche indipendentemente ed al di fuori dell'effettiva commissione dei singoli reati programma. La eventuale complessità delle singole operazioni, la loro pluralità, non possono rilevare per mutare la natura del contesto criminoso, perché da esse non è possibile trarre la conclusione di una alterazione della qualità del collegamento tra i sodali, da un'unione occasionale per il raggiungimento dello scopo unico ad un'unione stabile destinata, e nella comune consapevolezza, a durare a prescindere dalla sorte dell'operazione contingente. In altri termini, la "complessità organizzativa" non è elemento per sé idoneo ad imporre la qualifica associativa dell'azione collettiva, perché essa è del tutto compatibile anche con la predisposizione delle peculiari articolate condotte rese necessarie dalla corrispondente peculiarità dell'unico obiettivo e dal contesto di fatto in cui questo si colloca e concretizza.

L'elemento distintivo tra i delitti associativi, di cui agli artt. 416 e 416-bis c.p., e la

semplice partecipazione criminosa, di cui all'art. 110 c.p., è costituito dalla natura dell'accordo criminoso: come già detto, nel concorso di persone nel reato l'accordo avviene in via occasionale ed accidentale per il compimento di uno o più reati determinati, con la realizzazione dei quali si esaurisce; nei delitti associativi, invece, l'accordo criminoso è diretto all'attuazione di un più vasto programma criminoso, che precede e contiene gli accordi concernenti la realizzazione dei singoli crimini e che permane dopo la realizzazione di ciascuno di essi. Tutti gli elementi sopra indicati sono ravvisabili nel caso in esame e sono stati concretamente delineati dal Collegio atteso che il vincolo ha avuto carattere indubbiamente permanente, con una partecipazione stabile ed una divisione dei ruoli all'interno dell'holding, nonchè il *pactum sceleris* è risultato tutt'altro che occasionale essendo finalizzato alla programmazione ed alla consumazione di una serie indeterminata di delitti.

4. La responsabilità ex 231 nel caso di organizzazioni societarie complesse

La Cassazione nella sentenza in commento si adopera nel ricostruire lo scenario normativo e giurisprudenziale nel quale inserire la responsabilità del gruppo Riva. In quest'ottica interessanti sono i passi riguardanti la natura della responsabilità delle persone giuridiche, i criteri di imputazione oggettivi e soggettivi, nonché l'esame del catalogo dei reati presupposto. È noto infatti che la responsabilità ex D. Lgs. n. 231 del 2001 è stata intesa in modo eclettico come "simmetricamente indipendente e riflessa" nel senso di muovere da un reato presupposto compiuto dalla persona fisica che opera al suo interno, ma al contempo gode di vita autonoma essendo soggetta a regole proprie. Il quesito al quale il collegio ha dato risposta riguarda essenzialmente le valutazioni afferenti il criterio ascrittivo oggettivo dell'interesse e/o vantaggio, genericamente relativo a condotte riferibili alla società ILVA, senza precisare se detti riferimenti riguardino la ILVA S.p.a. oppure la ILVA SA. Il D. Lgs. n. 231 del 2001 modella la responsabilità degli enti giuridici sulla figura degli enti singolarmente considerati, senza prendere in considerazione il fenomeno, pure espressamente disciplinato dal diritto societario (artt. 2497 ss. c.c.), dei gruppi, ovvero della concentrazione di una pluralità di società sotto la direzione unificante ed il controllo finanziario di una società capogruppo o *holding*. Il fatto che, formalmente, le società facenti parte del gruppo siano giuridicamente autonome e indipendenti, non impedisce che le attività di ciascuna costituiscano espressione di una comune politica d'impresa, generalmente voluta dalla *holding* partecipante nell'ottica della diversificazione dei rischi. Il fenomeno ha posto, quindi, una serie di interrogativi in relazione alla configurabilità della responsabilità da

reato da parte di un numero indeterminato di enti che cooperano verso un obiettivo comune, cui la dottrina ha cercato inizialmente di rispondere. Il D. Lgs. n. 231 del 2001 non contiene un'espressa disciplina in tema di concorso di persone, e pertanto si è discusso sull'applicabilità in tema di responsabilità degli enti dell'art. 110 c.p., inteso quale norma generale. Parte della dottrina, citata nella sentenza, ha, in proposito, osservato che l'ammissibilità del concorso di enti giuridici nell'illecito amministrativo dipendente da reato avrebbe potuto costituire una possibile soluzione del problema della responsabilità degli enti in rapporto al fenomeno dei gruppi di imprese: *«va comunque osservato come, anche in caso di riconosciuta natura penale della responsabilità degli enti, non potrebbe ammettersi senz'altro l'operatività, rispetto alle persone giuridiche, dell'art. 110 c.p.: il carattere di clausola d'incriminazione suppletiva, proprio di tale disposizione, sembra richiedere comunque un'espressa previsione nel sottosistema in esame, del tipo di quella contenuta nell'art. 26 D. Lgs. 231/2001 a proposito del tentativo»*[9].

Altra dottrina aveva osservato che il dovere di organizzare l'attività d'impresa per prevenire la commissione dei reati costituenti presupposto della responsabilità ex D. Lgs. n. 231 del 2001 spettava ai soli enti singolarmente facenti parte del gruppo, non alla società capogruppo, e che, pertanto, la responsabilità da reato non poteva espandersi nell'ambito del gruppo a società estranee alla commissione del reato presupposto: *«nel gruppo di imprese, nonostante la direzione unitaria della capogruppo, il rischio penale deve essere fronteggiato sul piano organizzativo in completa autonomia dalle singole società, cui spetta di valutarlo alla luce della specificità dell'attività svolta senza interferenze da parte della holding»*[10]. La responsabilità amministrativa della capogruppo in ordine ai reati commessi nell'interesse oppure a vantaggio di una delle controllate era ritenuta configurabile unicamente *«in ipotesi assolutamente residuali, allorquando determinati indici oggettivi dimostrino che la condotta delittuosa è stata tenuta in esecuzione di direttive e dettami provenienti da amministratori della capogruppo, i quali non solo non hanno impedito la commissione di reati, ma hanno determinato altri soggetti alla violazione della legge penale, profittando della loro posizione di primazia all'interno del raggruppamento societario»*[11]. La tendenza a presumere la coincidenza dell'interesse di gruppo con quello immediato delle singole società controllate aveva indotto la dottrina[12] prevalente ad assumere un atteggiamento cautelativo escludendo ogni automatismo o responsabilità da posizione.

