

ANNO XI NUMERO 3

OMNIA *i*USTITIAE

Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



Anno XLV° 3 - Poste Italiane - spedizione in a. p. - art. 2 comma 20 c legge 662/96 - Direzione Commerciale - Napoli

EDITORIALE
Ricordiamoci
di essere Avvocati!

VOCI DAL PALAZZO
DI GIUSTIZIA
Parte l'operazione
"Cittadinanza Previdenziale"

NOTIZIE DAL CONSIGLIO
Tribunale penale di Nocera Inferiore
protocollo per l'organizzazione
e la gestione delle udienze penali

**Periodico Quadrimestrale
dell'Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore**

Registrazione presso il Tribunale
di Nocera Inferiore
n. 184 del 23.02.2004

Presidente

Aniello Cosimato

Direttore Editoriale

Luigi Ciancio

Direttore Responsabile

Marianna Federico

Comitato di Redazione

Barbara Barbato

Carmela Bonaduce

Anna Capaldo

Carmela Concilio

Maria Coppola

Maria Grazia Coppola

Gianluca Granato

Emiliana Matrone

Mariella Orlando

Francesco Ricciardi

Giuseppina Romano

Eleonora Stefanelli

Valeria Tevere

Michele Tiplaldi

Rossella Ugliano

Segretario di Redazione

Massimo De Martino Adinolfi

Hanno collaborato a questo numero

Gianluigi Diodato

Renato Diodato

Gennaro Efficie

Alfonso Fabbricatore

Adriano Giallauria

Angelo Mondelli

Maria Pisani

Proposte e suggerimenti ai contatti

Ordine degli Avvocati

di Nocera Inferiore

Tel./Fax 081.929600 - 081.927432

e.mail:

omniaiustitiae@foronocera.it

Progetto grafico a cura di

Marianna Federico

Il materiale per la pubblicazione,
che dovrà essere inviato su supporto magnetico
formato Word, non sarà restituito

In copertina:

La biblioteca dell'Abbazia
di Cava de' Tirreni

Le foto di questo fascicolo
dell'archivio Altrastampa

Realizzazione Editoriale

Altrastampa Edizioni

cell. 338.7133797

altrastampa@libero.it

© 2014 Foto

Altrastampa Edizioni

© 2014 Testi

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

OMNIA IUSTITIAE
ANNO XI • NUMERO 3



Angri, particolare
architettonico/
decorativo

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	DOTTRINA <i>Barbara Barbato</i> Il licenziamento del lavoratore sorpreso a lavorare durante il periodo di malattia	21
VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA <i>Nunzio Luciano</i> Parte l'operazione "cittadinanza previdenziale"	6	<i>Anna Capaldo</i> I rapporti tra ordinanza di demolizione ed istanza di accertamento di conformità nella giurisprudenza amministrativa	22
<i>la redazione</i> Comunicazione Cassa ai nuovi iscritti. Retrodatazione	6	<i>Carmela Concilio</i> Il principio di effettività della tutela giurisdizionale e l'atipicità delle azioni nel processo amministrativo	25
Comunicazione Cassa ai nuovi iscritti. Obbligo di risposta	7	<i>Alfonso Fabbriatore</i> Problematiche connesse al risarcimento del danno da morte immediata	28
GIURISPRUDENZA <i>Carmela Bonaduce</i> La tutela penale dell'immagine personale ai tempi dei social networks	8	<i>Adriano Giallauria</i> La configurazione del danno in materia societaria: l'infedeltà	31
<i>Maria Coppola</i> Sull'affidamento senza gara di servizi legali a professionisti privati	9	<i>Angelo Mondelli</i> Omicidio ed incidenti stradali	33
<i>Maria Grazia Coppola</i> Impignorabilità della prima casa: la Cassazione estende la tutela prevista dal "Decreto del fare" a tutti gli espropri ancora pendenti all'entrata in vigore del Decreto	10	<i>Mariella Orlando</i> La fattura elettronica nei confronti della Pubblica Amministrazione	36
<i>Gianluigi Diodato</i> Le conseguenze della mancata presentazione alla visita medico-legale in materia previdenziale	11	<i>Francesco Ricciardi</i> La sospensione del processo agli irreperibili	39
<i>Gennaro Efficie</i> Equa riparazione. Parte civile nel processo penale. Eredi. Durata del processo. Decorrenza	12	<i>Giuseppina Romano</i> Scompare il processo contumaciale, nasce quello <i>in absentia</i>	41
<i>Emiliana Matrone</i> L'operazione "cittadinanza previdenziale". Il comodato immobiliare cd. precario ed il risarcimento del danno da occupazione senza titolo	13	HISTORIA ET ANTIQUITATES <i>Gianluca Granato</i> L'imposta sul celibato. Dall'impero romano al Regio Decreto del 1926. Una frustata demografica alla Nazione	44
<i>Maria Pisani</i> Trattamento carcerario inumano e degradante (art. 3 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo, proibizione della tortura): dopo la sentenza Torreggiani un confronto tra giurisprudenze	15	SOTTO LALENTE <i>Renato Diodato</i> L'esecuzione esattoriale. Equitalia nella giurisprudenza della Corte di cassazione e delle commissioni tributarie	46
<i>Eleonora Stefanelli</i> Danno da ritardo nella concessione di agevolazioni per la gestione di attività professionale: il superamento del termine previsto per l'adozione dei provvedimenti amministrativi, ex art. 2 legge n. 241/1990, non integra la piena prova del danno, non potendo determinare di per se l'illegittimità dell'atto adottato fuori termine	18	NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i> Tribunale Penale di Nocera Inferiore. Protocollo per l'organizzazione e la gestione delle udienze penali	47
		News dall'Ordine	48
		Statistiche iscritti	48

Editoriale di Luigi Ciancio

Ricordiamoci di essere Avvocati!

Ci è capitato di leggere, su un quotidiano, di una truffa perpetrata in danno di un anziano da parte di un manigoldo che, presentandosi sotto le false spoglie di un avvocato, gli ha sottratto una bella somma.

Il farabutto, facendo credere di dover consegnare al figlio dell'anziano un assegno per una vertenza definita, ha chiesto ed incassato la sua parcella lasciando un semplice pezzo di carta in una busta aperta solo successivamente dal truffato.

Questa truffa che, all'apparenza è simile a tante altre non può, invece, lasciarci indifferenti né passare inosservata.

Sembra far ritornare alla mente il vecchio ed infamante luogo comune che da sempre, soprattutto fra gli incolti ma non solo, accomuna la figura dell'avvocato a quella del faccendiere e dell'imbrogliatore.

Perché una cosa va detta: la nostra professione è stata sempre ammantata da un clima di diffidenza che rende estremamente difficile i rapporti con gli altri.

Coi clienti ancor di più, quasi che tutti i problemi del sistema giudiziario venissero causati dagli avvocati.

Tutto è colpa dell'avvocato: un lungo rinvio di una causa (come se non fosse diventata una necessaria consuetudine), una sentenza negativa, un ritardato provvedimento.

Una giusta parcella, poi, diviene quasi una ... estorsione.

A fronte di queste malevoli prevenzioni, si registra purtroppo il proliferare dei mestieranti ed il rampantismo e l'arrivismo sembrano dover prevalere sulle illuminate ed antiche virtù dell'Avvocatura.

"Sembrano", perché alla fine, in questa diffusa ma falsa rappresentazione dell'Avvocatura, emerge la figura di chi interpreta l'attività professionale con perseverante serietà, bandendo le approssimazioni ed ancor di più quelli che tendono a mortificare il nostro "mestiere".

Basterebbe ricordare gli insegnamenti dei nostri vecchi Maestri che, oltre ad esserli di diritto, lo sono stati di vita.

Insegnamenti che trovano riscontro oggettivo nell'attualità.

Sicché, se ci si ricorda che l'avvocato onesto ha il dovere di esaminare con serenità il caso che gli viene prospettato dal cliente e, senza badare a futuri profitti, lo convince a non intraprendere una lite già compromessa, non si fa altro che il proprio dovere.

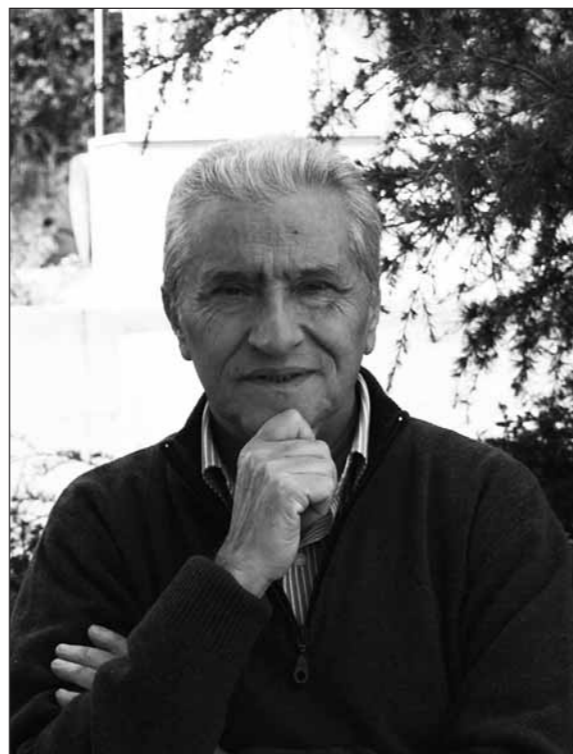
Parimenti non può dimenticarsi che la difesa del cliente deve essere impegnata ed accorta, sia che la causa sia per poche che per molte centinaia di euro: è in gioco, infatti, non il valore della vertenza ma l'onore del patrocinatore.

E così, si potrebbe continuare all'infinito.

Sforziamoci di applicare quotidianamente questi insegnamenti frequentando assiduamente le aule giudiziarie: è in queste che si riscontrano le reali capacità di apprendimento, si apprezzano i primi successi, si piangono le prime delusioni, si decide di continuare o di smettere questa professione, antica quanto complessa.

Solo se consideriamo la nostra una missione umana e sociale saremo giustamente valutati dalla pubblica opinione.

Non dimentichiamo di essere Avvocati. Con la A maiuscola.



Cavalier d'Arpino,
Allegoria della Giustizia,
elaborazione grafica

La spedizione di questo numero coincide con le festività natalizie, per cui la redazione è lieta di porgervi sinceri auguri di Buon Natale e Felice Anno Nuovo.

Con la speranza che il futuro sia più roseo per la nostra categoria.

Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione

Parte l'operazione "cittadinanza previdenziale"

A seguito dell'entrata in vigore del Regolamento di attuazione dell'art. 21, commi 8 e 9 della legge 247/2012, Cassa Forense sta procedendo d'ufficio alle nuove iscrizioni alla Cassa di tutti gli iscritti agli Albi Forensi, senza alcuna necessità di presentazione della domanda da parte dei diretti interessati (cfr. art. 1 del regolamento).

In particolare, si comunica che la Giunta Esecutiva, nella seduta del 28 novembre 2014, provvederà a scrivere circa 40.000 avvocati non ancora iscritti a Cassa Forense. A seguito dell'adozione della delibera, la Cassa comunicherà agli interessati, a mezzo PEC o Raccomandata A/R, l'avvenuta iscrizione, con il conteggio dei contributi minimi dovuti per gli anni 2014 e 2015 e le istruzioni per i versamenti, che avverranno in modo dilazionato nel corso del 2015.

A partire dalla ricezione della comunicazione di iscrizione alla Cassa inizierà a decorrere anche il termine di 90 gg. previsto dalla normativa transitoria (art. 12) per l'eventuale cancellazione dagli Albi Forensi senza il pagamento dei contributi minimi 2014 e 2015. In tal caso, sarà dovuto solo il versamento del contributo integrativo nella misura del 4% del volume di affari effettivamente prodotto.

Chi, viceversa, opterà per il mantenimento dell'iscrizione potrà, su base volontaria, entro 6 mesi dalla ricezione della comunicazione di avvenuta iscrizione, richiedere la retrodatazione dell'iscrizione per il periodo di praticantato (max 5 anni), per i primi 3 anni di iscrizione all'Albo e per il 2013 (cfr. art. 3 del regolamento). Entro lo stesso termine sarà anche possibile, in caso di avvocati ultraquarantenni, chiedere gli ulteriori benefici previsti dall'art. 4 del regolamento.

L'operazione si completerà tra dicembre 2014 e gennaio 2015, con circa ulteriori 10.000 iscrizioni che richiedono un'istruttoria più complessa. Sarà così data piena "cittadinanza previdenziale", in conformità al dettato legislativo, a tutti gli iscritti agli Albi Forensi, che potranno così godere di tutte le coperture assistenziali assicurate dalla Cassa (indennità di maternità, polizza sanitaria di base, assistenza in caso di bisogno o per inabilità temporanea, ecc.), fruire delle convenzioni in essere e, in prospettiva futura, avvalersi di una tutela previdenziale completa, adeguata e garantita nel tempo dalla solidità finanziaria dell'Ente.

Colgo l'occasione per rivolgere a tutti i prossimi neo-iscritti un saluto di benvenuto da parte di Cassa Forense.

Il Presidente della Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense
Avvocato Nunzio Luciano

Comunicazione Cassa ai nuovi iscritti. Retrodatazione

La Cassa Forense, in attuazione del regolamento pubblicato in G.U. il 20.08.2014, provvederà alla iscrizione dei colleghi che, alla data del 21.08.2014, erano iscritti ad un Albo Forense, ma non alla Cassa, comunicando a mezzo raccomandata o PEC agli interessati l'avvenuta iscrizione, che decorrerà dall'01.01.2014, gli importi dovuti, e la scadenza del versamento. Nella stessa comunicazione sarà espressamente indicata la possibilità di avvalersi del beneficio della retrodatazione della iscrizione (art. 3). Tale facoltà potrà essere esercitata entro il termine perentorio di sei mesi dalla ricezione della comunicazione.

Si precisa che la retrodatazione si può chiedere solo al momento della prima iscrizione, entro il termine di sei mesi dalla data di avvenuta iscrizione (o dalla data di ricezione della comunicazione, per coloro i quali al 21.08.2014 erano iscritti all'Albo ma non ancora alla Cassa).

Decorso il termine di sei mesi si decade dal beneficio. Ne consegue che non potranno più esercitare la facoltà della retrodatazione coloro i quali siano stati già in precedenza iscritti alla Cassa e poi si siano cancellati, per qualsiasi motivo.

Inoltre, per accedere al beneficio è necessario che l'interessato sia in regola con l'invio delle comunicazioni obbligatorie e non sia incorso nell'infrazione all'obbligo di iscrizione alla Cassa.

Si ricorda che possono essere "recuperati" gli anni di iscrizione nel Registro dei Praticanti, per un massimo di cinque, i primi tre anni di iscrizione all'Albo, con le stesse modalità del regolamento dei contributi vigente, e l'anno 2013.

Anche gli iscritti agli Albi che al momento dell'iscrizione alla Cassa abbiano compiuto il quarantesimo anno di età possono ottenere i benefici della retrodatazione, nei termini e con le modalità di cui all'art. 3 del regolamento. Inoltre, laddove necessario, potrebbero ottenere i benefici previsti dall'art. 4, con il pagamento di una speciale contribuzione pari al doppio dei contributi minimi, soggettivo ed integrativo, in misura piena, dell'anno di decorrenza della iscrizione per ciascun anno a partire da quello del compimento del trentanovesimo anno di età fino a quello anteriore alla decorrenza della iscrizione, entrambi inclusi. Anche per gli ultraquarantenni la retrodatazione si può chiedere solo al momento della prima iscrizione, entro il termine di sei mesi dalla data di avvenuta iscrizione (o dalla data di ricezione della comunicazione, per coloro i quali al 21.08.2014 erano iscritti all'Albo ma non ancora alla Cassa).



Comunicazione Cassa ai nuovi iscritti. Obbligo di risposta

La Cassa Forense, in attuazione del regolamento pubblicato in G.U. il 20.8.2014, sta ricevendo dai Consigli degli Ordini i dati relativi a tutti gli iscritti all'Albo Forense, e nei primi giorni di novembre, si è provveduto ad inviare a coloro i quali risultano iscritti all'Albo ma non ancora alla Cassa, comunicazione a mezzo raccomandata, dell'avvenuta iscrizione d'ufficio.

È importante segnalare ai colleghi che riceveranno la comunicazione dell'avvenuta iscrizione, che hanno 90 (novanta) giorni di tempo dal ricevimento per trasmettere la certificazione attestante l'avvenuta cancellazione dagli Albi Forensi, per

ottenere la cancellazione dalla Cassa Forense, senza che la stessa Cassa possa richiedere ai professionisti alcun contributo soggettivo per l'anno 2014 (art. 12).

Ci preme attirare l'attenzione sulla circostanza, di fatto prevedibile, che tra la data della comunicazione, ed il termine utile per cancellarsi, si potrebbe arrivare ai primi mesi del 2015, e questo comporterebbe per il professionista, un periodo di scoperta o "buco previdenziale" per gli anni 2014/2015 che dovrà necessariamente essere regolata dal professionista con l'Inps, atteso che la Cassa, come già detto, non potrà richiedere alcunché, ad eccezione del versamento del contributo integrativo in proporzione al volume di affari effettivamente prodotto.

Giurisprudenza

Carmela Bonaduce

La tutela penale dell'immagine personale ai tempi dei social networks

In un'epoca in cui il mondo virtuale sembra prendere il sopravvento su quello reale, agli operatori del diritto capita sempre più spesso di imbattersi in problematiche che involgono nuovi profili di tutela della persona.

Il nostro codice penale è entrato in vigore il 1° luglio del 1931, epoca in cui la comunicazione era affidata ad un numero molto limitato di strumenti, tra l'altro poco diffusi, non certo idonei a raggiungere un gran numero di destinatari. Attualmente - in conseguenza dell'evoluzione tecnologica - la diffusione di informazioni ha assunto dimensioni capillari, tali da renderne pressoché incontrollabili il flusso e la fruizione da parte degli utenti del web, il che ha, come ulteriore effetto, quello di favorire la commissione di reati che - non essendo specificamente tipizzati normativamente - la giurisprudenza cerca di ricondurre nell'alveo delle fattispecie previste dalla parte speciale del codice penale.

A tal proposito, con la recente sentenza n. 25774/2014 la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi sul reato di sostituzione di persona, previsto e punito dall'art. 494 c.p., evidenziando - come già fatto in precedenti provvedimenti - quali sono gli elementi costitutivi di tale fattispecie criminosa e in presenza di quali condizioni essa possa trovare applicarsi agli internauti.

Nella vicenda sottoposta all'esame della Suprema Corte, l'imputato era accusato di aver creato un account sul sito www.badoo.com utilizzando un nome di fantasia e l'immagine di un altro uomo, al fine di procurarsi un vantaggio o comunque di recare danno alla persona della quale aveva utilizzato l'effigie, in tal modo inducendo in errore coloro che comunicavano con lui attraverso la "chat". Con uno dei motivi di ricorso, il difensore dell'imputato aveva lamentato la violazione dell'art. 606, lett. e), c.p.p. in relazione all'art. 494 c.p., con riferimento all'elemento soggettivo del reato richiesto dalla norma penale nella forma del dolo specifico («al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno», cfr. art. 494 c.p.). In particolare, egli deduceva che tale specifica volontà non può evincersi dalla mera pubblicazione di un "profilo" su un sito internet. I giudici di legittimità hanno considerato infondata tale doglianza, ritenendo evidente la configurazione - nel caso di specie - di tutti gli elementi costitutivi del delitto contestato al ricorrente:

- sul piano oggettivo, infatti, la condotta consisti-

ta nella creazione di un profilo sul social network "Badoo" cui veniva associata l'immagine della persona offesa con una descrizione tutt'altro che lusinghiera (ad esempio, nelle informazioni personali era riportata la dicitura "Mangio solo cibo spazzatura e bevo birra... Quando mi ubriaco vado su di giri") è senz'altro idonea ad essere sussumta nell'ipotesi criminosa di cui all'art. 494 c.p.; - così come non vi sono dubbi sul fatto che gli altri utenti del social network fossero stati indotti in errore sulla identità del soggetto col quale comunicavano in "chat" (la persona offesa, infatti, quale apparente titolare del "profilo", era stata aggredita verbalmente da uno sconosciuto che l'accusò di aver insultato la propria fidanzata attraverso la comunicazione in rete);

- quanto all'elemento soggettivo che, come ricordato, è richiesto nella forma del dolo specifico, dalle decisioni di merito si è potuta evincere la sussistenza sia del vantaggio per sé che del danno per altri. Quanto al primo, attribuendosi una diversa identità, l'imputato ha potuto intrattenere rapporti con altre persone (essenzialmente ragazze) e soddisfare così una propria vanità; per quanto attiene al secondo, è certo il danno procurato all'immagine e alla dignità della persona offesa che, come poc'anzi detto, aveva subito un'aggressione verbale da uno sconosciuto e che, inoltre, era stata accusata da una conoscente di non essere una persona seria. Da questa pronuncia - che si inserisce in un filone giurisprudenziale unitario (*ex multis*, Cass. pen., sez. V, n. 46674/2007; Cass. pen., sez. III, n. 12479/2011; Cass. pen., sez. V, n. 18826/2012) - possiamo estrapolare i seguenti principi di diritto: «integra il delitto di sostituzione di persona la condotta di colui che crea ed utilizza un "profilo" su social network, utilizzando abusivamente l'immagine di una persona del tutto inconsapevole, associata ad un "nickname" di fantasia ed a caratteristiche personali negative»; «integra il delitto di sostituzione di persona la condotta criminosa consistita nella creazione, su un social network, di un "profilo" che riproduca l'effigie della persona offesa e nel conseguente utilizzo, con tale falsa identità, dei servizi del sito, consistenti essenzialmente nella possibilità di comunicazione in rete con gli altri iscritti, indotti in errore dalla identità dell'interlocutore, e di condivisione di contenuti. In punto di elemento soggettivo, il dolo specifico del delitto, consistente nel fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale o non, oppure di recare ad altrui un danno, deve ritenersi integrato nell'ipotesi di utilizzo del "profilo" al fine di intrattenere rapporti con altre persone (essenzialmente di sesso opposto), ovvero per il soddisfacimento di una propria vanità (costituente vantag-

gio non patrimoniale), o ancora al fine di ledere la immagine e la dignità della persona offesa, apparentemente titolare del "profilo" creato dal reo».

Maria Coppola

Sull'affidamento senza gara di servizi legali a professionisti privati

Nota a Tar Campania-Salerno, sez. II, sentenza 16.07.2014, n. 1383.

È illegittima la delibera con la quale un Comune affidi una serie di servizi legali a professionisti privati senza esperire una procedura comparativa di tipo concorsuale per la scelta del miglior contraente.

Il caso

Di estremo interesse appare la pronuncia in esame, non fosse altro che per la frequenza con cui, purtroppo, ci imbattiamo, in qualità di professionisti, in fattispecie del genere.

L'avvocato Alfa impugnava la delibera con la quale il Comune conferiva agli avvocati Beta e Gamma l'incarico di collaborazione esterna ad alto contenuto di professionalità da svolgersi per la consulenza legale, giudiziale e stragiudiziale, a tutti gli organi comunali, per la durata di un anno. Il ricorrente deduceva l'illegittimità di tale delibera per violazione dell'art. 7 del d.lgs n. 165/2001, dell'art. 100 del T.U. n. 267/2000, del Regolamento sugli incarichi esterni del Comune di Caposele, approvato con delibera n. 102/2010, e dell'art. 33 del R.O. del Comune. Inoltre, censurava la delibera per illegittimità derivata dalla violazione degli artt. 21 e 23 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, dell'art. 51 della Costituzione, dell'art. 6 del T.U. n. 267/2000 e degli artt. 9 e 40 dello Statuto Comunale. Da ultimo, contestava la violazione degli artt. 78 e 49 del T.U. n. 267/2000. Per il ricorrente, infatti, il Comune, vista la natura dell'incarico in questione, non avrebbe potuto procedere al suo diretto conferimento agli avvocati Beta e Gamma, ma avrebbe dovuto porre in essere una procedura concorsuale di tipo selettivo, aperta alla partecipazione di tutti coloro che, in possesso dei titoli e requisiti richiesti, aspiravano al conseguimento dell'incarico. Non solo. Nella formazione della seduta consiliare interessata alla relativa votazione, non erano state rispettate le cc.dd. quote rosa, ed il Sindaco non si era astenuto, proponendo e affidando l'incarico al coniuge di un parente entro il quarto grado, sottoscrivendo, altresì, il parere tecnico sulla proposta di delibera impugnata. Si costituiva in giudizio il Comune, eccependo la tardività del ricorso e

la sua inammissibilità e, ribadendo, nel merito, la legittimità della delibera in quanto emanata sulla base di una corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 6 del regolamento disciplinante l'affidamento degli incarichi esterni, approvato con delibera n. 102/2010. Rilevava che, comunque, il ricorrente non aveva dimostrato una propria seria ed apprezzabile possibilità di vincere la gara e vedersi conferito l'incarico. Si costituiva in giudizio anche l'avvocato Beta, deducendo l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ed interesse, il difetto di giurisdizione del tribunale amministrativo e l'infondatezza, nel merito, delle censure sollevate dal ricorrente. Deduceva, in particolare, che l'istante non aveva provato che dallo svolgimento di un'eventuale procedura comparativa avrebbe ottenuto, con esito certo, l'attribuzione dell'incarico e ribadiva la legittimità dell'operato del Comune. La controinteressata, tuttavia, successivamente alla notifica del ricorso, rinunciava all'incarico. L'adito tribunale sospendeva, in via interinale, gli effetti dell'atto gravato, ritenendo il ricorso non manifestamente infondato.

La decisione del Tar Campania-Salerno

In via preliminare, il Collegio ha rilevato la propria competenza a decidere sul ricorso, evidenziando come il *petitum* sostanziale fatto valere in giudizio non attenesse alla pretesa del ricorrente di conseguire l'incarico, ma a quella - ben più ampia - di legalità dell'azione amministrativa, ovvero alla pretesa che l'amministrazione, "pur quando agisce secondo il diritto privato, pervenga alla selezione del contraente sulla base di procedure amministrative trasparenti e non discriminatorie, aperte alla partecipazione di tutti gli aventi diritto"¹. Ha evidenziato, inoltre, come il ricorrente, avendo documentato di svolgere attività forense, di essere iscritto all'Albo del Foro di appartenenza e di avere svolto attività legale di comprovata esperienza anche su incarico di enti pubblici, avesse dato prova del proprio interesse a ricorrere avverso la delibera impugnata.

