

# OMNIA *i*USTITIAE

ANNO XVII NUMERO 3  
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore

EDITORIALE  
Professione piena di fascino

VOCI DAL PALAZZO  
DI GIUSTIZIA  
Il progetto Just in time 4.0  
per la gestione telematica dell'udienza

HISTORIA  
ET ANTIQUITATES  
Corsi e ricorsi storici: il Cardinale  
De Luca saggiamente insegna che i due  
punti principali del buon governo  
in tempi di peste sono l'ubbidienza  
rigorosa, eguale in tutti e senza  
eccezione o rispetto di persona alcuna

NOTIZIE DAL CONSIGLIO  
DELL'ORDINE  
Lettera del Presidente  
del COA agli iscritti  
sull'attuale stato emergenziale

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

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

**Presidente**

Guido Casalino

**Direttore Editoriale**

Luigi Ciancio

**Direttore Responsabile**

Marianna Federico

**Comitato di Redazione**

Lucia Apuzzo

Marianna Arpaia

Barbara Barbato

Carmela Bonaduce

Antonio Coppola

Maria Coppola

Maria Grazia Coppola

Renata Gaeta

Adriano Giallauria

Gianluca Granato

Eliana Libroia

Emiliana Matrone

Andrea Milo

Angelo Mondelli

Marianna Polito

Francesco Ricciardi

Gaetano Riccio

Giuseppina Romano

Eleonora Stefanelli

Rossella Ugliano

**Hanno collaborato a questo numero**

Carla Gorga

Emanuele Gorga

Raffaele Antonio Nacchia

Antonio Savarese

Alfonso Varlese

**Segretario di Redazione**

Massimo De Martino Adinolfi

**Proposte e suggerimenti ai contatti**

Ordine degli Avvocati

di Nocera Inferiore

Tel./Fax 081.929600 - 081.927432

e.mail:

[omniaiustitiae@foronocera.it](mailto: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:**

Gennaro Villani

*Lavandaie sul fiume Sarno*

Realizzazione Editoriale

**Altrastampa Edizioni**

cell. 338.7133797

[altrastampa@libero.it](mailto:altrastampa@libero.it)

Le immagini a corredo di questo numero sono  
tratte dal web

© 2020 Foto

Altrastampa Edizioni

© 2020 Testi

Ordine degli Avvocati  
di Nocera Inferiore

# S O M M A R I O

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Eleonora Stefanelli</i> Azione giudiziale di accertamento della maternità: la posizione della Cassazione sul difficile bilanciamento tra diritto al c.d. "parto anonimo" e diritto al riconoscimento dello <i>status filiationis</i>	26
<b>VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA</b>		<b>DOTTRINA</b>	
<i>Antonio Savarese</i> Il progetto <i>Just in time 4.0</i> per la gestione telematica dell'udienza	6	<i>Carla Gorga ed Emanuele Gorga</i> Contagio Covid-19: la responsabilità penale del datore di lavoro	30
<b>GIURISPRUDENZA</b>		<i>Eliana Libroia e Gaetano Riccio</i> La frode informatica alla luce degli interventi legislativi e delle pronunce della giurisprudenza più recenti	31
<i>Lucia Apuzzo</i> Annullamento con rinvio in sede cautelare: il giudizio di rinvio segue i tempi dettati dal riesame	10	<i>Andrea Milo</i> L'illegittimità del diniego di autorizzazione paesaggistica in sanatoria ai sensi dell'art. 167 del D.Lgs. 42/2004 privo di specifici riferimenti all'intervento e allo stato dei luoghi circostanti	34
<i>Marianna Arpaia</i> Doppia autentica per la negoziazione assistita delle separazioni e dei divorzi che contempla trasferimenti immobiliari	13	<i>Angelo Mondelli</i> Il principio di legalità nel Diritto Penale, profili storici ed evoluzione dottrinale	35
<i>Carmela Bonaduce</i> L'esimente della particolare tenuità del fatto al vaglio della Corte Costituzionale	14	<i>Alfonso Varlese</i> La sospensione condizionale della pena	37
<i>Renata Gaeta</i> Interessi moratori e disciplina antiusura	17	<b>HISTORIA ET ANTIQUITATES</b>	
<i>Emiliana Matrone</i> Notifica a mezzo PEC: è tempestiva se effettuata tra le ore 21:00 e le ore 23:59 dell'ultimo giorno utile	19	<i>Gianluca Granato</i> Corsi e ricorsi storici: il Cardinale De Luca saggiamente insegna che i due punti principali del buon governo in tempi di peste sono l'ubbidienza rigorosa, eguale in tutti e senza eccezione o rispetto di persona alcuna	
<i>Raffaele Antonio Nacchia</i> Nuova sospensione cautelare dall'esercizio della professione forense e relativa applicabilità: pronuncia del Consiglio Nazionale Forense	21	<b>NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE</b>	
<i>Giuseppina Romano</i> La sospensione dei termini processuali durante l'emergenza epidemiologica - ex art. 83 del D.L. n.18 del 17 marzo 2020 convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020 n. 27 e modificazioni successivamente intervenute - con particolare riferimento ai procedimenti penali	23	<i>Barbara Barbato</i> News dal COA	44
		News dalla Cassa Forense	46
		News dal CNF	47
		Statistiche iscritti	48

## Editoriale

di Luigi Ciancio

### Professione piena di fascino

A mio avviso, ma non solo mio, quella dell'avvocato è una professione piena di fascino laddove il cliente, con la sua vicenda personale, con le sue segrete confessioni, con la sua contorta narrazione, riesce sempre a suscitare l'interesse di chi l'ascolta, non fosse altro perché si arricchisce di una nuova esperienza.

Ed il cliente, inizialmente accolto con distrazione, diviene portatore di interessi professionali nuovi, da esplorare, da recepire, da archiviare nei cassetti delle proprie conoscenze.

E nel mentre il cliente, il cui caso non è mai uguale a quello del precedente o del successivo, abbandona l'iniziale esitazione (non potrebbe essere invece una sorta di pudore a riferire di cose comunque personali?) esponendo il suo problema, l'avvocato è già alla ricerca del miglior consiglio e della più accorta difesa.

Il caso del cliente è divenuto il caso dell'avvocato il quale bandendo le diavolerie è chiamato a ricercare e a trovare gli argomenti più giusti per convincere il Giudice, a rappresentare tutta la sua abilità per convincere chi deve giudicare della bontà della sua tesi.

Si raffigura, a tal punto, la qualità del professionista.

Egli è chiamato a dare al cliente non una prestazione predeterminata, bensì unica perché applicata a quella specifica fattispecie: non ripetibile perché ogni caso è una storia diversa, un'interpretazione diversa, l'applicazione di norme diverse.

La qualità nella professione di avvocato deve significare preparazione, esperienza e aggiornamento continuo. Non disgiunte, anzi ad esse collegate, dal rispetto delle regole di deontologia professionale e di lealtà verso clienti e colleghi.

La distinzione tra l'avvocato ed il mestierante è dato, per l'appunto, oltre che dalla qualità delle prestazioni, anche dal rigoroso rispetto di norme etiche e di condotta. Che con il codice di deontologia forense trovano ampia esplicitazione e realizzazione.

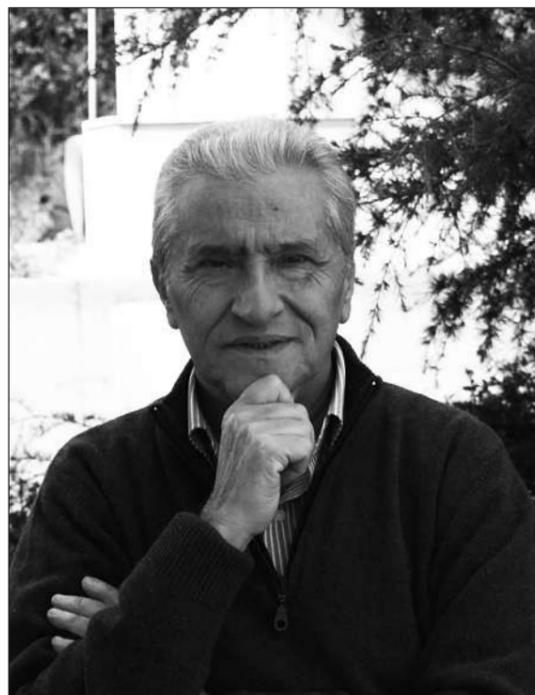
Il fascino della nostra professione non può prescindere dalla responsabilità sociale dell'avvocato chiamato ad esercitare la sua attività anche nel rispetto dei doveri che la sua funzione gli impone verso la collettività, da un sano e sincero rapporto di colleganza, da chiari rapporti con gli ex clienti.

Nella nostra attività, infatti, capita di tutto. Anche che il tuo cliente, quello che hai pazientemente ascoltato, al quale hai dispensato consigli, hai difeso una causa disperata strappando una sentenza favorevole, hai fatto capire che la vittoria della causa è frutto della valentia dell'avvocato, per il quale non poche volte hai anticipato le spese senza averle avute mai più restituite passa ad un altro avvocato senza una pur minima giustificazione, ignorandoti del tutto se ti incontra nella stessa aula giudiziaria in cui ti ha precedentemente accompagnato.

La ingratitudine prende forma, si materializza.

Anche questo deve sopportare un avvocato.

Altrimenti, che fascino avrebbe la nostra professione!



Honoré Daumier,  
*Il cliente scontento*

# Voci dal Palazzo di Giustizia

Antonio Savarese

## Il progetto *Just in time 4.0* per la gestione telematica dell'udienza

Il giorno 27 novembre 2020 si è tenuto presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore un evento formativo, in modalità webinar, nel corso del quale è stato pubblicizzato l'avvio del progetto *Just in time 4.0*, ideato dalla Commissione Lab Giovane Avvocatura istituita presso il COA.

Tale progetto, interamente cofinanziato dall'Ordine e da Cassa Forense, non appena entrerà in vigore a pieno regime, consentirà la informatizzazione di tutte le cause civili del Tribunale, con una migliore gestione delle udienze.

L'evento moderato dall'Avv. Rossella Citro, consigliere del COA e già membro della Commissione Lab Giovane Avvocatura, ha visto la presenza in collegamento virtuale di una platea di oltre trecento avvocati ed un notevole interessamento della stampa locale e di testate nazionali.

Il Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, avv. Guido Casalino, nel suo saluto introduttivo, ha spiegato come "L'idea, innovativa ed una delle prime di tal genere ad essere realizzata in Italia, comporterà una notevole riduzione dei tempi di attesa al di fuori delle aule dei giudici, con enormi benefici per tutti gli avvocati e per le persone che, quotidianamente, sono coinvolte nei processi civili", ringraziando espressamente tutti i soggetti coinvolti nella realizzazione del progetto, dapprima la Commissione "Giovani Lab" che ha materialmente redatto il progetto, il Presidente del Tribunale dott. Antonio Sergio Robustella, che dal suo insediamento ha creduto fortemente nella realizzazione dello stesso, i magistrati del settore civile nonché i delegati distrettuali di Cassa Forense, avv.ti Vincenzo Nocilla e Marisa Annunziata, che hanno supportato il COA durante tutte le fasi del progetto.

Poi ha preso la parola per un breve saluto il Presidente del Tribunale di Nocera Inferiore, dott. Antonio Sergio Robustella, il quale ha evidenziato come il progetto pensato e supportato in epoca ante Covid, sebbene un'iniziale scetticismo, è pionieristico di una buona prassi da estendere a quanti più Tribunali possibili, oltre che al settore penale, esempio di una proficua collaborazione tra la classe forense e la magistratura, in un obiettivo comune, ovvero quello di voler superare ostacoli che delle volte sembrano insormontabili. "Quando sono arrivato a Nocera Inferiore, il progetto era sul tavolo con diverse difficoltà ma ci abbiamo creduto e scommesso insieme, nella con-

vinzione reciproca di avere una giustizia più affidabile e più credibile, di certo nella credibilità rientrano anche i tempi di attesa che spesso sono logoranti e poco giustificabili. Tra l'altro un progetto lungimirante perché trattasi di un ausilio indispensabile per evitare assembramenti proprio in questo periodo di pandemia" ha dichiarato il Presidente del Tribunale di Nocera Inferiore.