Tuttavia la centrale rilevanza dell'interesse di gruppo era già stata riconosciuta dalla

giurisprudenza civile, che, già prima della riforma del diritto societario, aveva preso atto che determinati atti compiuti in apparente pregiudizio di una delle controllate potevano essere occasione di vantaggio per l'intero assetto sociale, realizzando l'interesse mediato dell'holding. In quest'ottica si spiegano una serie di interventi legislativi volti a dare peso a fenomeni e modelli di gestione apparentemente pregiudizievoli per le singole controllate. Si prendono in considerazione gli artt. 2497 e 2947-ter del c.c., nonché, per ciò che concerne il diritto penale, le fattispecie relative alle false comunicazioni sociali ed ai reati fallimentari[13]. Per evitare l'automatica estensione alla *holding* della responsabilità da reato ascrivibile ad una o più delle società controllate facenti parte del gruppo si è, pertanto, ritenuto necessario partire dalla specifica ricostruzione del caso concreto, onde verificare se la holding esercitasse effettivamente sulla controllata un controllo di fatto tanto incisivo da lasciar legittimamente ritenere che la seconda costituisse mera e fittizia appendice della prima, e che, pertanto, gli organi di gestione della controllata fossero privi di effettiva autonomia gestionale. Peraltro l'ottica compensativa accolta dal legislatore rende inequivocabile che l'interesse "particolare" non viene sacrificato in favore di un fantomatico interesse "generale", con la conseguenza che quest'ultimo è un interesse composito dei singoli desiderata delle controllate. Questa lettura del problema consente di affermare che la coesistenza degli interessi nei termini suesposti non può rappresentare un indice di reciproca esclusione delle responsabilità. L'articolo 5, comma 2, del decreto stabilisce una coerente causa di non punibilità: *"l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi"*, e che, diversamente, nell'ambito del gruppo la responsabilità può espandersi *«in capo a tutte le società facenti parte dell'aggregazione»*[14]. Eppure, secondo la giurisprudenza penale, il gruppo d'impresa ha una valenza solo economica, non giuridica, e non scalfisce l'autonomia della singola persona giuridica, laddove, al contrario, *«la ricaduta dell'interesse/vantaggio su altri enti del gruppo produce, a certe condizioni, un allargamento della responsabilità amministrativa»*[15]. La fattispecie descritta è tutt'altro che sconosciuta alla normativa sulla responsabilità degli enti, identificandosi proprio con quell'interesse "misto" (...) identificabile attraverso il combinato disposto degli artt. 5 co. 2, 12 co. 1 lett. a) e art. 13 ult. co. D. Lgs. n.231/2001. Nella giurisprudenza di merito il tema è stato affrontato con riferimento alle ccdd società cartiere rispetto a vicende di corruzione o truffa, ribadendo il concetto poi accolto anche in sede di legittimità secondo cui *«l'illecito amministrativo da reato può essere addebitato ad un ente che rivesta il ruolo di controllante in seno ad un gruppo di società, se commesso nell'interesse comune del gruppo, indipendentemente*

dal fatto che esso ne abbia tratto diretto vantaggio; si ricava quindi che, ai fini della responsabilità dell'ente, il reato possa essere destinato a soddisfare contestualmente l'interesse di diversi soggetti (siano essi persone fisiche o altri enti), purché tra questi soggetti vi sia anche l'ente nel quale chi ha commesso il reato riveste una posizione apicale rilevante ai sensi della normativa indicata, nella specie quella di soggetto che svolge funzioni di amministratore»[16]. Ed ancora si ribadisce che «la realtà economica vede sempre più il prosperare dei gruppi di società ove si aderisse all'interpretazione restrittiva del concetto di "interesse dell'ente", si sposerebbe una visione inattuale dell'ente, concepito come una monade isolata all'interno del complesso sistema economico attuale, con conseguenti evidenti lacune di tutela tutte le volte in cui l'interesse perseguito sia ricollegabile non all'ente di cui fa parte l'autore del reato, ma ad una società controllata o controllante, oppure al gruppo nel suo insieme»[17]. L'art. 5 D. Lgs. n. 231 del 2001 va, pertanto, interpretato estendendo la rilevanza del concetto di "interesse" ricomprendendo anche quella di interesse di gruppo idonea a racchiudere le condotte di chi è in grado di impegnare l'ente all'esterno in ragione della sua capacità organizzativa e decisionale.

In ordine alla configurabilità della responsabilità amministrativa da reato ex d. lgs. n. 231/2001 nell'ambito dei gruppi di società, è finalmente intervenuta la V sezione penale della Corte di cassazione, con la sentenza n. 24583 del 17 novembre 2010 – 20 giugno 2011, affermando il principio di diritto secondo cui «*La società capogruppo [e le altre società facenti parte di un gruppo] possono essere chiamate a rispondere, ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001, per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata, purché nella consumazione concorra una persona fisica che agisca per conto della capogruppo [o delle altre società controllate], perseguendo anche l'interesse di queste ultime»[18]. Ai fini dell'affermazione di responsabilità degli enti, è sufficiente che il soggetto autore del reato abbia agito per un interesse non esclusivamente proprio o di terzi, ma riconducibile anche alla società della quale lo stesso è esponente, con la naturale conseguenza che siffatto titolo di responsabilità è individuabile anche all'interno di un gruppo di società, potendo la società capogruppo rispondere per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata laddove il soggetto agente abbia perseguito anche un interesse riconducibile alla prima. Per configurare la responsabilità (nel caso di specie) da reato di cui all'art.640-bis c.p. della holding RIVA FIRE S.p.a. non può, quindi, che farsi richiamo ai comuni criteri di accertamento della responsabilità degli enti. Nel caso in esame si è chiarito che le condotte accertate, integranti i reati-presupposto in contestazione, fossero poste in essere*

nell'interesse (valutabile *ex ante*) e si siano, comunque, risolte a vantaggio (valutabile *ex post*) anche della RIVA FIRE S.p.a. evidenziando un'identità tra quest'ultima ed i vertici di ILVA S.p.a.. In definitiva sembrano laconiche le parole del Collegio secondo cui «*Il reato è nell'interesse ed a beneficio apparente della controllata e invece "diretto" della controllante RIVA FIRE S.p.a. nella cui effettiva disponibilità finivano le liquidità di volta in volta percepite. Il profitto della truffa è soltanto transitato, e velocemente, nel mondo ILVA per raggiungere il programmato approdo finale in FIRE*».