Entrando, poi, nel merito della questione, l'adito Tar ha focalizzato l'attenzione sulla nozione di affidamento di servizi legali. Essa si configura allorché l'oggetto del servizio, lungi dall'esaurirsi nel solo patrocinio legale a favore dell'ente, si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che, pur potendo comprendere la difesa giudiziale, in essa non si esaurisce. Essenziale è questa precisazione, atteso che dalla stessa si ricava che l'affidamento *de quo* soggiace alle regole delle procedure concorsuali di stampo selettivo, incompatibili con il contratto di

conferimento del singolo incarico legale, vista la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell'aleatorietà dell'*iter* del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali delle prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici. Non a caso, di recente anche la giurisprudenza contabile ha avuto modo di distinguere la nozione di servizio legale da quella di singolo incarico difensivo, caratterizzandosi il servizio legale per un *quid pluris*, sotto il profilo dell'organizzazione, della continuità e della complessità, rispetto al singolo contratto d'opera intellettuale². Vista, pertanto, la natura e complessità dell'incarico conferito dal Comune, la mancata attivazione di una procedura comparativa di tipo concorsuale, da parte dell'Ente locale, per la scelta del miglior contraente, ha determinato l'illegittimità della delibera gravata, che, per tale ragione, è stata annullata dal Tar Campania-Salerno. Alla luce di questa sentenza, una considerazione "spicciola" sia consentita. Abbiamo tutti gli strumenti per non subire passivamente le violazioni che, a volte, consapevolmente o no, le Pubbliche Amministrazioni compiono nell'affidamento di servizi legali o di singoli incarichi. Usiamoli.

¹ Tar Campania-Napoli, sez. V, 24 gennaio 2008, n. 382.

² Corte Conti, sez. Reg. Controllo Basilicata, parere n. 8/09.

Maria Grazia Coppola

Impignorabilità della prima casa: la Cassazione estende la tutela prevista dal "Decreto del fare" a tutti gli espropri ancora pendenti all'entrata in vigore del Decreto

Corte di Cassazione, terza sezione civile, sentenza 12 settembre 2014, n. 19270

"Ai sensi dell'art. 76 del d.p.r. n. 602 del 29 settembre 1973 come novellato dall'art. 52, comma 1, lett. g), del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013 n. 98, l'improcedibilità del processo esecutivo comporta la cessazione della materia del contendere sull'opposizione all'esecuzione concernente la pignorabilità del bene".

Fatto

Il Tribunale di Milano con sentenza pubblicata l'8 aprile 2008, accoglieva l'opposizione all'esecuzione

ne immobiliare esattoriale proposta da un contribuente nei confronti di Equitalia, avverso il pignoramento dell'usufrutto vitalizio di un appartamento, già casa coniugale, costituito con accordo tra coniugi in sede di cessazione degli effetti civili del matrimonio. L'ente di riscossione proponeva ricorso straordinario per Cassazione che veniva dichiarato inammissibile per carenza di interesse, essendo cessata la materia del contendere.

Decisione

La Cassazione, con la sentenza in commento, è intervenuta per regolare l'azione esecutiva dell'Agente della riscossione alla luce del nuovo testo dell'art. 76 d.p.r. 602/1973, novellato dall'art. 52, comma 1, lett. g) del d.lgs. 69/2013, meglio noto come "Decreto del fare", che ha modificato la normativa sulla pignorabilità della prima casa di abitazione. In particolare, osservano i giudici di piazzale Clodio, l'articolo novellato contiene la seguente previsione: "1. Ferma la facoltà di intervento ai sensi del codice di procedura civile, l'agente della riscossione: a) non dà corso all'espropriazione se l'unico immobile di proprietà del debitore, con esclusione delle abitazioni di lusso aventi le caratteristiche individuate dal decreto del Ministro per lavori pubblici 2 agosto 1969, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 218 del 27 agosto 1969, e comunque dei fabbricati classificati nelle categorie catastali A/8 e A/9, è adibito ad uso abitativo e lo stesso vi risiede anagraficamente; b) nei casi diversi da quello di cui alla lettera a), può procedere all'espropriazione immobiliare se l'importo complessivo del credito per cui procede supera centoventimila euro. L'espropriazione può essere avviata se è stata iscritta l'ipoteca di cui all'art. 77 e sono decorsi almeno sei mesi dall'iscrizione senza che il debito sia stato estinto". Per il Collegio, quindi, la lettera a) della disposizione richiamata non configura un'ipotesi di "impignorabilità" ma una condizione dell'azione esecutiva esattoriale, in mancanza della quale l'iter giudiziale avente ad oggetto il pignoramento e l'esproprio della prima casa di abitazione non può giungere a conclusione ovvero la mancanza di tale condizione ne impedisce l'inizio e la sua prosecuzione. Viene, così, chiarito che la norma introdotta dal "Decreto del fare", rappresenta una disposizione di natura processuale volta a regolarizzare e limitare l'azione esecutiva dell'Agente della riscossione. A tal proposito, spiega la Corte: "Dal momento che la norma disciplina il processo esecutivo esattoriale immobiliare, e non introduce un'ipotesi di impignorabilità «sopravvenuta» del suo oggetto, la mancanza di una disposizione transitoria comporta che

Gianluigi Diodato

Le conseguenze della mancata presentazione alla visita medico-legale in materia previdenziale

Sentenza n. 23932 del 10/11/14 della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, presidente Coletti De Cesare, relatore Patti. Cessazione della materia del contendere. Presupposti. Mancata sottoposizione del ricorrente alla CTU medico-legale. Conseguenze. Sussistenza in sede amministrativa dei requisiti medici per assegno ordinario di invalidità. Successivo accertamento giudiziale. Necessità.

La permanenza di una posizione di contrasto tra le parti in ordine al diritto alla prestazione, nel caso di specie per la mancata liquidazione dell'assegno ordinario di invalidità da parte dell'Inps, preclude la pronuncia di cessazione della materia del contendere, che postula, al contrario, la sopravvenienza nel corso del giudizio di fatti tali da determinare la totale estinzione di ogni ragione di contrasto tra le parti, nonché il venir meno dell'interesse ad agire ed a contraddire e la conseguente necessità di una pronuncia del giudice sull'oggetto della controversia. La situazione sopravvenuta deve soddisfare in modo pieno ed irrettabile il diritto esercitato da chi abbia agito in giudizio, così da non residuare alcuna utilità alla pronuncia di merito.

Nella sentenza in commento, avente ad oggetto il riconoscimento del diritto all'assegno ordinario di invalidità, la Suprema Corte si pronuncia in merito alle conseguenze derivanti dalla mancata presentazione del ricorrente alla visita medica fissata dal consulente tecnico d'ufficio.

La Corte Territoriale, confermando la sentenza di primo grado di rigetto della domanda, dichiarava, quale conseguenza della mancata presentazione alla visita fissata in sede di operazioni peritali, la cessazione della materia del contendere.

Avverso tale pronuncia, il ricorrente proponeva ricorso per Cassazione per violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato sancito dall'art. 112 c.p.c. Deduciva, difatti, che la mancata presentazione alla visita medico-legale fosse giustificata dal fatto che l'Ente aveva già riconosciuto in sede amministrativa la sussistenza dei requisiti sanitari previsti dalla legge 222/1984. Riteneva, pertanto, che la Corte territoriale aveva erroneamente dichiarato la cessazione della materia del contendere, dal momento che, nonostante l'omessa sottoposizione all'inda-

debbia essere applicato il principio per il quale nel caso di successione di leggi processuali nel tempo, ove il legislatore non abbia diversamente disposto, in ossequio alla regola generale di cui all'art. 11 delle preleggi, la nuova norma disciplina non solo i processi iniziati successivamente alla sua entrata in vigore ma anche i singoli atti, ad essa successivamente compiuti, di processi iniziati prima della sua entrata in vigore, quand'anche la nuova disciplina sia più rigorosa per le parti rispetto a quella vigente all'epoca di introduzione del giudizio".

Quindi, alla luce di tale interpretazione supportata dalla lettera e dalla *ratio* della legge, la Cassazione, in palese contraddizione con il parere già espresso dal Ministero dell'economia, il quale aveva negato retroattività alla norma, stabilisce che tale disciplina si applica anche ai procedimenti "ancora pendenti alla data del 21 agosto 2013 (di entrata in vigore dell'art. 52, comma 1, lett. g) del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013 n. 98". Di conseguenza, alla luce delle deduzioni illustrate, "l'azione esecutiva non può più proseguire e la trascrizione del pignoramento va cancellata, su ordine del giudice dell'esecuzione o per iniziativa dell'agente della riscossione, se l'espropriazione ha ad oggetto l'unico immobile di proprietà del debitore, che non sia bene di lusso e sia destinato ad abitazione del debitore, il quale ivi abbia la propria residenza anagrafica". In conclusione, Equitalia non potrà più espropriare la prima casa di abitazione nei casi previsti dalla lett. a) dell'art. 52, comma 1, lett. g) del d.lgs. 69/2013 se l'unico immobile di proprietà del debitore è adibito ad uso abitativo e lo stesso vi risiede anagraficamente, con l'ulteriore precisazione che tale tutela non prevede limiti temporali, trovando applicazione anche nei confronti di procedimenti esecutivi immobiliari esattoriali antecedenti all'introduzione della novellata norma. La Corte, pertanto, rigettava il ricorso presentato da Equitalia, dichiarandolo inammissibile, essendo cessata la materia del contendere.

Ad ogni buon conto, si precisa che tale normativa si riferisce esclusivamente ai procedimenti esecutivi esattoriali e non limita l'azione di banche e finanziarie, anche se recentemente è intervenuta la Corte di Giustizia Europea, con la decisione n. C-34/13 del 10 settembre 2014, che ha richiamato l'attenzione sulla presenza nei contratti fatti firmare ai consumatori di clausole abusive ovvero tutte quelle che determinano uno squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto, prevedendo la costituzione di un diritto di garanzia sull'immobile adibito ad abitazione del consumatore.

gine dell'ausiliario, il ricorrente aveva ancora interesse ad ottenere la liquidazione dell'assegno ordinario di invalidità da parte dell'Inps, ritenendo di avere i requisiti per ottenerne il riconoscimento.

Il Supremo Collegio, in accoglimento del ricorso, ha accertato il vizio di omessa pronuncia del giudice di seconde cure per inesistenza della cessazione della materia del contendere, dal momento che, nel caso di specie, vi era un'effettiva permanenza di una posizione di contrasto tra le parti in ordine al diritto alla prestazione (Cass. nn. 27538/2013, 26005/2013).

Ed, invero, secondo i giudici di legittimità, la pronuncia di cessazione della materia del contendere postula che sopravvengano nel corso del giudizio fatti tali da determinare la totale eliminazione delle ragioni di contrasto tra le parti e, con esso, il venir meno dell'interesse ad agire e a contraddire e della conseguente necessità di una pronuncia del giudice sull'oggetto della controversia. Pertanto, con riguardo alla posizione di chi ha agito in giudizio, è necessario che la situazione sopravvenuta soddisfi in modo pieno ed irrimediabile il diritto esercitato, così da non residuare alcuna utilità alla pronuncia di merito (Cass. nn. 6909/2009, 4034/2007).

A tal uopo, va precisato che la cessazione della materia del contendere è questione a carattere pregiudiziale finanche rispetto a quella di giurisdizione (Cass. SS.UU. 18956/2003) e integra un'ipotesi di estinzione del processo (Cass. nn. 8822/03, 3122/03, SS.UU. 226/01).

Allorquando le parti sono d'accordo nell'eliminare la posizione di contrasto tra le stesse insorta, si impone anche d'ufficio la sua declaratoria (Cass. nn. 18195/12, 4883/06, 8086/05, 4384/03) e l'interpretazione delle dichiarazioni fatte dalle parti, in uno alla valutazione dell'idoneità della situazione sopravvenuta ad eliminare ogni contrasto sull'intero oggetto della lite, è riservata al giudice di merito, il quale deve attenersi ai criteri ermeneutici legali nella ricerca dell'effettiva portata sostanziale delle dichiarazioni in questione (Cass. nn. 9332/01, 6002/01, 2180/00, 5097/99, in senso conforme a tutti i principi finora esposti, Tribunale di Nocera Inferiore Sez. Lavoro, Cons. dottor Francesco Ruggiero sentenze nn. 1023/14 e 654/13). Ritornando alla pronuncia in esame, la sentenza impugnata è stata dunque cassata, ma la controversia non è stata decisa nel merito per la necessità di ulteriori accertamenti in fatto.

A parere del giudice *a quo*, è indispensabile che il giudice del rinvio accerti l'esistenza dei requisiti necessari per l'erogazione della prestazione, anche nel caso in cui, come nella fattispecie scrutinata, sia stato già emanato in sede amministra-

tiva un provvedimento che ha riconosciuto il diritto fatto valere.

Difatti, vertendosi in tema di prestazioni sottratte alla disponibilità delle parti, nemmeno l'acquisita esecutività di un provvedimento amministrativo ricognitivo del diritto dell'assicurato comporta, in sede giurisdizionale, l'automatico riconoscimento di un corrispondente diritto nei confronti del medesimo (Cass. nn. 3540/2013, 5744/2001). Parimenti, il giudice *ad quem* dovrà verificare l'eventuale necessità di disposizione di CTU medico-legale, avuto riguardo all'apprezzamento dell'esistenza di ragioni giustificative circa la mancata presentazione alla visita precedentemente disposta ed alle conseguenti ricadute sul piano probatorio (Cass. nn. 7123/2005, 11056/2003). In definitiva, se il ricorrente decide di disertare l'accertamento medico-legale, il suo comportamento non farà venir meno l'interesse ad ottenere una pronuncia giudiziale, con conseguente declaratoria di cessazione della materia del contendere ma, ove ingiustificato, comporterà il rigetto della domanda nel merito per il mancato assolvimento degli oneri probatori su di esso gravanti ex art. 2697 c.c.

Gennaro Effie

Equa riparazione. Parte civile nel processo penale. Eredi. Durata del processo. Decorrenza

Nota a Corte di Cassazione, sentenza n. 19663, deposito del 18 settembre 2014.

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione sono intervenute per chiarire una questione in materia di condominio, ossia se i singoli condomini sono legittimati ad agire in giudizio, per far valere il diritto alla equa riparazione per la durata irragionevole del processo presupposto intentato dal condominio, in persona dell'amministratore, e del quale i condomini non siano stati parti.

La Suprema Corte ha dato una risposta enunciando il seguente principio di diritto "Nel caso di giudizio intentato dal condominio e del quale pur trattandosi di diritti connessi alla partecipazione di singoli condomini al condominio, costoro non siano stati parti, spetta esclusivamente al condominio, in persona del suo amministratore, a ciò autorizzato da delibera assembleare, far valere il diritto alla equa riparazione per la durata irragionevole del detto giudizio". Il ricorso per Cassazione invocato da alcuni condomini si basava sulla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 della legge 89/2001, per il diritto ad una equa

riparazione per il danno, patrimoniale e non, subito per l'irragionevole durata del processo. La Suprema Corte ha dovuto prima esaminare "la legittimazione dei singoli condomini ad agire in giudizio per far valere il diritto alla equa riparazione per la durata irragionevole del processo presupposto intentato dal condominio, in persona dell'amministratore, del quale i condomini stessi non siano stati parti". Infatti un primo orientamento giurisprudenziale affermava che "il diritto all'equo indennizzo per la irragionevole durata di un processo non spetti all'ente condominiale ma ai soli condomini che sono titolari *uti singuli* del diritto al risarcimento".

Ciò è scaturito dal fatto che il condominio, privo della personalità giuridica, avendo funzione di ente di gestione delle cose comuni, non può agire per l'equa riparazione se non con specifico mandato da parte di tutti i condomini.

Questo indirizzo è stato contrastato da un altro che accoglie la tesi che solo il condominio può agire per ottenere indennizzo per l'irragionevole durata del giudizio; suddetto orientamento era suffragato dalla giurisprudenza della Corte EDU e dall'art. 2 della legge n. 89/2001 secondo cui anche per le persone giuridiche "il danno non patrimoniale, inteso come danno morale soggettivo, è, non diversamente da quanto avviene per gli individui persone fisiche, conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo". Pertanto alla luce del contrasto creatosi in giurisprudenza la Corte di Cassazione ha risolto il conflitto stabilendo che: nel caso in cui un condomino, voglia vedersi riconoscere l'indennizzo ex legge 89/2001, deve richiedere all'amministratore di convocare un'assemblea, in modo che quest'ultima autorizzi il condominio, in persona del suo amministratore, a far valere il diritto alla equa riparazione per la durata irragionevole del giudizio.

Emiliana Matrone

L'operazione "cittadinanza previdenziale". Il comodato immobiliare cd. precario ed il risarcimento del danno da occupazione senza titolo

Il Tribunale di Nocera Inferiore, seconda sezione civile, in persona del giudice dottor Antonello Amodio, con la sentenza n. 1096 del 2 luglio 2014, pronunciata nella causa civile in primo grado iscritta al n. 724/2011 Rg., in materia di comodato senza limiti di durata, afferma che

"poiché il comodato in questione non aveva un termine di durata, non può che ritenersi sussistente il diritto della parte comodante a chiedere in qualsiasi momento la restituzione del bene che ne forma oggetto. E siccome tale situazione è stata chiesta con raccomandata del 5 febbraio 2010, ricevuta dal convenuto in data 9 febbraio 2010, il comodato deve ritenersi cessato per recesso unilaterale del comodante, cui l'art. 1810 c.c. riconosce espressamente un diritto potestativo in ordine alla cessazione del rapporto, con conseguente obbligo di restituzione in capo al comodatario". Tale sentenza risulta di grande interesse sotto diversi profili e per diversi ordini di ragione. Innanzitutto, la pronuncia in esame è lodevole non solo per la specificità del tema trattato, ma soprattutto per la lucidità dell'iter logico-argomentativo e per la chiarezza espositiva.

Nel caso concreto, l'attrice con atto di citazione chiedeva la condanna dei convenuti al rilascio dell'immobile essendo cessato il contratto di comodato precario nonché il risarcimento del danno da occupazione senza titolo.

All'uopo, l'attrice premetteva di essere proprietaria di un'unità immobiliare sita in Scafati; di avere concesso, nell'anno 1994, oralmente ai convenuti tale immobile in comodato gratuito senza determinazione della data di restituzione; di aver esercitato, poi, con lettera raccomandata a.r. del 09.02.2010, il diritto di richiedere la restituzione dell'immobile comodato; che, nonostante i ripetuti solleciti, verbali e scritti, e nonostante lo spirare di una congrua dilazione di tempo per il rilascio (quindici giorni dal ricevimento della lettera raccomandata), i convenuti non avevano lasciato l'immobile libero da cose e persone nella disponibilità della proprietaria e che, pertanto, i convenuti occupavano il descritto bene senza averne titolo a far data dal 24.02.2010.

I convenuti resistevano alle avverse pretese, adducendo la mancanza di specifiche esigenze a sostegno della domanda di restituzione dell'immobile. Il tribunale adito accoglieva la domanda attorea. Prima ancora di passare ad esaminare i punti salienti della decisione in commento, appare doveroso ricordare che il comodato è il contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta (art. 1803, comma 1, c.c.). Nessuna norma prevede per il comodato immobiliare la necessità della forma scritta (Cass. 4632/1979; Cass. 3695/1974). Pertanto, il rapporto di comodato stipulato verbalmente può essere provato anche a mezzo di testimoni e, conseguentemente, non sussiste - in ordine al giuramento - la preclusione di cui all'art.

2739 c.c. (Cass. 11620/1990).

Non essendo, dunque, richiesta la forma scritta, è sufficiente per il perfezionamento del contratto in argomento la consegna del bene, che non deve tuttavia rivestire forme solenni né avvenire materialmente, potendo risultare anche *per facta concludentia*. Secondo la disciplina codicistica, il comodatario deve custodire e conservare la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1804 c.c.) e non ha diritto al rimborso delle spese sostenute per servirsi della cosa (art. 1808 c.c.).

La Cassazione, sul punto, soggiunge che il comodatario che, al fine di utilizzare la cosa, debba affrontare spese di manutenzione straordinaria può liberamente scegliere se provvedervi o meno e non può, conseguentemente, pretendere il rimborso al comodante (Cass. 15543/2002).

Il comodatario, a norma dell'art. 1809 c.c., è obbligato a restituire la cosa alla scadenza del termine convenuto, o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto. Se, però, durante il termine convenuto o prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, sopravviene un urgente e impreveduto bisogno del comodante, questi può esigerne la restituzione immediata.

L'art. 1810 c.c. dispone che se non è stato convenuto un termine né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede. Il comodato disciplinato dall'art. 1810 c.c., cd. comodato precario, altro non è che un comodato senza determinazione di durata.

Esso si caratterizza per la previsione che la scadenza della validità del vincolo dipende potestativamente dalla volontà del comodante, il quale può farla maturare *ad nutum* mediante richiesta di restituzione del bene.

Tale richiesta determina l'immediata cessazione del diritto del comodatario alla disponibilità e al godimento della cosa, con la conseguenza che una volta sciolto per iniziativa unilaterale del comodante il vincolo contrattuale, il comodatario che rifiuti la restituzione della cosa, viene ad assumere la posizione di detentore *sine titulo* e quindi abusivo del bene altrui (Cass. 5987/2000). Orbene, con la pronuncia in esame, il Tribunale di Nocera Inferiore ribadisce che "non valgono in contrario le argomentazioni addotte dal convenuto in ordine alla mancanza di esigenze che giustificano la restituzione immediata dell'immobile, in quanto siffatte esigenze sono necessarie soltanto nella diversa ipotesi del comodato che abbia un preciso limite di durata, espressamente convenuto o comunque ricavabile dall'uso della cosa in conformità del contratto (articolo 1809 c.c.)".

Dunque, sulla scia di quanto affermato dalla stes-

sa giurisprudenza di legittimità, in tema di comodato immobiliare, la sentenza nocerina conferma che "ove manchi una particolare prescrizione di durata, l'uso corrispondente alla generica destinazione dell'immobile configura un comodato a tempo indeterminato e, perciò, a titolo precario, e, dunque, revocabile *ad nutum* da parte del comodante, a norma dell'articolo 1810 c.c." (Cass. n. 5907/2011).

Sul tema, inoltre, è necessario osservare che il principio esistente in tema di locazione secondo cui i componenti del nucleo familiare del conduttore non hanno un autonomo diritto soggettivo al godimento dell'alloggio, ma godono di questo soltanto di riflesso per effetto del vincolo di parentela che li lega al conduttore, va applicato analogicamente anche in tema di comodato.

Ne consegue che, intervenuta l'estinzione del rapporto di comodato, nessun diritto alla detenzione dell'immobile possono vantare i familiari del comodatario, e l'eventuale azione promossa dal comodante per ottenere il rilascio del bene può essere esercitata anche contro uno solo degli occupanti, senza necessità di integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri.

Infatti, la pronuncia emessa sull'azione di rilascio non può ritenersi *inutiliter data* essendo idonea a produrre i suoi effetti nei confronti dell'occupante, escludendolo dalla detenzione (Cass. 62/1981). La Corte di Cassazione, emblematicamente, afferma che anche il coniuge assegnatario della casa familiare, ai sensi dell'art. 155 c.c., subentrato per effetto del provvedimento di assegnazione della stessa posizione giuridica del coniuge separato, precedentemente comodatario dell'appartamento, è tenuto a subire, ai sensi dell'art. 1810 c.c., gli effetti del recesso del comodante, non essendo opponibile ai terzi il provvedimento di assegnazione, attributivo non di un diritto atipico di godimento (Cass. 929/1995). Il Supremo Collegio, con la sentenza n. 15986/2010, chiarisce che il comodato precario è caratterizzato dalla circostanza che la determinazione del termine di efficacia del *vinculum iuris* costituito tra le parti è rimessa in via potestativa alla sola volontà del comodante, che ha facoltà di manifestarla *ad nutum* con la semplice richiesta di restituzione del bene, senza che assuma rilievo la circostanza che l'immobile sia stato adibito a casa familiare e sia stato assegnato, in sede di separazione tra i coniugi, all'affidatario dei figli.

Nel caso concreto, dunque, il Tribunale di Nocera Inferiore stabilisce che la domanda di rilascio dell'immobile deve essere accolta e che la detenzione dello stesso deve essere qualificata priva di un titolo giustificativo a far data dal 24 febbraio 2010 (data di scadenza di quindici giorni per il

rilascio fissato nella raccomandata a/r ricevuta il 9 febbraio 2010).

Secondo l'autorevole ed illuminante pronuncia del Tribunale di Nocera Inferiore anche la domanda di risarcimento del danno per occupazione senza titolo deve essere accolta. In proposito, si evidenzia che "in caso di occupazione abusiva di un cespite immobiliare altrui, il danno subito dal proprietario è *in re ipsa*, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità ricavabile dal bene medesimo in relazione alla natura normalmente fruttifera di esso" (Cass. 19004/2004; Cass. 13630/2001; Cass. 7692/2001; Cass. 1373/1999; Cass. 1123/1998).

Quanto alla liquidazione delle somme richieste a titolo di indennità per l'occupazione *sine titulo*, ancora, si puntualizza che "La determinazione del risarcimento del danno ben può essere, in tal caso, operata dal giudice sulla base di elementi presuntivi semplici, con riferimento al cosiddetto danno figurativo e, quindi, con riguardo al valore locativo del cespite usurpato" (Cass. 13630/2001; Cass. 10498/2006).

Nel caso di specie, invero, mancando riferimenti precisi da cui desumere il valore locativo, per liquidare il danno subito dall'attrice per effetto dell'occupazione illecita, l'on.le giudicante fa ricorso al criterio equitativo di cui all'art. 1226 c.c.

Sulla scorta di tante e tali argomentazioni, il Tribunale di Nocera Inferiore, con la sentenza in argomento, così provvede:

1. [...];
2. dichiara cessato per scadenza del termine, a far data dalla 24.02.2010, il contratto di comodato stipulato nell'anno 1994 tra C.A. e I.F.;
3. condanna i convenuti I.F. e D.A. al rilascio immediato in favore di C.A. dell'immobile sito in ... alla via ...;
4. condanna convenuti I.F. e D.A., in solido, al pagamento in favore dell'attrice C.A., per il risarcimento del danno da occupazione senza titolo dell'immobile predetto, di complessivi euro 18.200,00 all'attualità oltre interessi legali dalla data di pubblicazione della presente sentenza (somma computata sulla base di euro 350,00 per mensilità a partire dal mese di marzo 2010 fino a mese di giugno 2014), nonché al pagamento della somma di euro 350,00 per ogni mese di occupazione illecita che dovesse protrarsi dalla data della presente sentenza fino all'effettivo rilascio;
5. condanna i convenuti in solido al pagamento delle spese processuali in favore dell'attrice, che liquida in euro 200,00 per esborsi ed euro 3.200,00 per compensi, oltre spese generali, c.p.a. e Iva, come per legge, da distrarsi in favore del difensore...".