Parimenti il dott. Vito Colucci, Presidente della Sezione Civile del Tribunale di Nocera Inferiore, ha manifestato il proprio entusiasmo per il progetto realizzato, ringraziando l'avvocatura nocerina per il costante supporto che dà al miglioramento dell'attività giudiziaria e di cui ne è un esempio proprio il *Just in time 4.0*, prezioso strumento da estendere a tutto il settore civile, alla sezione lavoro, ed anche per disciplinare l'accesso alle cancellerie che spesso crea degli assembramenti".

Il Consigliere referente del progetto, avv. Antonio Savarese, ha poi spiegato come si è giunti alla realizzazione del progetto e alle varie fasi di lavoro partendo dal lavoro della Commissione Lab Giovane Avvocatura istituita dalla precedente consiliatura, guidata dall'avv. Aniello Cosimato. Si è partiti da un questionario sottoposto agli iscritti all'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, da cui è emerso che - tra le varie criticità dinanzi alle quali i professionisti quotidianamente vengono a trovarsi - ritengono maggiormente problematica la modalità di gestione dei ruoli di udienza e, dunque, considerano improrogabile un intervento volto a ridurre i tempi di attesa dinanzi alle aule del tribunale. Altra criticità che emergeva dal questionario riguardava la gestione dello scorrimento del ruolo di udienza, che avviene per chiamata "vocale" tra gli avvocati in attesa dinanzi alle aule di udienza.

I risultati del questionario hanno spinto il Consiglio dell'Ordine ad interrogarsi circa gli strumenti adottabili al fine di evitare il formarsi di lunghe ed inutili file di attesa lungo i corridoi ed in prossimità delle aule di udienza, nonché volti a consentire agli avvocati, ai loro assistiti e a tutti gli utenti di poter spendere il loro tempo di attesa in maniera più efficiente. Da qui nasce la idea di *Just in time 4.0* con l'installazione - nel corridoio prospiciente le aule di udienza del settore civile - di numerosi monitor, dai quali si potrà facilmente evincere l'ordine dei fascicoli trattati da ogni singolo magistrato e riscontrare in tempo reale lo stato di avanzamento dei procedimenti, prevedendo, in tal modo, i potenziali tempi di attesa.

Inoltre, è stata realizzata la App IUdesk, che è già possibile scaricare - tramite Play Store - su tutti gli smartphone; tale applicazione faciliterà la gestio-

ne telematica delle udienze da parte di tutti gli avvocati e dei cittadini, che potranno consultare direttamente dal proprio telefonino lo stato di avanzamento dei giudizi, senza dover permanere dinanzi alle aule di udienza, così dando la possibilità di ottimizzare i tempi di permanenza e, soprattutto, dedicandosi nell'attesa della udienza anche ad altri adempimenti".

Il progetto, realizzato dalla Commissione Lab Giovane Avvocatura (costituita, oltre che dagli avvocati Rossella Citro e Antonio Savarese, anche dagli avvocati Carmela Bonaduce, Anna Califano, Valentina Cretella e Francesca Manchia) veniva proposto alla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense nell'ambito del Bando n.13 per l'assegnazione di contributi per progetti di sviluppo economico dell'avvocatura (art. 14 lett. a7 del Regolamento per l'erogazione dell'assistenza) aggiudicando un contributo appunto per il compimento dello stesso.

Ed ancora, è intervenuto, il dott. Gianluca Di Filippo, magistrato della sezione civile, il quale ha portato la propria esperienza avendo sperimentato l'utilizzo dell'applicazione il quale ha affermato: "È sicuramente un'applicazione proficua, sebbene sperimentata in una fase di emergenza Covid con un numero di cause inferiori, pertanto sarà necessario testare il progetto con un numero ordinario di udienze ossia con almeno 30 cause. Ma ciò nonostante le mie impressioni sull'applicazione sono positive per una serie di ragioni: innanzitutto la consapevolezza di utilizzare uno strumento che consente di rispettare le fasce di orario e di consentire uno svolgimento tranquillo delle udienze seguendone lo scorrimento dallo smartphone evitando l'assembramento dinanzi alle aule di udienza. Trattasi di uno strumento che è stato plasmato anche tenendo presente le esigenze di chi conduce le udienze, dando corpo ad un sistema veloce, non difficile da utilizzare e consentendo al magistrato di operare secondo i normali ritmi della stessa".

Entusiasmo è stato espresso anche dai delegati distrettuali di Cassa Forense, avv.ti Vincenzo Nocilla e Marisa Annunziata, che hanno supportato il COA durante tutte le fasi del progetto, i quali hanno ribadito la innovatività del progetto in linea con gli obiettivi del bando emanato dall'Ente di Assistenza.

Infine è intervenuto il dott. Marco Palladino della ditta Innovarsi che ha curato e realizzato il progetto tecnico IUdesk®.

"Quando circa un anno fa siamo stati contattati dall'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, ed in particolare dalla Commissione Giovani Lab, per parlare di una idea di innovazione del processo di gestione delle udienze presso il Tribunale di

Nocera Inferiore, è stata la prima volta che abbiamo avuto modo di approfondire con loro l'idea progettuale *Just in time 4.0* rimanendone subito affascinati.

Noi, che ci occupiamo da sempre di digitalizzazione delle aziende, siamo abituati ad associare a *Just in time* la modalità di produzione delle aziende manifatturiere, ed abbinarlo al contesto giuridico e parte del Processo Telematico, era per noi una novità.

Più ascoltavamo l'idea e più ci attirava. L'applicazione della digitalizzazione e delle tecnologie di gestione delle code nel contesto della gestione delle udienze ci è sembrato da subito un'idea vincente; un'idea semplice, proficua e con grandi potenzialità, pronta a sostenere la società dei millennials, i cosiddetti nativi digitali, che non conoscono altro che il mondo informatico caratterizzato dall'uso pervasivo delle tecnologie mobili in tutti i contesti. Sicuri e lungimiranti, nasce quindi il progetto tecnico IUdesk® come implementazione della idea progettuale *Just in time 4.0*.

IUdesk® semplifica e riduce la necessità di interazione tra gli Avvocati e gli uffici del Tribunale, ottimizza la modalità di gestione dei ruoli di udienza e riduce i tempi di attesa dinanzi le aule evitando il formarsi di lunghe ed inutili file lungo i corridoi ed in prossimità delle aule di udienza e delle cancellerie.

IUdesk® non è solamente una App per dispositivi mobili ma una complessa piattaforma tecnologica software e hardware con la precisa prerogativa di rappresentare una fase della digitalizzazione del Processo Telematico, un processo che non deve fermarsi mai e riuscire a supportare il crescente carico di utenti ed elaborazioni.

La piattaforma è monitorata costantemente in tempo reale grazie a una console di monitoraggio che consente di osservare lo stato di tutte le risorse (dispositivi) che la compongono ed essere tempestivamente informati se qualche evento sta pregiudicando l'efficacia del servizio offerto.

PS ID	PLIP	LAN IP	VW IP	URL IMPROVATO
b0001	192.168.50.201	10.11.0.11		https://attend.iudesk.it
b0002	192.168.50.202	10.11.0.12		https://attend.iudesk.it
b0003	192.168.50.203	10.11.0.13		https://attend.iudesk.it
b0004	192.168.50.204	10.11.0.14		https://attend.iudesk.it
b0005	192.168.50.205	10.11.0.15		https://attend.iudesk.it
b0006	192.168.50.206	10.11.0.16		https://attend.iudesk.it
b0007	192.168.50.207	10.11.0.17		https://attend.iudesk.it
b0008	192.168.50.208	10.11.0.18		https://attend.iudesk.it
b0009	192.168.50.209	10.11.0.19		https://attend.iudesk.it

Console di monitoraggio dei nodi

La piattaforma è costituita dai seguenti componenti:

IUdeskHub: piattaforma WEB in CLOUD in cui

risiedono tutti i dati in gestione e le applicazioni software sviluppate.

IUAssistant: sono i tablet assegnati ai magistrati con installata l'applicazione a loro dedicata.

IUDesk: l'App pubblica ad uso degli avvocati o di terzi.

IUControlPoint: dispositivo (controller) necessario alla visualizzazione delle informazioni sui monitor/display ove presenti.

IUDesk: è l'App pubblica gratuita ad uso degli avvocati o dei terzi attualmente pubblicata su tutti gli App Store (GooglePlay, AppStore, AppGallery).



I dispositivi

La soluzione può prevedere l'installazione di monitor informativi dedicati al singolo magistrato o monitor generici collocati nei pressi delle aule di udienza e delle cancellerie i quali segnalano lo stato di avanzamento delle udienze in calendario suddivisi per giudice di riferimento; le stesse informazioni sono consultabili in tempo reale grazie alla App pubblica IUDesk consentendo ai professionisti di poter meglio modulare gli adempimenti presso gli uffici giudiziari e di gestire efficientemente il proprio tempo di permanenza in tribunale, ottimizzando risorse e mezzi.

Questa soluzione presenta vantaggi per tutti gli stakeholders:

- Magistrati: usano una soluzione digitale dedicata per poter gestire il completamento dell'udienza e chiamare l'altra in calendario riducendo al minimo la confusione.

- Avvocati/parti/periti: sulla base dell'ordine delle udienze e sulla stima del proprio turno, possono organizzare al meglio il proprio tempo ottimizzando le attività che ci sono da fare; un sistema di notifica push informerà man mano che la propria udienza si avvicina alla trattazione.

- Tribunale: riduzione complessiva della confusione che di solito si crea davanti le aule di udienze.

#### IUDesk App: uno sguardo dentro

Con IUDesk App, per tutte le cause già iscritte a

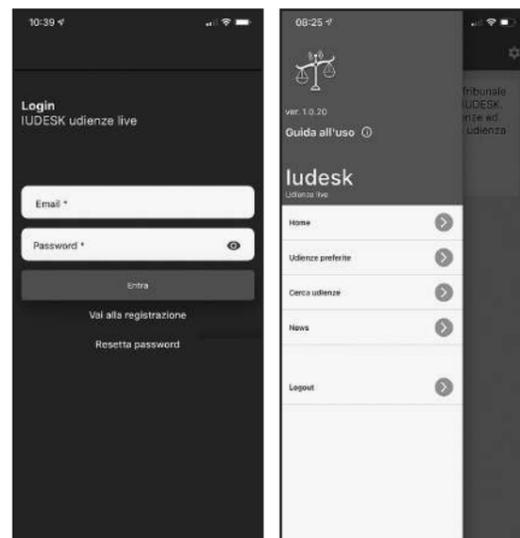
ruolo ed inserite in un calendario online, è possibile:

- Richiedere notifiche sullo stato di avanzamento della esecuzione di una udienza identificata da un determinato N.R.G.

- Visualizzare in diretta il calendario totale delle udienze in cui è riportato lo stato della trattazione per ogni N.R.G.

- Leggere istantaneamente le news pubblicate dalle Cancellerie del Tribunale.

Al primo avvio dell'applicazione appare la finestra di login all'interno della quale occorre registrare un nuovo account oppure inserire le credenziali d'accesso già conosciute.



Prima di poter usare l'App è necessario verificare l'email indicata durante la fase di registrazione. Per questo è sufficiente aprire l'email ricevuta non appena si è completata la fase di registrazione e fare click sul link di verifica.

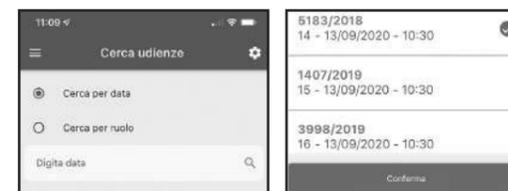
Dopo il login l'utente accede al menu principale costituito dalle seguenti voci:

- >Home
- >Udienze preferite
- >Cerca udienze
- >News
- >Settings

È sempre possibile accedere alla guida all'uso che fornisce una descrizione delle funzionalità dell'App.