Note e riferimenti bibliografici

[1] La Corte si preoccupa di delineare in estrema sintesi quello che etichetta come “ciclo finanziario” cui prendevano parte la società italiana ILVA S.p.a., quale esportatore nazionale, la società svizzera ILVA SA (all'uopo costituita, facente parte del gruppo ILVA e ritenuta, secondo l'ipotesi accusatoria, solo apparentemente operativa) quale importatore estero, la società finanziaria svizzera Eufintrade SA, di cui era legale rappresentante Alfredo Lo Monaco, e Banca Intesa, istituto di credito presso il quale ILVA S.p.a. aveva conto corrente e linee di credito, che fungeva da intermediario nei rapporti tra ILVA S.p.a. e la Simest S.p.a. (ente erogatore del denaro pubblico per conto e su concessione del Ministero dello Sviluppo Economico). Si intende pertanto citare il passo della sentenza a pag.25: «Le operazioni si svolgevano nel modo che segue: 1) ILVA S.p.a. vendeva (almeno in apparenza) i tubi ad ILVA SA; 2) ILVA SA vendeva gli stessi tubi all'acquirente finale (end user), al medesimo prezzo al quale li aveva acquistati; 3) per tali operazioni, ILVA S.p.a. fatturava ad ILVA SA, ed ILVA SA fatturava all'end user; 4) entrambe le fatture venivano emesse in pari data; 5) ILVA S.p.a. provvedeva direttamente alla spedizione via mare all'end user dei prodotti oggetto della trattativa commerciale e che non erano usciti dalla propria materiale disponibilità prima del loro invio; 6) l'end user pagava cash l'intero prezzo del materiale acquistato ad ILVA SA; 7) ILVA SA, ricevuto il pagamento integrale della fornitura, pagava ad ILVA S.p.a. il 15% cash e, a fronte della dilazione accordata da ILVA S.p.a., nonostante avesse già in cassa il denaro pari al restante 85% del prezzo, emetteva cambiali internazionali (promissory notes) per le quali ILVA S.p.a. aveva già ottenuto l'impegno allo sconto da parte della Eufintrade SA; 8) le predette promissory notes recavano l'importo dilazionato (come detto pari all'85% del valore della fornitura) maggiorato degli interessi CIRR (Commercia! Interest Reference Rates segnalati dall'OCSE - Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico - per le operazioni di credito all'esportazione) ed approvati da Simest S.p.a.; 9) ILVA S.p.a. trasferiva per la concordata operazione di sconto le promissory notes presso Eufintrade SA e detta operazione avveniva ad un tasso di interesse di mercato ritenuto congruo da Simest; 10) Eufintrade SA, contemporaneamente alla ricezione dei titoli da scontare, proponeva ad ILVA SA di acquistare il proprio debito ovvero le promissory notes; 11) ILVA SA, ricevuta da Eufintrade SA tale proposta, ricoprava il proprio debito ad un valore facciale inferiore e trasferiva alla Eufintrade SA il denaro contante di cui disponeva a fronte dell'avvenuto pagamento per l'intero da parte dell'end user; 12) Eufintrade SA provvedeva quindi allo sconto a ILVA S.p.a. utilizzando il denaro ricevuto dalla ILVA SA e trattenendone una percentuale per sé; 13) ILVA S.p.a. incamerava quindi un ricavo netto inferiore al valore facciale dovuto al tasso di sconto applicato; 14) l'operazione veniva quindi comunicata alla Simest per l'erogazione del contributo finalizzato a coprire in parte la differenza tra tasso attivo (CIRR) riconosciuto all'esportatore e tasso passivo applicato dall'ente scontante (Eufintrade)».

[2] Interessante lo sforzo profuso dai relatori che hanno ricostruito funditus nel punto 2) della parte motiva il quadro normativo di riferimento. Ciò che preme sottolineare è la sostenuta inapplicabilità della circolare interpretativa n. 1/15 del 23 febbraio 2015 a cura del Comitato Agevolazioni istituito presso la SIMEST. La menzionata circolare consente la possibilità che la

trading company estera possa appartenere allo stesso gruppo dell'esportatore, ovvero che non devono necessariamente essere applicate le medesime condizioni di vendita e di pagamento praticate alla società di trading estera. Tuttavia il presupposto dirimente ai fini dell'applicazione è l'effettività della transazione, circostanza che non ricorre nel caso che ci occupa, laddove l'operazione si atteggia quale mero pretesto per accedere ai finanziamenti. Per un esame completo si rinvia a pag.35 della sentenza

[3] L'ente pubblico nella giurisprudenza penale della Corte di Cassazione di Franco Fiandanese. Secondo l'A. la natura del servizio prestato e delle funzioni svolte non sono determinanti per giungere ad affermare una diversa natura giuridica del soggetto, che rimane una società di diritto privato, pur con talune deroghe rispetto alla comune disciplina. Si osserva che il principio di legalità trova fondamento nell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e che, nella giurisprudenza della Corte EDU, al suddetto principio si collegano i valori della accessibilità (accessibility) della norma violata e della prevedibilità (foreseeability) della sanzione, accessibilità e prevedibilità che si riferiscono non alla semplice astratta previsione della legge, ma alla norma "vivente" quale risulta dall'applicazione e dalla interpretazione dei giudici; pertanto, la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale. Il dato decisivo da cui dedurre il rispetto del principio di legalità, sempre secondo la Corte EDU, è, dunque, la prevedibilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto del contenuto della struttura normativa (Corte EDU 02/11/2006, ric. Milazzo c. Italia; Grande Camera 17/02/2004, ric. Maestri contro Italia; 17/02/2005, ric. K.A. ET A.D. contro Belgio; 21/01/2003, ric. Veeber c. Estonia; 08/07/1999, ric. Baskaya e Okcuoglu c. Turchia; 15/11/1996, ric. Cantoni c. Francia; 22/09/1994, ric. Hentrich c. Francia; 25/05/1993, ric. Kokkinakis c. Grecia; 08/07/1986, ric. Lithgow e altri c. Regno Unito). La tendenza sostanzialistica sembra porsi in forte tensione con questi principi.