Maria Pisani

Trattamento carcerario inumano e degradante (art. 3 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo, proibizione della tortura): dopo la sentenza Torreggiani un confronto tra giurisprudenze

La premessa di un dibattito: l'8 gennaio del 2013 la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU) ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione il quale proibisce la tortura e le pene o trattamenti inumani o degradanti. Nella sentenza Torreggiani ed altri c. Italia (ric. 43517/09 ed altri, riuniti), la Corte dichiara che emerge un problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano che causa la violazione dei diritti fondamentali in particolare con riferimento all'art. 3 della Convenzione, malfunzionamento, invero, non limitato a condizioni di sovraffollamento anche se in prevalenza riconducibile ad esso. Adoperando la procedura della sentenza pilota, in considerazione del gran numero di ricorsi proposti per lo stesso motivo (al settembre 2014 sono oltre 3500), nei confronti dello Stato italiano, la Corte decide su questo gruppo di ricorsi riuniti e condanna l'Italia a risarcire i ricorrenti per il trattamento inumano e degradante subito, ed inoltre, rilevando il bisogno urgente di offrire alle persone interessate un rimedio appropriato a livello nazionale, dispone, come misura di carattere generale, di assegnare un termine di un anno, durante il quale dovranno essere regolate le disfunzioni denunciate e messo in atto un sistema di ricorso o di ricorsi interni, idonei ad offrire un miglioramento delle violazioni commesse, che abbiano effetti preventivi e compensativi e che garantiscano realmente una riparazione delle violazioni della Convenzione cagionate dal sovraffollamento carcerario in Italia. La Corte rileva che risolvere il problema strutturale del sovraffollamento carcerario richiede sforzi nel lungo periodo ma, contemporaneamente, considerata l'intangibilità del diritto protetto dall'articolo 3 della Convenzione, ribadisce che lo Stato è tenuto ad organizzare il suo sistema penitenziario in modo tale che la dignità dei detenuti sia rispettata e suggerisce, quindi, di incentivare l'applicazione di misure diverse dalla detenzione in carcere, di limitare al minimo il ricorso alla carcerazione "provvisoria", dichiarandosi colpita dal dato che circa il 40% dei detenuti è in attesa di giudizio.

Le decisioni della Corte di Strasburgo hanno una efficacia che, per sintesi e a scopo di chiarezza di questo scritto, consideriamo articolate su tre livelli: nel caso specifico la decisione ha efficacia di cosa giudicata e obbliga le parti ai risultati stabiliti; nei confronti dello Stato destinatario della decisione ha un ulteriore effetto generale, poiché lo obbliga ad integrare il proprio quadro normativo con la regola enunciata nella decisione allo scopo di prevenire ed evitare nuove violazioni; infine, nei confronti di tutti, le decisioni hanno efficacia di "cosa interpretata" e costituiscono un precedente di riferimento per la soluzione di questioni analoghe.

Il tema della efficacia indiretta è quello che rileva in relazione a due sentenze britanniche che, nel marzo 2014 hanno respinto due diverse richieste di estradizione dello Stato italiano; il motivo del rifiuto sono le condizioni carcerarie italiane, evidenziate nella sentenza Torreggiani.

Il giudice estensore della decisione dell'11 marzo 2014 (High Court of Justice, Queen's Bench division, Administrative Court, Hayle Abdi Badre v/ Court of Florence) nota che in generale, in virtù dell'adesione di uno Stato al Trattato CEDU esista una forte, benché confutabile, presunzione che tale Stato sia in grado e intenda ottemperare alle sue obbligazioni derivanti dalla Convenzione. La decisione Torreggiani per l'appunto costituisce una chiarissima refutazione della presunzione di conformità che obbligherebbe lo Stato ad eseguire l'extradizione verso l'Italia, una prova che riconosce l'esistenza di un problema sistemico del sistema penitenziario italiano, ed in virtù di tanto l'onere della prova del fatto che l'estradando non avrebbe corso il rischio di essere incarcerato in condizioni contrarie all'art. 3 della Convenzione ricadeva sullo Stato richiedente.

Il giudice precisa ulteriormente, a questo proposito, che non sono sufficienti le assicurazioni generiche fornite dai rappresentanti dello Stato, riguardo al fatto che il soggetto estradato non sarà sottoposto a regimi inumani e degradanti, egli ritiene che i termini di assicurazione debbano essere specifici, sia in termini soggettivi (la garanzia offerta deve vincolare ad un obbligo di risultato lo Stato) sia in termini oggettivi (possibilità di verifica periodica delle condizioni carcerarie dell'estradato attraverso canali diplomatici o con altri meccanismi di monitoraggio). Le assicurazioni fornite dallo Stato italiano con riferimento alle due richieste di estradizione, sono senza dubbio generiche, non contengono precisazioni sulle condizioni del luogo di detenzione nel quale sarà inviato l'estradando.

In sostanza quel che emerge da questo quadro è che dal momento in cui viene dichiarata una vio-

lazione di sistema dei diritti fondamentali e fino al momento in cui non interviene un accertamento di senso contrario, lo Stato richiesto della estradizione si trova confrontato al rischio reale che, alla consegna di un soggetto per esecuzione di una misura di tipo custodiale che comporti la permanenza in carcere, questi subisca un trattamento non conforme alle prescrizioni convenzionali. Questo rischio può essere dissipato, secondo la High Court, soltanto se lo Stato richiedente fornisce informazioni e garanzie specifiche sulla possibilità, ad esempio, per l'estradato di accedere alla libertà su cauzione, oppure fornendo informazioni sull'istituto specifico nel quale sarà detenuto e sulle condizioni di trattamento prevalenti in detto istituto.

In questo modo, la decisione CEDU trasforma ed estende ulteriormente i suoi effetti, non più e non solo come vincolo interpretativo e attuativo per lo Stato coinvolto ma anche guida nella tutela dei diritti fondamentali per gli altri Stati che nel caso di specie, nel momento in cui si pongono in relazione con lo Stato condannato, posti di fronte alla eventualità che l'estradando venga sottoposto a un rischio di violazione, in questo caso ad un regime di detenzione incompatibile con il divieto di trattamento inumano e degradante, rifiutano l'extradizione per non rendersi partecipi della violazione.

Nella seconda decisione, tuttavia, il District Judge (Judiciary of England and Wales, Senior District Judge, The Court of Appeal Palermo v. Rancadore 17.03.2014) si dichiara apertamente favorevole all'extradizione ma constata che il precedente della High Court lo vincola nel disporre il rifiuto della consegna. Osserva, comunque, che ritiene accettabili le generiche assicurazioni offerte dallo Stato italiano sulla scorta di un duplice ordine di circostanze: da una parte la condizione del sistema penitenziario italiano è in forte trasformazione, proprio nell'obiettivo di dare esecuzione alle prescrizioni imposte con la sentenza Torreggiani, anche se i risultati non sono ancora apprezzabili e sottoposti alla condizione della attuazione delle misure in via di adozione.

Dall'altra parte, osserva che in relazione alla durata della pena che l'estradando è chiamato a scontare, non è possibile offrire concrete assicurazioni sia sull'istituto che lo accoglierebbe che sulle condizioni di vita garantite nell'istituto, perché il detenuto potrebbe essere trasferito per motivi di salute o per essere più vicino alla sua famiglia, oppure per motivi di sicurezza.

Le condizioni di vita nell'istituto, ugualmente, possono cambiare anche considerevolmente nel corso dello svolgimento di una lunga detenzione. Il governo italiano, nel termine assegnatogli ha

prima cercato di mettere in opera rimedi ad efficacia immediata per far diminuire il numero dei detenuti ed internati (il tasso di sovraffollamento nel 2013 si è assestato su una media di 140%) e, poco dopo la scadenza del termine (intanto prorogato di un altro anno) della sentenza Torreggiani, è stato adottato il d.l. 92/2014 poi convertito in legge, senza modifiche, n. 117/2014. La legge 117/2014 introduce delle modifiche dell'ordinamento penitenziario e prevede, con l'inserimento dell'art. 35 *ter* nel testo dell'ordinamento penitenziario, i rimedi risarcitori in favore dei detenuti ed internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 3 CEDU.

Le disposizioni ora in vigore stabiliscono da una parte un rimedio risarcitorio da richiedere innanzi alla giurisdizione civile, in favore di coloro che abbiano subito una detenzione in condizioni inumane già conclusa, mentre per i detenuti è disponibile un reclamo al magistrato di sorveglianza, col quale richiedere una riduzione della pena da scontare pari ad un giorno ogni dieci trascorsi in condizioni di violazione della Convenzione o di 8 euro per ogni giorno che non può essere oggetto di riduzione della pena.

Considerazione imprescindibile per ogni valutazione dell'efficacia delle norme è che sebbene le misure privative della libertà implicino abitualmente degli inconvenienti per il detenuto, l'incarcerazione, tuttavia, non fa perdere il godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione; le modalità di esecuzione della condanna o della misura cautelare devono essere compatibili con il rispetto della dignità umana, senza eccedere il livello di sofferenza inevitabile legato alla detenzione. Il soggetto detenuto è considerato vulnerabile, per il fatto che si trova completamente sotto la responsabilità dello Stato, ciò comporta che l'autorità statale abbia l'obbligo di assicurarsi che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con i principi convenzionali.

La valutazione delle condizioni minime ed imprescindibili della carcerazione deve tener conto, dunque, della possibilità per il detenuto di accedere al bagno privatamente, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria aperta, l'accesso e la durata delle attività fuori cella incluso l'accesso ad attività lavorative, la qualità del riscaldamento, l'uso di servizi igienici e il rispetto delle esigenze sanitarie di base, l'accesso all'assistenza sanitaria adeguata alle condizioni di salute e infine e non solo, lo spazio personale minimo disponibile in cella.

La legge 117/2014 è entrata in vigore il 21 agosto 2014. Dagli esiti dei primi ricorsi presentati ai sensi delle nuove disposizioni, sembrerebbe che i

rimedi approntati siano molto poco efficaci e per niente effettivi. Il motivo principale è che la magistratura di sorveglianza, già da tempo sotto organico e con scarso personale amministrativo è stata immediatamente sommersa da migliaia di istanze dei detenuti (il ricorso può essere presentato anche personalmente dal detenuto), nello stesso tempo in particolare per le detenzioni di lunga durata, non sono disponibili dati sia sul sovraffollamento carcerario che sulle condizioni di vita assicurate negli istituti; l'istruttoria dei ricorsi, dunque, è particolarmente lunga e complessa, soprattutto nella parte in cui è necessario ricostruire i differenti periodi di detenzione del ricorrente.

In questi primi due mesi di applicazione della norma, si è registrato un grado elevatissimo di dichiarazioni di inammissibilità dei ricorsi da parte dei magistrati di sorveglianza anche a cagione di una interpretazione estremamente restrittiva di alcune norme dal tenore, effettivamente, equivoco.

A tal proposito, la decisione "guida" del magistrato di sorveglianza di Vercelli del 24 settembre 2014 (ordinanza in ric. T. n. 2014/5638 SIUS consultabile in www.personaedanno.it) afferma che ai fini della proposizione della domanda è necessario che il richiedente sia detenuto, ciò vuol dire che sono esclusi coloro che hanno trascorso dei periodi in condizioni detentive inumane e degradanti ma che sono per una qualunque ragione, trasferiti, sottoposti a misure differenti, liberi oppure nel caso di custodia cautelare, siano stati assolti all'esito del giudizio.

Nella decisione ora citata e che ha ispirato le decisioni successive di molti altri uffici, si precisa che la lesione oggetto dell'accertamento deve riguardare un pregiudizio della posizione del soggetto detenuto o internato, e quanto al pregiudizio esso deve avere caratteristiche di "attualità" e "gravità" nel senso che le violazioni al diritto convenzionale subite in relazione a detenzioni pregresse rispetto a quella attualmente in esecuzione (quindi con titolo esecutivo diverso) o le violazioni che pur essendo riferibili all'esecuzione in corso al momento della domanda non siano attuali perché venute meno (per la modifica della situazione carceraria, per intervento dell'amministrazione o per intervento della magistratura) saranno escluse dalla competenza della magistratura di sorveglianza e ricadono nella generale giurisdizione risarcitoria affidata al giudice civile.

Afferma il magistrato di sorveglianza che il pregiudizio deve essere, inoltre, attuale "sia al momento della presentazione del reclamo, fondando tale elemento l'interesse concreto ad agire

dell'interessato, sia al momento della decisione sul medesimo" dal momento che la finalità del reclamo è solo ed esclusivamente indirizzata alla tutela urgente ed immediata in virtù della natura stessa della giurisdizione attribuita al magistrato di sorveglianza. Se si accoglie la versione della doppia attualità del pregiudizio per scriminare la competenza del magistrato di sorveglianza da quella della giustizia civile (davanti alla quale può esser richiesta solo l'indennità economica), non c'è dubbio che la portata della norma verrà molto limitata poiché sarà applicabile soltanto ai casi in cui non solo è ancora in corso la detenzione, per il medesimo titolo esecutivo, ma anche il trattamento inumano. Non è lo scopo di questo commento, ma merita un cenno anche la misura del risarcimento per equivalente, di appena 8 euro, stabilita con la legge 117/2014. Il danno oggetto del risarcimento è certamente un danno esistenziale, danno alla capacità e possibilità di relazionarsi e di essere trattato con dignità ed umanità, pur se nell'ambito delle strutture detentive, la quantificazione in 8 euro pare decisamente ridicola sia se commisurata alla conversione della pena detentiva pecuniaria, sia se rapportata alla quantificazione del risarcimento in favore dei ricorrenti fatta dalla CEDU nella sentenza Torreggiani, una siffatta determinazione oltretutto pare irragionevole ove si consideri che i trattamenti inumani possono avere graduazione e estensione molto differente da un soggetto all'altro, da un luogo all'altro.

In sostanza l'applicazione della legge 117/2014 sembra aver svuotato quasi del tutto le possibilità di ottenere una compensazione o un risarcimento da parte di chi ha subito un trattamento carcerario considerato inumano e degradante se tale trattamento non è più attuale, o si è verificato durante l'esecuzione di un altro titolo, o non ha la possibilità di "provare" il trattamento subito in epoche non recentissime. Ebbene, pur non trascurando che tra le decisioni britanniche e quelle della magistratura di sorveglianza italiana è intervenuta l'adozione di una legge che attualmente impedirebbe ai britannici di reiterare le medesime conclusioni, non si può fare a meno di raffrontare l'impostazione radicalmente diversa delle due giurisdizioni. Nel Regno Unito, a fronte di una violazione accertata dei diritti fondamentali, e pur in presenza di garanzie del Governo, prevale il principio di tutela dei diritti fondamentali: di fronte al rischio concreto che l'estraddando possa subire un trattamento in violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione, ne viene rifiutata la consegna. Le giurisdizioni nazionali, invece, poste innanzi le misure di adeguamento che dovrebbero servire ad attenuare o almeno a compensare

le violazioni sistematiche dei diritti fondamentali, con una interpretazione estremamente restrittiva ne limitano l'operatività al punto da svuotarle grandemente di contenuto, rendendo difficile se non impossibile ottenere la giusta compensazione se il trattamento in violazione della Convenzione è cessato, pur essendo accertato per il pregresso, oppure se la detenzione non è più in corso o se essa concerne un titolo esecutivo diverso da quello in esecuzione all'epoca della violazione. Se non dovesse mutare l'orientamento della magistratura di sorveglianza, c'è il forte rischio quando in giugno del 2015 dovrà esser presentato il bilancio della messa in opera delle misure adottate per la creazione di un ricorso preventivo e di un ricorso per indennizzo, la valutazione rimessa al Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa sia negativa.

Eleonora Stefanelli

Danno da ritardo nella concessione di agevolazioni per la gestione di attività professionale: il superamento del termine previsto per l'adozione dei provvedimenti amministrativi, ex art. 2 legge n. 241/1990, non integra la piena prova del danno, non potendo determinare di per sé l'illegittimità dell'atto adottato fuori termine

Nota a Consiglio di Stato, sezione IV, 10 giugno 2014, n. 2964.

La questione

La questione prende le mosse da una richiesta di finanziamento avanzata da un avvocato ad una agenzia operante nel campo dell'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa, in quanto finalizzata all'apertura di uno studio legale. Nell'anno 2007 veniva sottoscritto il relativo contratto, il quale prevedeva, tra l'altro, che le spese riconosciute sarebbero state solo quelle sostenute a seguito della delibera di concessione delle agevolazioni fiscali. Condizione, quest'ultima, che veniva accettata senza alcuna riserva dal legale, quale beneficiario del finanziamento. Quest'ultimo, tuttavia, a distanza di tre mesi dalla stipula del contratto, provvedeva a comunicare, a mezzo lettera, ad apposita società con sede in Puglia (soggetta al controllo e alla direzione dell'Agenzia deputata alla concessione finanziaria), di voler avviare l'attività effettuando i relativi

investimenti a proprie spese e cure, vista la sua impossibilità a procrastinare ulteriormente il termine di inizio della stessa. Con successiva missiva, reiterava tale richiesta, allegando i preventivi di spesa ed il contratto di locazione dell'immobile adibito a studio.

Siffatta istanza veniva respinta dalla società, sull'assunto che i beni non fossero finanziabili perché acquistati in un periodo anteriore alla delibera di ammissione delle agevolazioni. In aggiunta, la società domandava il completamento del piano di investimenti mediante il puntuale adempimento delle disposizioni contrattuali, pena la revoca delle agevolazioni concesse.

Rispetto a tale richiesta l'avvocato rimaneva silente ed inerte. In risposta a tale inottemperanza, l'agenzia interveniva con la revoca delle agevolazioni concesse.

A tal proposito, l'avvocato proponeva ricorso dinanzi al Tar Puglia affinché venisse dichiarata ed accertata l'illegittimità e l'illiceità degli atti e del comportamento, commissivo ed omissivo, tenuto dalla società e dall'agenzia.

Nello specifico, avanzava una azione di risarcimento dei danni derivanti dal ritardo con cui le amministrazioni intime avevano provveduto alla liquidazione del contributo previsto per il settore del lavoro autonomo, dal Titolo II del d.lgs. 185/2000.

Danni considerati sia sotto l'aspetto patrimoniale che non, in quanto coincidenti con le spese sostenute per la presentazione della domanda e con l'importo del contributo, successivamente revocato per avere la parte ricorrente dato avvio ai lavori oggetto di finanziamento in un periodo anteriore all'adozione della delibera di ammissione del finanziamento.

Il Tar Puglia accoglieva, seppur in via parziale, il ricorso, atteso che finiva con l'attribuire al termine previsto per la corresponsione dell'agevolazione natura perentoria e non anche ordinatoria. E, di conseguenza, condannava l'agenzia operante nel settore dei finanziamenti a corrispondere, a titolo risarcitorio, la somma pari all'importo originariamente concesso.

Di contro, l'agenzia proponeva appello avverso la suindicata pronuncia, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia.

In particolare, domandava l'annullamento e la riforma della sentenza impugnata per i seguenti motivi:

- Violazione di legge in materia di competenza, con particolare riguardo all'art. 13 del codice del processo amministrativo;

- Violazione dell'art. 2 bis legge 241/1990, dell'art. 2053 c.c., dell'art. 23 d.lgs. 185/2000 nonché degli artt. 4 e 5 del d.m. 295/2001.

La soluzione

Con la sentenza n. 2964 del 2014, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello proposto dall'agenzia, sovvertendo così l'iter logico-argomentativo seguito dal Tar Puglia.

Più specificatamente, il Collegio, aderendo ad orientamenti già consolidati sul punto, ha asserito che: "il termine sancito dall'art. 2 della legge 241 del 1990 ha natura ordinatoria, in quanto l'inosservanza da parte della amministrazione non esaurisce il potere di provvedere né determina di per sé l'illegittimità dell'atto adottato fuori termine". Ancor più ha teso a precisare che la stessa legge non contiene alcuna prescrizione in merito alla sua eventuale perentorietà, alla decadenza amministrativa e alla illegittimità del provvedimento adottato.

Al riguardo, va detto che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare in più occasioni che debba qualificarsi quale termine acceleratorio teso alla definizione dell'iter procedimentale (cfr. sul punto Cons. Stato n. 3215/2008; Cons. Stato n. 140/2009).

Altro punto focale trattato dal Consiglio di Stato concerne la necessaria correlazione che deve intercorrere tra gli artt. 2 bis della legge 241/1990 e 2043 c.c., ritenendo necessaria, ai fini del risarcimento del danno da ritardo, l'identificazione degli elementi oggettivi e soggettivi propri della responsabilità extracontrattuale.

In altri termini, la richiesta di accertamento del danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento va ricondotta nell'alveo dello schema paradigmatico dell'art. 2043 c.c., con la conseguenza che non è possibile presumere *iuris tantum* il danno da ritardo (in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo impiegato nell'adozione del provvedimento favorevole), occorrendo invece la prova, da parte del danneggiato (ex art. 2697 c.c.), dei requisiti costitutivi dell'illecito aquiliano. Non a caso, il giudice amministrativo più volte è intervenuto in materia con un fine ben preciso: "sottolineare la necessità di verificare la sussistenza dei presupposti di carattere oggettivo (ingiustizia del danno, nesso causale, prova del pregiudizio subito) nonché quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante), dovendosi trattare di elementi univoci indicativi della sussistenza della colpa in capo all'amministrazione (cfr. al riguardo Consiglio di Stato, 29 maggio 2008, n. 2564).

Accanto alla prova della sussistenza di tutti i presupposti dell'illecito ex art. 2043c.c., il Consiglio di Stato ha altresì evidenziato un ulteriore passaggio: la dimostrazione, a cura dell'istante, che il provvedimento favorevole avrebbe potuto o dovuto essergli rilasciato già *ab origine*. Quindi, il



Allegoria della Giustizia

danno da ritardo nel provvedere oltre ad essere provato nel suo preciso ammontare deve altresì effettivamente sussistere, atteso che il mero ritardo non può far scattare di per sé la sussistenza di un danno risarcibile

Nel caso in esame, il Collegio non ha ritenuto raggiunta la piena prova del danno effettivamente subito dalla parte appellata, non avendo quest'ultima dimostrato l'effettiva necessità di sostenere in anticipo rispetto alla data di conclusione del contratto di finanziamento le spese di cui ha chiesto il rimborso. Difatti, a detta dell'organo giudicante, la domanda risarcitoria per danno da ritar-

do è stata azionata dal legale, quale parte appellata, solo dopo che egli è venuto a conoscenza del fatto che la P.A. avrebbe preteso il rispetto del principio di finanziabilità in merito ai soli acquisti successivi alla stipula del contratto e non anche a quelli precedenti. Di guisa, le spese sostenute in una fase anteriore alla delibera di concessione delle agevolazioni non possono essere addossate all'agenzia a causa del ritardo con cui si è addivenuti alla stipula del contratto, restando pur sempre nella esclusiva sfera di responsabilità dell'istante, in quanto autonomamente deliberate ed effettuate dallo stesso.