Attraverso il menu "cerca udienze" è possibile ricercare le udienze per data o per N.R.G. tra quelle già inserite in un calendario online e non ancora trattate.

Selezionata l'udienza è possibile impostare le modalità di notifica.



> Notifica cambio posizione: attivando questa funzione, l'utente verrà informato quando l'ordine della coda di trattazione dell'udienza subisce una variazione. Questa attivazione prevede anche le seguenti due scelte ulteriori;

> Notifica quando l'udienza è in posizione n.?: il numero che viene specificato in questa scelta indica posizione in coda a partire dalla quale il sistema inizia ad inviare notifiche informative;

> Notifica news relative a questa udienza: le news inserite dal Cancelliere che hanno un impatto sull'udienza selezionata vengono notificate all'utente.



Nel menu "Udienze preferite" vengono riportate le udienze di interesse.

Facendo click sull'udienza selezionata, se non è stata ancora completata, l'utente può decidere di modificare le opzioni di notifica, oppure entrare nella sezione per seguire online la trattazione delle udienze a calendario.



Dalla lista si può tenere sotto controllo l'udienza che è in trattazione, la prossima udienza che è nello stato "prepararsi" mentre l'udienza che si vuol monitorare è identificato da un bordo di colore grigio.



# Giurisprudenza

Lucia Apuzzo

## Annullamento con rinvio in sede cautelare: il giudizio di rinvio segue i tempi dettati dal riesame

Cass. SS. UU., sentenza n. 27104, 29 settembre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 27104, Presidente Fumu, Relatore Zaza.

Con ordinanza n. 4125 del 30 gennaio 2020 (ud. 16 gennaio 2020), la Sezione VI della Corte di Cassazione (Presidente Villoni, Relatore Bassi) chiamata a decidere su un ricorso avverso un'ordinanza applicativa di misura cautelare personale emessa a seguito di annullamento con rinvio da parte del Tribunale del riesame di Taranto, rimetteva la seguente questione alle Sezioni Unite: "se, in tema di misure cautelari personali, nel caso di giudizio di rinvio a seguito di annullamento di ordinanza che abbia disposto o confermato la misura coercitiva ex art. 309, comma 9, c.p.p., il termine di 'dieci giorni dalla ricezione degli atti' previsto dall'art. 311, comma 5 bis, stesso codice entro il quale il giudice del rinvio ha l'obbligo di decidere a pena di inefficacia della misura, decorre dalla data in cui il fascicolo relativo al ricorso per cassazione, comprendente la sentenza rescindente e gli atti allegati, perviene alla cancelleria generale del tribunale competente o alla cancelleria della sezione del tribunale competente per il riesame ovvero dalla data in cui il tribunale riceve 'nuovamente' gli atti dall'autorità procedente richiesti ai sensi dell'art. 309, comma 5, c.p.p.". Con la sentenza n. 27104, depositata il 29 settembre 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: "nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento di ordinanza che abbia disposto o confermato la misura cautelare personale, il procedimento di riesame si svolge seguendo le stesse scadenze temporali e con le stesse sanzioni processuali previste dall'art. 309, commi 5 e 10, c.p.p., con inizio di decorrenza dei relativi termini dal momento in cui gli atti trasmessi dalla Corte di Cassazione pervengono alla cancelleria del tribunale". La questione verteva sull'interpretazione dell'espressione "dalla ricezione degli atti" contenuta nel comma 5 bis dell'art. 311 c.p.p. e, quindi, sull'esatta individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di dieci giorni entro il quale il Tribunale deve assumere la decisione, a pena di inefficacia della misura cautelare, in caso di annullamento con rinvio di un'ordinanza che abbia disposto o confermato la misura coercitiva ai sensi dell'art. 309, comma 9, c.p.p. In particolare, si legge nell'ordinanza, l'e-

spressione "dalla ricezione degli atti" pone una duplice interpretazione alternativa: a) se il termine perentorio di dieci giorni decorra dalla data in cui gli atti sono pervenuti presso la cancelleria centrale del tribunale ovvero presso la cancelleria della sezione specializzata per il riesame; b) se il medesimo termine decorra dalla ricezione della sentenza di annullamento della Cassazione con l'allegato fascicolo ovvero dalla ricezione degli atti nuovamente richiesti al pubblico ministero da parte del Presidente del Tribunale. I giudici rimettenti rilevano, in primo luogo, l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla individuazione della data da cui decorre il termine di dieci giorni per la decisione sulla richiesta di riesame in sede di rinvio. Secondo un primo orientamento il termine decorrerebbe dalla data in cui perviene al tribunale il fascicolo inviato dalla Corte di Cassazione; secondo altro indirizzo, la decorrenza del termine opererebbe dalla data in cui il tribunale riceve gli atti trasmessi dall'autorità procedente a seguito della nuova richiesta formulata ex art. 309 comma 5 c.p.p. Per quanto riguarda, poi, l'identificazione dell'ufficio giudiziario la cui ricezione degli atti determina la decorrenza del termine, la giurisprudenza di legittimità, anche in tal caso, fa riferimento sia alla cancelleria centrale del tribunale che a quella specializzata per il riesame. Nel caso di specie, si ritenevano rilevanti le questioni attese che il fascicolo dalla Corte di Cassazione risultava pervenuto alla cancelleria centrale del Tribunale di Taranto in data 06 giugno 2019 ed a quella della sezione riesame non oltre il 07 giugno, mentre gli atti richiesti in quest'ultima data alla Procura della Repubblica venivano trasmessi il 10 giugno ed essendo, perciò, la decisione di rinvio, intervenuta il 20 giugno, essa risultava tempestiva solo rispetto alla seconda di dette date. La Corte investita del ricorso, analizza in primo luogo il quesito attinente alla individuazione degli atti dalla cui ricezione decorre il termine per la pronuncia della decisione sulla richiesta di riesame nel caso in cui questa sia assunta a seguito di rinvio dalla Cassazione. Sul tema si registra un contrasto posto in essere recentemente (Sez. 1, n. 23707 del 29.01.2018, Battaglia), anche se, in realtà, esso rappresenta un indirizzo implicitamente presupposto (Sez. 1, n. 42473 del 17.03.2016). Secondo tale indirizzo ermeneutico, il termine per la decisione sulla richiesta di riesame decorre dal momento in cui perviene al tribunale il fascicolo da parte della Corte di Cassazione. Fondamento di questa conclusione è la mancanza, nella norma di cui all'art. 311 comma 5 bis c.p.p., di un espresso riferimento al passaggio che determinerebbe una diversa e successiva decorrenza del termine; in particolare, una

nuova richiesta di trasmissione degli atti all'autorità procedente, da parte del tribunale, corrispondente a quella prevista dall'art. 309 comma 5 c.p.p. per il giudizio ordinario del procedimento di riesame. Detto dato negativo escluderebbe il passaggio di cui si è detto nella fase del rinvio, per due ordini di ragioni. In primo luogo, questa lettura è in linea con quanto previsto dall'art. 623 lett. a) c.p.p., secondo cui l'annullamento dell'ordinanza impugnata comporta la trasmissione degli atti al giudice che l'ha pronunciata; ciò renderebbe non necessaria una nuova richiesta di trasmissione degli atti, superata dalla già disponibilità degli stessi presenti nel fascicolo inviato dalla Cassazione. Sotto altro profilo, detta interpretazione sarebbe conforme a quanto affermato dalle Sezioni Unite (n. 47970 del 20.07.2017, Rezmues) con riguardo alla rigorosa previsione, contenuta nell'art. 311 comma 5 bis c.p.p., del termine di trenta giorni per il deposito del provvedimento adottato, da intendersi non prorogabile fino al quarantacinquesimo giorno, come previsto dall'art. 309 comma 10 c.p.p. per il provvedimento di primo grado. La prima norma, cioè, è autonoma e diversa rispetto alla seconda, sicché la mancanza di un richiamo espresso alla richiesta di trasmissione degli atti all'autorità procedente, presente invece nell'art. 309 c.p.p., deve essere intesa come "espressiva della volontà del legislatore di escludere il momento interlocutorio della richiesta degli atti dalla procedura del giudizio di rinvio". La sentenza Battaglia si poneva in contrasto con l'indirizzo giurisprudenziale che, fino a quel momento, era orientato nel senso di ritenere necessaria la nuova trasmissione degli atti richiesti dal tribunale all'autorità giudiziaria procedente per la decorrenza del termine previsto per la decisione della fase di rinvio del giudizio di riesame. Detta decisione, infatti, richiede l'analisi di tutti gli atti su cui si fonda la richiesta di applicazione della misura e, dunque, anche quelli sopravvenuti. In tale ottica, l'espressione "ricezione degli atti" contenuta nel testo dell'art. 311 comma 5 bis c.p.p., indica la decorrenza del termine riferita agli atti ulteriormente richiesti ex art. 309 comma 5 e non già a quelli restituiti dalla Cassazione con la sentenza rescindente (Sez. 2, n. 15695 del 08.01.2016, Lombardo e ribadita in, *ex multis*, Sez. 2, n. 32086 del 15.06.2017, Arena; Sez. 5 n. 21710 del 28.02.2018, Marciano). Altre decisioni di segno opposto, rimarcano la natura incidentale del procedimento di riesame e la indisponibilità del fascicolo processuale in capo al tribunale, situazione che non può essere sopperita con la restituzione degli atti trasmessi a suo tempo dalla Corte di Cassazione per il ricorso avverso la prima decisione sul riesame, posto che l'art. 100

disp. att. c.p.p. dispone l'invio alla Corte, con il ricorso, degli atti occorrenti per la decisione, non necessariamente tutti nella disponibilità del tribunale e valutati per la decisione poi annullata. La procedura di riesame in fase di rinvio prevista dall'art. 311 comma 5 bis c.p.p., inoltre, è modellata secondo una sequenza parallela a quella prevista dall'art. 309 comma 5 per il giudizio ordinario, da ritenersi integralmente richiamata (Sez. 2, n. 15622 del 18.12.2018, Clarà). Nella sentenza Montante (Sez. 2 n. 31281 del 26.06.2019), ancora, si evidenziava che l'art. 311 comma 5 bis c.p.p., introdotto dall'art. 13 legge 16 aprile 2015 n. 47, interveniva solo nella fase conclusiva del giudizio di rinvio, non toccando le precedenti scansioni procedurali, con la ovvia conseguenza che la disciplina dell'art. 309 comma 5, in tema di trasmissione degli atti all'autorità procedente, si applica anche al giudizio di rinvio. Dopo aver analizzato i diversi filoni interpretativi, la Corte chiarisce che, in effetti, la questione attiene allo stabilire se una volta ricevuto il fascicolo con la sentenza rescindente da parte della Cassazione, il tribunale sia chiamato ad avvertire l'autorità procedente per l'invio degli atti, avviso evidentemente ulteriore rispetto a quello già formulato nel primo grado cautelare, e, pertanto, stabilire, poi, se la decorrenza del termine discenda solo dalla ricezione degli atti trasmessi con detto avviso. Dalla lettura dell'art. 311 comma 5 bis c.p.p., non emerge alcun richiamo ad una nuova richiesta di atti all'autorità procedente. Si pone, dunque, il problema di stabilire se per "ricezione degli atti" debba intendersi la trasmissione degli stessi da parte della Corte di Cassazione ovvero quella operata dall'autorità procedente a seguito di nuovo avviso, con ciò applicandosi la disciplina ex art. 309 comma 5 c.p.p. Nell'ordinanza di rimessione, i giudici pongono l'accento sulla continuità esistente tra l'art. 311 comma 5 bis c.p.p. e l'art. 623 c.p.p., concludendo che gli atti, la cui trasmissione è indicata nel comma 5 bis della norma, coincidano con quelli inviati dalla Corte di Cassazione ex art. 623 c.p.p. Invero, scrive la Corte, la norma di cui all'art. 623 c.p.p. è generalmente riferita agli effetti dell'annullamento in Cassazione delle ordinanze, mentre l'art. 311 c.p.p. riguarda il giudizio di rinvio, a seguito di annullamento, nella procedura di riesame dei provvedimenti cautelari, che potrebbe richiamare anche la disciplina ex art. 309 c.p.p. A tal proposito, l'art. 311 comma 5 bis c.p.p., rileva la Corte, è stato introdotto solo nel 2015. Fino a quel momento, tale fase non poteva che ritenersi regolata dall'art. 309 c.p.p. Affinché, dunque, possa ritenersi in tutto o in parte inoperante la disciplina di cui all'art. 309 c.p.p., per effetto della novella del 2015, quest'ultima avrebbe