[4] In tema si cita uno stralcio di p.50 «Del resto può ben trovare applicazione in questa sede il principio che la giurisprudenza di legittimità ha enunciato in tema di estorsione (che pure prevede la costrizione di "taluno" con violenza o minaccia a fare o ad omettere qualche cosa) secondo il quale «In tema di estorsione, l'identificazione della persona offesa non costituisce elemento essenziale del reato, con la conseguenza che, una volta accertata la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie, la responsabilità dell'autore non può essere esclusa dall'essere rimasta ignota la vittima» (fattispecie in cui è stata confermata la penale responsabilità per l'estorsione in danno di imprenditore non identificato ancorata al contenuto delle conversazioni captate) (Sez. 1, n. 48421 del 19/06/2013, Strano, Rv. 257973)».

[5] Significative alcune pronunce in questo filone a fronte del quale si antepone la sostanza al dato positivo. Con la trasformazione dell'ente pubblico economico "Poste Italiane" in società per azioni, non è più configurabile l'aggravante inerente alla natura pubblica della persona offesa dal reato di truffa, in quanto la natura eventualmente pubblica del servizio prestato assume rilievo esclusivamente ai fini della qualifica dei soggetti agenti, secondo la concezione funzionale oggettiva accolta dagli artt. 357 e 358 cod. pen. (Cass. Sez. 2, sent. n. 8797 in data 11.2.2003 dep. 24.2.2003 rv 223664).

[6] Il giudice delle leggi, con l'ordinanza n. 95 del 2004, ha evidenziato il carattere sussidiario e residuale dell'art. 316-ter, rispetto all'art. 640-bis chiarendo che l'art. 316-ter assicura una tutela aggiuntiva e "complementare" rispetto a quella offerta agli stessi interessi dall'art. 640-bis, coprendo in specie gli eventuali margini di scostamento - per difetto - del paradigma punitivo della truffa rispetto alla fattispecie della frode.

Le Sezioni Unite sono intervenute in argomento con due sentenze. In una prima occasione (Sez. U., n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi, Rv.235962), tracciando i confini tra la fattispecie criminosa di cui all'art. 316-ter e quella di cui all'art. 640-bis cod. pen., hanno sottolineato che vanno ricondotte alla fattispecie di cui all'art. 316-ter - e non a quella di truffa - le condotte alle quali non consegua un'induzione in errore per l'ente erogatore, dovendosi tenere conto, al riguardo, sia delle modalità del procedimento di volta in volta in rilievo ai fini della specifica erogazione, sia delle modalità effettive del suo svolgimento nel singolo caso concreto".

Con una successiva decisione (Sez. U, n. 7537 del 16/12/2010, dep.2011, Pizzuto, Rv. 249104), le Sezioni Unite sono poi tornate ad esaminare il tema e, proseguendo sulla strada tracciata dalla propria precedente sentenza, hanno affermato il principio secondo il quale l'art. 316-ter cod. pen. punisce condotte decettive non incluse nella fattispecie di truffa, caratterizzate (oltre che dal silenzio antidoveroso) da false dichiarazioni o dall'uso di atti o documenti falsi, ma nelle quali l'erogazione non discende da una falsa rappresentazione dei suoi presupposti da parte dell'ente pubblico erogatore. Il principio che «il reato di indebita percezione di pubbliche erogazioni si differenzia da quello di truffa aggravata, finalizzata al conseguimento delle stesse, per la mancata inclusione, tra gli elementi costitutivi, della induzione in errore dell'ente erogatore, essendo quest'ultimo chiamato solo a prendere atto dell'esistenza dei requisiti autocertificati e non a compiere una autonoma attività di accertamento» è stato successivamente ribadito da questa Sezione, in riferimento ad una fattispecie in tema di aiuti comunitari all'agricoltura.

[7] Si segnala sul punto FINOCCHIARO, Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione., in DPC.

[8] D'ILARIO, Associazione per delinquere: criterio distintivo tra il delitto di associazione per delinquere ex art. 416 c.p. e l'istituto di parte generale del concorso di persone nel reato continuato. In giurisprudenzapenale.it.

Storica in tal senso la sentenza degli anni '80: «L'ipotesi concorsuale ai sensi dell'art. 110 c.p. non trova ingresso nello schema dell'art. 416 c.p. al di là del concorso morale e limitatamente ai soli casi di determinazione od istigazione a partecipare od a promuovere, costituire, organizzare l'associazione per delinquere. Pertanto, una condotta che concretamente favorisca le attività ed il perseguimento degli scopi sociali, posta in essere da un soggetto esterno al sodalizio, non potrà essere ritenuta condotta di partecipazione al reato associativo ove non sia accompagnata, non dalla mera connivenza, bensì dalla coscienza e volontà di raggiungere attraverso quegli atti, anche se di per se stessi leciti, pure i fini presi di mira dall'associazione e fatti propri, trattandosi, in tal caso, non già di concorso nel reato di associazione, bensì di attività che realizza, perfezionandosi l'elemento soggettivo e quello oggettivo, il fatto tipico previsto dalla norma istitutiva della fattispecie associativa.» (Cass. penale, sez. I, 21/03/1988)

[9] DE VERO, La responsabilità penale delle persone giuridiche, 2008 op. cit., 311

[10] AMODIO, Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2007, 1289

[11] VACIAGO, La responsabilità amministrativa degli enti: profili normativi, in AA.VV., Il modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al d. lg. n. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative, Milano 2008, 71.

[12] PISTORELLI, Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato, in Rivista 231, 2006, 1, 15

[13] Si è, così, ritenuto che integra la distrazione rilevante ex art. 216 e 223, comma 1, L. fall. (bancarotta fraudolenta impropria) la condotta di colui che trasferisca, senza alcuna contropartita economica, beni di una società in difficoltà economiche - di cui sia socio ed effettivo gestore - ad altra del medesimo gruppo in analoghe difficoltà, considerato che, in tal caso, nessuna prognosi positiva è possibile e che, pur a seguito dell'introduzione nel vigente ordinamento dell'art. 2634, comma 3, cod. civ., la presenza di un gruppo societario non legittima per ciò solo qualsivoglia condotta di asservimento di una società all'interesse delle altre società del gruppo, dovendosi, per contro, ritenere che l'autonomia soggettiva e patrimoniale che contraddistingue ogni singola società imponga all'amministratore di perseguire prioritariamente l'interesse della specifica società cui sia preposto e, pertanto, di non sacrificarne l'interesse in nome di un diverso interesse, ancorché riconducibile a quello di chi sia collocato al vertice del gruppo, che non procurerebbe alcun effetto a favore dei terzi creditori dell'organismo impoverito (Sez. 5, n. 7326 del 08/11/2007, dep. 2008, Belleri, Rv. 239108).