Dottrina

Barbara Barbato

Il licenziamento del lavoratore sorpreso a lavorare durante il periodo di malattia

Sempre più frequentemente la Corte di Cassazione è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del licenziamento disciplinare comminato dal datore di lavoro al lavoratore che, durante il periodo di malattia, compie attività lavorative o extralavorative (ludiche e ricreative) suscettibili di ledere i doveri di correttezza e buona fede nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali; il che ha portato al sedimentarsi di diverse pronunce che, sempre più dettagliatamente e minuziosamente, cercano di trovare un difficile equilibrio tra le esigenze del datore di lavoro di assicurarsi la corretta prestazione del lavoratore dedotta in contratto, e quelle del lavoratore a godere di un periodo di riposo dal lavoro, quando è affetto da patologie incompatibili con l'esercizio delle normali prestazioni lavorative. Va evidenziato, infatti, che lo stato di malattia del lavoratore ex art. 2110 c.c. non comporta l'impossibilità assoluta di svolgere qualsiasi attività, ma è solo impeditivo delle normali prestazioni lavorative del dipendente. Il lavoratore assente per malattia, che quindi legittimamente non effettua la prestazione lavorativa, non per questo deve astenersi da ogni altra attività, quale in ipotesi un'attività ludica o di intrattenimento e finanche un'attività lavorativa presso terzi, retribuita o gratuita. Tuttavia, l'adempimento dei generali doveri di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle obbligazioni contrattuali, gli impongono di non porre in essere attività che non siano compatibili con lo stato di malattia e di adottare ogni cautela idonea perché cessi lo stato di malattia con conseguente recupero dell'idoneità al lavoro. In particolare, il lavoratore nell'adempimento della sua prestazione lavorativa, deve, prima di tutto, rispettare i doveri generali di correttezza e buona fede nell'adempimento delle obbligazioni ai sensi dell'art. 1175 c.c. e dell'art. 1375 c.c. In secondo luogo, il lavoratore deve anche rispettare gli obblighi più specifici, derivanti direttamente dal contratto di lavoro, di fedeltà nei confronti del datore di lavoro (art. 2105 c.c.) e di diligenza nell'esecuzione della prestazione lavorativa nell'interesse dell'impresa (art. 2104 c.c.). La tutela che il lavoratore riceve in caso di malattia è controbilanciata dal suo dovere di preservare il suo stato di salute, evitando comportamenti pericolosi che possono aggravare il rischio di non essere in grado di eseguire la prestazione lavorativa pattuita (cfr. in tal

senso Cass., sezione lavoro, 25 gennaio 2011, n. 1699, secondo la quale: "In tema di licenziamento per giusta causa, la mancata prestazione lavorativa in conseguenza dello stato di malattia del dipendente trova tutela nelle disposizioni contrattuali e codicistiche - in specie, nell'art. 2110 c.c. - in quanto questo non sia imputabile alla condotta volontaria del lavoratore medesimo, il quale scientemente assuma un rischio elettivo particolarmente elevato che supera il livello della mera eventualità per raggiungere quello dell'altissima probabilità, tenendo un comportamento non improntato ai principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. che debbono presiedere all'esecuzione del contratto e che, nel rapporto di lavoro, fondano l'obbligo in capo al lavoratore subordinato di tenere, in ogni caso, una condotta che non si riveli lesiva dell'interesse del datore di lavoro all'effettiva esecuzione della prestazione lavorativa"). Di conseguenza, per consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass., sezione lavoro, 8 marzo 2013, n. 5809, 6 dicembre 2012, n. 21938, 29 novembre 2012, n. 21253, 26 settembre 2012, n. 16375, 21 aprile 2009, n. 9474, 7 giugno 1995, n. 6399), sono legittimamente perseguibili con la sanzione disciplinare espulsiva, perché lesive degli obblighi sopra richiamati, in primo luogo, quelle attività lavorative o ludiche poste in essere dal lavoratore durante il periodo di malattia, che sono di per sé idonee a far presumere che sia simulato lo stato di malattia, in quanto l'attività extralavorativa si presenta come incompatibile con lo stato di malattia denunciato. In secondo luogo, la legittimità del licenziamento per giusta causa sussiste quando la condotta assunta dal lavoratore durante la malattia è tale da pregiudicare il suo tempestivo rientro al lavoro terminato il periodo di malattia e, quindi, suscettibile di recare un pregiudizio al lavoratore stesso. La Corte di Cassazione (sezione lavoro, 5 agosto 2014, n. 17625) ha avuto modo di precisare, tuttavia, che nella fase di contestazione disciplinare, il datore di lavoro deve avere cura di specificare i motivi per i quali ritiene che la condotta assunta dal lavoratore durante il periodo di malattia sia in contrasto con i fondamentali obblighi di fedeltà e di diligenza del prestatore nell'esecuzione della sua prestazione lavorativa. In particolare, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro contesta al lavoratore solo che la condotta assunta durante lo stato di malattia sia tale da pregiudicare il suo tempestivo rientro in servizio, in un eventuale giudizio di legittimità del licenziamento disciplinare, non potrà invocare poi la circostanza che l'attività svolta sia anche indice di una malattia simulata in quanto incompatibile con la patologia denunciata. Dunque, si ritiene

che rientri nel generale obbligo del lavoratore di diligenza nell'esecuzione della prestazione lavorativa e di fedeltà nei confronti del proprio datore di lavoro, preservare la propria salute al fine di essere in grado di ritornare tempestivamente al lavoro al termine del proprio periodo di malattia. In altre parole, in ossequio alle obbligazioni sopra richiamate, il lavoratore deve astenersi solo dall'assumere dei comportamenti o dal compiere attività che possano pregiudicare la sua pronta guarigione. Di conseguenza, non è impedito al lavoratore compiere qualsiasi attività durante il periodo di malattia, ma solo quelle che non potrebbero pregiudicare una sua pronta guarigione o che, logicamente, siano indice di uno stato morboso simulato. In ossequio a tali considerazioni, dunque, la giurisprudenza di legittimità maggioritaria (Cass., sezione lavoro, 5 agosto 2014, n. 17625, 25 novembre 2013, n. 26290, 26 settembre 2012, n. 16375, 19 dicembre 2000, n. 15916, 13 aprile 1999, n. 3647, 21 ottobre 1991, n. 11142, 14 aprile 1987, n. 3704, 1° agosto 1986, n. 4957) ritiene che sia onere del lavoratore fornire la prova della compatibilità delle attività lavorative o ludiche, compiute durante l'assenza da lavoro per malattia, con la patologia dichiarata e l'inidoneità di queste a pregiudicare il recupero delle normali energie psicofisiche. Una recente pronuncia di legittimità (Cass., sezione lavoro, sentenza del 28.02.2014, n. 4869), al contrario, collocandosi in un filone giurisprudenziale minoritario (cfr. Cass., sezione lavoro, 21 marzo 2011, n. 6375, 11 giugno 1991, n. 6588, 18 aprile 1985, n. 2572), ha sostenuto che sia onere del datore di lavoro che intende porre a fondamento del licenziamento la circostanza che l'attività extralavorativa del lavoratore in malattia gli abbia recato un pregiudizio, dimostrare di aver subito un danno. In particolare, nella summenzionata sentenza del 28.02.2014, n. 4869, si legge: "L'espletamento di altra attività, lavorativa ed extralavorativa, da parte del lavoratore in malattia, è idoneo a violare i doveri contrattuali di correttezza e buona fede nell'adempimento dell'obbligazione e a giustificare il recesso del datore di lavoro, ogni qualvolta l'attività espletata costituisca indice di una scarsa attenzione del prestatore alla propria salute ed ai relativi doveri di cura e di non ritardata guarigione, oltre ad essere dimostrativa della inidoneità dello stato di malattia ad impedire comunque l'espletamento di un'attività ludica o lavorativa. La prova dell'incidenza della diversa attività lavorativa o extralavorativa nel ritardare o pregiudicare la guarigione ai fini del rilievo disciplinare di tale attività nel corso della malattia, è comunque a carico del datore di lavoro". La valutazione del danno deve essere condotta *ex ante*, ossia analiz-

zando con un giudizio prognostico se il comportamento osservato dal lavoratore durante il periodo di malattia sia idoneo a ritardare il suo rientro a lavoro. A tal fine, non rileva la circostanza che il lavoratore sia puntualmente rientrato a lavoro al termine del periodo di malattia, nel senso che tale circostanza non preclude al datore di lavoro di dimostrare, comunque, la condotta pregiudizievole assunta dal lavoratore durante la sua assenza per malattia. In altri casi, il supremo collegio ha ritenuto sufficiente l'esibizione da parte del lavoratore della certificazione medica comprovante il suo stato patologico denunciato, mentre grava sul datore di lavoro dimostrare in relazione alle mansioni lavorative effettivamente assegnate al lavoratore, che la condotta da quest'ultimo assunta sia in contrasto con la malattia (cfr. Cass., sezione lavoro, 21 marzo 2011, n. 6375: "In caso di contestazione dell'assenza per malattia, il lavoratore non è tenuto a provare, a ulteriore conferma della certificazione medica, la temporanea inabilità all'attività lavorativa; è invece a carico del datore di lavoro la dimostrazione che, in relazione alla natura degli impegni lavorativi attribuiti al dipendente, il suddetto comportamento contrasti con gli obblighi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto di lavoro"). Tuttavia, l'orientamento maggioritario che imputa al lavoratore l'onere di dimostrare la compatibilità delle attività espletate con la patologia dichiarata (al fine di escludere la simulazione) e la circostanza che esse non vadano ad aggravare il suo stato di salute, sembra essere più conforme alle normali regole di ripartizione dell'onere della prova ex art. 2697 c.c. In tal senso, va evidenziata una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione, la sentenza del 3.10.2014, n. 21093, nella quale si afferma che grava sul datore di lavoro la prova dello svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente ammalato, mentre grava su quest'ultimo la prova che tale diversa attività lavorativa fosse compatibile col suo stato di malattia e, comunque, coerente con gli obblighi pacificamente gravanti sul lavoratore di non aggravare il proprio stato di salute per non pregiudicare il proprio datore di lavoro.

Anna Capaldo

I rapporti tra ordinanza di demolizione ed istanza di accertamento di conformità nella giurisprudenza amministrativa

1. Premessa sull'accertamento di conformità

L'accertamento di conformità, disciplinato dall'art. 36 del decreto del Presidente della Repub-

blica n. 380/2001 (Testo Unico dell'edilizia)¹, è lo strumento attraverso il quale l'ordinamento consente la sanatoria di abusi edilizi "formali", ossia di opere realizzate in assenza di permesso di costruire o in difformità da esso, per esempio in mancanza di denuncia di inizio attività o in difformità da essa; sono, quindi, esclusi gli abusi edilizi "sostanziali", ossia gli interventi realizzati non solo senza titolo, ma anche su aree inedificabili, oppure in eccesso rispetto alla volumetria consentita o per l'insediamento di destinazioni d'uso non previste dalla disciplina urbanistica o, ancora, in contrasto con le prescrizioni edilizie di legge o regolamentari, i quali possono essere sanati solo con i provvedimenti di condono edilizio, completamente differente dall'accertamento di conformità. La condizione per il rilascio del permesso in sanatoria è che gli interventi abusivi siano conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al tempo di realizzazione degli interventi medesimi, sia al momento della presentazione della domanda di sanatoria (cosiddetta "doppia conformità"). Per ottenere il permesso in sanatoria occorre presentare al competente ufficio comunale apposita istanza a firma del responsabile dell'abuso o dell'attuale proprietario dell'immobile, accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato, che asseveri la "doppia conformità" delle opere, e dagli opportuni elaborati progettuali (generalmente: progetto ante e post opera, atto di acquisto dell'immobile, documentazione catastale, ecc.). Una volta presentata la domanda di sanatoria, l'ufficio comunale ha sessanta giorni di tempo per pronunciarsi: decorso tale termine la domanda si intende respinta.

Tale condotta integra, dunque, un'ipotesi di "silenzio significativo", che ha natura di atto tacito di reiezione dell'istanza.

Il rilascio del permesso in sanatoria è, comunque, subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, di una somma di denaro pari al contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, nei casi di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella normale, mentre nella ipotesi di intervento edilizio realizzato in parziale difformità, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme dal permesso.

2. Incidenza processuale della presentazione dell'istanza di accertamento di conformità sul giudizio di impugnazione dell'ordine demolitorio

Fatta questa premessa, nella giurisprudenza amministrativa si è discusso sui rapporti tra l'impugnazione dell'ordinanza di demolizione di opere abusive e la successiva presentazione di

un'istanza di accertamento di conformità, ai sensi dell'art. 36 del d.p.r. 380/2001, per la regolarizzazione postuma delle opere oggetto del provvedimento stesso.

Il Consiglio di Stato², anche di recente, ha affermato che "in tema di abusivismo edilizio la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità, ai sensi dell'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001, successivamente all'impugnazione dell'ordine di demolizione produce l'effetto di rendere improcedibile l'impugnazione stessa per sopravvenuta carenza di interesse".

La *ratio* di tale portata effettuale è la seguente: in pendenza di ricorso avverso l'ordinanza di demolizione di opere abusive, il riesame dell'abusività dell'opera provocato dall'istanza di sanatoria determina la necessaria formazione di un nuovo provvedimento, di accoglimento o di rigetto, che vale comunque a rendere inefficace il provvedimento sanzionatorio oggetto dell'originario ricorso avverso l'ordine demolitorio. Invero, secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, in pendenza di una domanda di accertamento di conformità ex art. 36 d.p.r. n. 380/01, il potere repressivo della P.A. si sospende e si ripristina solo all'esito di un eventuale diniego di conformità edilizia (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, 2 dicembre 2005, n. 5851; 16 gennaio 2007, n. 226; 6 luglio 2009, n. 4335; Tar Puglia-Lecce, sezione III, 29 marzo 2010, n. 878; Tar Campania-Salerno, sezione II, 4 maggio 2006, n. 597). Pertanto, la presentazione della domanda di sanatoria dell'abuso successivamente alla impugnazione dell'ordinanza di demolizione - o alla notifica del provvedimento di irrogazione delle altre sanzioni per gli abusi edilizi - rende inefficaci i precedenti atti sanzionatori (cfr., *ex multis*, da ultimo, Tar Campania-Salerno, sezione I, 21 giugno 2013, n. 1384; sezione II, 4 giugno 2013, n. 1231; v. anche Consiglio di Stato, sezione V, 31 ottobre 2012 n. 5553; sezione V, 8 giugno 2011, n. 3460; sezione V, 29 dicembre 2009, n. 8935).

Sul piano procedimentale, dunque, la P.A. è tenuta, innanzitutto, ad esaminare ed eventualmente a respingere la domanda di sanatoria, effettuando, comunque, una nuova valutazione della situazione, mentre dal punto di vista processuale, la documentata presentazione di detta istanza di accertamento di conformità comporta la improcedibilità del ricorso per carenza di interesse avverso i provvedimenti repressivi (così, Consiglio di Stato, sezione V, 31 ottobre 2012, n. 5553; 24 aprile 2013, n. 2280). Pertanto, l'esercizio della facoltà di regolarizzare la propria posizione da parte del privato impedisce l'esercizio del potere repressivo dell'amministrazione, in quanto quest'ultima dovrà rideterminarsi in ordine alla san-

zione, ma solo dopo il riesame dell'abusività dell'opera ai fini della verifica della sua sanabilità. L'istanza di sanatoria, infatti, comporta la necessaria formazione di un nuovo provvedimento esplicito o implicito (di accoglimento o di rigetto), che vale comunque a superare il provvedimento sanzionatorio oggetto dell'impugnativa (cfr., *ex multis*, Tar Campania-Salerno, sezione II, 19 ottobre 2012, n. 1902; Tar Campania-Salerno, sezione I, 22 febbraio 2011, n. 350).

3. La posizione del Tar Campania-Salerno

La posizione sopra descritta è avallata dalla consolidata giurisprudenza del Tar Campania-Salerno³, secondo cui la presentazione dell'istanza di sanatoria successivamente all'impugnazione dell'ordinanza di demolizione di opere abusive produce l'effetto di rendere inefficace tale provvedimento e, quindi, improcedibile l'impugnazione stessa per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto la nuova valutazione provocata dall'istanza comporterà la necessaria formazione di un nuovo provvedimento (di accoglimento o di rigetto), che vale comunque a superare i provvedimenti oggetto dell'impugnativa, in tal modo spostandosi l'interesse del responsabile dell'abuso edilizio dall'annullamento del provvedimento già adottato all'eventuale annullamento del provvedimento (esplicito o implicito) di rigetto dell'istanza medesima⁴. Infatti, a seguito dell'istanza di sanatoria, l'ordinanza di demolizione deve essere sostituita o dalla concessione in sanatoria o da un nuovo provvedimento sanzionatorio, per cui se la domanda di sanatoria viene favorevolmente definita, l'ingiunzione di demolizione perde ovviamente efficacia; invece, se viene respinta, l'amministrazione dovrà necessariamente procedere, con autonomo procedimento, al riesame dell'intera fattispecie ed emanare un nuovo provvedimento sanzionatorio con assegnazione in tal caso di un nuovo termine per eseguirlo, con la conseguenza, anche in quest'ultimo caso, dell'inefficacia del precedente provvedimento demolitorio. Ne consegue, dunque, che successivamente alla presentazione dell'istanza di sanatoria delle opere abusive oggetto dell'impugnata ordinanza di demolizione, il ricorso avverso lo stesso ordine demolitorio è da dichiarare improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

4. La posizione del Tar Campania-Napoli

Oscillante è, invece, l'orientamento giurisprudenziale della sede centrale del Tar Campania. Infatti, secondo una parte della giurisprudenza del Tar Campania-Napoli⁵, la validità e/o l'efficacia dell'ordine di demolizione non risultano compromesse dalla presentazione dell'istanza di accerta-

mento di conformità ex art. 36 del d.p.r. n. 380/2001. Quest'ultima, infatti, determinerebbe piuttosto una "sospensione" dell'efficacia della misura ripristinatoria, determinandosi quindi "uno stato di temporanea quiescenza dell'atto, all'evidente fine di evitare, in caso di accoglimento dell'istanza, la demolizione di un'opera che, pur realizzata in assenza o difformità dal permesso di costruire, è conforme alla strumentazione urbanistica vigente". Ne consegue che, in caso di accoglimento della domanda di sanatoria, l'ordine di demolizione decadrà per il venir meno del suo presupposto, vale a dire del carattere abusivo dell'opera realizzata. In caso di rigetto, invece, il provvedimento sanzionatorio riacquisterà la sua originaria efficacia - solo sospesa, come detto, in attesa della conclusione del procedimento relativo all'istanza ex art. 36 del d.p.r. n. 380/2001 - con la sola specificazione che "... il termine concesso per l'esecuzione spontanea della demolizione decorre dal momento in cui il diniego perviene a conoscenza dell'interessato, che non può rimanere pregiudicato dall'aver esercitato una facoltà di legge e deve, pertanto, poter usufruire dell'intero termine a lui assegnato per adeguarsi all'ordine, evitando così le conseguenze negative connesse alla mancata esecuzione dello stesso"⁶. Il procedimento di verifica della compatibilità urbanistica dell'opera avviato dal privato si configura, dunque, secondo questo indirizzo del Tar napoletano, come un procedimento del tutto autonomo e differente dal precedente procedimento sanzionatorio, e nel caso in cui quest'ultimo si sia ritualmente concluso con l'emissione di un'ordinanza di demolizione dell'opera eseguita in assenza o difformità del titolo abilitativo, si ritiene che "non sussista motivo per imporre alla P.A. il riesercizio del potere sanzionatorio a seguito dell'esito negativo del procedimento di accertamento di conformità urbanistica, atteso che il provvedimento di demolizione costituisce un atto vincolato, a suo tempo adottato in esito ad un procedimento amministrativo sul quale non interferisce l'eventuale conclusione negativa del procedimento ad istanza di parte ex art. 36 del d.p.r. 380/2001"⁷. Un eventuale, nuovo procedimento ripristinatorio, del resto, contrasterebbe con il noto e basilare principio di economicità dell'azione amministrativa. Invece, secondo altra parte della giurisprudenza del Tar Napoli⁸, i provvedimenti repressivo-ripristinatori perdono la propria efficacia in conseguenza della presentazione dell'istanza di sanatoria. Ed invero, il riesame dell'abusività degli interventi eseguiti, provocato dalla domanda di accertamento di conformità, comporta la formazione di un nuovo provvedimento, esplicito o implicito, di accoglimento o di rigetto,

che vale comunque a superare la precedente ingiunzione a demolire, per modo che, anche nell'ipotesi di rigetto dell'istanza, l'amministrazione è obbligata ad adottare *ex novo* la misura sanzionatoria, con l'assegnazione in tal caso di un ulteriore termine per adempiere.

Pertanto, quando viene avanzata domanda di sanatoria dell'illecito edilizio contestato successivamente all'emissione dell'ordinanza di demolizione ed alla proposizione del ricorso giurisdizionale, è da considerarsi venuto meno, in capo al ricorrente, l'interesse ad ottenere l'annullamento dell'impugnato provvedimento repressivo-ripristinatore, reso ormai irreversibilmente inefficace e ineseguibile. L'accoglimento della rassegnata istanza di accertamento di conformità legittimerebbe, infatti, le opere abusive ed eliderebbe l'impugnata sanzione demolitoria, mentre il suo rigetto obbligherebbe, comunque, la P.A. a riattivare il procedimento sanzionatorio sulla base dell'acclarata insanabilità delle opere, concentrandosi, in tale ipotesi, l'interesse ex art. 100 c.p.c. dell'istante sulla contestazione del diniego opposto, con conseguente improcedibilità del ricorso avverso l'ordinanza di demolizione per sopravvenuta carenza di interesse.

1 L'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001 stabilisce che "in caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di denuncia di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 22, comma 3, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31 comma 3, 33 comma 1, 34 comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda. Il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella prevista dall'articolo 16. Nell'ipotesi di intervento realizzato in parziale difformità, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme dal permesso. Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata".

2 Cons. Stato, sez. IV, 28.11.2013, n. 5704; 12.05.2010, n. 2844; sez. V, 24.04.2013, n. 2280; 31.10.2012, n. 5553; 08.06.2011, n. 3460; 29.12.2009, n. 8935; sez. I, 27.12.2012, n. 4921.

3 Tar Campania-Salerno, sez. I, 21.06.2013, n. 1384; 22.02.2011, n. 350; sez. II, 04.06.2013, n. 1231; 18.02.2013, n. 434; 11.01.2013, n. 62; 19.10.2012, n. 1902; 26.07.2011, n. 1367; 04.05.2006, n. 597.

4 Vedi anche Cons. Stato, sez. VI, 07.05.2009, n. 2833; 12.11.2008, n. 5646.

5 Tar Campania-Napoli, sez. V, 05.06.2014, n. 3104; sez. III, 23.12.2013, n. 6024; 04.12.2006, n. 10369; sez. II, 07.03.2008, n. 1173; 19.10.2007, n. 9757; 25.09.2007, n. 8345; 04.02.2005, n. 816; 13.07.2004, n. 10128.

6 Tar Campania-Napoli, sez. V, 05.06.2014, n. 3104, cit.

7 Tar Campania-Napoli, sez. V, 05.06.2014, n. 3104, cit.

8 Tar Campania-Napoli, sez. VIII, 26.03.2014, n. 1773; sez. VII, 05.06.2009, n. 3105; 21.03.2008, n. 1472; 07.05.2008, n. 3501; sez. VI, 22.04.2009, n. 2097; 05.03.2008, n. 1108; sez. IV, 13.05.2008, n. 4257.

Carmela Concilio

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale e l'atipicità delle azioni nel processo amministrativo

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010 e i successivi correttivi, è stato realizzato l'auspicato passaggio da un processo amministrativo di tipo meramente impugnatorio ad un giudizio con finalità giurisdizionali di più ampio respiro, che attualmente può concludersi con una pronuncia demolitoria dell'atto impugnato, ma anche con una sentenza di natura dichiarativa, costitutiva o di condanna. Con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, nelle sedi deputate alla tutela degli interessi legittimi si è assistito alla graduale trasformazione del giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto, conseguenza dell'emersione di una nuova idea di interesse legittimo. Ed invero, non si può sviscerare la problematica delle azioni e delle tecniche di tutela offerte al cittadino dal c.p.a., senza cogliere il rinnovamento voluto dal legislatore rispetto alla tradizionale concezione dell'interesse legittimo, oggi non più interesse formale alla legittimità del provvedimento della P.A., ma pretesa sostanziale affinché una determinata utilità non venga negata o sottratta al cittadino, se non nel rispetto della legge e dei principi ordinamentali. La pretesa di quanti vogliono ricorrere al G.A. è, dunque, collegata all'esigenza di soddisfare un interesse sostanziale al bene della vita violato o compresso dall'azione amministrativa, per certi versi sempre più vicino al diritto soggettivo. È chiaro che sulla base di tali premesse, la tradizionale azione di annullamento dell'atto sia entrata in crisi rivelando il suo *deficit* strumentale, non essendo più in grado di garantire da sola la soddisfazione della pretesa sostanziale del ricorrente. Le prime aperture verso un cambio di prospettiva in tal senso, avutosi definitivamente con l'entrata in vigore del c.p.a., si sono registrate già a partire dalla storica sentenza della Corte di Cassazione n. 500/1999 con la quale finalmente si è ammessa la risarcibilità dell'interesse legittimo; sulla scia della nuova visione giurisprudenziale, la legge di riforma n. 205/2000, modificando l'art. 7 della legge Tar, per la prima volta ha investito formalmente il G.A. del potere di risarcire il danno prodotto a seguito di lesione dell'interesse legittimo pretensivo, onde ripristinare la situazione sostanziale lesa dal cattivo uso del potere pubblico. Il lungo iter di rinnovazione del processo amministrativo è continuato, poi, con la legge n. 15/2005 e con l'introduzione dell'art. 21 *octies* alla legge 241/1990 che al secondo

comma ammette un sindacato giudiziale sulla correttezza effettiva dell'agere pubblico. Anche con la legge n. 80/2005, che riscrive l'art. 2 della legge 241/90, si riformula in una nuova ottica il rito del silenzio-inadempimento che sottintende un'azione di accertamento dell'inerzia della P.A. L'approdo alle nuove tutele che avrebbero preso forma nel codice, si ha definitivamente con l'art. 44 comma 2 della legge n. 69/2009 che stabilisce la previsione di un processo amministrativo che possa concludersi con pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare sostanzialmente la parte ricorrente vittoriosa. Alla luce di quanto detto, risulta evidente la *ratio* dell'intervento riformatore concretamente attuato nel c.p.a. Il codice del processo amministrativo si apre, infatti, con il principio di effettività della tutela: l'art. 1 del d.lgs. 104/2010 sancisce che la giurisdizione amministrativa assicura la tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del Diritto Europeo, mentre l'art. 2 prevede che il processo amministrativo attui i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, Costituzione. Ecco perché, oltre all'azione di annullamento che continua a ricoprire un ruolo centrale nel vigente sistema processuale amministrativo, ora sono, altresì, ammesse le azioni tipiche di risarcimento danni ai sensi dell'art. 30 c.p.a., di accertamento della nullità ex art. 31 c.p.a., di condanna in materia di silenzio ai sensi dell'art. 34 c.p.a., di adempimento art. 34 comma 1 lett. c) e di accesso agli atti amministrativi. Ma vi è di più: dall'interpretazione di tali nuove norme si colgono, chiaramente, elementi a favore di un più generale principio di atipicità in materia di azioni poiché, al di là delle ipotesi codificate dal legislatore, emerge dal quadro giurisprudenziale e dottrinale contemporaneo, la convinzione che il giudice amministrativo sia dotato di tutti i poteri necessari a garantire il bisogno di tutela della situazione giuridica fatta valere in giudizio. Sul punto si sono più volte espressi i giudici di palazzo Spada: nell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2011 il Consiglio di Stato ha sostenuto per la prima volta in maniera esplicita l'ampliamento delle tecniche di tutela giurisdizionale del processo amministrativo, rivolto a confermare e potenziare la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, nonché la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione giuridica soggettiva. La pronuncia, oltre ad elencare le nuove tipologie di azioni consentite dal c.p.a., prende posizione sull'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'annullamento dell'atto dal quale discende il pregiudizio per il ricorrente ed ammette l'esperibilità dell'a-

zione di condanna della P.A. all'adozione dell'atto amministrativo richiesto anche in presenza di un provvedimento di rigetto espresso e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa, ai sensi del combinato disposto tra l'art. 30 comma 1 e l'art. 34 comma 1 lett. c) c.p.a. Si giunge così alla "trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata" (Corte Cost. n. 204/2004 ed *ex multis* vedi Cons. Stato, sez. VI, n. 2139/2010; Cons. Stato n. 717/2009). Nel solco tracciato dal principio di atipicità delle azioni rientra a pieno titolo l'azione di adempimento, la quale si inserisce nel nuovo impianto processuale delineato dal codice accanto all'azione di condanna. Con l'entrata in vigore del d.lgs. 104/2010, si riteneva, invero, che pur non essendo stata espressamente prevista dal c.p.a. un'azione di adempimento, essa potesse essere ricompresa tra le forme di tutela strumentali all'azione di condanna, di cui all'art. 30 c.p.a. Quest'ultima, infatti, era stata disciplinata per la prima volta dal legislatore della riforma come azione dalla portata generale per consentire al G.A. di condannare l'amministrazione all'"adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio" e per dare attuazione pratica al principio di effettività della tutela, consentendo al ricorrente di ottenere, già in sede cognitoria, il soddisfacimento del bene della vita preteso. Ad una più attenta lettura della norma in commento si può notare che il primo comma, a differenza dei commi successivi dedicati alle azioni di condanna di tipo risarcitorio (danno ingiusto, danno da ritardo o per lesione di interessi legittimi *tout court*), lascia aperta la porta di ingresso per una condanna della P.A. all'adempimento di un obbligo di fare, quale l'adozione del provvedimento richiesto dal ricorrente. Seppure non in maniera formale, quindi, l'azione atipica di adempimento era sopravvissuta nel sistema del nuovo codice nella versione originaria introdotta dal d.lgs. 104/2010. La dottrina dominante rinveniva, infatti, una conferma alla tesi della sua ammissibilità in una serie di esemplificazioni offerte dallo stesso c.p.a. In particolare, in tema di appalti, ovvero in materia di giurisdizione esclusiva del G.A., laddove venga a quest'ultimo riconosciuta la possibilità di aggiudicare l'appalto all'aspirante concorrente in gara illegittimamente pretermesso (art. 124 c.p.a.); nel potere del G.A. di richiedere l'esibizione dei documenti nel rito di accesso agli atti, cd. *actio ad exhibendum* (art. 116 c.p.a.); nella cd. class action pubblica, laddove il giudice può ordinare all'amministrazione soccombente di porre rimedio alla violazione accertata (art. 4 d.lgs. n.