be dovuto introdurre una disciplina generale che operasse per la fase del rinvio. L'art. 311 comma 5 *bis* c.p.p., invece, si limita ad indicare solo precisi termini per la decisione ed il deposito del provvedimento, nonché le conseguenze della violazione di detti termini sull'efficacia della misura cautelare. La stessa giurisprudenza di legittimità (Sez. 2, n. 15695 del 08.01.2016, Lombardo) ne evidenzia il carattere meramente sanzionatorio, intervenendo semplicemente nella fase della decisione. Secondo la Corte, dunque, con riguardo a tutti i passaggi procedurali, deve ritenersi operante, tuttora, la disciplina di cui all'art. 309 c.p.p. Ciò risulta conforme con la natura del procedimento incidentale cautelare, che è allo stato degli atti ed impone al giudice, anche nel caso di sentenza rescindente, di valutare anche circostanze sopravvenute, incidenti sul quadro cautelare. I criteri valutativi, nel giudizio di rinvio cautelare, sono gli stessi del giudizio ordinario e presuppongono, pertanto, un esame completo del materiale probatorio su cui il giudizio si svolge. Pertanto, ad avviso della Corte, anche sul piano procedurale, conformemente alla logica giuridica, il giudizio di rinvio non può che svolgersi allo stesso modo del giudizio ordinario *ex art.* 309 c.p.p., come già emergente prima della novella del 2015 e non modificato da quest'ultima, se non per quanto attiene alla decisione ed al deposito della motivazione. Da ciò ne discende, quindi, che, anche nel giudizio di rinvio, il Tribunale è chiamato a dare avviso all'autorità procedente affinché questa trasmetta gli atti posti a fondamento della richiesta, nonché quelli eventualmente sopravvenuti, la cui ricezione segna, come previsto dall'art. 309 comma 10 c.p.p., la decorrenza del termine per la decisione. È, dunque, a questa ricezione e non a quella degli atti trasmessi dalla Corte di Cassazione che il comma 5 *bis* dell'art. 311 c.p.p. fa riferimento. La decorrenza di un termine per assumere la decisione presuppone che vi siano atti su cui decidere e che permettano di valutare l'intero materiale probatorio, necessario anche nel giudizio di rinvio. Così, gli atti restituiti dalla Corte di Cassazione, certamente, nel giudizio di rinvio, non risultano essere sufficienti a tale scopo. Il riferimento esclusivo a tali atti, ai fini della decisione e quindi della relativa decorrenza del termine per tale pronuncia, inoltre, escluderebbe la possibilità per l'autorità procedente di mettere a disposizione del Tribunale gli elementi sopravvenuti nel corso della celebrazione del giudizio di Cassazione. Le esigenze di celerità del procedimento cautelare, valorizzate nella sentenza Battaglia, inoltre, non risultano comprese, dovendosi conciliare con quella della completezza degli elementi valutabili per il giudizio, anch'essa

rilevante in materia cautelare ed assicurata dall'aggiornamento della disponibilità degli atti, per effetto della trasmissione degli stessi da parte dell'autorità procedente, al momento in cui il giudizio viene pronunciato. In conclusione, la Corte ritiene che il quesito relativo all'individuazione degli atti la cui ricezione determina la decorrenza dei termini per la decisione del riesame in sede di rinvio e per il deposito della relativa ordinanza, deve essere risolto nel senso della decorrenza di detti termini al momento in cui pervengono al tribunale gli atti nuovamente richiesti all'autorità giudiziaria che procede. Alla luce del precedente quesito esaminato, l'altro quesito concernente l'individuazione della cancelleria la cui ricezione degli atti determina l'inizio della decorrenza dei termini di cui sopra, assume una prospettiva diversa rispetto a quella inquadrata nell'ordinanza di rimessione. Il quesito perde, infatti, rilevanza se riferito alla ricezione degli atti trasmessi dalla Corte di Cassazione a seguito di annullamento della prima ordinanza, poiché tale ricezione, per quanto detto, non determina la decorrenza dei termini per la decisione in sede di rinvio. Per altro verso, il punto in discussione incide sull'intera sequenza dei passaggi procedurali nei quali la ricezione di determinati atti presso il tribunale competente per il riesame dà luogo alla previsione di termini tassativi per i passaggi successivi. Detta sequenza ha inizio proprio con la trasmissione degli atti da parte della Corte di Cassazione, assumendo atto introduttivo della procedura di rinvio, corrispondente a quella svolta per la procedura ordinaria dalla presentazione della richiesta di riesame. Proprio riguardo al giudizio ordinario, sono sorti dubbi interpretativi relativi alla individuazione della cancelleria presso la quale la presentazione di detto atto introduttivo avvia la procedura con i relativi effetti. Secondo un primo orientamento, tale decorrenza inizia dalla ricezione della richiesta di riesame da parte della cancelleria centrale del Tribunale (Sez. 4, n. 2909 del 20.12.2005, Pristeri). Altro indirizzo ermeneutico colloca l'inizio della procedura al momento in cui la cancelleria del riesame riceve la richiesta (Sez. 3, n. 4417 del 17.12.2009, Jahaj). Orbene, la ricezione degli atti introduttivi della procedura di riesame, ossia la richiesta di riesame per la procedura ordinaria e gli atti inviati dalla Corte di Cassazione per quella di rinvio, ha come effetto immediato la decorrenza dei termini di cinque giorni *ex art.* 309 comma 5 c.p.p., la cui inosservanza comporta la perdita di efficacia della misura, secondo quanto prevede il successivo comma 10. Il procedimento di impugnazione in materia cautelare, per la sua incidenza sul valore della libertà personale, pertanto, anche sulla

scorta della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, richiede una celerità di trattazione che esclude la presenza di intervalli temporali non controllabili e non strettamente funzionali alle esigenze giudiziarie, e tra questi rientra certamente il passaggio dalla cancelleria centrale dell'ufficio giudiziario a quella specificamente competente in materia. I passaggi burocratici interni agli uffici giudiziari dalla cancelleria centrale alla cancelleria della sezione del riesame, cioè, secondo la Corte, non possono prolungare i tempi della procedura e, pertanto, la ricezione del fascicolo, trasmesso dalla Cassazione, da parte della cancelleria centrale del tribunale dà inizio al giudizio di rinvio determinando la decorrenza del termine di 5 giorni entro il quale l'autorità procedente, all'uopo avvisata, deve trasmettere, a pena di decadenza della misura, gli atti richiesti.

Marianna Arpaia

### Doppia autentica per la negoziazione assistita delle separazioni e dei divorzi che contempla trasferimenti immobiliari

Corte di Cassazione, Seconda Sezione Civile, sentenza n.1202/2020.

Due coniugi, avendo deciso di separarsi consensualmente, facendo ricorso alla procedura di negoziazione assistita *ex d.l.* n. 132 del 2014, conv. dalla legge n. 162 del 2014, concludevano l'accordo di separazione personale che, oltre a regolamentare le condizioni della separazione, l'affidamento condiviso del figlio minore e la misura dell'assegno dovuto dal marito per il mantenimento del figlio, prevedeva il trasferimento di diritti reali immobiliari in capo alla moglie. Più segnatamente, i coniugi concordavano, dietro il pagamento di un corrispettivo, il trasferimento della quota di metà dell'immobile adibito a casa coniugale in favore della moglie, che si obbligava di curare la trascrizione del verbale presso l'agenzia del territorio-servizio di pubblicità immobiliare. Detto accordo, conformemente a quanto previsto dall'art. 5 del d.l. n. 132 del 2014, conv. dalla legge n. 162 del 2014, veniva sottoscritto dagli avvocati e dai coniugi, e le sottoscrizioni di questi ultimi venivano autenticate dai medesimi difensori. Di poi, ai fini della trascrizione *ex artt.* 2643 e 2657 c.c. del trasferimento immobiliare ivi contemplato, il notaio apponeva in calce la propria autentica con una forma identica a quella in uso per l'autentica formale, di cui all'art. 72 legge notarile (n. 89/1913), ovvero tramite lettura alle parti della

scrittura dell'orario di sottoscrizione, ma senza il numero di repertorio ed il numero di raccolta. Successivamente, il conservatore dei registri immobiliari rifiutava di trascrivere il verbale di accordo dei coniugi, perché titolo non idoneo alla trascrizione e, contestualmente, ne dava notizia al consiglio notarile di appartenenza del professionista, che avviava un procedimento disciplinare. In particolare, al pubblico ufficiale veniva contestato di aver effettuato un'autentica del verbale dell'accordo di separazione senza rispettare le modalità della legge notarile, senza procedere all'iscrizione a repertorio, alla conservazione dell'atto a raccolta e senza eseguire la trascrizione, essendo stato siffatto incombente espressamente posto a carico della moglie. Detta condotta integrava una palese violazione degli artt. 62 e 72 e art. 138, lett. c) e dell'art. 147, lett. a), della medesima legge notarile.

Avverso il provvedimento sanzionatorio della commissione regionale di disciplina, il notaio proponeva reclamo innanzi alla Corte d'Appello competente che, non condividendo le sue argomentazioni circa l'autentica cosiddetta "minore" del verbale di accordo, lo rigettava, rilevando che l'autentica da parte del professionista era avvenuta in maniera difforme da quella prevista dall'art. 2703 c.c., dall'art. 72 legge notarile, - che impone al notaio il controllo di legalità, essendogli vietato di ricevere e autenticare atti espressamente proibiti dalla legge, manifestamente contrari al buon costume e all'ordine pubblico *ex art.* 28 legge notarile -, nonché dall'art. 2657 c.c. ai fini della trascrizione. A parere della Corte d'Appello, avendo con la descritta condotta compromesso il decoro ed il prestigio della classe notarile, andavano confermati a carico del notaio gli illeciti disciplinari contestati.

La questione giungeva all'attenzione della Suprema Corte di Cassazione, innanzi alla quale il notaio presentava ricorso adducendo ragioni legate in buona sostanza agli adempimenti notarili ed alla disciplina professionale. In particolare, la linea difensiva che il professionista ha portato avanti è stata quella di aver effettuato un'autentica c.d. "minore" (per cui non è necessario il controllo di legalità dell'atto, essendo sufficiente una semplice attestazione di verità delle firme apposte sul documento) non di un atto notarile ma del verbale di accordo contenente un trasferimento immobiliare, sottoscritto dai coniugi nell'ambito della negoziazione assistita per la loro separazione consensuale, e che, a norma dell'art. 5, comma 2 della legge n. 162/2014, gli avvocati tenuti a certificare l'autografia delle firme, avevano il correlato obbligo del controllo della conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico

anche nelle ipotesi sancite al successivo comma 3, dell'art. 5. A sostegno della sua tesi, il ricorrente precisava che non ricorressero i presupposti per poter fare applicazione delle prescrizioni della legge notarile, atteso che all'interno della procedura di negoziazione assistita è previsto l'intervento del pubblico ministero, chiamato ad approvare l'accordo raggiunto, che assurge a provvedimento dell'autorità giudiziaria.

La Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 1202/2020 ha respinto le doglianze rappresentate dal professionista, offrendo un significativo spunto di riflessione sui poteri di autentica delle sottoscrizioni dell'accordo di separazione consensuale in sede di negoziazione assistita, con particolare attenzione al caso in cui esso contenga negozi soggetti a trascrizione immobiliare.