[14] SGUBBI, Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001, in Rivista 231, 2006, 1, 7

[15] Idem op.cit.

[16] Trib. Milano, sez. riesame, ord. 14 dicembre 2004, in Foro it. 2005, II, 527 ss

[17] Trib. Milano, sez. G.i.p., ord. 26 febbraio 2007

[18] Il principio affermato dalla sentenza n. 24583 del 2010 è stato successivamente ribadito, almeno in apparenza, da Sez. 5, n. 4324 dell'8/11/2012, dep. 2013, Dall'Aglio, in tema di aggioaggio infragruppo

I RAPPORTI TRA SEPARAZIONE E DIVORZIO

Con l'ordinanza del 26.02. 2016 il Tribunale di Milano ritiene auspicabile l'assegnazione allo stesso giudice di entrambe le cause pendenti di separazione e divorzio aventi identità di soggetti e petitum, mentre la riunione dei procedimenti, in quanto connessi, si giustifica solo se la causa di separazione non sia in uno stato troppo avanzato.

Graziella Soluri - Pubblicazione, sabato 29 aprile 2017
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Sommario: 1. La sentenza non definitiva nei giudizi di separazione e divorzio; 2. L'evoluzione normativa ed il dibattito giurisprudenziale e dottrinale; 3. L'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione nel 2001; 4. Duplicazione dell'istruttoria quali possibili soluzioni ai fini dell'economicità del giudizio?; 5. Ordinanza del Tribunale di Milano del 26.02.2016.

1. La sentenza non definitiva nei giudizi di separazione e divorzio.

Il legislatore italiano fino al 1970 era fermo nel riconoscere l'indissolubilità del matrimonio, l'unica deroga era costituita dal riconoscimento della separazione legale. I coniugi potevano mettere fine al rapporto di coniugio per mutuo consenso manifestato o nei casi tassativi di colpa di uno dei due. Lo Stato intendeva infatti tutelare la famiglia e la sua solidità in quanto nucleo di aggregazione primario e fondamento del sistema giuridico. Con la legge 898 del 1970 (L. sul Divorzio) è venuta meno l'indissolubilità del vincolo matrimoniale. Successivamente è stata approvata nel 1975 la riforma del diritto di famiglia che ha previsto, fra le altre cose, un ampliamento dei casi in cui era possibile procedere alla separazione tra coniugi. Il legislatore cambia orientamento ed accoglie una visione privatistica del rapporto tra i coniugi lasciando ad essi la libertà di decidere quando e come domandare la cessazione del rapporto di coniugio provvedendo a difendere i soggetti deboli che subiscono le conseguenze di questa scelta (es. coniuge senza mezzi di sostentamento e prole).

Quindi, per porre fine al rapporto coniugale, non si può presentare direttamente richiesta di divorzio ma, bisogna prima procedere con la richiesta di separazione (giudiziale o consensuale). Il legislatore ha previsto, sia nel giudizio di separazione personale dei coniugi (art. 709 bis c.p.c.) sia nel giudizio per lo scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 4, co. 12, l. 898/70), che il giudice emetta una sentenza non definitiva relativa, rispettivamente, alla separazione o al divorzio. Le due norme sono

state strutturate in maniera analoga utilizzando gli stessi termini (art. 709 bis c.p.c., 2° periodo ed art. 4, co. 12°, l. divorzio). Detti articoli possono ritenersi specificazioni - con le dovute differenze - in materia di diritto di famiglia, della generica previsione di cui all'art. 277 c.p.c. (e dell'art. 279, comma 2, n. 4, c.p.c.), che riconosce al giudice la facoltà di limitare la decisione ad alcune domande proposte e, di disporre la prosecuzione dell'istruttoria per le altre.

L'obiettivo del legislatore era quello di predisporre uno strumento processuale (la sentenza non definitiva) volto a definire con sollecitudine lo status della coppia in conflitto. Inoltre, l'aver ammesso la possibilità di anticipare la decisione sulla separazione (o sul divorzio), proseguendo il giudizio per l'istruzione della domanda di addebito, o delle altre questioni, esprime la consapevolezza dello stesso legislatore che nella prassi, generalmente, la domanda principale (quella appunto relativa allo status) risulta fondata ab origine senza bisogno di istruttoria, contrariamente alle altre domande accessorie che, ben più complesse e controverse, impongono accertamenti lunghi che dilatano enormemente i tempi del giudizio. Senza una tale anticipazione, infatti, la richiesta di addebito si trasformava in uno strumento nelle mani del coniuge il quale, non avendo interesse alla rapida definizione del giudizio, ostacolava la controparte ritardando la decisione al fine di ricavarne vantaggi economici.

La sentenza non definitiva di separazione permette quindi di anticipare al massimo la proponibilità della domanda di divorzio, che prevede il verificarsi del duplice presupposto (art. 3 l.div.), della decorrenza di 1 anno dalla comparizione dei coniugi davanti al Presidente, ed il giudicato sullo status, che ben potrà formarsi anche in base alla sentenza non definitiva; a sua volta anche in sede di divorzio il giudice potrà adottare sentenza non definitiva sullo status, rendendo così, in tempi relativamente brevi, i coniugi nuovamente liberi. Infine, la descritta ratio è desumibile altresì dalla previsione normativa dell'appello immediato quale unico mezzo di impugnazione della sentenza non definitiva sia di separazione che di divorzio. L'impugnazione immediata, a ben vedere, impedisce l'utilizzo della riserva d'appello ai fini dilatori, confermando, in tal modo, ulteriormente, la tendenza dell'ordinamento a garantire l'acquisizione rapida dello stato libero.