198/2009). Con il d.lgs. 160/2012, cd. secondo correttivo del c.p.a., il legislatore ha, recepito gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali già consolidati sul punto, codificando espressamente l'azione di adempimento, in linea col fondamentale principio-guida di effettività delle tutele giurisdizionali. Attualmente l'art. 34 c.p.a., comma 1, lett. c) sancisce che la sentenza di condanna possa prevedere anche l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e la seconda parte della norma in commento precisa che "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio". Si tratta, dunque, di un'azione complessa che può essere esercitata sempre contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento impugnato e mai in via autonoma (cd. limite processuale dell'azione di adempimento). Inoltre, la proponibilità di un'azione di adempimento avente ad oggetto il rilascio di un provvedimento illegittimamente denegato è condizionata anche a limiti di carattere sostanziale che hanno come scopo quello di salvaguardare l'autonomia dell'azione amministrativa. Innanzitutto, bisogna tener presente l'ambito di giurisdizione del G.A. che l'art. 7 c.p.a. circoscrive al rispetto dell'esercizio della funzione amministrativa riservato all'amministrazione. Come già affermato dal Consiglio di Stato nella citata Plenaria n. 3/2011, affinché il G.A. possa condannare l'amministrazione all'emanazione del denegato provvedimento non devono residuare in capo alla stessa margini di discrezionalità pura o tecnica. Un altro limite è rappresentato dal divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, come si legge nell'art. 34 comma 2 c.p.a. che impone al G.A. un divieto di portata generale necessario, ancora una volta, a preservare l'autonomia tra i poteri dello Stato.

Ciò posto in ordine all'azione atipica di adempimento, occorre sviscerare un'altra interessante questione relativa al potere del giudice di accertare la situazione giuridica fatta valere in giudizio. Ed invero, anche l'azione di accertamento, che era stata inserita nella bozza del codice e poi espunta dalla stesura definitiva dello stesso, permane, implicitamente, tra le maglie dell'impianto codicistico non più con una portata generale, ma in relazione a due ipotesi specifiche quali la nullità dell'atto impugnato e l'inerzia dell'amministrazione, ovvero i casi di silenzio inadempimento, laddove l'accertamento del rapporto giuridico sotteso alla richiesta di tutela giuridica si conclude con una sentenza di tipo dichiarativo. Il carat-

tere dichiarativo della pronuncia giurisdizionale emerge, *in primis*, nel caso in cui il giudice sia chiamato ad accertare le ipotesi di nullità previste dall'ordinamento, secondo quanto recita l'art. 31 comma 4 d.lgs. 104/2010, che si ricollega chiaramente ai casi di nullità dell'atto amministrativo declinati dall'art. 21 *septies* della legge 241/90 e ss. La norma presuppone la giurisdizione del G.A. sull'accertamento di atti e provvedimenti: la posizione giuridica lesa dall'atto di cui si chiede di accertare la nullità sarà, dunque, sempre un interesse legittimo, potendosi trattare di un diritto soggettivo solo nelle materie di giurisdizione esclusiva del G.A., tra cui rientra la stessa declaratoria della nullità, ai sensi dell'art. 133 comma 1, n. 5. Quanto alla natura giuridica dell'azione in commento, si è ritenuto che essa non sia diretta ad accertare il bene della vita in senso proprio, né l'esistenza o meno del rapporto sostanziale dedotto in giudizio quanto, piuttosto, l'inefficacia del provvedimento amministrativo impugnato e sia, pertanto, finalizzata all'ottenimento della declaratoria della nullità dell'atto impugnato. Ciò è confermato anche dall'art. 31 comma 4 che chiarisce che la statuizione del giudice sarà di merito e non di rito e dovrà acclarare le ragioni della nullità dell'atto. Ed ancora, alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali, di azione di accertamento si può parlare anche in sede di silenzio inadempimento ovvero nei casi in cui il G.A. sia chiamato ad accertare il comportamento inerte dell'amministrazione, la quale omette di esercitare il suo potere a fronte di un'istanza del cittadino che resta così disattesa. L'azione avverso il silenzio trova collocazione nello stesso art. 31, rubricato proprio "Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità", tuttavia, la dottrina più in voga ritiene che, nonostante la collocazione codicistica che la accomuna alla suddetta azione di accertamento della nullità, essa abbia natura di azione di condanna perché il G.A. in caso di accoglimento del ricorso può adottare una pronuncia con la quale ordina alla P.A. di provvedere ovvero di adottare uno specifico provvedimento. Quanto, invece, alla natura dell'azione atipica di accertamento, essa emerge dallo studio di casi che principalmente hanno ad oggetto le problematiche connesse alla d.i.a e alla s.c.i.a., in merito alla dibattuta questione relativa alle possibilità del controinteressato di accertare l'inerzia dell'amministrazione a fronte del procedimento di inizio attività. Sul tema si è espressa l'Adunanza Plenaria n. 15/2011 che abilita l'azione di accertamento a strumento di difesa esperibile dal terzo per verificare l'insussistenza di presupposti della denuncia, oggi segnalazione certificata. L'azione di accertamento atipica risulta praticabile in

forza delle coordinate costituzionali (artt. 24, 103 e 113 Cost.) e comunitarie, richiamate dallo stesso art. 1 c.p.a., oltre che dai criteri di cui alla legge delega 69/09. Si osserva, inoltre, che nel c.p.a. l'azione di accertamento, pur non espressamente disciplinata, possa scaturire da un'interpretazione sistematica delle norme dallo stesso dettate, che prevedono diverse ipotesi di sentenza dichiarativa (art. 31 comma 4, art. 34 comma 3 e comma 5 e art. 114 comma 4 lett. b) a ben vedere tutte dirette a contestare l'intervenuto esercizio o omesso esercizio del potere amministrativo. Ne consegue che l'art. 34 comma 2, prevedendo che il giudice non può pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, non può che riferirsi all'azione di accertamento atipica, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, a differenza delle altre azioni dichiarative, come detto dirette a contestare l'intervenuto esercizio o l'omesso esercizio del potere amministrativo. Più di recente il Consiglio di Stato, affrontando nuovamente la questione, ha precisato che nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione correlata ad un bene della vita, la mancata previsione nel testo finale del c.p.a. dell'azione generale di accertamento non preclude la praticabilità di una tecnica di tutela che rinviene il suo fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa tutela giurisdizionale. Anche per gli interessi legittimi, infatti, come già per i diritti soggettivi nel processo civile, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo con particolare riguardo a tutti i casi in cui risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente (cfr. sent. Cons. Stato, sez. V, n. 6002/2012). Si può dire, dunque, che la stessa situazione giuridica suddetta possa dare adito tanto ad un'azione di adempimento quanto di accertamento, fermo restando che quest'ultima è sottintesa in qualsiasi azione, essendo l'accertamento sempre implicito nei poteri di qualsivoglia organo giudicante. Ed invero, sulla scorta di quanto sostenuto da autorevole dottrina, si può affermare che l'azione atipica di accertamento, sia implicitamente presente nei poteri cognitori del G.A., essendo logico che l'accertamento come ricordato costituisce il *proprium* di ogni giurisdizione, inevitabilmente collegata anche alla più tradizionale azione di annullamento dell'atto, in assenza del quale non troverebbero una giustificazione gli effetti ripristinatori e confermativi della pronuncia. Orbene, dall'attuale quadro normativo e giurisprudenziale così delineato risulta

evidente che la panoramica delle azioni offerte al cittadino a tutela di un interesse legittimo, nato dall'"incontro" con la pubblica amministrazione, si ponga l'obiettivo prioritario di dare attuazione al principio di effettività della tutela e si esprima attraverso il principio di atipicità, volto a garantire una tutela oggettiva e reale contro gli abusi derivanti dall'esercizio di un pubblico potere. Dopotutto, le nuove tecniche di tutela si sono cristallizzate nella giurisprudenza di legittimità non solo con riferimento all'aspetto sostanziale del rapporto dedotto in giudizio, ma anche in relazione alla fase di esecuzione del giudicato, laddove si è recentemente affermato che l'attuazione della pronuncia costitutiva del giudice amministrativo non può fermarsi a mero conseguimento del provvedimento formalmente favorevole al ricorrente vittorioso, ma debba implicare anche l'esecuzione della sentenza stessa in modo da assicurare il concreto perseguimento dell'*utilitas* richiesta (Cons. Stato, sezione V, 20 dicembre 2011, n. 6688).

Bibliografia

Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, DIKE.
 Clarich M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice ed apertura a nuove tutele*, 2010.
 Santise M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, 2014, Giappichelli.
 Garofoli R., *Diritto amministrativo*, 2014, Nel diritto Editore.

Alfonso Fabbriatore

Problematiche connesse al risarcimento del danno da morte immediata

In attesa che si esprimano le Sezioni Unite della Cassazione, le problematiche connesse al risarcimento del danno da perdita immediata della vita costituiscono, da sempre, un utile strumento per comprendere gli attuali orizzonti del sistema della responsabilità civile.

Non v'è dubbio che la morte a causa del fatto illecito cagionato dal terzo rappresenti una delle fattispecie di danno alla persona più rilevanti: la vita umana in quanto bene supremo è un diritto inviolabile da cui discendono tutti gli altri diritti fondamentali della persona. La tutela di questo bene supremo è una funzione essenziale cui l'ordinamento non può sottrarsi.

Da un lato, in ambito penale, tale tutela viene attuata con l'ausilio delle norme che sanzionano l'omicidio nelle sue diverse forme; dall'altro, anche il sistema della responsabilità aquiliana si è fatta carico di un compito tanto gravoso quanto delicato, ma in modo per così dire, peculiare: se

infatti è, oggi, pacificamente riconosciuta la legittimazione ad agire *iure proprio* per il risarcimento dei danni derivanti dalla perdita del congiunto (cd. danno da perdita del rapporto parentale, cfr. Cass., sez. civ. III, 9 maggio 2011, n. 10107; in dottrina, Franzoni, *Il danno risarcibile*, 2010, p. 647 ss.), maggiori perplessità sorgono in merito alla risarcibilità dei danni da uccisione *iure successionis*, ovvero per quei pregiudizi patiti esclusivamente dal danneggiato in via principale e che, a seguito della sua morte, presuppongono la titolarità e la legittimazione dei congiunti ad agire per il relativo risarcimento.

Un orientamento giurisprudenziale basato su una pronuncia a Sezioni Unite del lontano 1925 (Cass., 22 dicembre 1925, n. 3475) ammetteva il risarcimento del danno subito dal *de cuius* a favore degli eredi qualora la morte conseguente al fatto illecito altrui fosse sopraggiunta dopo un apprezzabile lasso di tempo da questo: un diritto al risarcimento potrebbe così sorgere in capo alla persona deceduta limitatamente ai danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, e quindi non sorgerebbe in caso di morte immediata, la quale impedisce che la lesione si rifletta in una perdita a carico del danneggiato. La vittima in questi casi non avrebbe pertanto alcun diritto legittimamente trasmissibile.

Tale teoria, oltre ad essere il frutto di una sentenza emanata in epoca precostituzionale in cui, giocoforza, sarebbe stato impossibile far riferimento alla tutela dei diritti inviolabili della persona (cfr. Bianca C.M., *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, in Resp. civ. e prev., 2014, p. 493 ss.), ruotava attorno alla considerazione che la morte, intesa come cessazione di tutte le funzioni vitali della persona fisica e conseguente perdita della capacità giuridica, non potesse essere considerata quale lesione all'integrità fisiopsichica del soggetto: in particolare, mentre il danno biologico attiene tout court alla menomazione medicalmente accertabile di una funzione fisica e psichica del danneggiato, la morte, al contrario, non presuppone alcuna conseguenza se non la cessazione dell'esistenza, e dunque non può tradursi nella compromissione delle attitudini biologico-esistenziali della persona. Anche la Consulta ha avuto modo di argomentare tale orientamento (Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372), affermando che il sistema della responsabilità civile è costruito sulla necessità di ristorare la perdita subita dal soggetto a causa del fatto illecito altrui: in caso di morte della persona non vi sarebbe alcuna perdita apprezzabile nel patrimonio della vittima che viene definitivamente a mancare. Il danno deve essere valutato per le conseguenze che cagiona in capo al danneggiato

ed in caso di morte tali conseguenze non potrebbero aversi.

Soltanto nel caso in cui tra evento dannoso e decesso sia intercorso un apprezzabile *spatium vivendi* (cfr. Rossetti, *Lo "spatium vivendi" consente di risarcire il danno derivato da morte per atto illecito*, in Dir. e giust., 2001, p. 39 ss) sarebbe possibile valutare le conseguenze in negativo derivanti dall'illecito, così da poter ammettere a favore della vittima il diritto al risarcimento del danno biologico cd. terminale (cfr. Cass., 21 giugno 2011, n. 13614; Cass., 11 ottobre 2012, n. 17320), validamente trasmissibile agli eredi.

Numerosi sono i paradossi cui si arriverebbe (e cui, in realtà, si è arrivati) da una applicazione incondizionata di tali regole risarcitorie: se, infatti, la vittima perde la vita contestualmente al verificarsi dell'evento dannoso o immediatamente dopo, il danneggiante sarebbe obbligato al risarcimento dei soli danni lamentati *iure proprio* dai sopravvissuti (Cass., 16 maggio 2003, n. 7632); se invece dal danno cagionato derivi una lesione mortale che si traduca solo successivamente nella morte, il danneggiante sarebbe chiamato a risarcire ai congiunti, oltre ai danni lamentati *iure proprio*, anche quelli *iure successionis*, il cui diritto al risarcimento sarebbe maturato nel patrimonio della vittima prima della morte: in questo modo "uccidere sarebbe sempre economicamente più vantaggioso che ferire" (su tutti, Monateri, *La Babele delle vittime di rimbalzo: i limiti strutturali dell'illecito e il lavoro del lutto*, in www.jus.unitn.it/cardo/revue/Torts/Monateri-1995/17.html, 1995).

Le Sezioni Unite, con le celeberrime pronunce del novembre 2008 (Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972-3-4-5-6), hanno tentato il riordino dell'intero universo del danno non patrimoniale, sollevando non poche critiche per le scelte compiute (*in primis* aver attribuito alle diverse voci di danno non patrimoniale valenza meramente descrittiva, negandone la natura prettamente composita ed eterogenea). In una di queste pronunce si è cercato anche di porre fine alle problematiche connesse alla risarcibilità dei danni da morte, attribuendo maggior risalto alla sofferenza interiore patita dalla vittima che avverta il sopraggiungere della fine (il cd. danno morale terminale o catastrofico, cfr. Cass., 13 dicembre 2012, n. 22896; Cass., 20 aprile 2012, n. 6273), indipendentemente dal mero decorso temporale. Il problema è che proprio un simile pensiero ha ingenerato problemi ancor più complessi di quelli che si era tentato di arginare: richiedendo infatti che, ai fini della ristorabilità del danno subito, il danneggiato versi in "lucida" attesa del trapasso, il risarcimento dovrebbe essere negato in tutti

gli altri casi in cui la percezione della perdita della vita risulti impossibile per le conseguenze dell'illecito stesso sulla propria persona: quando, ad esempio, la vittima versi in stato comatoso a seguito dell'offesa (Cass., 25 febbraio-24 marzo 2011, n. 6754).

Risarcire il danno che comporti la morte della vittima sarebbe possibile, allora, solo qualora tra evento e decesso intercorra un apprezzabile *spatium vivendi*, o quando, escluso il fattore cronologico, il danneggiato avverta, anche solo per pochi istanti, il dissolversi della vita. In definitiva, un triste calcolo dell'agonia, appunto (cfr. Fabbricatore, *Il danno da perdita della vita: aspettando le Sezioni Unite*, in Pers. e danno, 2014).

Tanto basta per effettuare alcune necessarie osservazioni: innanzitutto negare il ristoro nei casi in cui la morte sopraggiunga contestualmente all'evento dannoso significa operare una forzatura sillogistica di dubbia valenza. Basta considerare che la coincidenza temporale tra danno e decesso della vittima non sia affatto un parametro idoneo a valutare il pregiudizio, nella sua complessità, subito dalla persona: non è possibile valutare su un piano temporale le sofferenze patite dalla vittima ai fini risarcitori, a fronte della lesione del primario diritto della persona.

In questo modo, il giudice sarebbe chiamato ad una complessa e raccapricciante funzione di "cronometrista della morte" (cfr. Trib. Ravenna, sez. civ., 23 giugno 2011; in dottrina si segnala Rivero, *Il diritto alla vita appeso al ramo*, in Pers. e danno, 2014).

Sarebbe, invece, fondamentale separare i due momenti, quello della verifica del danno e quello del decesso anche immediato della vittima, su di un piano meramente logico, in guisa da individuare l'uno come conseguenza immediata e diretta dell'altro, come termini di un rapporto causa-effetto, come anelli di una concatenazione eziologica che vede, necessariamente, il fatto illecito come causa dell'effetto morte, anche quando cronologicamente i due momenti siano tanto intimamente collegati da non poter essere individuati se non unitariamente. Soltanto in questo modo sarebbe possibile riconoscere un diritto al risarcimento a favore della vittima trasmissibile agli eredi nel momento stesso in cui si verifici la lesione dagli esiti infausti. Orbene, non si tratta di un danno *in re ipsa*: tali pregiudizi vanno sempre valutati in base alle conseguenze in concreto che derivino dall'ingiusta offesa subita, il risarcimento spetta alla vittima non già "al verificarsi" della lesione, ma "per la fatale conseguenza" della lesione. A seguito della morte del soggetto beneficiario del diritto al risarcimento, subentrano gli eredi. In questo modo viene trasmesso ai congiunti un

diritto a carattere patrimoniale, non già una posizione soggettiva, di per sé già esistente nel patrimonio della vittima: la morte, difatti, non ne pregiudica la trasmissibilità, al pari di altri diritti personali del *de cuius*.

Ciò tuttavia non comporta uno sviamento funzionale del sistema della responsabilità civile, attribuendole una funzione meramente punitiva e sanzionatoria, come invece è stato pur paventato (Cass., 24 marzo 2011, n. 6754), poiché il risarcimento non spetterebbe agli eredi della vittima per il disvalore della condotta del danneggiante e per la lesione in sé di un diritto inviolabile del danneggiato: il danneggiante è tenuto al risarcimento del pregiudizio, gravissimo, cagionato alla vittima, di talché, venuto meno il titolare, tale diritto spetta ai congiunti, ai familiari, agli eredi testamentari o legittimi, ovvero quei soggetti che la vittima aveva interesse a beneficiare in vita. Soltanto in rare e remote ipotesi succede lo Stato, come ricorda autorevole dottrina, ma ciò non implica che il risarcimento assuma il carattere di una pena privata soltanto perché non sia devoluto direttamente a chi abbia subito gli effetti dell'illecito (cfr. Bianca C.M., *Il danno da perdita della vita*, in Vita not., 2012, p. 1498 ss.). In questo modo viene, anzi, garantita quella funzione tipicamente compensativa ed in parte deterrente agli strumenti della responsabilità civile (cfr. Busnelli, *La liquidazione del danno alla persona nella R.C.A. tra legge, giurisprudenza e tabelle valutative*, in Ass., 2011, p. 590 ss.). A nulla serve asserire che il bene vita non sia suscettibile di stime per equivalente: la contraddittorietà di simili spunti si evince da una analisi dei criteri che a partire dagli anni '70 la dottrina e la giurisprudenza hanno formulato per la valutazione e liquidazione delle complesse fattispecie di danno non patrimoniale, afferenti anche questi a beni immateriali della persona (l'onore, la reputazione, il nome, la famiglia, l'associazionismo, le relazioni sociali, etc.). Ed anzi negare il risarcimento dei danni da morte contrasterebbe con le logiche risarcitorie comunemente accolte. Del resto, se è stato possibile ammettere il risarcimento anche per la lieve compromissione dell'integrità psicofisica della persona (il cd. danno biologico di lieve entità e le micro-permanenti), è del tutto scontato che simile criterio deve muovere l'interprete nell'assicurare adeguata tutela risarcitoria nei casi in cui ad essere leso sia il diritto alla vita, da cui trae la propria legittimazione il diritto, costituzionalmente garantito, alla salute. *Rebus sic stantibus*, nel mese di gennaio del 2014, la S.C., nuovamente investita dell'arduo compito di dirimere le problematiche che sinteticamente si è cercato di esporre, si è espressa, finalmente, a favore di una piena tutela, anche nel

vasto ambito della r.c., del bene supremo vita, con una pronuncia, la n. 1361 del 23 gennaio, destinata, ci auguriamo, a rivoluzionare l'intera materia del danno risarcibile. La necessità, avvertita dai giudici della III sezione civile, è proprio quella di non lasciare sguarnito di adeguata protezione il bene (*rectius*, diritto) primario della persona quale è la vita umana, liberando la strada da criteri estimativi, finora utilizzati dalla stragrande maggioranza della giurisprudenza di merito quanto di legittimità, ed ammettendo la risarcibilità del danno cd. *tanatologico iure successionis* indipendentemente dal mero decorso temporale tra lesione e decesso ed a prescindere dalla percettibilità e dalla intensità delle sofferenze patite dal danneggiato. L'opportunità fornita all'interprete è altresì fondamentale per porre fine alle incertezze ermeneutiche venute inesorabilmente a galla: del resto se da una parte numerose pronunce hanno negato la risarcibilità del danno biologico terminale *iure hereditatis*, non solo in caso di morte immediata, ma anche di morte sopraggiunta a distanza di giorni dall'evento dannoso (cfr. Trib. Modena, 9 agosto 2005; Trib. Roma, 17 aprile 2005; Trib. Napoli, 16 gennaio 1995), viceversa non sono stati pochi i casi in cui il risarcimento è stato ammesso anche a fronte di decesso della vittima avvenuto in tempi molto ridotti (Cass. 21 marzo 2013, n. 7126; Cass. 22 marzo 2007, n. 6946). Per non parlare delle problematiche emerse in sede di liquidazione del danno, allorché la relativa valutazione in termini economici dei pregiudizi è stata rimessa interamente alla discrezionalità del giudice, con evidenti differenze tra stime liquidatorie: ciò che tristemente è stata definita la "lotteria risarcitoria" (cfr. Bona, *Danni da morte iure successionis: la Cassazione valorizza il «danno biologico terminale» mentre la giurisprudenza di merito mantiene aperta la questione del «danno da perdita di vita»*, in Giur. it., 2004, p. 3 ss).

Con questa sentenza, la Cassazione aderisce, oltretutto, ai più moderni orientamenti europei che da tempo premono per il riconoscimento di una efficace salvaguardia della vita umana anche mediante i tipici strumenti della responsabilità civile (Cedu, 14 dicembre 2000, Gül v. Turkey - appl. n. 22676/93).

Va ricordato, tuttavia, che siamo tutt'ora in attesa di conoscere i futuri sviluppi dell'annosa questione: la III sezione, avvertito il profondo contrasto con i consolidati orientamenti di cui si è trattato, ha preferito rimettere la *vexata quaestio* alle Sezioni Unite.

Un nuovo passo falso dei giudici di legittimità riproporrebbe, giocoforza, il quadro di assoluta incertezza venutosi a delineare negli ultimi decenni; e riproporrebbe, similmente, uno scenario sur-

reale, dovendoci, ancora, chiedere se sia opportuno far dipendere la tutela anche in ambito risarcitorio del bene supremo vita dall'individuazione dell'esatto momento della morte; se questa sopraggiunga contestualmente alla lesione o se si verifichi un secondo, un minuto, un'ora dopo.

Se sia logico risarcire anche lesioni di minima entità al bene salute e se si debba, invero, escludere che possa essere tutelato in ambito aquiliano il diritto alla vita.

Se, infine, sia ragionevole prevedere un rimedio risarcitorio solo qualora la vittima sia capace di avvertire l'imminenza della morte ed escluderlo quando questa, anche nei casi in cui lo stato di incoscienza sia conseguenza diretta dell'illecito, non possa percepire lo shock del trapasso.

Adriano Giallauria

La configurazione del danno in materia societaria: l'infedeltà

La configurabilità del danno nella materia societaria, ad oggi, assume un importante ruolo nella patologia del più richiamato principio del dovere di correttezza, ovvero nell'infedeltà patrimoniale degli amministratori di una società.

L'art. 2634, comma 1, c.c. rubricato "Infedeltà patrimoniale" recita: "Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a se o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni". La norma *de quo* punisce il comportamento intenzionale dell'agente, ovvero il conflitto di interessi di quest'ultimo nei confronti della società, che cagiona un danno patrimoniale. Da un'attenta analisi dell'art. 2634 c.c. si osserva che il legislatore ha teso ad una duplice tutela: da un lato preservare il patrimonio sociale nella sua interezza, dall'altro tutelare il principio di correttezza nella gestione societaria.

In capo all'agente infedele si qualifica il cd. dolo specifico, in quanto questi deve aver agito al fine di procurare a se o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio.

L'azione di tutela del legislatore è intervenuta ad ampio spettro. Infatti, con il d.lgs. 61/2002, attuativo dell'art. 11 della legge 366/2001 - delega al governo per la riforma del diritto societario - ha previsto una nuova fattispecie penale, quale strumento idoneo a reprimere il comportamento sleale da parte dei conduttori della società.