Della sentenza in commento meritano attenzione due passaggi motivazionali. Il primo: "(...) il combinato disposto del d.l. n. 132/2014, art. 5, comma 3, e dell'art. 6, impone, per procedersi alla trascrizione dell'atto di trasferimento immobiliare (eventualmente) contenuto nell'accordo di separazione o divorzio, l'ulteriore autenticazione delle sottoscrizioni del processo verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, non potendosi riconoscere analogo potere certificativo agli avvocati che assistono le parti". Il secondo "(...) nel caso di trasferimento immobiliare, ai fini della pubblicità immobiliare e della certezza nella circolazione giuridica dei beni, il legislatore ha ritenuto insufficiente sia il potere di certificazione ed autenticazione delle firme, sia il controllo di legalità da parte degli avvocati che procedono alla negoziazione assistita, e ha ribadito espressamente che, quando nell'accordo è compreso un contratto o un atto soggetto a trascrizione, è necessaria l'autenticazione del processo verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato". Tanto si rende necessario anche ai sensi dell'art. 2657, comma 1, c.c., secondo cui "la trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente". Il citato art. 2657 c.c. è correlato ad altre disposizioni del codice civile, quali quelle che attribuiscono la competenza al ricevimento degli atti pubblici, o all'autenticazione delle scritture private, al notaio o ad altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato (artt. 2699 e 2703 c.c.), e quella che impone al conservatore l'obbligo di rifiutare la trascrizione se il titolo non ha i requisiti prescritti dalla legge (art. 2674 c.c.). Tali norme sono, a loro volta, strettamente connesse con le disposizioni della legge notarile e compongono un quadro normativo articolato da cui

emergono i tratti caratterizzanti del sistema di pubblicità immobiliare.

Il Supremo Collegio, dunque, sulla scorta di queste argomentazioni, ritenendo sussistere l'illecito disciplinare contestato al notaio per non aver ottemperato all'obbligo di procedere all'autentica del processo verbale dell'accordo dei coniugi nelle forme previste dall'art. 2703 c.c., con il conseguente obbligo di iscrizione dell'atto a repertorio, alla sua conservazione a raccolta secondo i dettami della legge notarile, nonché quello di provvedere alla celere trascrizione immobiliare ai sensi degli artt. 2643 e 2671 c.c., giunge, ad enunciare il seguente principio di diritto: "ogni qualvolta l'accordo stabilito tra i coniugi, al fine di giungere ad una soluzione consensuale di separazione personale, ricomprenda anche il trasferimento di uno o più diritti di proprietà su beni immobili, la disciplina di cui al d.l. n. 132/2014, art. 6, convertito in legge n. 162/2014, deve necessariamente integrarsi con quella di cui al medesimo d.l. n. 132/2014, art. 5, comma 3, con la conseguenza che per procedere alla trascrizione dell'accordo di separazione contenente anche un atto negoziale comportante un trasferimento immobiliare, è necessaria l'autenticazione del verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, ai sensi dell'art. 5, comma 3".

Carmela Bonaduce

### L'esimente della particolare tenuità del fatto al vaglio della Corte Costituzionale

Il d.lgs. n. 28/2015, recante "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto", ha introdotto - nel codice penale ed in quello di procedura penale - disposizioni volte ad inserire nell'ordinamento la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. La norma sostanziale di riferimento è l'art. 131 bis c.p., che individua i presupposti e le condizioni applicative di tale istituto, disponendo che "Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133, comma 1, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale".

Come si legge nel comunicato rilasciato dal Governo all'esito del Consiglio dei Ministri nel corso del quale è stato approvato in via definitiva lo schema del citato decreto legislativo, l'esimen-

te della particolare tenuità del fatto si ispira al principio secondo il quale "quando l'offesa sia tenue e segua ad un comportamento non abituale (...) lo Stato rinuncerà ad applicare una pena per attuare una tutela risarcitoria e/o restitutoria tipicamente civile". È evidente come l'obiettivo primario della riforma *de qua* sia quello di operare una deflazione del carico giudiziario, lasciandosi guidare da quelli che sono i principi fondamentali del diritto penale: offensività, sussidiarietà e proporzionalità. Ciò che il legislatore ha inteso fare è escludere la punibilità in ordine a fattispecie che, pur configurando astrattamente ipotesi delittuose, in concreto si rivelino dotate di un grado di offensività minimo. In dottrina, è stato osservato che si tratta di "una causa di non punibilità che lascia presupporre la commissione di un reato, ma che è legata a valutazioni di opportunità". Infatti, perché possa trovare applicazione l'art. 131 bis c.p., è necessario verificare, in sede processuale, la sussistenza di un fatto penalmente rilevante, il cui disvalore, però, è ritenuto - alla luce delle circostanze emerse in dibattimento - minimo. Come detto, tra i criteri previsti dal legislatore perché possa applicarsi la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131 bis c.p., vi è l'entità della pena edittale massima indicata dalla norma incriminatrice contestata all'imputato, prevedendo il comma 1 della norma in esame che la pena detentiva non debba essere superiore nel massimo a cinque anni.

Tale indicazione è stata recentemente portata all'attenzione della Corte Costituzionale dal Tribunale di Taranto che, con ordinanza del 12 luglio 2019, ha sollevato questioni di legittimità dell'art. 131 bis c.p. rispetto agli artt. 3 e 27 della Costituzione. Il giudice rimettente ha riferito di essere stato investito del processo penale nei confronti di un imputato tratto a giudizio per il reato previsto e punito all'art. 648, comma 2, c.p., ossia ricettazione attenuata da particolare tenuità per avere, al fine di procurarsi un ingiusto profitto, acquistato o comunque ricevuto alcune confezioni di rasoi e lamette da barba di provenienza furtiva. All'esito dell'istruttoria dibattimentale è emersa la particolare tenuità tanto del danno subito dalla persona offesa che del profitto conseguito dall'imputato, il quale, peraltro, è risultato essere incensurato. Insomma, a parere del Tribunale di Taranto, ricorrono tutti i presupposti per l'applicazione della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131 bis c.p., ostandovi, però, l'entità edittale della ricettazione attenuata, atteso che la pena detentiva massima prevista dall'art. 648, comma 2, c.p. è fissata in sei anni di reclusione, eccedente, quindi, il limite applicativo dell'esimente, fissato in cinque anni.

In particolare, il giudice *a quo* si sofferma sulla mancata previsione, nella norma incriminatrice di cui all'art. 648, comma 2, c.p., di un minimo edittale con riguardo alla pena detentiva, il che fa sì che si applichi il minimo assoluto di quindici giorni stabilito per la reclusione dall'art. 23, comma 1, c.p. Da tanto, ad avviso del Tribunale di Taranto, emergerebbe che il legislatore "ha formulato, in riferimento alle meno offensive fra le condotte di ricettazione, un giudizio di scarsissimo disvalore".

Tali osservazioni hanno condotto il rimettente a ritenere l'art. 131 bis c.p. in contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., attesa la irragionevolezza della impossibilità di applicare la richiamata norma sostanziale a quelle fattispecie criminose per le quali il legislatore - non indicando un minimo edittale di pena detentiva - abbia espresso, di fatto, un giudizio di scarsa offensività, potendo, invece, escludersi la punibilità - applicando l'art. 131 bis c.p. - di ipotesi delittuose più gravi, rispetto alle quali il legislatore abbia formulato un giudizio di disvalore ben più severo. A sostegno di tale eccezione, vengono portati a comparazione i reati di furto, danneggiamento e truffa, tutti rientranti nella sfera di applicabilità dell'esimente di cui all'art. 131 bis c.p. e considerati lesivi dello stesso bene giuridico della ricettazione. Essi, a fronte di un massimo edittale di pena detentiva non superiore a cinque anni, prevedono una pena minima di sei mesi di reclusione, "maggiore di ben dodici volte la pena minima prevista dal codice penale in riferimento al delitto di ricettazione attenuata".

Altro profilo di illegittimità costituzionale segnalato dal Tribunale di Taranto è collegato all'art. 27, comma 3, Cost., poiché l'esclusione del reato di ricettazione attenuata dal novero delle fattispecie rientranti nella sfera di applicabilità dell'art. 131 bis c.p. realizzerebbe una disparità di trattamento "idonea a frustrare le esigenze rieducative correlate al trattamento sanzionatorio".

Già nel 2017, la Consulta si era trovata ad effettuare una valutazione di conformità dell'art. 131 bis c.p. al dettato costituzionale. All'epoca, infatti, era stata sollevata questione di illegittimità costituzionale di tale norma in riferimento agli artt. 3, 13, 25 e 27 Cost. nella parte in cui non estende l'applicabilità dell'esimente all'ipotesi attenuata di cui all'art. 648, comma 2, c.p. in ragione del massimo edittale di pena detentiva superiore ai cinque anni. In quella sede, però, la Corte rigettò la questione sottoposta, in primo luogo per la eterogeneità dei reati posti a confronto dal giudice rimettente e, dunque, per la inidoneità degli stessi a fungere da modello di una soluzione costituzionalmente orientata; in secondo luogo,

con la sentenza n. 207/2017, atteso che la questione sollevata dal Tribunale di Nola riguardava la fissazione da parte del legislatore del limite edittale massimo di cinque anni di pena detentiva di cui si chiedeva l'innalzamento al fine di consentire di applicare la causa di non punibilità *de qua* al delitto di ricettazione attenuata, fu rilevata la necessità di salvaguardare la discrezionalità legislativa circa la individuazione del limite massimo di pena detentiva in cinque anni di reclusione, non potendo esso essere considerato né irragionevole, né arbitrario, in quanto "rientra nella logica del sistema penale che, nell'adottare soluzioni diversificate, vengano presi in considerazione determinati limiti edittali, indicativi dell'astratta gravità dei reati".

Tuttavia, con la sentenza n. 207/2017 la Consulta non mancò di rivolgere un monito al legislatore: posto che il sistema applicativo dell'art. 131 *bis* c.p. presenta una palese incongruenza nella parte in cui - non prevedendo un minimo edittale di pena detentiva - esclude l'applicabilità della causa di non punibilità a reati che, come la ricettazione attenuata, hanno una pena minima di quindici giorni di reclusione, mentre consente di escludere la punibilità di reati (come la truffa ed il furto) che hanno una pena edittale minima di sei mesi di reclusione e, quindi, non particolarmente lieve, il legislatore potrebbe prevedere, oltre alla pena massima edittale al di sopra della quale la causa di non punibilità non possa operare, anche una pena minima al di sotto della quale i fatti possano comunque essere considerati di particolare tenuità. In quell'occasione, l'invito rivolto al legislatore affinché realizzasse l'indicato intervento additivo "per evitare il protrarsi di trattamenti penali generalmente avvertiti come iniqui" non ebbe seguito, il che ha reso ancora più necessario l'intervento della Corte Costituzionale con la declaratoria di illegittimità contenuta nella sentenza n. 156/2020 del 25.06.2020 (depositata il 21.07.2020).

Con tale pronuncia, la Consulta ha ritenuto fondata la questione con riferimento all'art. 3 della Costituzione, condividendo la tesi esposta dal giudice *a quo* circa la irragionevolezza della preclusione dell'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131 *bis* c.p. per i reati (come la ricettazione di particolare tenuità) che lo stesso legislatore, attraverso la mancata indicazione di un minimo edittale di pena detentiva e la conseguente operatività del minimo assoluto di cui all'art. 23, comma 1, c.p., ha mostrato di valutare in termini di potenziale minima offensività.

La Consulta, dopo aver richiamato il dettato dell'art. 131 *bis* c.p., soffermandosi su quanto previsto dal quinto comma circa la applicabilità della

causa di esclusione della punibilità anche nelle ipotesi in cui "la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante", ha osservato che tale disposizione indica che l'esistenza di una attenuante, di cui la particolare tenuità del danno o del pericolo sia elemento costitutivo, di per sé non impedisce l'applicazione della causa di non punibilità, ma neppure la comporta automaticamente. Ciò in quanto, affinché possa trovare applicazione l'esimente di cui all'art. 131 *bis* c.p., non è sufficiente tener conto dell'entità dell'aggressione patita dal bene giuridico protetto, dovendo il giudice operare una valutazione complessiva della fattispecie concreta, secondo il dettato dell'art. 133, comma 1, c.p., incluse le modalità della condotta ed il grado della colpevolezza.