2. L'evoluzione normativa ed il dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

L'art. 4, L. Div., come sostituito dall'art. 8 della L. 74 del 6.3.1987 e poi modificato dall'art. 2 del D.L. 35/05, è stata la prima norma a disciplinare la sentenza non definitiva, ma limitatamente al giudizio di divorzio. La sua introduzione ha fatto sorgere una serie

di questioni circa la sua applicabilità anche ai giudizi di separazione. In quest'ultimi, tuttavia, verrà cristallizzata dal legislatore solo nel 2005 - con la L. 263 del 28.12.2005 - con l'inserimento degli ultimi due periodi dell'art. 709 bis c.p.c., andando a confermare una prassi consolidata nei tribunali. All'origine del dibattito era proprio l'eccessiva lungaggine che subiva il giudizio di separazione quando, alla domanda principale, rapidamente valutabile, si aggiungeva la richiesta di addebito, e/o le altre richieste accessorie, che costringeva, come già detto, i coniugi a posticipare l'avvio del giudizio di divorzio di anni e addirittura all'esito dei tre gradi di giudizio. Si riteneva infatti inscindibile la pronuncia della separazione da quella di addebito, prolungando indefinitamente un vincolo matrimoniale ormai in crisi, mortificando il termine (allora) triennale di separazione previsto dalla l. Div. e costringendo un coniuge a subire la pratiche dilatorie avversarie.

Il dibattito iniziò con la sentenza del Tribunale di Milano del 29.9.1994 che, per primo, sostenne l'opportunità di un disgiungimento delle due pronunce. Il Tribunale sostenne la possibilità di emettere sentenza non definitiva e di proseguire la causa per accertare a chi fosse addebitabile la separazione. La giurisprudenza di merito, seguita dalla maggior parte della dottrina, si orientò per l'ammissibilità della soluzione descritta. In tale prospettiva, assunse rilievo l'art. 4, co. 12. l. div. - relativo alla sentenza non definitiva prevista in sede di divorzio - che fu ritenuto applicabile, in base all'art. 23, l. 74/87, al giudizio di separazione, in quanto con esso compatibile. Per i giudizi nei quali, invece, una pronuncia di separazione fosse già stata emessa in primo grado, si ammise la domanda di divorzio nel caso in cui la sentenza di separazione fosse stata impugnata per i soli capi relativi all'addebito ed alle statuizioni accessorie.

La Cassazione invece si oppose a questa possibilità. La prima sezione si pronunciò sempre negando la scindibilità della pronuncia di separazione da quella di addebito anche all'interno dello stesso processo, sostenendo l'inammissibilità della sentenza non definitiva di separazione con la consequenziale inidoneità della stessa, ove adottata e non impugnata, a costituire giudicato, e ritenendo improponibile "la domanda di divorzio anche quando il giudizio di separazione prosegua in fase di impugnazione, sia pure con censure che investano soltanto l'addebito" (Cass. Civ., sez. I, n. 8106/00; n. 3718/98).

L'impostazione tradizionale, seguita dalla Cassazione richiamata sosteneva l'inscindibilità affermando il principio secondo il quale nel nostro ordinamento non sarebbero ravvisabili due distinte figure di separazione, l'una senza addebito e l'altra con addebito, ma un unico modello di separazione incentrato sull'accertamento del fatto oggettivo dell'intollerabilità della convivenza. In tale ottica, secondo la Corte, l'addebito

rappresentava una mera modalità o variante accessoria ed eventuale della separazione, costituendo l'oggetto di un'indagine del giudice che non si sviluppa in modo autonomo rispetto a quella relativa all'accertamento dell'impossibilità di proseguire la convivenza. Da un punto di vista letterale, poi, la Cassazione ribadiva la propria scelta traendo argomentazione dall'art. 151, co. 2, c.c., secondo il quale il giudice decide sull'addebito "pronunziando la separazione", esprimendo così una chiara opzione per la contestualità delle pronunce.

Infine, anche la dottrina si schierò con la posizione seguita dalla giurisprudenza di merito. In primis, sostenne la natura di domanda giudiziale dell'istanza di addebito, e non un mero elemento accidentale all'accertamento dell'improseguibilità della convivenza. Tale tesi trovava, e trova, conferma nel regime processuale; innanzitutto, infatti, per ottenere una pronuncia sull'addebito è necessario proporre una domanda specifica, poi, la richiesta da parte del convenuto costituisce domanda riconvenzionale, ed infine il giudice d'appello che, senza tener conto della rinuncia delle parti alle rispettive istanze di addebito, confermi la sentenza di separazione con addebito, incorre nel vizio di ultrapetizione. In secondo luogo la dottrina evidenziò come le due domande si differenziassero nella causa petendi (intollerabilità della convivenza nell'una e violazione dei doveri coniugali nell'altra), e nel petitum (costituito in un caso dalla pronuncia della separazione con le relative conseguenze di carattere personale e patrimoniale, nell'altro dall'accertamento positivo e sfavorevole alla controparte dal quale discendono gli effetti ulteriori della perdita del diritto al mantenimento e dei diritti successori).

3. L'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione nel 2001.

Finalmente, nel 2001 intervengono le S.U. della Cassazione che, con le due note sentenze n. 15248 e n. 15279, mutano definitivamente il precedente orientamento delle sezioni semplici e affermando finalmente che *"nel giudizio di separazione personale dei coniugi, la richiesta di declaratoria di addebitabilità della separazione stessa, ha natura autonoma, pure se logicamente subordinata alla pronuncia di separazione, in quanto non sollecita mere modalità o varianti dell'accertamento già devoluto al giudice con la domanda di separazione, né mira a semplici specificazioni o qualificazioni di detta pronuncia, ma amplia il tema dell'indagine su fatti ulteriori ed indipendenti da quelli giustificativi del regime di separazione, ed inoltre tende ad una statuizione aggiuntiva, priva di riflessi sulla pronuncia di separazione e dotata di propri effetti di natura patrimoniale, e che, pertanto in carenza di ragioni o norme derogative dell'art. 277,*

comma 2, c.p.c., il giudice del merito può limitare la decisione alla domanda di separazione, se ciò risponda ad un apprezzabile interesse della parte e se non sussista per la domanda stessa la necessità di ulteriore istruzione”. Ed ancora “poiché la richiesta di addebito ha natura di domanda autonoma, qualora la sentenza sulla separazione e sull'addebito sia stata impugnata con esclusivo riferimento all'addebito, si forma il giudicato sulla separazione e diviene possibile chiedere il divorzio”.