Il reato in esame si configura quando il soggetto

agente compia o concorra a deliberare atti di disposizione dei beni sociali. È un reato di evento, e per la sua consumazione, la condotta, deve necessariamente coincidere con il comportamento descritto della norma, ed è un reato proprio, giacché i soggetti attivi possono essere solo gli amministratori, direttori generali e liquidatori. Con riferimento a questo ultimo aspetto, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 3 Cost., dell'esclusione dai soggetti attivi, autori del reato, i soci che hanno coadiuvato alla deliberazione degli atti di disposizione del patrimonio. La Corte Costituzionale ha rigettato la questione posta, ritenendo che la figura dei soci deliberanti rientra nell'istituto dell'*extraneus* del reato proprio (Corte Cost. 19.12.2006, n. 437). Ne consegue, che appartenendo alla categoria dei reati propri, e quindi commettabili da figure *ex lege* determinate, chiunque, ovvero l'*extraneus*, può concorrere nella commissione del reato ex artt. 110 e 117 c.p.

Chiarita la posizione dei soggetti attivi del reato, di cui al comma 1 dell'art. 2634 c.c., merita soffermarsi al comma 4 dello stesso, con riferimento ai soggetti passivi legittimati all'azione. Il comma 4 dispone che "per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa". Il problema dogmatico è qualificare la persona offesa, ovvero chi riveste tale qualifica.

Non vi sono dubbi in merito sulla legittimazione della società di proporre querela, atteso che l'interesse primario della norma è l'integrità del patrimonio sociale. Ciò che preme far rilevare, è che la legittimazione della società ad agire non coinvolge in modo automatico anche i soggetti soci.

Infatti, la figura del socio riveste la posizione del danneggiato, non quello della persona offesa.

Quello che fa mutare la posizione del socio è il sorgere dell'ulteriore interesse protetto dalla norma, ovvero il dovere oggettivo di correttezza. L'interesse *de quo*, nel caso in cui venga violato, modifica la posizione del socio da danneggiato a persona offesa, dotandolo della legittimazione alla querela. Ben diverso è il caso del comma 2 dell'art. 2634 c.c. che recita: "La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale". Infatti, i terzi sono titolari dell'interesse protetto dalla norma, e pertanto possono senza dubbio agire a tutela dei propri diritti.

Altra ipotesi del danno, cagionato dall'infedeltà, è disciplinata all'art. 2635 c.c. rubricato "corruzione tra privati", e recita: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liqui-

datori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocimento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri stati dell'Unione Europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi".

Al pari dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., il bene giuridico tutelato è l'integrità del patrimonio societario. La struttura della fattispecie enucleata nell'art. 2635 c.c. appartiene alla categoria dei reati propri plurisoggettivi.

Infatti, oltre alla condotta degli organi preposti alla dirigenza societaria, ovvero, degli amministratori, dei direttori generali, dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, dei sindaci e dei liquidatori, deve tenersi necessariamente conto anche della condotta di colui che dà o promette detta utilità di cui al secondo comma. Orbene, dal tenore della norma si evince che il soggetto che corrompe può essere chiunque, ovvero essere sia un *extraneus* alla società, che un *intraneus* qualificato all'interno della società. Sotto il profilo soggettivo, in capo all'agente si ravvisa unicamente il dolo generico compatibile con il dolo eventuale; la consumazione del reato si verifica quando la commissione o l'omissione dell'atto ha cagionato il danno alla società, quindi un reato di evento, la cui condotta necessita dell'evento eziologico collegato per la sua configurazione. Ben diversa è l'analisi del tentativo. Orbene, per addivenire alla sua qualificazione, bisogna analizzare l'orientamento della dottrina sui rapporti tra il tentativo e i reati a struttura bilaterale. In prima *facie*, se con riferimento a tale categoria, si ritiene che, per la configurabilità del reato, tutti gli agenti abbiano posto in essere, in maniera univoca e diretta ex art. 56 c.p., gli atti di dazione o promessa, e questi non sono stati accettati né dal soggetto ricevente, ovvero dal soggetto qualifica-

to nella società o dallo stesso corruttore, non si avrà il tentativo, bensì si ricadrà nella fattispecie di cui all'art. 115 c.p. rubricato "accordo per commettere un reato. Istigazione".

Di converso, se si ritiene sufficiente per la configurazione del reato, anche l'azione di dazione o promessa da parte di un solo soggetto, si potrebbe ammettere il tentativo ex art. 56 c.p.

Ben diverso è se vi sussiste l'accordo tra le parti al fine di delinquere, il concorso nel reato proprio è riconosciuto tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza. Tale riconoscimento si fonda sul presupposto che se da parte dell'*extraneus* vi è la conoscenza e la consapevolezza sulla qualità soggettiva dell'*intraneus*, automaticamente autonoma a determinare in capo al soggetto *extraneus* il titolo di reato. Ne consegue la diretta applicabilità dell'art. 110 c.p., con la diretta conseguenza che la responsabilità dell'*extraneus* ricorre sia nel caso in cui il reato commesso appartenga alla categoria dei reati propri esclusivi, sia nel caso appartenga ai reati propri non esclusivi.

Analizzate singolarmente le fattispecie delle norme di cui agli artt. 2634 e 2635 c.c. merita soffermarsi sulle differenze che intercorrono tra esse. L'art. 2635 c.c. assume una maggiore autonomia in sede di applicazione, dovuta alla maggiore estensione soggettiva nel qualificare i soggetti titolati a poter compiere il reato, ovvero soggetti agenti od omissivi, o soggetti preposti alla redazione di atti di organizzazione societaria contrari al proprio ufficio. Il carattere omissivo palesa la prima discrepanza tra le due norme. Infatti, nell'art. 2634 c.c., manca la possibilità in capo all'agente di poter omettere "atti di disposizione", poiché la norma recita l'azione tra il "compiere" e il "concorrere al compimento" di atti di disposizione dei beni societari. Ulteriore differenza la si ritrova nell'elemento soggettivo, ove si è ravvisata una maggiore intensità del dolo nell'art. 2635 c.c. In definitiva, lo scopo del legislatore nazionale, a mutua cooperazione con la Comunità Europea, è riferito alla tutela sia dei soggetti *intraneus* o *extraneus* di una società, che all'integrità patrimoniale di quest'ultima, da una condotta negligente ed infedele posta in essere dai soggetti apicali, forti della propria posizione predominante.

Angelo Mondelli

Omicidio ed incidenti stradali

Prima di analizzare la problematica connessa alla morte a seguito di sinistro stradale, esaminiamo le diverse previsioni normative previste dal codice penale relativamente al delitto di omicidio. Partendo dal presupposto che per omicidio si

intende la soppressione di una vita umana, effettuato in qualunque modalità possibile anche mediante omissione, tenendo presente che si tratta sempre di azioni volontarie. Il delitto di omicidio è caratterizzato sia da elementi soggettivi o psicologici che oggettivi o materiali. In base alla tipologia degli elementi soggettivi presenti nell'azione commessa si può distinguere tra omicidio doloso, preterintenzionale e colposo.

Secondo quanto disposto dall'art. 575 del codice penale commette il reato di omicidio doloso chiunque cagiona la morte di un uomo, il colpevole della commissione di tale illecito è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno. Esso è caratterizzato dall'elemento psicologico, inteso come l'intenzione di cagionare la morte altrui, come conseguenza voluta e prevista della propria condotta. Il dolo si desume dalle modalità in cui si svolge il fatto, dai rapporti correnti tra la vittima e l'uccisore, dall'indole del reo e dai moventi della sua azione. Gli elementi materiali invece sono costituiti dall'azione adeguata e dall'evento. L'azione in tal caso può essere sia commissiva che omissiva. Sotto questo aspetto l'omicidio è un reato a forma libera in quanto le modalità ed i mezzi impiegati possono essere di qualsiasi genere, purché idonei allo scopo. L'idoneità può essere assoluta o relativa, l'azione sufficiente o insufficiente. L'evento che segna il momento consumativo del delitto è la morte. La sua mancanza fa sussistere il tentativo di omicidio. Altro aspetto importante è che al reato di omicidio si affiancano circostanze aggravanti comuni, come si desume dall'art. 61 c.p. ed esse vengono applicate quando:

1. il reo abbia agito per motivi abietti e futili;
2. quando il reo abbia adoperato sevizie o agito con crudeltà verso le persone;
3. quando vi è stata premeditazione;
4. quando il fatto è commesso contro l'ascendente o il discendente;
5. quando sia stato adoperato un mezzo venefico o un altro mezzo insidioso;
6. quando si è commesso il fatto per eseguirne o occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di un altro reato;
7. quando il fatto è commesso dal latitante per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione, ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza;
8. quando il fatto è commesso dall'associato a delinquere per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione;
9. quando il fatto è commesso nell'atto di compiere violenza carnale o congiunzione carnale abusiva o atti di libidine violenti;

10. quando il fatto è commesso contro il coniuge (uxoricidio), il fratello o la sorella (fratricidio), il padre o la madre adottivi o il figlio adottivo o contro un affine in linea retta (parricidio improprio).

La pena dell'omicidio commesso con dolo semplice è la reclusione da 21 a 24 anni, per l'omicidio aggravato dalle circostanze di cui al n. 10 è la reclusione da 24 a 30 anni, in tutti gli altri casi la pena è quella dell'ergastolo. Accanto alle circostanze aggravanti troviamo anche le circostanze attenuanti e sono elencate dall'art. 62 del c.p. e in particolare i moventi di elevato valore morale o sociale, la reazione in stato di ira, la suggestione di una folla tumultuante o il concorso doloso della persona offesa. Sussistono poi le attenuanti generiche (art. 62 *bis* c.p.) che rientrano nel potere discrezionale del giudice. Analizziamo ora l'omicidio preterintenzionale. L'art. 584 del c.p. punisce chiunque con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 (percosse) e 582 (lesione personale), cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni. Degli elementi costitutivi di questo delitto, l'oggetto materiale (persona vivente) e l'evento (morte) sono gli stessi dell'omicidio doloso, mentre in quello preterintenzionale la volontà è solo di percuotere o di ledere. In tal tipo di omicidio ciò che emerge è, da un lato dimostrare l'intenzione di percuotere o di ledere ed escludere quella di uccidere, dall'altro accertare l'idoneità di tali mezzi a cagionare l'evento mortale, tenuto presente che tale idoneità sussiste anche quando intervengono le concause varie o altre circostanze particolari. Come indicato da codice con l'espressione "atti diretti a commettere" indica che la percossa o la lesione non deve essere necessariamente consumata, ma è sufficiente che la morte consegua al gesto fatto dalla vittima per sottrarsi. In mancanza dell'evento morte, ovviamente, il colpevole risponde solo di lesione o percosse. Il delitto in tal caso può essere aggravato (l'uso di armi o sostanze corrosive) o attenuato (concorso doloso della persona offesa) dalle stesse circostanze previste per l'omicidio doloso. Per quanto concerne invece l'omicidio colposo, fattispecie p. e p. dall'art. 589 del c.p., viene punito chiunque cagiona per colpa la morte di una persona con la reclusione da 6 mesi a 5 anni. Se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quella per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena è della reclusione da 1 a 5 anni. Nel caso di morte di più persone, ovvero di morte di una o più persone e di lesioni di una e più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la

pena non può superare gli anni 12. In tal reato l'oggetto materiale è sempre l'essere vivente, l'elemento psicologico è la volontarietà della condotta colposa, dovuta ad imprudenza, imperizia o negligenza oppure alla trasgressione di norme statuite, da cui deriva l'evento mortale non voluto, sebbene prevedibile ed evitabile con una diversa condotta. La condotta colposa, collegata con nesso di causalità all'evento, si manifesta in numerose forme delle attività umane. L'omicidio colposo può essere: aggravato quando ricorrono le circostanze aggravanti comuni, purché applicabili, previste dall'art. 61, tra cui quella particolare dell'aver agito nonostante la previsione dell'evento (colpa cosciente), non sono invece applicabili le aggravanti specifiche. È invece attenuato dalle circostanze comuni, in quanto applicabili, e generiche. Nell'ambito dello studio che stiamo effettuando è importante effettuare una distinzione, anche se molto sottile, tra colpevolezza dolosa, colpevolezza colposa, dolo eventuale e colpa cosciente¹. La giurisprudenza per cercare di dare una differenziazione tra gli elementi previsti nel caso di dolo eventuale e quelli previsti nel caso di colpa cosciente, si sofferma su due punti: accettazione del rischio (cd. teoria dell'accettazione del rischio) e il verificarsi dell'evento².

Parte della giurisprudenza ha affermato che il rischio della verifica dell'evento può considerarsi accettato e deve pertanto considerarsi sussistente il dolo eventuale e non la colpa cosciente, in tutti i casi in cui:

1. un soggetto si sia rappresentato un evento come possibile conseguenza accessoria della propria condotta;
2. la possibilità di verifica dell'evento non è stato escluso dal soggetto³.

Quindi mentre nel dolo eventuale l'evento si porrebbe come incerto ma concretamente possibile, nella colpa cosciente la previsione dell'evento avrebbe natura astratta. Secondo questa tesi, il dolo eventuale sussisterebbe in quanto l'accettazione del rischio è implicita nella stessa previsione dell'evento in termini di concreta possibilità, i giuristi affermano che affinché sia possibile escludere il dolo eventuale è necessario che ci sia la certezza che l'evento non si sarebbe verificato.

Secondo la concezione dominante in giurisprudenza, il dolo eventuale e la colpa cosciente si differenziano a livello rappresentativo: mentre il dolo eventuale è caratterizzato dalla previsione di un evento come elemento per la realizzazione di una determinata condotta, la colpa cosciente è caratterizzata dalla mancata previsione del medesimo evento. In questa prospettiva teorica, è evidente come ciò che è necessario e sufficiente per ritenere la sussistenza del dolo eventuale è la rap-

presentazione positiva, cioè, la sola possibilità positiva del prodursi di un fatto di reato lesivo di un interesse tutelato dal diritto⁴. In sostanza, come afferma la giurisprudenza due sono gli elementi fondamentali:

1. il dolo eventuale sussiste quando l'agente si è rappresentato un evento non direttamente voluto come possibile conseguenza della propria condotta e ciò nonostante ha agito, così accettando il rischio di verifica dell'evento;

2. la colpa cosciente sussiste quando l'agente ha escluso la possibilità della verifica dell'evento, ovvero si è rappresentato la realizzazione dell'evento quale mera ipotesi astratta, ovvero ha agito nella ragionevole speranza che l'evento non si sarebbe verificato.

Dolo eventuale e colpa cosciente trovano riscontro in vari tipi di lesioni, ma ciò che in tal circostanza, a noi interessa è come esse si ritrovano all'interno di lesioni derivanti da incidenti stradali. Nella circostanza in esame si evince come tutti i giudici riconoscono il dolo eventuale in tutti i casi in cui l'evento lesivo verificatosi sia stato cagionato dal conducente di un'autovettura, mentre nei casi di incidenti stradali provocati da soggetti in stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, le decisioni sono spesso meno certe, in quanto le corti di merito sono tendenzialmente più propense a riconoscere il dolo eventuale, mentre la Suprema Corte è maggiormente orientata verso la colpa cosciente. L'uniformità tra dolo eventuale e colpa cosciente tende a prevalere, cioè si ha un riconoscimento della colpa cosciente nei casi in cui l'incidente abbia provocato degli eventi lesivi commessi da un soggetto lucido⁵.

Così, una giurisprudenza rigorosa ha dimostrato come un evento lesivo cagionato da parte del conducente, con affermazione di responsabilità a titolo di dolo eventuale, possa derivare da una molteplicità di criteri cioè: il corpo della persona travolta da parte dell'investitore; l'elevato traffico stradale al momento della condotta, l'elevata velocità tenuta dall'agente, il semplice fatto di essersi l'imputato messo alla guida in stato di ebbrezza alcolica o intossicazione da sostanze stupefacenti⁶.

Il tema di prova concernente la rappresentazione dell'evento da parte dell'agente è stato poi affrontato dalla giurisprudenza anche in un'altra prospettiva cioè simmetrica e complementare, la quale concerne la prova dell'esclusione mentale della possibilità di realizzazione dell'evento. La giurisprudenza ha anche considerato l'aspetto difensivo secondo il quale il conducente sarebbe pervenuto alla convinzione che l'evento non si sarebbe verificato in quanto lo stesso avrebbe rite-

nuto, erroneamente, di essere in grado di evitare un incidente grazie alle proprie abilità di guida. Altro tema rilevante per la giurisprudenza è quello relativo al rapporto sussistente tra l'evento rappresentato come possibile e le eventuali conseguenze pregiudizievoli per l'integrità fisica dell'imputato collegate alla realizzazione dell'evento stesso. Punto importante e frequente è l'asserzione secondo la quale la realizzazione di un sinistro arrechi un pregiudizio per l'imputato, per l'affermazione della responsabilità a titolo di dolo eventuale sarebbe necessaria la prova che il conducente avesse voluto, sia pure in via eventuale, non solo l'evento, ma anche le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'evento stesso.

In tale contesto i giudici hanno negato che l'imputato avesse ricompreso tra le possibili conseguenze della propria condotta di guida anche eventuali pregiudizi per la propria incolumità. In alcune sentenze l'argomento difensivo è stato accolto, si è affermato che appare difficilmente conciliabile una comprovata accettazione del rischio concreto di causazione dell'evento in contesto in cui, peraltro, dovrebbe ritenersi accettato anche il rischio di eventi lesivi in danno dello stesso imputato⁷. Valorizzazione ha avuto poi, al fine del riconoscimento della responsabilità a titolo di dolo eventuale, la mancata adozione di cautele volte ad evitare l'evento da parte dell'agente, in particolare nei momenti anteriori al sinistro. Così si è affermato che una condanna a titolo di colpa cosciente non concilia con l'assenza di tracce di frenata, con la mancata adozione di manovra di deviazione della traiettoria. Viceversa, in alcune sentenze si è riconosciuta la colpa cosciente anche sulla scorta dell'effettuazione da parte dell'imputato di manovre di emergenza, volte ad evitare l'impatto. In alcune sentenze, inoltre, i giudici sono pervenuti al riconoscimento del dolo eventuale anche evocando, implicitamente o esplicitamente, il criterio del bilanciamento, che, come si è visto, assume rilevanza centrale secondo la tesi minoritaria.

Infine, in alcune sentenze è stato valorizzato, al fine della qualificazione soggettiva del fatto, l'indice probatorio costituito dal comportamento tenuto dal conducente immediatamente dopo aver cagionato l'incidente. Viene riconosciuto il dolo eventuale in ragione del fatto che l'imputato non mostra pentimento per le sue vittime, mentre la colpa cosciente la si riscontra quando il conducente si mostra subito afflitto per aver cagionato l'evento lesivo⁸. Si è affermato che lo stato di ebbrezza alcolica, considerato da molte sentenze quale indice della rappresentazione della possibilità che la propria condotta di guida potesse cagionare un evento incidentale, che sia lieve o

che sia notevole, è in ogni caso di ostacolo alla possibilità di intravedere una condotta cosciente di una persona che accetta il rischio di verifica dell'evento. Si è poi ritenuto che in contrasto con la normale deduzione dell'avvenuta rappresentazione dell'evento dalla pericolosità della condotta di guida pregressa che l'accertamento della responsabilità a titolo di dolo eventuale presuppone la dimostrazione del fatto che l'agente abbia percepito effettivamente, e in tempo utile, l'insorgere degli elementi fattuali che hanno portato al verificarsi dello scontro, essendo in particolare preclusa la decisione di accettare il rischio del verificarsi dell'evento. Determinate circostanze di fatto, normalmente prese in considerazione dalla giurisprudenza ai fini della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, vengono semplicemente ignorate in sede motivazionale, senza che si chiarisca se le stesse possano o debbano essere prese in considerazione in relazione alla tematica in esame, ad esempio, circostanze quali l'elevata velocità tenuta dall'agente, i difetti del veicolo condotto dal medesimo, sono da considerare sicure prove dell'avvenuta rappresentazione dell'evento da parte dell'agente. Anche le sentenze che hanno giudicato su fatti di omicidio o lesioni personali stradali, pertanto, nonostante la sostanziale uniformità delle premesse in diritto accolte dai giudici, si rivelano contraddittorie nel momento in cui, una volta poste le premesse in tema di distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, si tratta di selezionare e valutare le circostanze di fatto rilevanti ai fini della prova del dolo eventuale e della colpa cosciente.

-
- 1 *Codice Penale Commentato annotato con la Giurisprudenza*, XXI edizione, Simone, 2014.
Corte di Cassazione, sez. I, n. 832, 27 gennaio 1996; *Circolazione stradale: per il reato di omicidio volontario occorre la prova dell'accettazione del rischio mortale. La percezione dell'esistenza del pericolo generico è insufficiente per far scattare il dolo eventuale e in Foro it.*, 2010, II, 306 ss. con nota di F.P. Di Fresco.
 - 2 Corte di Cassazione, sez. I, 3 agosto 2001, n. 30425, Lucini, cit.; Corte di Cassazione, sez. I, 19 luglio 2004, n. 31523, Ferraro, cit.
 - 3 Corte di Cassazione, sez. Fer., 31 ottobre 2008, n. 4087; Tribunale di Roma, 26 novembre 2008, Lucidi.
 - 4 Tribunale di Alessandria, 20 luglio 2012; Corte di Cassazione, Sez. I, 15 marzo 2011, "ha dato il via a quello che si è individuato quale orientamento minoritario, che ricostruisce il dolo eventuale come risultato di un consapevole bilanciamento".
 - 5 Corte di Cassazione, sez. I, 8 maggio 2008, ravvisa la colpa cosciente o la colpa semplice; Corte di Cassazione, sez. I, 5 gennaio 2011, afferma la sussistenza del dolo eventuale.
 - 6 Corte di Cassazione, 31 ottobre 2008, n. 40878, Dell'Avvocato.
 - 7 Corte di Cassazione, sez. I, 1 agosto 2011, n. 30472, viceversa esclude il dolo eventuale in ragione della mancanza di prove in ordine alla rappresentazione dell'investito.
 - 8 Corte di Assise di Appello di Bari, 8 gennaio 2009, n. 28.

Bibliografia

Codice Penale Commentato annotato con la Giurisprudenza, XXI edizione, Simone, 2014.

Corte di Cassazione, Sez. I, n. 832, 27 gennaio 1996.
Corte di Cassazione, sez. I, 3 agosto 2001, n. 30425, Lucini, cit.
Corte di Cassazione, sez. I, 19 luglio 2004, n. 31523, Ferraro, cit.
Corte di Cassazione, sez. Fer., 31 ottobre 2008, n. 4087; Tribunale di Roma, 26 novembre 2008.
Tribunale di Alessandria, 20 luglio 2012.
Corte di Cassazione, sez. I, 15 marzo 2011.
Corte di Cassazione, sez. I, 8 maggio 2008.
Corte di Cassazione, sez. I, 5 gennaio 2011.
Corte di Cassazione, 31 ottobre 2008, n. 40878, Dell'Avvocato.
Corte di Cassazione, sez. I, 1 agosto 2011, n. 30472.
Corte di Assise di Appello di Bari, 8 gennaio 2009, n. 28.

Mariella Orlando

La fattura elettronica nei confronti della Pubblica Amministrazione

La fattura elettronica nei rapporti con la Pubblica Amministrazione si colloca nell'ambito delle linee di azione dell'Unione Europea (Direttiva del 13 luglio 2010 n. 2010/45/UE e la Direttiva del 28 novembre 2006 n. 2006/112/CE) che incoraggia gli stati membri a dotarsi di un adeguato quadro normativo, organizzativo e tecnologico per gestire in forma elettronica l'intero ciclo degli acquisti. Recependo tale direttiva già altri paesi europei hanno avviato un programma di introduzione della fatturazione elettronica utilizzando anche la leva normativa della Pubblica Amministrazione per favorirne l'adozione nei rapporti tra imprese. L'utilizzo della fattura elettronica permetterà nel tempo la dematerializzazione del processo di fatturazione; in particolare i fornitori della P.A. possono procedere alla trasmissione delle fatture in modo elettronico, direttamente, o tramite gli intermediari, ai sistemi delle Amministrazioni Pubbliche ed averne, successivamente, visibilità dello stato di trattamento all'interno degli uffici che le ricevono, contabilizzano, e procedono al loro pagamento.

Il d.m. n. 55 del 3 aprile 2013 si è occupato di individuare le regole tecniche e le linee guida per la gestione dei processi di fatturazione elettronica verso la Pubblica Amministrazione in ossequio al percorso legislativo attivato con la legge finanziaria 2008 (legge n. 244 del 2007).

Il presente lavoro si pone come obiettivo quello di delineare le linee guida - sulla scorsa della normativa di riferimento - di questo sistema elettronico di fatturazione.

Caratteristiche

La fattura è il documento amministrativo per eccellenza, il più importante documento aziendale in grado di rappresentare nel tempo un'operazione commerciale, e da cui scaturiscono risvolti fiscali (detrazioni dell'Iva e deducibilità dei costi), civili (ingiunzione di pagamento ed efficacia pro-

batoria), penale (reati tributari e reati disciplinati dal diritto fallimentare) e finanziari (la gestione del credito e la riconciliazione delle fatture ai pagamenti e agli incassi).

La fattura elettronica, in quanto documento elettronico predisposto secondo le regole tecniche previste dal codice dell'amministrazione digitale, presenta le seguenti caratteristiche:

- è un documento statico non modificabile;
- la sua emissione, al fine di garantirne l'attestazione della data e l'autenticità dell'integrità, prevede l'apposizione del riferimento temporale e della firma elettronica qualificata;
- deve essere leggibile e disponibile su supporto informatico;
- deve essere conservata e resa disponibile secondo le linee guida e le regole tecniche predisposte dall'Agenzia per l'Italia digitale e approvate dalla Commissione SPC.

In particolare per tutti i soggetti titolari di partita Iva che cedono beni o prestano servizi alle P.A. non sarà più possibile, con scadenza diversificate in funzione della tipologia della P.A., emettere fattura cartacea.

La conseguenza dell'emissione di una fattura cartacea in luogo di quella elettronica sarà la mancata accettazione da parte della Pubblica Amministrazione e conseguentemente l'impossibilità a procedere al relativo pagamento. Tale obbligo di fatturazione elettronica decorre:

- dal 6 giugno 2014, per le fatture emesse nei confronti dei ministeri, delle agenzie fiscali e degli Enti nazionali di previdenza ed assistenza sociale;
- dal 31 marzo 2015, per tutte le fatture emesse nei confronti delle altre P.A., ivi comprese le amministrazioni locali (es: i Comuni)¹.