Venendo al caso specifico, dal quale ha tratto origine la questione di legittimità costituzionale, l'art. 648, comma 2, c.p. prevede che "la pena [per il reato di ricettazione] è della reclusione sino a sei anni e della multa sino a euro 516, se il fatto è di particolare tenuità", e, dunque, disciplina l'ipotesi in cui ricorra la circostanza attenuante della particolare tenuità del fatto. Come già detto, manca la indicazione di un minimo edittale di pena, dal che discende l'applicabilità del minimo assoluto previsto dall'art. 23, comma 1, c.p. e, pertanto, osserva la Corte che "nello specifico della comminatoria di cui all'art. 648, comma 2, c.p., l'assoluta mitezza del minimo edittale rispecchia una valutazione legislativa di scarsa offensività della ricettazione attenuata, la cui configurabilità è riconosciuta dalla giurisprudenza comune solo per le ipotesi di rilevanza criminosa assolutamente modesta" e che "in linea generale, l'opzione del legislatore di consentire l'irrogazione della pena detentiva nella misura minima assoluta rivela inequivocabilmente che egli prevede possano rientrare nella sfera applicativa della norma incriminatrice anche condotte della più tenue offensività". A parere della Consulta, da tanto emerge, in maniera oltremodo evidente, la irragionevolezza della aprioristica esclusione della applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p., atteso il limite edittale massimo superiore ai cinque anni di reclusione, e formula, quindi, un nuovo invito al legislatore affinché fissi un minimo edittale di pena detentiva al di sotto del quale l'esimente *de qua* possa applicarsi a prescindere dal massimo edittale.

Dichiarata, pertanto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 131 *bis* c.p., per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva, la Corte

precisa, comunque, che tale declaratoria di illegittimità non va ad intaccare quelli che sono gli ulteriori requisiti applicativi della causa di non punibilità prevista dall'art. 131 *bis* c.p., nel senso che - in presenza di un reato per il quale la legge non indichi il minimo edittale di pena detentiva - l'esimente non potrà trovare applicazione quando la valutazione giudiziale da effettuarsi secondo l'art. 133, comma 1, c.p. sia negativa per l'autore del fatto o la condotta di questi risulti abituale ovvero quando ricorra una fattispecie tipica di non tenuità tra quelle elencate nel secondo comma dell'art. 131 *bis* c.p.

Renata Gaeta

### Interessi moratori e disciplina antiusura

Cassazione Civile, Sezioni Unite, sent. n. 19597/2020.

La riconducibilità delle pattuizioni concernenti la determinazione degli interessi moratori entro l'ambito della normativa antiusura è stato oggetto di un fervente dibattito giurisprudenziale e dottrinale, alimentato soprattutto dalla non persuasività e definitività degli argomenti letterali, sistematici, funzionali e storici sottesi alle plurime tesi sviluppatesi sul punto. Ciò ha portato ad un aumento del contenzioso bancario e ad un'incessante avvicinarsi di pronunce contrastanti tra loro.

Sicché, al fine di fornire una più chiara ed esauritiva risposta interpretativa alla questione in esame si è reso necessario l'intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

La disciplina attuale in materia di usura, com'è noto, è stata completamente riformulata dalla legge n. 108 del 1996, seguita dalla legge di interpretazione autentica del 2001, n. 24.

È chiaro, nella *mens legis*, l'intento di offrire una maggiore certezza giuridica all'interprete, conferendo natura oggettiva al delitto di usura così, tra l'altro, permettendo l'adeguamento dell'ordinamento ai fenomeni di usura bancaria, destinati ad operare in maniera del tutto diversa rispetto a quelli di usura tradizionale a carattere "criminale". Il mutato quadro legislativo è apparso, quindi, orientato alla tutela del mercato del credito, in un'ottica collettiva e generale più che in una dimensione puramente e semplicemente individuale. Ciò posto, come accennato, il nodo gordiano sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite investe l'assoggettabilità alla disciplina antiusura degli interessi moratori, ma ancor più, l'esatta individuazione delle relative conseguenze sul

piano pratico. Orbene, fin da subito è stato scartato quell'orientamento per il quale, non solo gli interessi moratori sarebbero a tutti gli effetti regolati dalla legge n. 108/96, ma per valutarne il superamento della soglia occorrerebbe avere riguardo alla loro sommatoria con gli interessi corrispettivi.

Evidentemente, la riferita metodologia di calcolo, oltre a non avere alcun aggancio normativo, condurrebbe, nel 99% dei casi, all'accertamento del superamento del tasso soglia, comportando, quindi, risultati piuttosto paradossali.

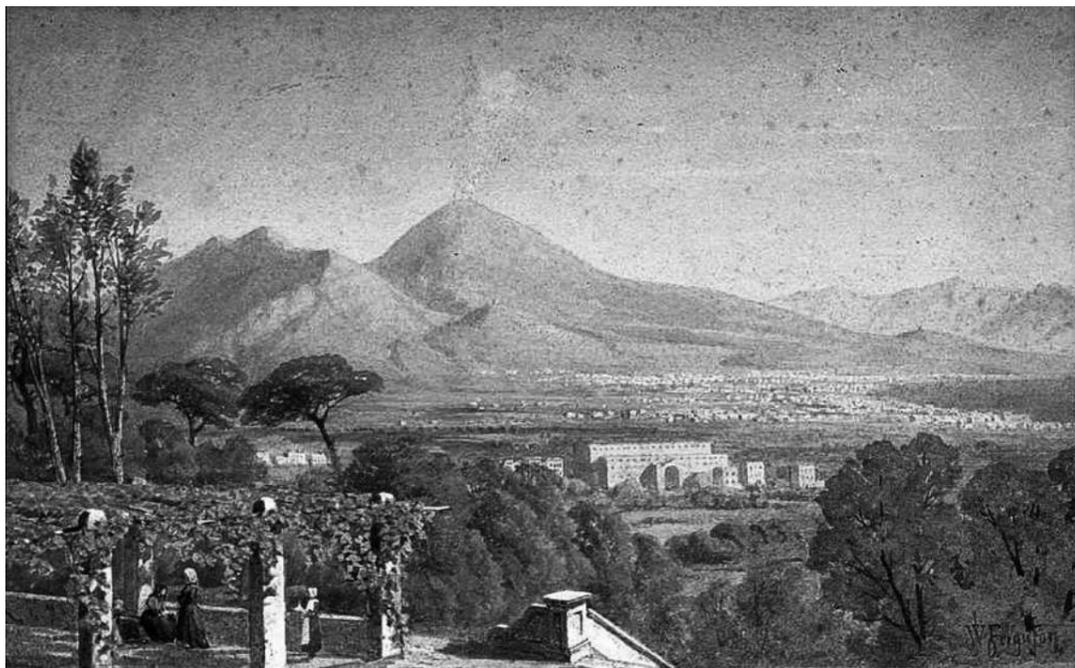
Dunque, due sono le tesi principali prese in considerazione dalle Sezioni Unite: quella restrittiva e quella estensiva. Due tesi completamente speculari tra loro.

I fautori della tesi estensiva, appunto quella che propugna l'applicabilità della disciplina antiusura a tutti i tipi di interessi, ha innanzitutto sostenuto che l'art. 644 c.p., nel far riferimento alle pattuizioni "a qualsiasi titolo", conterrebbe un esplicito richiamo anche agli interessi moratori: del resto, se così non fosse, si avrebbe il paradosso per il quale al creditore converrebbe l'inadempimento ancor più dell'adempimento, perché potrebbe lucrare sugli interessi moratori mediante la fissazione di termini stringenti per l'adempimento. Nemmeno sembrerebbe dirimente la previsione di cui all'art. 1284 c.c., in quanto espressa di un chiaro intento sanzionatorio-deflattivo che non può dirsi collegato alla sola mora.

È stata sottolineata, altresì, la eguale funzione delle due tipologie di interessi da cui andrebbe fatta discendere la assoggettabilità di entrambi alla legge antiusura.

Invero, già con sentenza n. 27442/18, la Corte di Cassazione ha stabilito che le due tipologie di interessi, corrispettivi e moratori, sono accomunati dalla stessa funzione, quella di remunerazione per il mancato godimento di un capitale, con la unica e sola differenza che, in caso di interessi corrispettivi la remunerazione è definita volontaria, in caso di interessi moratori, diversamente, si tratta di una remunerazione involontaria, in quanto eventuale. Differenza minima, inidonea a generare due differenti regimi in punto di lotta all'usura.

Su una posizione diametralmente opposta si attesta altra parte della giurisprudenza, espressiva dell'orientamento più restrittivo e tesa a valorizzare, innanzitutto, il c.d. principio di simmetria. Il menzionato principio, consacrato dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 16303 del 2018, postula che il criterio dei tassi-soglia esiga una perfetta coincidenza, sottesa ad ogni procedimento comparativo, tra i costi effettivi del credito e le rilevazioni della media di mercato. È indi-



spensabile, quindi, la sussistenza di una certa omogeneità tra i termini di riferimento del giudizio di comparazione effettuato per individuare l'eventuale superamento della soglia. La valorizzazione del principio di simmetria, quindi, è la colonna portante della tesi restrittiva che nega la possibilità di applicare la legge sull'usura alla previsione degli interessi moratori.

Inoltre, l'orientamento restrittivo si preoccupa di confutare tutti gli argomenti addotti dall'impostazione estensiva, a partire dal dato letterale ed evidenziando che sia l'art. 1815 c.c., sia l'art. 644 comma 1, c.p., fanno riferimento al "corrispettivo di una prestazione di denaro". Ne deriva l'impossibilità di ricondurre anche gli interessi moratori alla disciplina sull'usura.

Allo stesso modo, l'art. 1284, comma 4, c.c., relativo ai ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali dove spesso il tasso è fissato in misura superiore a quella soglia, configurerebbe una sorta di usura legale, qualora si affermasse l'attrazione degli interessi moratori entro il cono applicativo della legge antiusura.

Altresì, l'impostazione restrittiva in discorso, evidenzia la funzione propria degli interessi moratori diametralmente opposta a quella degli interessi corrispettivi. In termini giuridici si tratterebbe di due tipologie di interessi nettamente distinte in quanto l'interesse corrispettivo si sostanzia nella remunerazione concordata per il mancato godimento del denaro, mentre quello moratorio è assimilabile ad una liquidazione forfettaria del danno, similmente a quanto si afferma con riguardo alla clausola penale.

Così sinteticamente ricostruito il panorama legislativo e giurisprudenziale, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 19597/20 ha sancito la piena operatività della legge antiusura anche rispetto agli interessi moratori, affermando la conseguente applicabilità dell'art. 1815 c.c. Tuttavia, l'art.

1815 comma 2, c.c., prosegue la Corte, deve essere letto in combinato disposto con l'art. 1224 comma 1, c.c. Con la necessaria conseguenza che, dichiarata la nullità della pattuizione usuraria, saranno comunque dovuti gli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti.

A tanto si è giunti attraverso una puntuale analisi tesa a verificare la tenuta delle singole ragioni poste a fondamento dei due orientamenti sopra delineati.

In particolare, i giudici di legittimità affermano, fin da subito, che né l'argomento letterale né quello storico possono considerarsi idonei a fondare l'adesione all'una o all'altra tesi in ragione della non univocità dei menzionati argomenti. Ugualmente, ed in linea con quanto già sostenuto con precedente pronuncia n. 27442/2018, si afferma che l'interesse moratorio cumula la funzione più evidente, quella risarcitoria, con la funzione remuneratoria, potendo, sotto questo profilo essere accomunato all'interesse corrispettivo. Il vero criterio guida che sorregge l'intero impianto motivazionale della sentenza è da rintracciarsi, allora, nelle finalità perseguite dalla disciplina dell'usura.