Tenuto conto delle posizioni della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza di merito, le Sezioni Unite hanno, in primo luogo, riaffermato l'unicità dell'istituto della separazione, non alterata dalla sussistenza o meno di una pronuncia di addebito, ed hanno confermato la necessità che la domanda di addebito sia proposta e decisa nell'ambito dello stesso giudizio introdotto dalla domanda di separazione, escludendo la possibilità di iniziative processuali volte ad ottenere l'addebito al di fuori del giudizio di separazione. In ordine a tali aspetti hanno confermato la validità dell'indirizzo espresso finora dalla sezione prima civile dal quale si sono, però, discostate negando la necessità che la pronuncia di separazione e quella di addebito siano contenute, oltre che nello stesso giudizio, anche nella stessa sentenza. A ben vedere però, le Sezioni Unite, pur paragonando il rapporto sussistente tra pronuncia di separazione e addebito da un lato e pronuncia di divorzio e assegno dall'altro, ha preferito non ritenere estensibile al giudizio di separazione l'art. 4, co. 12, l. div., bensì applicabile l'art. 277, co. 2, c.p.c.

Questa scelta è stata oggetto di critica da parte della dottrina in quanto contro una sentenza non definitiva di separazione pronunciata ex art. 277, co. 2, c.p.c. sarebbe possibile, a differenza delle sentenze emesse ex art. 4, l. div., differire l'appello per mezzo della riserva di cui all'art. 340 c.p.c. permettendo così al coniuge che non ha interesse ad una rapida definizione, di rinviare la formazione del giudicato, impedendo, all'altro, la proposizione della domanda di divorzio. Tuttavia non si può non apprezzare l'importante novità apportata dalle due pronunce che ha permesso il consolidamento di questo orientamento poi ufficialmente riconosciuto dal legislatore del 2005 con la previsione degli ultimi due periodi dell'art. 709 bis c.p.c., in cui si è finalmente ammessa la sentenza non definitiva anche nel giudizio di separazione, e su cui continua a formarsi costante e concorde giurisprudenza.

Dal riconoscimento dell'autonomia della domanda di addebito rispetto a quella di separazione ne è derivato l'inevitabile corollario, con evidenti richiami all'art. 329 c.p.c., della possibilità di appellare la sentenza definitiva di primo grado, contenente la pronuncia su entrambe le domande, per il solo capo relativo all'addebito, permettendo alla statuizione sullo status di passare in giudicato con l'effetto di avviare il giudizio di

divorzio pur in pendenza dell'appello sulle altre questioni.

Momento in cui va pronunciata la sentenza non definitiva. La sentenza non definitiva deve essere emessa una volta che il giudice ha valutato che il processo debba proseguire per le altre questioni diverse e ulteriori dallo status, quindi una volta che è definito il thema decidendum, allo scioglimento della riserva sui mezzi istruttori ex art. 183, co. 6, c.p.c. E' pur vero che, passata in giudicato la statuizione sulla separazione, e trascorso un anno, le parti possono chiedere il divorzio, nonostante continui – anche in appello – il giudizio sull'addebito o sugli altri aspetti. Nulla questo se la causa di divorzio si conclude prima di quella di separazione, in questa diverrebbe inevitabile la dichiarazione di cessazione della materia del contendere. Ben più complicato è il caso in cui il giudizio di divorzio debba risolvere le stesse questioni pendenti nella causa di separazione, per esempio un affidamento.

4. Duplicazione dell'istruttoria quali possibili soluzioni ai fini dell'economicità del giudizio?

Nei tribunali, normalmente, le cause procedevano autonomamente, con duplicazione dell'istruttoria (vengono espletate due ctu, due indagini tributarie, etc) e violazione del principio dell'economia processuale. Una soluzione prospettata avrebbe potuto essere la sospensione, una volta emessa la sentenza non definitiva di divorzio, dello stesso giudizio per quanto riguarda l'accertamento delle ulteriori domande, in attesa che si concluda la causa di separazione ancora pendente.

La giurisprudenza negava, però, la sospensione del giudizio fuori dai casi previsti dalla legge (art. 295 c.p.c. sosp. necessaria in caso di pregiudizialità giuridica, che non ricorre nel caso de quo, e art. 296 c.p.c., sosp. facoltativa ammessa per un periodo non superiore a quattro mesi). Un'altra soluzione ritenuta preferibile in dottrina, era quella della continenza delle due cause ex art. 39, co. 2, c.p.c., che, a ben vedere, si configurerebbe nel caso in esame, con traslatio iudicii al primo giudice adito.

La continenza presuppone infatti l'identità dei soggetti e la parziale coincidenza tra gli oggetti; specificatamente, secondo un orientamento l'identità dovrebbe riguardare anche la causa petendi ma non anche il petitum, mentre secondo un'altra interpretazione basterebbe anche una parziale coincidenza della causa petendi.

Nei due giudizi in ipotesi, si sarebbe avuta identità sicuramente di soggetti e di petitum (assegno e affidamento sono contenuti analoghi nelle due cause), e si sarebbe potuto considerare parzialmente coincidenti le rispettive causae petendi (l'intolleranza della convivenza non differisce infatti troppo dalla impossibilità di ripristinare la comunione

di vita), essendo peraltro entrambe connesse al matrimonio. Tale soluzione avrebbe potuto risolvere il problema della duplicazione dei giudizi e degli accertamenti, ma, sarebbe stata utilizzabile solo se le cause fossero state entrambe pendenti in primo grado, in caso contrario la questione sarebbe rimasta aperta.

5. Ordinanza del Tribunale di Milano del 26.02.2016.

Tuttavia il Tribunale di Milano, con una recente ordinanza, afferma che se pendono contemporaneamente la causa di separazione e quella di divorzio tra i coniugi, i due procedimenti possono essere riuniti. Come noto, un recente intervento legislativo ha ridotto i tempi necessari per poter chiedere il divorzio, in particolare, sei mesi, se la precedente separazione è avvenuta consensualmente o un anno, se la precedente separazione sia avvenuta in via giudiziale. Il momento dal quale iniziano a decorrere i termini suddetti per potersi divorziare non decorre (come erroneamente potrebbe ritenersi) dalla fine della causa di separazione, ma dall'inizio, o meglio dalla preliminare udienza presidenziale; in essa, alla presenza dei coniugi, il Presidente del Tribunale emette i provvedimenti provvisori che la coppia deve rispettare in attesa dell'emissione della sentenza definitiva.