Il d.m. n. 55 del 2013 specifica che le pubbliche amministrazioni destinatarie di fatture elettroniche sono chiamate a inserire l'anagrafica dei propri uffici deputati alla ricezione delle fatture elettroniche nell'indice delle Pubbliche Amministrazioni (IPA), istituito all'art. 11 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 31 ottobre 2000. L'IPA provvede quindi ad assegnare un codice univoco a ciascuno degli uffici e a renderlo pubblico. È chiaro che il codice univoco è un elemento essenziale per la trasmissione della fattura allo specifico ufficio dell'amministrazione committente.

Emissione della fattura elettronica

L'art. 2, comma 4, del d.m. n. 55 del 2013 stabilisce che "la fattura elettronica si considera trasmessa per via elettronica, ai sensi dell'art. 21, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 633, e ricevuta dalle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2,

solo a fronte del rilascio delle ricevute di consegna da parte del Sistema di Interscambio".

Questa previsione è sicuramente coerente col disposto dell'art. 21, comma 1, del d.p.r. 633/72, che considera emessa la fattura cartacea o elettronica all'atto della sua consegna, spedizione, trasmissione o messa a disposizione del cessionario o committente.

Infatti, la ricevuta di consegna viene rilasciata in un momento sicuramente successivo al quello in cui la fattura è nella disponibilità della pubblica amministrazione committente.

In tal senso il rilascio, da parte del Sistema di Interscambio, della ricevuta di consegna - identificata tramite il codice univoco riportato nella fattura medesima - è certamente sufficiente a provare sia l'emissione della fattura elettronica, sia la sua ricezione da parte della Pubblica Amministrazione committente.

In funzione dell'esito di tale inoltro, il Sistema di interscambio rilascia al soggetto che ha inviato la fattura una ricevuta di consegna, nel caso in cui l'inoltro abbia avuto esito positivo, ovvero una notifica di mancata consegna², nel caso in cui l'inoltro abbia avuto esito negativo.

Affinché si possa procedere alla fatturazione elettronica la P.A. deve necessariamente effettuare un censimento dei fornitori, così da poter aggiornare tempestivamente e coerentemente l'indice delle P.A. e consentire al Sistema di Interscambio di recapitare correttamente la fattura agli uffici di pertinenza.

Tecnica di trasmissione delle fatture

La trasmissione delle fatture al SDI e da questi all'amministrazione destinataria avviene attraverso l'utilizzo di uno dei seguenti canali:

- Un sistema di posta elettronica certificata (Pec) o un analogo sistema di posta elettronica basata su tecnologie che certificano data ed ora dell'invio e della ricezione delle comunicazioni, nonché l'integrità del contenuto delle stesse;
- Un sistema di trasmissione in via telematica attraverso il sito del sistema d'interscambio (www.fatturapa.gov.it);
- Un sistema di cooperazione applicativa con servizio esposto tramite web service (SDICoop);
- Un sistema di cooperazione applicativa (web service) tramite il Servizio Pubblico di Connettività (SPCoop);
- Un sistema di trasmissione dati tra terminali remoti basato sul protocollo FTP (SDIFtp).

L'invio delle fatture può essere effettuato direttamente dal fornitore o tramite intermediario; analogamente, le P.A. destinatarie possono ricevere direttamente le fatture, oppure avvalersi di intermediari.

Divieto di pagamento in assenza di fattura elettronica

L'art. 6, comma 6, del d.m. n. 55 del 2013 prevede che, trascorsi tre mesi dalla data di decorrenza dell'obbligo di fatturazione elettronica, le Pubbliche Amministrazioni non possono procedere ad alcun pagamento, nemmeno parziale, sino all'invio delle fatture in formato elettronico. Tuttavia ci si è chiesti se tale divieto debba intendersi esteso alle fatture in forma cartacea, emesse prima della data di decorrenza dell'obbligo di fatturazione elettronica. In proposito, la circolare interpretativa del MEF n. 1 del 31 marzo 2014, ha chiarito che l'obbligo di emissione in forma elettronica preceda di tre mesi la corrispondente decorrenza del divieto di accettazione e pagamento di fatture in forma cartacea. Si tratta di un periodo di transizione, durante il quale le Pubbliche Amministrazioni possono accettare e pagare fatture emesse entro il termine di decorrenza dell'obbligo, mentre i fornitori, a partire dal suddetto termine di decorrenza dell'obbligo, non possono più emettere fattura in forma cartacea.

La *ratio* di questo periodo di transizione è da individuarsi nella constatazione che la trasmissione di una fattura cartacea non è istantanea. A titolo di esempio, nel caso di spedizione a mezzo di posta ordinaria, sicuramente il caso più comune, decorrono alcuni giorni dal momento dell'emissione a quello della ricezione. Inoltre, una volta ricevuta la fattura, all'interno della Pubblica Amministrazione committente si instaura una procedura amministrativa volta alla verifica di quanto esposto in fattura, e solo se la verifica si conclude positivamente l'amministrazione procede al pagamento.

Pertanto, ove la Pubblica Amministrazione possiede oltre la scadenza indicata al comma 210 fatture emesse in formato cartaceo e non ancora pagate, l'amministrazione potrà senz'altro portare a compimento il relativo procedimento e, ove sussistano tutte le condizioni, procedere al pagamento. È invece da escludere la possibilità, per le Pubbliche Amministrazioni, di accettare fatture in forma cartacea emesse successivamente allo scadere del medesimo termine di cui al comma 209.

Conservazione delle fatture elettroniche

L'art. 1 comma 209 della legge 244/2007, nell'istituire l'obbligo di fatturazione elettronica nei confronti della P.A., prevede l'adozione di procedure elettroniche anche in relazione agli ulteriori adempimenti di archiviazione e conservazione delle fatture così da garantire nel tempo la validità legale a tutti i documenti informatici firmati digitalmente.

Ciò significa che ogni tipologia di documento informatico conservato nel rispetto delle regole previste dal codice dell'amministrazione digitale, ha effetto probatorio ad ogni effetto di legge consentendo alla P.A. ed alle aziende di risparmiare sui costi di stampa, stoccaggio e archiviazione.

NORMATIVA

Legge finanziaria 2008 (n. 244/2007, articolo 1, commi 209-214)

Tutti i rapporti commerciali con la P.A. (amministrazioni centrali e locali dello Stato ed enti pubblici nazionali) devono essere regolati con fatture elettroniche: la P.A. non potrà accettare le fatture emesse o trasmesse in forma cartacea né procedere ad alcun pagamento nemmeno parziale fino all'invio in forma elettronica

D.l. n. 66 del 24 aprile 2014

Ultime novità su tempi e contenuto fatture

Decreto del 7 marzo 2008

Individuazione Agenzia delle Entrate quale gestore del Sistema di Interscambio e di Sogei quale ente tecnologico di gestione

Decreto n. 55 del 3 aprile 2013

Attuazione dell'obbligo di fatturazione elettronica

Circolare MEF Funzione Pubblica

Chiarimenti giuridici e applicativi

Decorrenza obbligo di fatturazione elettronica nei confronti della P.A.

- 6 giugno 2014
ministeri
agenzie fiscali
enti nazionali di previdenza
e assistenza sociale

- 31 marzo 2015
tutte le altre amministrazioni pubbliche (inserite nel conto economico consolidato dello Stato come da elenco ISTAT)
amministrazioni locali

Caratteristiche della fattura elettronica

- La fattura emessa in qualunque formato elettronico;
- La fattura elettronica è subordinata all'accettazione da parte del destinatario;
- La fattura elettronica, la cui emissione da parte del cliente o del terzo residente in un paese con il quale non esiste alcuno strumento giuridico che disciplini la reciproca assistenza è consentita a

condizione che ne sia data preventiva comunicazione all'Agenzia delle Entrate e purché il soggetto passivo nazionale abbia iniziato l'attività da almeno cinque anni e nei suoi confronti non siano stati notificati, nei cinque anni precedenti, atti impositivi o di contestazione di violazioni sostanziali in materia di imposta sul valore aggiunto;

- La fattura elettronica, che si da per emessa all'atto della consegna, spedizione, trasmissione o messa disposizione del cessionario o committente.

Modalità di assicurazione dell'originale, integrità, contenuto e leggibilità della fattura

- Sistemi di controllo del collegamento tra fattura e cessione/prestazione;
- Firma elettronica o digitale;
- Sistema EDI;
- Altre tecnologie.

1 Il termine, originariamente fissato al 6 giugno 2015, è stato anticipato al 31 marzo 2015 dall'art. 25 del d.l. 66/2014 (cd. decreto Spending review), convertito nella legge 89/2014.

2 La notifica di mancata consegna è recapitata entro 48 ore se il canale di comunicazione tra SDI e Pubblica Amministrazione è costituito dalla posta elettronica certificata (Pec), entro 24 ore negli altri casi (circolare interpretativa del MEF n. 1 del 31 marzo 2014).

Francesco Ricciardi

La sospensione del processo agli irreperibili

Nel corso degli ultimi anni sono intervenute diverse decisioni censurative della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in ordine alla disciplina nazionale del processo contumacia. I rilievi mossi afferiscono alla presunta inosservanza delle garanzie sottese ad un equo processo (art. 6 CEDU), con particolare riguardo al diritto di informazione sul processo e nel processo. Nella specie, con la sentenza Somogyi contro Italia n. 67972/01 del 18 maggio 2004, la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistere un diniego di giustizia allorché "un individuo condannato *in absentia* non possa ottenere successivamente che una giurisdizione statutaria di nuovo, dopo averlo sentito, sul merito dell'accusa in fatto e in diritto, ove non sia stabilito in maniera non equivoca che abbia rinunciato alla sua facoltà di comparire e difendersi, né che abbia avuto l'intenzione di sottrarsi alla giustizia". In buona sostanza, i rilievi critici mossi dai giudici sovranazionali si sono attestati sull'acclarata inesistenza, nell'ordinamento italiano, di un rimedio successivo al giu-

dizio, idoneo ad incidere sul giudicato penale, consentendo al condannato in contumacia di ottenere "automaticamente" ed "incondizionatamente" un nuovo giudizio di merito. Secondo la Corte, infatti, la formulazione dell'art. 175 c.p.p. darebbe la stura alla mera possibilità di una rimessione in termini, condizionata però all'esistenza della prova del fortuito o della *vis absoluta*, quale causa della mancata conoscenza del procedimento da parte del condannato *in absentia*. Alle stesse conclusioni la Corte è pervenuta con la sentenza Sejdovic contro Italia n. 56581/00 del 10 novembre 2004, sulla quale si è poi pronunciata anche la Grande Camera in data 1 marzo 2006, secondo cui nell'ordinamento italiano non sussisterebbe un meccanismo effettivo "volto a mettere in opera il diritto delle persone condannate in contumacia, non informate in maniera effettiva delle pendenze, né rinuncianti in maniera non equivoca al diritto a comparire, ad ottenere che una giurisdizione statutaria di nuovo sul merito delle accuse". Di qui, l'invito rivolto allo Stato nazionale di eliminare ogni ostacolo legale alla riapertura dei termini per proporre appello tardivo o per la celebrazione di un nuovo processo in favore del contumace, attraverso un meccanismo automatico, non rimesso alla valutazione discrezionale di un giudice in ordine alla prova dell'impossibilità di conoscenza. Veniva così invocata da più parti una modifica dell'art. 630 c.p.p., recante i casi tassativi di revisione penale, mediante l'introduzione di una previsione ad hoc per il caso di processo celebrato in assenza del condannato. Successivamente è intervenuta poi la sentenza della Corte Costituzionale n. 113 del 04.04.2011, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario ai sensi dell'art. 46 par. 1 CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Il *dictum* della Consulta ha aperto la strada verso l'automatizzazione di nuovi processi, come conseguenza di una sentenza della stessa Corte di Strasburgo, per cui anche in relazione ai casi ricompresi nel diritto ad un equo processo, ma sempre però attraverso un meccanismo eventuale ed indiretto, che passi attraverso una pronuncia dell'organo sovranazionale. In altre parole, il condannato in contumacia avrebbe dovuto prima ottenere una sentenza favorevole in sede europea e solo dopo rivolgersi all'ordinamento italiano, attivando la revisione, quale mezzo straordinario di gravame. Si è giunti così, senza pretesa di esautività, all'adozione della legge n. 67/2014, recan-

te “deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”. Tale atto normativo è teso, tra l'altro, a riformare del tutto i canoni del precedente processo contumaciale, operando sia a monte che a valle del provvedimento conclusivo del procedimento. In altre parole, il nuovo comma 5 *bis* dell'art. 604 c.p.p. prevede che il giudice di appello possa dichiarare la nullità della sentenza, rinviando gli atti al giudice di prime cure, qualora sia provata la violazione delle nuove norme in tema di processo agli irreperibili-assenti (420 *ter* e 420 *quater* c.p.p.), ovvero l'assenza sia stata dovuta ad una “incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado”. Inoltre, tra le novità più rilevanti, si rinvia l'introduzione dell'istituto della “rescissione del giudicato”, di cui all'art. 625 *ter* c.p.p., secondo cui “il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può chiedere la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo”. Sulla istanza è competente a pronunciarsi la Suprema Corte di Cassazione che, una volta accolta la richiesta, revoca la sentenza e trasmette gli atti al giudice di primo grado. A tale riguardo e ad onore del vero, sembra sia stata adottata, ancora una volta, una soluzione di carattere compromissorio rispetto ai ripetuti rilievi mossi dai giudici di Strasburgo, poiché, se da un lato è stata introdotta una fattispecie specifica e diretta di possibile elisione del giudicato contumaciale, prima inesistente, nondimeno però la stessa risulta pur sempre condizionata alla prova “dell'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo”. Pertanto, il rimedio *de quo* non sembra soddisfare del tutto le censure provenienti da Strasburgo, in ordine alla pretesa automaticità del meccanismo di riattivazione del processo. Ancora, evidenti ed ulteriori perplessità discendono dall'operatività concreta dei nuovi articoli 420 *quater* e *quinquies* c.p.p. Nella precedente disciplina, l'irreperibilità dell'indagato e/o imputato e quindi anche l'impossibilità di notificargli atti procedurali e di renderlo edotto dell'esistenza del processo, spesso seguita poi dalla declaratoria di contumacia e/o assenza, veniva dichiarata con decreto (cfr. artt. 159 e 160 c.p.p.), dopo che il giudice (o il pubblico ministero in fase di indagini) aveva disposto uno o più rinvii d'udienza onde espletare ricerche, e previa acquisizione del verbale negativo delle stesse. Inoltre, la prima notifica-

zione all'imputato non detenuto poteva farsi (ed a rigor di logica può farsi, non essendo intervenuta una abrogazione espressa della norma ad opera della legge n. 67/2014 e salvo che la novella voglia interpretarsi quale ipotesi di abrogazione tacita per incompatibilità), secondo l'art. 157 c.p.p., anche a persona convivente o ad altro soggetto abilitato oppure presso la casa comunale. Il procedimento instaurato andava così avanti, le notifiche stesse essendo disposte, nei casi più estremi, presso lo studio del difensore, per lo più d'ufficio. Si espletava quindi il normale iter processuale, anche negli eventuali gradi di impugnazione, essendo l'irreperibile, contumace o assente, rappresentato ad ogni effetto dal suo difensore. *Ex adverso*, il nuovo articolo 420 *quater*, rubricato “sospensione del processo per assenza dell'imputato”, nell'ottica di espungere completamente dall'ordinamento processuale l'istituto della contumacia e di unificare le figure dell'irreperibilità e dell'assenza nel processo (commistione che appare possibile solo dopo la formulazione dell'imputazione e per le notificazioni successive alla prima, la norma parlando letteralmente di “imputato”, di “processo” e di “udienza”, salvo poi a voler dire di una abrogazione tacita degli artt. 157, 159, 160 c.p.p.), dispone che ovemai l'imputato non fosse presente, il giudice “rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria”. Il comma secondo della medesima norma prevede che “quando la notificazione (...) non risulti possibile, e sempre che non debba essere pronunciata sentenza a norma dell'art. 129 c.p.p., il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente”. Inoltre è previsto che il giudice, durante la sospensione, possa acquisire le prove non rinviabili, a richiesta di parte. Ancora, l'art. 420 *quinquies* c.p.p., così come sostituito dalla novella, dispone che “alla scadenza di un anno dalla pronuncia dell'ordinanza di cui al comma 2 dell'art. 420 *quater*, o anche prima quando ne ravvisi l'esigenza, il giudice dispone nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso. Analogamente provvede ad ogni successiva scadenza annuale, qualora il procedimento non abbia ripreso il suo corso”. Proprio il combinato disposto di cui ai menzionati articoli 420 *quater* e *quinquies* c.p.p. appare idoneo a generare i principali problemi applicativi. A tale riguardo, sembra opportuno rilevare che l'applicazione di tali norme sarebbe suscettibile di produrre una vera e propria paralisi dei procedimenti *in absentia*. Infatti, mentre prima della riforma il processo proseguiva con le notifiche fatte al difensore dell'irreperibile - contumace o assente, adesso il giudice è tenuto a rin-

viare l'udienza, al fine di notificare l'avviso della stessa “personalmente” all'imputato, per mezzo degli organi di polizia giudiziaria. Qualora tale forma di comunicazione individuale risulti impossibile, perché l'imputato non venga rinvenuto nei luoghi noti all'autorità, il giudice è tenuto a sospendere il processo con ordinanza, *sine die*, cioè fino a quando l'imputato stesso non venga individuato o abbia nominato un difensore di fiducia o comunque vi sia la prova della sua conoscenza del procedimento. Sul giudice graverebbe inoltre l'obbligo, con scadenza almeno annuale, di disporre la rinnovazione delle ricerche, senza nulla rinvenire circa il *dies ad quem* di tali adempimenti. Ebbene, poiché il legislatore ha adottato il termine “sospensione”, lo stesso ha dovuto novellare anche l'art. 159 c.p., secondo cui, nei casi di sospensione del procedimento ai sensi dell'art. 420 *quater* c.p.p., la durata della sospensione della prescrizione del reato non può superare i termini previsti dal secondo comma dell'art. 161 c.p. Pertanto, come termine *ad quem* della sospensione stessa sarebbe da intendersi il tempo necessario a prescrivere il reato per cui si procede. Con buona probabilità il meccanismo in esame, avendo applicazione generale per tutti i reati, inciderà su di un notevole numero di procedimenti, determinandone la sospensione sino all'effettivo decorso dei termini prescrizionali, con evidente *vulnus* alle ragioni della giustizia. Inoltre, in un'ottica critica, ci si domanda quali esiti potranno mai avere processi che, a causa della lunga sospensione dichiarata, vengano celebrati dopo anni dalla consumazione del reato, con evidente pregiudizio per le fonti di prova da escutere in sede dibattimentale: a nulla rilevarebbe il disposto di cui all'art. 420 *quater* comma 3 c.p.p., secondo cui il giudice, durante la sospensione, può acquisire le prove non rinviabili, proprio perché tale acquisizione risulta comunque subordinata alla richiesta delle parti. Per tutto quanto osservato sembra quindi auspicabile un serio intervento di natura restrittiva che, elidendo del tutto le ipotesi di sospensione *ex ante* del procedimento *in itinere*, implementi invece i meccanismi restitutori operanti dopo l'intervenuta sentenza *in absentia* (un tempo cd. contumaciale), consentendo al condannato “assente” di ottenere, in modo più automatico ed oggettivo possibile, un nuovo giudizio di merito, anche per il tramite di una rimessione in termini non soggetta a valutazioni discrezionali dell'autorità. Per concludere, sarebbe stato più opportuno, da parte del legislatore, introdurre uno specifico caso di revisione penale del giudicato che contemplasse in modo specifico ed oggettivo la sentenza pronunciata in contumacia o comunque predisporre una ipotesi oggettiva di rimessio-

ne dell'assente nei termini per la proposizione dell'appello o del ricorso per Cassazione, intervenendo solo a valle dell'iter procedimentale e senza generare sospensioni che, nella pratica, potrebbero rivelarsi quali vere e proprie cause di improcedibilità per estinzione del reato.

Giuseppina Romano

Scompare il processo contumaciale, nasce quello *in absentia*

La legge 28 aprile 2014 n. 67, entrata in vigore il 17 maggio 2014 ha operato una riforma trasversale del sistema processuale penale italiano toccando vari istituti di diritto sostanziale e, soprattutto, realizzando una importante opera di svecchiamento della nostra procedura penale. Molte norme, in quanto immediatamente applicabili all'indomani del periodo ordinario di *vacatio legis*, hanno conosciuto già un'ampia sperimentazione nelle aule di giustizia.

Per altre, si attende ancora l'intervento del governo. L'impressione è che comunque un'aria di novità si respiri nei tribunali italiani.

Capisaldi della nuova legge, divisa in tre capi, per un totale di 16 articoli, sono, accanto alla messa alla prova (art. 168 *bis* c.p.) di cui si è trattato nello scorso numero, la detenzione domiciliare come pena principale, la depenalizzazione di molte fattispecie, la totale abolizione dell'istituto della contumacia e la nuova disciplina del procedimento a carico degli irreperibili. L'aspetto sicuramente più innovativo, ma, per certi aspetti, anche il più controverso, è la definitiva scomparsa, nel nostro ordinamento, del processo contumaciale. Esso impone un radicale cambiamento di mentalità sul fondamentale tema della validità del processo nei confronti dell'imputato che non compare in udienza. Figlia del progressivo allineamento del sistema processuale italiano alle decisioni emesse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul tema del diritto all'effettiva conoscenza del procedimento, la legge sposta l'asse del controllo giurisdizionale dal tradizionale tema della verifica della “validità formale” della notifica di un atto a contenuto informativo a quello della “validità sostanziale” e cioè, della concreta percezione di esso da parte del suo destinatario. Ne consegue che il nuovo processo *in absentia* diventa possibile solo lì dove risulti che l'imputato ha avuto effettiva conoscenza del processo a suo carico e delle conseguenze che potevano scaturirne e ha rinunciato al suo diritto di essere presente personalmente in udienza. A tale conoscenza effettiva è equiparata soltanto l'ipotesi di volontaria sottra-

zione alla conoscenza del processo o ad atti dello stesso. In tutti gli altri casi, o meglio, nei casi di incolpevole irreperibilità, si impone la sospensione del processo, disciplinata nel capo III, artt. 9 a 15, della nuova legge 64/2014. Prima della novella, al momento in cui, chiamato il processo, il giudice verificava la regolare costituzione delle parti in udienza preliminare o in dibattimento, l'imputato poteva essere: a) presente, se materialmente in aula; b) assente, se, anche se impedito, aveva chiesto o consentito che l'udienza fosse celebrata in sua assenza ovvero, se detenuto, aveva rifiutato di assistervi; c) contumace, quando, ritualmente citato, non compariva in mancanza di un legittimo impedimento e della prova o probabilità che non fosse a conoscenza della citazione.

Ma procediamo con ordine. È pacifico che dal 17 maggio 2014 è sparito dall'orizzonte processuale italiano il processo in contumacia. Il suo posto è stato preso dal processo *in absentia*. Da un rapido confronto tra il nuovo e vecchio art. 420 *bis* del codice di rito è agevole concludere che, nonostante alcuni punti in comune, il processo in assenza implica, quale tratto caratteristico qualificante, la certezza, da parte del giudice, che l'imputato sia a conoscenza del procedimento, ovvero si sia volontariamente sottratto alla conoscenza dello stesso o di atti del medesimo. La *ratio* della modifica normativa è quella di favorire la celebrazione del processo nei confronti di un imputato consapevole dell'esistenza del processo a suo carico e, conseguentemente, nella condizione di difendersi nel modo in cui ritiene più opportuno (ivi compreso quello di rinunciare a parteciparvi ovvero di rimanere assente). Novellando l'art. 420 *bis* c.p.p., la nuova legge consente la celebrazione del processo in assenza essenzialmente in tre ipotesi. La prima, prevista dal 1° comma del novellato art. 420 *bis*, è quella della rinuncia espressa in cui sia lo stesso imputato assente, libero o detenuto, a fornire la prova certa della conoscenza della data della udienza, manifestando espressamente la volontà di rinunciare a parteciparvi. In tali casi il processo potrà essere celebrato in assenza, non si porrà il tema del legittimo impedimento a comparire dell'imputato, attesa l'intervenuta rinuncia, e non dovrebbero operare i rimedi restitutori. La seconda ipotesi è quella della rinuncia tacita da ricostruirsi nei modi indicati nel 2° comma dell'art. 420 *bis*, a mente del quale, il giudice procede altresì in assenza dell'imputato quando quest'ultimo nel corso del procedimento abbia dichiarato o eletto domicilio ovvero sia stato arrestato fermato o sottoposto a misura cautelare ovvero abbia nominato un difensore di fiducia nonché nel caso in cui abbia ricevuto personalmente la notifica dell'avviso dell'udienza o comunque risulti con

certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento. La terza ipotesi, parimenti disciplinata dal 2° comma è quella della volontaria sottrazione alla conoscenza del processo o ad atti dello stesso, che è l'ipotesi destinata a creare i maggiori problemi applicativi. Il 4° comma del citato articolo disciplina, infine, la revoca dell'ordinanza che dispone di procedere *in absentia*, se l'imputato compare. L'ordinanza è altresì revocata se l'imputato fornisce la prova che l'assenza è dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza del processo. In tali casi è rimesso nei termini e può chiedere l'acquisizione di atti e documenti in udienza preliminare ai sensi dell'art. 421, comma 3 c.p.p., nonché formulare le richieste istruttorie ex art. 493 c.p.p. nel corso del giudizio di primo grado e chiedere la rinnovazione di prove già assunte. Qualora non ricorrano i presupposti per procedere *in absentia*, il nuovo art. 420 *quater* c.p.p. prevede la sospensione del processo, dopo un ulteriore tentativo di notifica dell'avviso "personalmente ad opera della polizia giudiziaria" (*post fata resurgo*: dopo un crescente ostracismo, come l'araba fenice, ritornano le notifiche a mezzo P.g.). Durante la sospensione del processo il giudice, con le modalità stabilite per il dibattimento, acquisisce, a richiesta di parte, le prove non rinviabili. Infine la riformulazione dell'art. 420 *quinqies*, stabilisce che alla scadenza di un anno dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione, e per ogni anno successivo, il giudice disponga nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso. Se le ricerche hanno esito positivo l'ordinanza è revocata, il giudice fissa la data per la nuova udienza, e l'imputato può richiedere il giudizio abbreviato o il patteggiamento. L'ordinanza è altresì revocata se l'imputato ha nel frattempo nominato un difensore e in ogni altro caso in cui giunga la prova della conoscenza del processo da parte dell'inquisito. L'articolo 15 novella il TU sul casellario giudiziario (d.p.r. 313/2002) aggiungendo, all'art. 3, tra i provvedimenti da iscrivere per estratto quelli di sospensione del processo per assenza dell'imputato. Questo il nuovo quadro normativo delineato dalla legge 67 del 2014. Quale impatto avrà il nuovo istituto del processo *in absentia* sui procedimenti in corso? *Nulla quaestio* per i processi celebrati in primo grado con l'applicazione delle nuove norme; ma che ne è dei processi pendenti? Più esattamente, nessun problema si pone qualora dagli atti del processo emerga, con certezza, che il giudizio contumaciale di primo grado si è celebrato nei confronti di un imputato che era a conoscenza del procedimento, o che si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo. Ma che ne è dei processi nei quali tale certezza non è dato evince-



Allegoria della Giustizia

re o, peggio ancora, nei quali vi è la certezza che l'imputato non era a conoscenza del processo, in ipotesi, perché irreperibile e notificato presso il difensore d'ufficio?