Disciplina da cui, a ben vedere, discendono plurime *rationes* compendiabili sotto tre macro categorie: la tutela del debitore fruitore del finanziamento per il quale si rende necessario un controllo adeguato anche in caso si riveli inadempiente e pertanto soggetto alla dazione degli interessi moratori; la repressione della criminalità economica; l'ordinato e stabile funzionamento del mercato finanziario unitamente alla protezione del soggetto finanziatore.

Questo conduce inevitabilmente all'assoggettamento delle pattuizioni concernenti gli interessi moratori alla normativa antiusura, e ciò in ragione del fatto che anche gli interessi moratori costituiscono un debito (eventuale) per il debitore,

come tale sottoponibile a controllo.

Quanto al principio di simmetria, che per la tesi restrittiva risulta essere l'ostacolo maggiore per la riconduzione degli interessi moratori nel cono applicativo della legge antiusura, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, pur riconoscendo la piena vigenza del riferito principio, afferma che "il tasso rilevato dai d.m. a fini conoscitivi può costituire l'utile indicazione oggettiva idonea a determinare la soglia rilevante".

Ma a questo punto, la Corte si fa carico anche di un'ulteriore e conseguente problema ossia quello inerente la mancata rilevazione della maggiorazione media dei moratori nei decreti ministeriali che vanno dal 1996 al 2003, in virtù del fatto che la prima rilevazione degli interessi moratori si è avuta soltanto con il d.m. del 25 marzo del 2003.

Le Sezioni Unite, invero, affermano che per ovvie ragioni di tutela del soggetto finanziato, sia necessario, per i contratti stipulati prima del 2003 confrontare il tasso concreto degli interessi moratori con il t.e.g.m. rilevato con le maggiorazioni previste. Ebbene, l'ora delineato principio di diritto, pare essere già stato sottoposto a revisione critica da parte degli interpreti posto che si è ancorata la verifica di usurarietà degli interessi moratori a dati elaborati a fini meramente conoscitivi, come tali ontologicamente sforniti del rigore scientifico richiesto dalla normativa e posto alla base della riforma operata con la legge del 1996.

Ugualmente, non del tutto scevra da critiche è la soluzione adottata dalle Sezioni Unite in punto di sanzione connessa al superamento del tasso soglia. Sebbene anche la tesi restrittiva avesse ipotizzato possibili strumenti di tutela per il debitore, quale ad esempio il ricorso analogico alla regola *ex art.* 1384 c.c. in tema di clausola penale, le Sezioni Unite giungono ad affermare l'applicabilità dell'1815 c.c. che è la norma cardine in tema di usura nel diritto civile e non può essere, pertanto, considerata irrilevante. Tuttavia, ne prospettano un'interpretazione volta a preservare il prezzo del denaro sulla scorta della previsione contenuta nell'art. 1224 c.c.

Nello specifico, dichiarata la nullità della pattuizione in ordine agli interessi moratori ai sensi dell'art. 1815 c.c., resta in ogni caso ferma l'applicazione della regola espressa dall'art. 1224, comma 2, c.c., in ragione della quale gli interessi sono dovuti nella misura pattuita per i corrispettivi, purché, ovviamente, essa sia lecitamente concordata.

L'esclusiva applicazione della sanzione contemplata dall'art. 1815 c.c., infatti, trasmoderebbe in una sorta di "premio" per il debitore inadempiente pregiudizievole dell'intero sistema creditizio oltre che del principio generale della buona fede.

Questa, inoltre, parrebbe essere l'unica soluzione possibile, perché l'unica ancorata al dato legislativo certo ed oggettivo, differentemente da quanto accadrebbe se si facesse ricorso alla applicazione dell'art. 1384 c.c. o se si individuasse come rimedio per la pattuizione usuraria la sostituzione del tasso sopra soglia con quello immediatamente sotto soglia, ipotesi pur profilatasi in parte della dottrina attenta al bilanciamento dell'interesse del finanziato e del finanziatore, ma sprovvista di fondamento normativo.

Da ultimo, la Corte di Cassazione afferma, poi, l'ammissibilità dell'eventuale esperimento dell'azione tesa ad accertare l'usurarietà della misura degli interessi moratori, e ciò anche prima che si sia verificato l'eventuale inadempimento. Tanto appare possibile in quanto il presupposto indispensabile, ma sufficiente, per promuovere l'azione di accertamento, è da rinvenirsi nello stato di incertezza oggettiva che ben potrebbe palesarsi prima dell'effettivo, e solo eventuale, inadempimento. Tuttavia, precisa la Suprema Corte, la sentenza che accerta la natura usuraria degli interessi moratori in costanza di regolare rapporto, non determina, perciò solo, l'operatività degli artt. 1224 e 1815 c.c., come sopra esposto, poiché tale effetto si realizzerà soltanto quando, ad inadempimento intervenuto, quello dichiarato nullo con sentenza di accertamento sarà il tasso effettivamente praticato in concreto dal finanziatore.

Anche tale ultima asserzione ha suscitato alcune polemiche tra gli operatori del settore, in quanto, a loro dire, sembrerebbe rendere quasi irrilevante il momento genetico della pattuizione degli interessi, difformemente da quanto sostenuto dalle stesse Sezioni Unite con riferimento al tema della c.d. usura sopravvenuta. Sarà, in ogni caso, soltanto il tempo a stabilire se la pronuncia in questione abbia davvero sopito i contrasti riferiti o si renderà necessario un ulteriore intervento da parte della Corte di Cassazione.

Emiliana Matrone

**Notifica a mezzo PEC: è tempestiva se effettuata tra le ore 21:00 e le ore 23:59 dell'ultimo giorno utile**

È ormai diffusissimo l'utilizzo da parte degli avvocati della notificazione degli atti giudiziari e stragiudiziali a mezzo PEC (posta elettronica certificata) ai sensi della legge 53/1994.

Tuttavia, l'esercizio di tale facoltà ha comportato l'evolversi di molteplici questioni, tutte piuttosto spinose ed ampiamente dibattute in dottrina ed in giurisprudenza.

In materia risulta particolarmente interessante la

questione rispondente al seguente quesito: Quando può ritenersi perfezionata la notifica richiesta a mezzo PEC?

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza 14 ottobre 2020, n. 22136, ha chiarito che "La *reductio ad legitimitatem* della disposizione si realizza con l'applicazione della regola generale di scissione soggettiva degli effetti della notificazione anche alla notifica effettuata con modalità telematiche con la conseguenza, in particolare che, nei confronti del mittente, la notificazione richiesta ai sensi dell'art. 3 *bis* comma 3, della legge 53/1994, si perfeziona ove ricevuta di accettazione sia rilasciata entro le ore 24, il giorno stesso in cui è eseguita". Nel caso specifico, la Corte di Appello di Bologna, con la Sentenza 27.11.2018, n. 2936, aveva rigettato l'appello aderendo integralmente al giudizio del Giudice di Prime Cure.

Orbene, secondo il tribunale adito in primo grado, l'opposizione a decreto ingiuntivo "in quanto proposta con atto di citazione notificato in via telematica nel quarantesimo giorno dalla notifica del decreto ingiuntivo opposto ma oltre le ore 21, si era perfezionata, a norma del Decreto legge n. 179 del 2012, art. 16 *septies* e art. 147 c.p.c., alle ore 7 del giorno successivo, vale a dire il quarantunesimo giorno dalla notifica del decreto ingiuntivo, ed era, quindi, tardiva e, come tale, inammissibile".

La pronuncia della Corte d'Appello veniva impugnata, ritenendosi, al contrario, che l'opposizione in esame, sebbene spedita con PEC oltre le ore 21 del quarantesimo giorno successivo alla notificazione del decreto ingiuntivo opposto, doveva essere ritenuta tempestiva.

In particolare, parte ricorrente lamentava la violazione e la falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 179 del 2012, art. 16 *septies*, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

A sostegno della propria tesi, il ricorrente deduceva che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 75 del 19.03.2019, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del Decreto Legge n. 179 del 2012, art. 16 *septies*, nella parte in cui prevedeva che la notifica eseguita con modalità telematiche la cui ricevuta di accettazione è generata dopo le ore 21 ed entro le ore 24 si perfeziona per il notificante alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della predetta ricevuta. La Sesta Sezione Civile della Cassazione, nell'affrontare la questione in parola, ha ritenuto fondato tale motivo del gravame ed ha cassato la sentenza con rinvio alla Corte d'Appello di Bologna in diversa composizione, argomentando nei seguenti termini.

La Suprema Corte è partita col ricordare che il Decreto Legge n. 179 del 2012, art. 16 *quater*,

comma 3, conv. con modif. dalla legge n. 221 del 2012, dispone che la notifica eseguita con modalità telematica a mezzo di posta elettronica certificata "si perfeziona, per il soggetto notificante, nel momento in cui viene generata la ricevuta di accettazione prevista dal Decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, art. 6, comma 1, e, per il destinatario, nel momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna prevista dal Decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, art. 6, comma 2". Altresì, ha aggiunto che, ai sensi del D.L. n. 179, art. 16 *septies*, la notificazione eseguita con modalità telematica è assoggettata alla norma prevista dall'art. 147 c.p.c. (secondo il quale, nella vigente formulazione, le notificazioni non possono farsi prima delle ore 7 e dopo le ore 21) e che tale notifica, quando è eseguita dopo le ore 21, si considera perfezionata alle ore 7 del giorno successivo. È, quindi, passata ad evidenziare come, in effetti, il Decreto Legge n. 179 del 2012, art. 16 *septies* (conv., con modif., in legge n. 221 del 2012), inserito dal Decreto Legge n. 90 del 2014, art. 45 *bis*, comma 2, lettera b), (conv., con modif., in legge n. 114 del 2014), "nella parte in cui prevede che la notifica eseguita con modalità telematiche la cui ricevuta di accettazione è generata dopo le ore 21 ed entro le ore 24 si perfeziona per il notificante alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della predetta ricevuta", è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo - per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost. - con sentenza n. 75 del 2019 della Corte Costituzionale.

Sulla scorta di tanto, i Supremi Giudici hanno ribadito che l'intervento sulla norma da parte della Corte Costituzionale, ha determinato il superamento della precedente giurisprudenza consolidata nella stessa Corte e, conseguentemente, hanno stabilito che è lecito affermare che "la *fictio iuris* relativa al differimento al giorno seguente degli effetti della notifica eseguita dal mittente tra le ore 21 e le ore 24, è giustificata nei confronti del destinatario, poiché il divieto di notifica telematica dopo le ore 21, previsto dalla prima parte dell'art. 16 *septies*, tramite il rinvio all'art. 147 c.p.c., mira a tutelare il suo diritto al riposo in una fascia oraria (dalle 21 alle 24) nella quale egli sarebbe altrimenti costretto a continuare a controllare la casella di posta elettronica". Purtuttavia, i Supremi Giudici hanno puntualizzato che ciò non vale per il mittente: "Nei confronti del mittente il medesimo differimento comporta un irragionevole *vulnus* al pieno esercizio del diritto di difesa (segnatamente, nella fruizione completa dei termini per l'esercizio dell'azione in giudizio, anche nella sua essenziale decli-

nazione di diritto ad impugnare), poiché gli impedisce di utilizzare appieno il termine utile per approntare la propria difesa - che, nel caso di impugnazione, scade (ai sensi dell'art. 155 c.p.c.) allo spirare della mezzanotte dell'ultimo giorno - senza che ciò sia funzionale alla tutela del diritto al riposo del destinatario e nonostante che il mezzo tecnologico lo consenta".

Inoltre, è stato ribadito con assoluta fermezza che la restrizione delle potenzialità (accettazione e consegna sino alla mezzanotte) che caratterizzano e diversificano il sistema tecnologico telematico rispetto al sistema tradizionale di notificazione legato "all'apertura degli uffici" è intrinsecamente irrazionale, venendo a recidere l'affidamento che lo stesso legislatore ha ingenerato nel notificante immettendo il sistema telematico nel circuito del processo.