Alla luce di tali modifiche, è oggi possibile che si verifichino situazioni di sovrapposizione tra i due procedimenti: in altre parole, ben potrebbe essere che, mentre ancora si sta svolgendo la causa di separazione, sia già maturato il termine per chiedere il divorzio.

Si pensi, ad esempio, a due coniugi che, volendo separarsi, ma non avendo trovato un accordo consensuale, scelgano di procedere alla separazione giudiziale: in tal caso, mediante un avvocato ciascuno, dovranno presentare ricorso presso il tribunale competente e, quindi, instaurare un giudizio ordinario contenzioso. Se tuttavia la causa di separazione dopo un anno non fosse ancora conclusa, nulla vieta ai coniugi di avviare, contemporaneamente, anche il giudizio di divorzio. Che succede in questi casi? La risposta viene fornita dalla ordinanza del Tribunale di Milano.

Secondo la corte di merito, i due procedimenti (separazione e divorzio) possono essere assegnati al medesimo giudice. Ciò non solo è possibile, ma anche auspicabile: infatti, dal momento del deposito del ricorso divorzile, il giudice della separazione non può più pronunciarsi sulle questioni inerenti i figli, poiché su questi ha esclusivo potere decisionale solo il giudice del divorzio. Non solo: dal momento del deposito del ricorso divorzile, il giudice della separazione non può più pronunciarsi sulle questioni economiche se non con riguardo al periodo compreso tra la data di deposito del ricorso

per separazione e la data di deposito del ricorso per divorzio. Insomma, non avrebbe senso far decidere un giudice su questioni che ormai vengono assorbite dalla decisione della causa di divorzio. Per tali aspetti appare ragionevole concentrare in capo ad un unico giudice la trattazione dei due procedimenti, al fine di garantirne la più sollecita definizione.

L'ordinanza va poi oltre, spiegando che, qualora la separazione giudiziale sia pendente in una fase non troppo avanzata, il giudice di entrambe le cause può a questo punto anche valutare di riunione dei due processi in un'unica causa, trattandosi di cause connesse. Insomma, ci saranno udienze uniche per entrambe le controversie tra i coniugi.

Fonti:

- Processo di separazione e divorzio, a cura di Giuseppe De Marzo, Altalex Editore, 2012;
- Codice Commentato di famiglia, minori e soggetti deboli, a cura di Basini Giovanni, Francesco, Bonilini Giovanni, Confortini Massimo, Utet Giuridica, 2014.
- Articolo tratto da Altalex, 11 maggio 2015, di Giulia Sferra
- Nascosi A., Separazione giudiziale e dichiarazione di addebito: la Cassazione cambia opinione, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 2002, 04, 1383.
- Dosi G., Sentenza non definitiva di separazione e rapporti tra separazione e divorzio. Un'ipotesi di continenza.
- AA. VV. "La sentenza non definitiva nel divorzio", in Separazione e divorzio, Guida al diritto- il Sole24Ore, dicembre 2011, pag. 112.
- Cass. n. 1743/03, in Fam e d. 2004, 29 con nt Dalla Bontà; Trib. Ascoli Piceno del 24.3.2003, in G. mer. 2003, 1970; Trib. Vercelli dell'11.8.2000, in G. it. 2001, 1166.
- Cipriani, in F. it. 1999, I, 2309; Dogliotti, Famiglia 2002, 1151 ss.; Danovi, G. it. 2002, 921 ss.; Graziosi, G. it. 1997, I, 2, 283 ss.; Nascosi, cit.; Vullo, Fam e d. 2002, 16 ss.
- Rossetti R., Giudizio di separazione e sentenza non definitive, in Giust. Civ. 2003, 05, 163.
- Trib. Milano, 29.9.1994, in Foro it 1995, I, 3003; in G. it. 1996, I, 2, 226, con nt Barbiera Contento, Nuovi principi dell'ordinamento del matrimonio e doverosità della pronuncia immediata sulla separazione e divorzio, scissa dalle successive pronunce su domande accessorie; in Nuov. giur. civ. comm. 1995, I, 736 ss., con nt Rimini, L'autonomia del capo della sentenza relativo alla pronuncia della separazione personale fra i coniugi sulle questioni accessorie.
- Salvaneschi, Sul rapporto tra domanda di separazione giudiziale e domanda di addebito, in Fam e d. 2000, 178 ss.; Graziosi, Nuovi consensi alla pronuncia immediata della sentenza di separazione tra i coniugi, in Giur. it. 1997, I, 2, 283 ss.
- Rossetti R., Giudizio di separazione e sentenza non definitive, in Giust. Civ. 2003, 05, 163.
- Articolo tratto dal sito la legge per tutti del 17.3.2016.
- Il Cipriani, Impugnazione per il solo addebito e domanda di divorzio, in Foro it. 1998, I, 2142., 2145, sostiene che la dichiarazione di addebito comporta degli effetti sostanziali che non hanno nulla a che vedere con quelli della separazione poiché rivestono un carattere sanzionatorio.
- In Foro it. 2002, I, 383, con nt. Cipriani.
- Cass. n. 16996/04; Trib. Bologna del 28/4/2004; Trib. Ascoli Piceno del 24/3/2003; Trib. Trani, del 24/4/2001.
- Cass., n. 24442/11; 14639/08; 26571/2007; 16985/07.
- Luiso F. P., Questioni varie in tema di impugnazione dei provvedimenti di separazione e divorzio, in *judicium.it*.

- Cass. n. 26 del 7.1.2008, in Giust. C. 2008, I, 1935.
- Cass. n. 3488 del 12.2.2009, in Dir. d. Fam. 2009, 1650.
- Cass. n. 5304/06; 3836/06; 1179/06; 507/03.
- Cipriani, in F. it. 1999, I, 1119 ss; Luiso, Diritto processuale civile, IV, 307.
- Cass. n. 11567/03.
- Cass. n. 65361/93; n. 5676/79.
- Cass. n. 1178/89; n. 3397/84.
- Trib. Milano, ord. del 26.02.2016