Questi gli interrogativi che gli interpreti erano chiamati a sciogliere all'indomani dell'entrata in vigore della nuova legge stante la mancanza di una disciplina di diritto intertemporale che apriva differenti scenari e altrettante soluzioni. Il legislatore ha immediatamente preso coscienza del problema cercando di fornire una risposta attraverso la sollecita introduzione dell'art. 15 *bis* il quale al primo comma così recita: "Le disposizioni di cui al presente capo si applicano ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, a condizione che nei medesimi procedimenti non sia stato pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado". E al comma secondo: "In deroga a quanto previsto dal

comma 1, le disposizioni vigenti prima della data di entrata in vigore della presente legge continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge quando l'imputato è stato dichiarato contumace e non è stato emesso il decreto di irreperibilità". Dunque, le nuove norme sul processo in assenza si applicherebbero soltanto ai processi nei quali ancora non sia stata dichiarata la contumacia dell'imputato o, in caso di imputato (anche) irreperibile, nei procedimenti nei quali ancora non sia stata pronunciata la sentenza di primo grado. In tutti gli altri casi (stando al secondo comma dell'art. 15 *bis*) "le disposizioni vigenti prima della entrata in vigore della presente legge continuano ad applicarsi ai processi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge quando l'imputato è stato dichiarato contumace e non è stato emesso il decreto di irreperibilità".

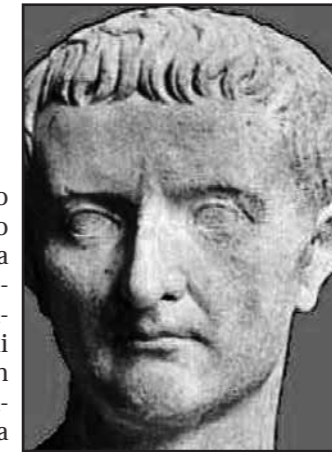
Historia et Antiquitates

L'imposta sul celibato. Dall'impero romano al Regio Decreto del 1926. Una frustata demografica alla Nazione

di Gianluca Granato

In materia di tributi, come in molti altri settori, il legislatore italiano, da sempre, appare imbattibile per inventiva e creatività: di certo, tuttavia, è immutata l'esigenza dello Stato di reperire i fondi necessari a garantire il funzionamento del proprio apparato; anche se, ad onor del vero, la legislazione degli ultimi decenni, si presenta spesso, persino nel testo della norma, di scarso pregio; e il profilato intento di semplificazione e deburocratizzazione del sistema giuridico esistente, nella gran parte dei casi, sembrerebbe produrre interventi, sconsiderati e contraddittori, che immancabilmente comportano per il cittadino incremento dei costi della vita e riduzione di diritti e garanzie. Ma è, senz'altro, esistito un tempo in cui "si stava peggio". Sicché, sfogliando, per mero diletto, il Prontuario del Contribuente Italiano redatto dal Rag. Andrea Gloria, nella sua ottava edizione, nel febbraio del 1940, eccovi cristallizzata la normativa tributaria dell'epoca: e accanto alla tassa sullo spumone, a quella sui pianoforti, accanto all'imposta sui bigliardi, sui cani, sulle carte da giuoco, e sulle macchine da caffè tipo espresso, ecco il testo del Regio Decreto Legge n. 2132 del 19 dicembre del 1926, a mezzo del quale veniva istituita l'imposta personale progressiva sui celibi dai 25 ai 65 anni. Ma, a quanto pare, l'imposta sul celibato non può ritenersi una creazione propriamente italiana: Valerio Massimo, che al tempo dell'imperatore Tiberio raggiunse l'apice della notorietà, nel suo manuale di esempi retorico-morali *Factorum et dictorum memorabilium libri IX* (Nove libri su fatti e cose varie da ricordare), racconta che i censori Marco Furio Camillo e Marco Postumio Albino (era il 403 a.C.) imposero a titolo di punizione la tassa del celibato, da versare all'erario, a coloro che fossero giunti in tale stato civile alla vecchiaia, giudicandoli degni di un'ulteriore pena, se in qualche modo avessero osato protestare contro un provvedimento di legge così giusto. Il rimprovero era loro fatto in questi termini: *Natura nobis nascendi et gignendi legem scribit, et parentes, no salendo et aeducando, debito nutriendorum nepotum alligaverunt. Nunc, si quid pudoris in vobis est, naturae legi obtemperando, debitum vestrum solvite. Vos in vita vestra longam advocationem iustius muneris praestandi estis adsecuti neque uxorem ducendo neque*

liberos gignendo, cum interim cosumpti sunt anni vestrae iuventutis, nomine mariti et patris vacui. Quare hanc iustam stipem solvendo, utiles vos facite posteritati numerosae (La natura, come dà la legge del nascere, così dà quella del generare, e i vostri genitori, educandovi, vi hanno legati al dovere, se alcun pudore c'è, di nutrire i loro nipoti. A ciò si aggiunga che, anche col favore della fortuna, avete avuto una così lunga dilazione per pagare codesto debito, mentre intanto i vostri anni trascorsi senza che abbiate acquistato il nome del padre e di marito. Andate, dunque, e pagate la tassa che vi è stata imposta non per odio, ma perché sia utile a coloro che avranno molti figli). Tre secoli dopo - evidenza Carla Fayer in *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari* - nel 131 a.C., un altro censore, Quinto Cecilio Metello Macedonico, teneva un discorso pubblico per esortare i celibi a prender moglie; nel 46 a.C. è Cicerone ad esortare Cesare a favorire l'incremento demografico e a vietare il celibato. E Cesare fa di più: per far fronte alla diminuzione della popolazione causata dalle guerre, istituisce anche dei premi per le famiglie numerose. Infine, l'imperatore Augusto con un solenne discorso rivolto ai celibi, e agli orbi, chiarisce che il matrimonio e la procreazione sono le finalità della sua nuova legislazione matrimoniale. Nel 18 a.C. Augusto faceva approvare la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* che imponeva pene piuttosto dure ai celibi; e celibi, termine comprendente anche le donne, erano considerati i maschi fra i 25 e i 60 anni e le donne fra i 20 e i 50. Successivamente il celibe perse anche la capacità giuridica, non poteva ereditare e non poteva nemmeno partecipare a festeggiamenti e spettacoli pubblici. Istituita in Italia con Regio Decreto Legge n. 2132 del 19 dicembre 1926, ed entrata in vigore il 13 febbraio 1927, l'imposta sul celibato resta tra i provvedimenti più famosi della campagna per l'incremento delle nascite condotta dal regime: negli anni Venti l'Italia si era attestata su un tasso di natalità inferiore al 30%; nel corso degli anni Trenta le pratiche di controllo delle nascite e le tendenze al calo della natalità, già presenti nelle grandi città del nord, si estesero, seppur non uniformemente, raggiungendo le campagne. Per Mussolini cominciò una nuova battaglia, quella demografica al grido "Se le culle sono vuote la nazione invecchia e decade" e "Il numero fa la forza dei popoli"; un aumento della popolazione avrebbe, infatti, assicurato al regime un maggior numero di soldati in caso di guerra e maggior capacità di pressione sul piano internazionale. Mussolini nel discorso dell'Ascensione del 1927 la definì "una frustata demografica alla Nazione", pronunciandosi come di seguito: "La tassa sui celibi dà dai 40 ai 50 milioni. Ma voi cre-



devo realmente che io abbia voluto questa tassa soltanto a questo scopo? Ho approfittato di questa tassa per dare una frustata demografica alla Nazione. Qualche intelligente dice: siamo in troppi. Gli intelligenti rispondono: siamo in pochi. Affermo che, dato non fondamentale ma pregiudiziale della potenza politica, e quindi economica e morale delle Nazioni, è la loro potenza demografica". Nel 1928 il Duce ebbe a ripetere: "non è uomo chi non è padre". L'imposta era "dovuta dai celibi pel solo fatto del loro stato e verrà integrata con altra contribuzione a base progressiva in ragione del reddito complessivo di ciascuno di essi". Per fasce di età e per aliquote di reddito: settanta lire per i giovani dai 25 ai 35 anni, cento lire fino ai 50 e cinquanta lire superati i 50 anni; in più, una somma calcolata in base all'aliquota di reddito prodotto dal celibe. Ne erano esenti: a) i sacerdoti cattolici ed i religiosi pronuncianti voto di castità; b) i grandi invalidi di guerra; c) i militari di truppa vincolati a ferme speciali delle Forze armate dello Stato, per i quali il matrimonio sia subordinato a condizioni od a limitazioni; d) gli interdetti per infermità di mente, colpiti da incapacità civile a costituire una famiglia; e) gli stranieri; f) coloro che risultino permanentemente inabili al lavoro o ricoverati in istituti di mendicizia e di cure, sempreché non posseggano alcun reddito proprio da computarsi per l'imposta progressiva complementare. Una tassa "ideologica" ma concreta come tutte le tasse quando si tratta di aumentarne l'importo, anche al di là dei risultati ottenuti; infatti, a pochi mesi dalla sua istituzione la tassa sul celibato raddoppia. Raddoppia ancora nel 1934, e nel 1936 viene estesa anche ai celibi residenti nelle colonie i quali, se non si fossero decisi a cambiare stato civile, sarebbero stati bersaglio di un'ulteriore penalità; in materia di lavoro, in caso di assunzioni o promozioni, ai celibi sarebbero stati preferiti gli uomini sposati e, tra questi, gli sposati con figli. Tutto il denaro derivante dal gettito andava devoluto all'Opera Nazionale Maternità e Infanzia, un ente assistenziale italiano fondato nel 1925 allo scopo di proteggere e tutelare madri e bambini in difficoltà e per l'educazione dei giovani fin dalla prima infanzia. Una canzone dell'epoca dal titolo "Sono andato a Ventimiglia", scritta dalla mondina Paola Mazzola (nata a Pompiano il 06.11.1923) richiama espressamente l'imposta: "Sono andato a Ventimiglia a pagare il celibato; cento lire m'han rubato. Sono andato a Ventimiglia a pagare il celibato; cento lire m'han rubato, cento lire m'han

rubato e non mi sposerò mai più, mai più! E la bella non mi vuole e la brutta non mi piace: pagherò trecento tasse. E la bella non mi vuole e la brutta non mi piace: pagherò trecento tasse, pagherò trecento tasse ma non mi sposerò mai più, mai più. Per fare l'amore ci vuole la rom e bim e bom, ci vuole la rom e bim e bom. O Mariannina, o Marianella e

col ticcheteticchetetac faremo l'amor, viva l'amor!".

E, scritta da tale Turno, pubblicata su "La Domenica del Corriere", una vera e propria poesia dal titolo *La tassa sui celibi*: "Appena la notizia della tassa/sui celibi d'intorno s'è diffusa,/gli occhi chinai, tenni la fronte bassa/come chi è fatto segno a grave accusa,/e mi dissi: «Coraggio, amico mio!/Or di tue orrende colpe paghi il fio! /Egoista! Vissuto sei soletto,/mangiando al ristorante o alla pensione./senza nessun che ti facesse il letto/o ti cucisse un pendulo bottone/od allietasse la tua vita trista!/Ora punito sei, brutto egoista!/Invece di sacrificarti un poco/tra le carezze d'una moglie cara,/avendo ognor la pentola sul fuoco/nella tua casa lustra, gaia e chiara,/il tuo comodo hai fatto! Ben ti coglie/l'esattor! Dunque paga, o prendi moglie»:/Questo pensiero di evitar la tassa,/unendo la mia vita a un'altra vita,/mi sorrise. Nel cuor schiudersi in massa,/ma prodigiosa e candida fiorita,/parvero i miei più dolci sentimenti/che prima vi languivano sonnolenti./«Oh - gridai - finalmente avrà principio/la mia felicità! Voglio una bella/fanciulla, per condurla in municipio!/Vil celibato, addio! L'amor m'appella,/il dovere mi chiama, e lo spavento/della tassa m'è sprone e incitamento!» /Con febbrile desio, volsi lo sguardo/alle fulgide vergini a me note;/e, tra quelle beltà, senza ritardo./scelsi quella che avea più fresche gote,/occhi più puri e teneri e ridenti./e decisi di chiederla ai parenti./Indossato il miglior mio vestito,/con in mano una rosa porporina,/rivolsi il pie' verso l'asil romito/di quella mia dolcissima regina;/il campanel suonai col viso in fiamma .../e chi venne ad aprirmi? La sua mamma./Sì, la sua mamma apparve; e, in lei, d'un tratto./vidi ghignar la suocera futura!/Volsi le spalle, corsi come un matto/giù per le scale, pieno di paura;/e, col cuor che pareva balzarmi via,/pagai lieto la tassa all'Agenzia."

L'imposta è stata abolita in Italia il 27 luglio 1943, alla prima riunione del governo Badoglio. Attualmente l'imposta sui celibi trova piena applicazione nella Repubblica Popolare di Bulgaria ove ad analoga tassazione sono sottoposti i vedovi, i divorziati e le coppie senza figli.

Sotto la Lente

a cura di Renato Diodato

La rubrica curata dalla Commissione Biblioteca dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore recensisce il libro "L'esecuzione esattoriale. Equitalia nella giurisprudenza della Corte di cassazione e delle commissioni tributarie".

Renato Diodato
Presidente della Commissione Biblioteca

L'esecuzione esattoriale. Equitalia nella giurisprudenza della Corte di cassazione e delle commissioni tributarie

Gustavo Danise

Collana Teoria e pratica del diritto, Giuffrè Editore, € 25,00

Il dottor Gustavo Danise, Giudice Ordinario del Tribunale di Nocera Inferiore, è l'autore del volume "L'esecuzione esattoriale. Equitalia nella giurisprudenza della Corte di cassazione e delle commissioni tributarie".

A seguito delle recenti disposizioni di legge, tra le quali vanno annoverate il "Decreto del fare", la "Legge finanziaria 2014" ed il "Decreto destinazione Italia", il sistema di riscossione esattoriale è investito di nuovi e difficili compiti. L'autore affronta, innanzitutto, l'arduo compito di illustrare l'intera evoluzione giuridica ed il funzionamento del sistema di riscossione delle entrate pubbliche, dalle ordinanze-ingiunzioni all'affidamento del servizio in concessione, prima, alle società private e poi, a partire dall'01.10.06, all'Agenzia delle Entrate ed all'Inps, che lo esercitano tramite l'Equitalia spa, società formalmente privata, ma il cui capitale è interamente pubblico (per il 51% dell'Agenzia delle Entrate e per il 49% dell'Inps).

Il libro affronta, inoltre, le questioni maggiormente dibattute e gli aspetti più problematici sussistenti nel giudizio di opposizione a cartella esattoriale per i crediti previdenziali e quelli tributari, offrendo una disamina sulla natura e la funzione del ruolo esattoriale con molteplici richiami a teorie ed orientamenti giurisprudenziali maggioritari. Vengono, poi, approfonditi i vizi e le problematiche relative alle principali questioni in materia e soprattutto all'inesistenza della notifica a mezzo posta della cartella esattoriale da parte del concessionario. Al riguardo, l'art. 26 d.p.r. n. 602/73 recita che "La cartella è notificata dagli ufficiali della riscossione o da altri soggetti abilitati dal concessionario nelle forme previste dalla legge ovvero, previa eventuale convenzione tra Comune e concessionario, dai messi comunali o dagli agenti della polizia municipale. La notifica può essere eseguita anche mediante invio di raccomandata con avviso di ricevimento". Le pronunce delle commissioni tributarie e dei giudici di pace a favore dell'inesistenza della notifica postulano che la modalità alternativa di notifica, ossia a mezzo posta, non



possa essere decontestualizzata e sganciata dal richiamato articolo, per cui debba essere comunque eseguita dai soggetti ivi indicati. Senonché, l'Equitalia spa procede direttamente alla notifica delle cartelle esattoriali a mezzo posta. Non potrebbe farlo, perché non è ufficiale di riscossione, ma una società privata, incaricata della riscossione. Non è neanche un soggetto abilitato dal concessionario nelle forme previste di legge. Non ha, poi, neanche, concluso una convenzione con il Comune, con i messi comunali o con gli agenti di polizia municipale. Ne consegue che la notifica della cartella esattoriale eseguita a mezzo posta direttamente dall'Equitalia è inesistente, perché compiuta da un soggetto non legittimato a norma dell'art. 26 d.p.r. n. 602/73. Ed è proprio questo il motivo di opposizione più "gettonato" attualmente nelle aule delle commissioni tributarie, dei tribunali e dei giudici di pace. Tale tesi dell'inesistenza della cartella esattoriale testè menzionata è stata smentita dalla Suprema Corte di cassazione, la quale ha vanificato le aspettative dei contribuenti e degli stessi operatori del diritto. Il Supremo Collegio, infatti, con sentenza n. 11708 del 27.05.11, ha affermato che "La cartella esattoriale può essere notificata ai sensi dell'art. 26 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602, anche direttamente da parte del concessionario mediante raccomandata con avviso di ricevimento".

In altre parole, la Corte di cassazione ha enunciato il principio di diritto, secondo il quale, la notifica della cartella esattoriale, ad opera dell'Equitalia spa, è valida e legittima. L'ultima parte dell'opera è dedicata alla procedura relativa all'espropriazione forzata dei crediti iscritti a ruolo esattoriale, alla luce delle recenti novità legislative e degli orientamenti giurisprudenziali in materia.

Il volume è diviso in sei capitoli e contiene sia un indice sommario, sia un indice analitico, ed è arricchito dalla più recente dottrina e da numerose sentenze, sia delle commissioni tributarie provinciali e regionali, sia della Suprema Corte di cassazione, anche a sezioni unite.

Lo stesso costituisce una agile ed utile guida non solo per quanti si avvicinano per la prima volta al sistema dell'esecuzione esattoriale, ma anche per gli addetti ai lavori.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

Tribunale penale di Nocera Inferiore. Protocollo per l'organizzazione e la gestione delle udienze penali

Orario di inizio delle udienze

L'udienza penale inizierà alle ore 9,15. Prima dell'inizio dell'udienza i difensori informeranno il giudice circa l'esistenza di cause di rinvio del processo sopravvenute e non previste (di cui, quindi, non sia stato possibile dare avviso mediante tempestivo deposito in cancelleria di istanza di differimento) e provvederanno altresì a valutare con il pubblico ministero eventuali ipotesi di applicazione della pena da sottoporre al giudice.

Udienza di smistamento

Ad eccezione dei giudizi con imputati detenuti (per lo stesso reato per cui si procede) l'udienza di prima comparizione sarà destinata esclusivamente:

- all'accertamento della regolare costituzione del rapporto processuale;
- alla formalizzazione della richiesta di rito abbreviato, alla definizione dei giudizi ex art. 444 c.p.p. ed alla celebrazione dei processi di immediata definizione (interventiva remissione di querela, prescrizione del reato, ecc.);
- alla formulazione delle richieste di prova, all'adozione dei provvedimenti relativi all'ammissione delle prove ed alla programmazione dell'istruttoria dibattimentale.

In questa prima udienza di comparizione non si procederà all'assunzione delle prove (pertanto le parti non provvederanno per tale udienza alla citazione dei propri testi).

Nel caso in cui testimoni, consulenti o periti siano comunque presenti in aula e non versino in particolari situazioni che rendono difficoltosa una loro nuova comparizione, l'esame avrà luogo solo se vi è il consenso delle parti.

Ordine di trattazione

L'udienza si svolgerà secondo il seguente ordine di trattazione:

- rinvio dei processi dei quali non è possibile la trattazione (per difetti di notifica, legittimo impedimento a comparire dell'imputato o del difensore, ecc.);
- celebrazione dei processi di immediata definizione (interventiva remissione di querela, prescrizione del reato, patteggiamento e simili), procedi-

menti in camera di consiglio e processi per i quali è prevista la sola discussione, allorché quest'ultima si concreti in una più che concisa formulazione delle conclusioni);

- smistamento dei giudizi di prima comparizione;
- trattazione dei processi con assunzione di prove, con precedenza ai giudizi con imputati detenuti (anche per reato diverso da quello per cui si procede) ed ai giudizi in cui vi siano soggetti portatori di handicap, anziani, minori, residenti fuori sede o soggetti comunque impossibilitati a trattarsi, sempre che ciò venga tempestivamente segnalato e compatibilmente con la presenza dei difensori interessati. Completata l'attività istruttoria, il giudice valuterà caso per caso eventuali richieste di rinvio del processo per le sole conclusioni, tenendo conto della natura del giudizio, dell'organizzazione e delle esigenze del suo ruolo di udienza;

- celebrazione dei processi per i quali è prevista la sola discussione;

- alle ore 11,00, previa sospensione dell'attività in corso, saranno rinviati i processi per i quali sono assenti i testi.

Nell'ambito del summenzionato schema di trattazione, i processi saranno chiamati in ordine alfabetico.

Orario di conclusione delle udienze

Ad eccezione dei giudizi con imputati detenuti (per lo stesso reato per cui si procede) e di quelli per i quali è prevista la sola discussione, l'udienza si concluderà alle ore 15,30, salvo che tutte le parti prestino consenso a procedere anche oltre tale orario. In ogni caso, il mancato consenso del difensore alla trattazione del processo oltre le ore 15,30 determinerà la sospensione del corso della prescrizione.

Criteri organizzativi dell'udienza penale monocratica

Allo scopo di conferire gestibilità all'udienza penale monocratica e di consentire al personale di cancelleria di espletare le attività pre e post dibattimentali, dal 3 novembre 2014 non verranno fissati né trattati, in ogni singola udienza, più di trenta processi, compresi i giudizi di cd. prima comparizione delle parti ed esclusi i processi per i quali è prevista la sola discussione che, in ogni caso, non verranno fissati in numero superiore a dieci.

Le elencate regole di organizzazione e svolgimento delle udienze penali si applicheranno a decorrere dal 3 novembre 2014.

News dall'Ordine

Nuovi Servizi on line per gli iscritti: accesso alla propria anagrafica con possibilità di modifica dei propri dati

Il Consiglio dell'Ordine ha ampliato i servizi interattivi già disponibili per gli iscritti, rendendo disponibile sul sito istituzionale www.foronocera.it un'AREA RISERVATA tramite la quale è possibile accedere, oltre che alle pagine **FORMAZIONE** e **MEDIAZIONE**, a quella della **ANAGRAFICA** che consente di modificare alcuni dati quali l'indirizzo, le utenze di telefonia fissa e mobile, gli indirizzi mail ordinaria e certificata. È, inoltre, possibile visualizzare la propria posizione contabile e la storia della propria iscrizione presso l'Ordine. Il Consiglio a partire dall'anno prossimo renderà disponibile in questa nuova area anche la sezione documentale, vale a dire tutta la corrispondenza avuta dall'interessato con l'Ordine, con la possibilità di scaricare i documenti archiviati. Sarà quindi possibile accedere anche all'AREA GRATUITO PATROCINIO dalla quale sarà possibile scaricare le delibere di ammissione per i propri clienti.

Le credenziali di accesso all'AREA RISERVATA sono reperibili direttamente dagli interessati attraverso la funzione "Hai smarrito o vuoi generare la password? Clicca qui" presente sotto il pulsante **ACCEDI**. È però necessario aver comunicato preventivamente alla segreteria la propria mail ordinaria alla quale il sistema automaticamente invierà le credenziali

Il Consiglio di disciplina

Si riporta di seguito l'avviso del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Salerno relativo alla elezione del Consiglio di disciplina del Distretto di Corte di Corte di Appello di Salerno.

Elezioni del consiglio distrettuale di disciplina - Quadriennio 2015-2018

Il Presidente Avv. Americo Montera comunica che, all'esito delle operazioni elettorali, svolte presso i Consigli degli Ordini degli Avvocati di Salerno, Nocera Inferiore e Vallo della Lucania, in data 26 settembre 2014, sono risultati eletti Consiglieri del Consiglio Distrettuale di disciplina di Salerno per il quadriennio 2015/2018:

1) per il Consiglio dell'Ordine di Salerno:

Avv. Brunella De Maio

Avv. Gabriele Iuliano

Avv. Rosa Maria Landi

Avv. Francesco Mazzei

Avv. Ruggiero Musio

2) per il Consiglio dell'Ordine di Nocera Inferiore:

Avv. Matteo Baselice

Avv. Rossella Citro

Avv. Gaetano Morena

Avv. Andrea Oliva

Avv. Giuseppina Romano

3) per il Consiglio dell'Ordine di Vallo della Lucania:

Avv. Aloia Lorenzo

Avv. Gianluca D'Aiuto

Avv. Ottavio de Hippolitis

Avv. Mario Pesa

Avv. Francesco Tata

STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totali
CASSAZIONISTI	242	6	0	0	248
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	1534	17	4	3	1558
TOTALE	1776	23	4	3	1806

Donne

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totali
CASSAZIONISTI	42	1	0	0	43
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	807	12	1	0	820
TOTALE	849	12	1	0	863

Uomini

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totali
CASSAZIONISTI	200	5	0	0	205
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	727	5	3	3	738
TOTALE	927	10	3	3	943

	Uomini	Donne	Totali
PRATICANTI SEMPLICI	123	170	293
PRATICANTI ABILITATI	149	240	389
TOTALE	272	410	682

	Uomini	Donne	Totali
ISCRITTI	1215	1273	2488
Studi Associati	26	1	
Società tra Professionisti			