Infine, la Cassazione ha concluso che la Corte d'Appello "li dove ha ritenuto che l'opposizione, in quanto proposta con atto di citazione notificato in via telematica nel quarantesimo giorno dalla notifica del decreto ingiuntivo opposto ma oltre le ore 21, era tardiva perché perfezionatasi anche nei confronti del mittente alle ore 7 del giorno successivo, non si è, evidentemente, attenuta alla conclusione sopra esposta".

L'ordinanza in commento rappresenta, dunque, il superamento dei principi affermati in precedenza nella stessa Corte (Cass. 22/12/2017, n. 30766; Cass. 30/08/2018, n. 21445), che devono ritenersi appunto superati a seguito degli "aggiusti" operati dalla Sentenza n. 75 del 19.03.2019 della Corte Costituzionale.

Peraltro, occorre segnalare che la decisione in commento si inserisce nella scia descritta dalla stessa Cassazione, con l'Ordinanza n. 4712 del 21 febbraio 2020 e con l'Ordinanza n. 12050 del 14 aprile 2020. Nel primo caso, la Corte ha cassato la sentenza n. 265 del 12.04.2018, con la quale la Corte di Appello di Perugia aveva dichiarato inammissibile l'appello, confermando il provvedimento reso in primo grado, secondo cui la notifica del ricorso *ex art. 702 bis* c.p.c. era tardiva perché si era perfezionata alle ore 22:50 dell'ultimo giorno utile, come risultava dalla ricevuta di accettazione e quindi il giorno successivo ai sensi del D.L. n. 179/2012, art. 16 *septies*.

Orbene, nel caso concreto, la Corte di Appello aveva ritenuto tardiva la notificazione eseguita dopo le ore 21 e perfezionata alle ore 7 del giorno successivo, secondo il richiamato art. 147 c.p.c. che dispone, come già detto, che le notificazioni non possono farsi prima delle 7:00 e dopo le ore 21:00. In tale occasione, la Cassazione ha affermato che, in forza della richiamata pronuncia di incostituzionalità, deve ritenersi superata

quella giurisprudenza che aveva ritenuto, come ad esempio con ordinanza n. 393 del 09 gennaio 2019, che "In tema di notificazione con modalità telematica, il D.L. n. 179 del 2012, art. 16 *septies*, conv. con modif. nella legge n. 221 del 2012, si interpreta nel senso che la notificazione richiesta, con rilascio della ricevuta di accettazione dopo le ore 21:00, ai sensi della legge n. 53 del 1994, art. 3 *bis*, comma 3, si perfeziona alle ore 7:00 del giorno successivo".

Nel secondo caso, la Corte di Cassazione, con l'ordinanza 14 aprile 2020, n. 12050, ha ritenuto, parimenti, che, dopo l'intervento sulla norma da parte della Corte Costituzionale, per il mittente che esegue la notifica a mezzo PEC ai sensi dell'art. 16 del D.L. n. 179/2012, il termine ultimo dell'ultimo giorno utile scade a mezzanotte e non alle ore 21:00.

Raffaele Antonio Nacchia

### Nuova sospensione cautelare dall'esercizio della professione forense e relativa applicabilità: pronuncia del Consiglio Nazionale Forense

Consiglio Nazionale Forense, Presidente Avv. Andrea Mascherin, RG n. 121/16, RD n. 23/17 del 25/03/2017.

#### Il caso de quo

La nuova sospensione cautelare è entrata in vigore in data 1 gennaio 2015 e il nuovo istituto è stato profondamente modificato ed innovato rispetto a quello delineato dall'art. 43, comma 3 RDL 1578/1933.

L'istituto suddetto, *ab origine*, era una misura atipica da utilizzare qualora il comportamento del professionista avesse generato uno *strepitus*, compromettendo l'immagine dell'avvocatura (cfr. Cass. SS.UU. 3184/15; CNF 211/15 e 79/15); oggi, invece, la sospensione cautelare si configura come misura eccezionale, che può essere adottata dai Consigli Distrettuali di Disciplina per salvaguardare il decoro e l'immagine della categoria forense, esclusivamente ed espressamente, nei casi previsti e tipizzati dal legislatore, ai sensi degli artt. 60 della legge professionale e 32 regolamento del Consiglio Nazionale Forense n. 2/2014 del 21/02/2014 "Procedimento Disciplinare".

Il legislatore ha previsto che l'istituto possa essere applicato per un lasso di tempo non superiore ad un anno e previa notifica al diretto interessato e che questo decada, laddove, nel termine di sei mesi dalla sua irrogazione, non sia stato adottato il provvedimento sanzionatorio nei confronti del



professionista.

Poste tali premesse, nel caso di specie, il Consiglio Distrettuale di Disciplina di Lecce, in considerazione di un'intervenuta condanna, riportata in un articolo di giornale del 22/01/2016, ha deliberato, in data 07/06/2016, la sospensione cautelare dell'iscritto dall'esercizio della professione per mesi sei, avendo ritenuto che lo stesso avesse commesso reati oggettivamente gravi e soggettivamente connessi alla qualità pubblica (assessore provinciale), oltre a quella di iscritto all'ordine forense, "ed in quanto tale destinatario di ancor maggiori obblighi di carattere etico e comportamentale".

Orbene la delibera sopra citata ha disposto, nei confronti dell'avvocato, l'applicazione dell'art. 60, comma 1 della legge n. 247/2012, basandosi sull'ipotesi della sopravvenuta condanna a pena detentiva non inferiore a tre anni, prevista dal legislatore come ultima e residuale ipotesi d'applicazione della misura cautelare.

L'avvocato destinatario del richiamato provvedimento, avverso lo stesso, ha presentato ricorso al Consiglio Nazionale Forense, in data 21/09/2016, evidenziando di aver appellato la decisione del Tribunale di Lecce in sede penale e lamentando, pur riconoscendo l'autonomia dei giudizi, che gli esiti favorevoli di quello penale, relativamente ad alcune parti, avevano determinato un mutamento della percezione della vicenda nell'opinione pubblica, motivo per cui erano venuti meno i presupposti per l'adozione del provvedimento, impugnato e contestato anche per altri motivi, tra i quali si evidenzia il mancato passaggio in giudicato della sentenza di primo grado.

Il Supremo Organo Forense adito dall'avvocato si soffermava, conseguentemente, sull'applicabilità della sospensione cautelare, analizzando il provvedimento in base alla *ratio iuris* perseguita dalla norma, che individuava, giusta pronuncia, nella funzione di tutela dell'immagine dell'avvocatura. A tale riflessione l'organo aggiungeva che il provvedimento in questione doveva trovare applicazione, non in virtù di un mero automatismo - e ciò al verificarsi di uno dei casi tassativi individuati -, in quanto, al loro verificarsi, doveva procedersi ad un giudizio di valutazione, valorizzando, come enunciato dal CNF, il verbo significativamente utilizzato (può), che, da un lato, esclude appunto ogni applicazione automatica e, dall'altro, esclude ogni possibilità di adozione al di fuori delle ipotesi espressamente previste.

A siffatte conclusioni giungeva il massimo organo forense, che poneva l'accento su come lo *strepitus fori*, istituto frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, poi trasfuso nella precedente normativa (art. 43, Rdl 1578/1933) e, infine, nella norma di cui all'art. 60 della legge n. 247/2012, valorizzi il potere valutativo delle istituzioni forensi, dando significato alla formulazione letterale "può pronunciare".

Il principio consolidato dal CNF, secondo il quale compete esclusivamente al COA, ed oggi ai Consigli Distrettuali di Disciplina, la valutazione della lesione determinata dalla condotta dell'incolpato.

La suddetta condotta, lesiva del decoro e della dignità della professione, potendo questa riflettersi negativamente sull'immagine dell'intera Classe Forense, giustifica e può causare l'adozio-

ne della misura cautelare.

La disposizione normativa prevista *ex art.* 60 legge 247/12, di fatto, si limita a prevedere, per l'ultima ipotesi, una condanna, senza aggiungere specificazioni o aggettivi e da ciò si ricava che non sarebbe coerente con lo spirito della norma affermare che il presupposto per la sua applicazione sia da individuare esclusivamente in una condanna definitiva.

Pertanto, i signori avvocati del CNF, evidenziano che la necessità dell'applicabilità di una misura cautelare è individuabile in quell'impellenza di tutela della categoria, che mai si potrebbe legare, né legittimare, in virtù di vincoli predeterminati. Ne consegue che ben ha statuito il Consiglio Distrettuale di Disciplina di Lecce, riconoscendo che la condanna a pena detentiva non inferiore a tre anni, tipizzata come condizione per la sospensione *ex art.* 60, comma 1, della legge n. 247/2012, può determinare l'adozione della stessa.

Le incontrovertibili argomentazioni esposte dall'organo innanzi indicato si legano, ad ulteriori riflessioni, ossia che, qualora venissero disattese le suddette argomentazioni, si legittimerebbe, da un lato, una tacita reintroduzione nel sistema ordinamentale professionale di quella pregiudizialità penale espressamente esclusa dall'art. 57 legge n. 247/2012 e, dall'altro, si priverebbe il provvedimento dello scopo a cui è destinato, in quanto misura eccezionale, da adottare in via preventiva e cautelativa, svuotandola, di fatto, di ogni effetto positivo, imbrigliandola a un determinato evento fattuale. L'interesse del legislatore nel riconoscere tale provvedimento regolamentare della professione è quello di escludere la necessità di attendere o meno il passaggio in giudicato di una sentenza penale; infatti, ciò determinerebbe l'inutilità della misura cautelare poiché non assolverebbe alla funzione a cui è destinata.

Oltre all'interpretazione teleologica, anche, quella sistematica (sistema normativo-professionale) si orienta in tal senso; infatti, il fine della sospensione si realizza non a seguito di un giudizio prognostico sulle responsabilità dell'incolpato, ma solo introducendo un mero presupposto fattuale imprescindibile (ad esempio la condanna non inferiore a tre anni) tale da escludere *ipso facto* quel discrezionale apprezzamento dei Consigli Distrettuali di Disciplina che deve, invece, svolgersi nel diverso ambito della valutazione della lesione della categoria.

L'art. 60, comma 1, legge 247 del 2012, deve essere interpretato nel senso di ritenere che la sola pronuncia di una sentenza possa costituire condizione necessaria e sufficiente per la "procedibilità" della misura cautelare, nello specifico per i reati espressamente individuati a prescindere dal-

l'entità della condanna e per gli altri solo con condanna non inferiore ad anni tre anni.

All'istituto trattato e valutato dalla massima istituzione forense, per com'è stato innovato, gli si deve riconoscere, anche, una duplice ed implicita funzione di garanzia. La sospensione cautelare, infatti, da un lato attua in concreto la funzione suddetta per la categoria, e dall'altro, garantisce gli iscritti sulla sua applicazione, limitata da presupposti fattuali imprescindibili.

Per completezza espositiva, si evidenzia che contro la suddetta pronuncia, l'avvocato proponeva ricorso in Cassazione dove ivi, preliminarmente, veniva dichiarata improcedibile e in merito confermato dalla Suprema Corte (Corte di Cassazione, Pres. Canzio, Rel. Giusti, SS.UU, sentenza n. 26148 del 3 novembre 2017).

Casi tipizzati:

1. applicazione di misura cautelare detentiva o interdittiva irrogata in sede penale e non impugnata o confermata in sede di riesame o di appello;
2. pena accessoria di cui all'art. 35 del c.p., anche se è stata disposta la sospensione condizionale della pena, irrogata con la sentenza penale di primo grado;
3. applicazione di misura di sicurezza detentiva;
4. condanna in primo grado per i reati previsti negli artt. 372, 374, 377, 378, 381, 640 e 646 del c.p., se commessi nell'ambito dell'esercizio della professione o del tirocinio, 244, 648 *bis* e 648 *ter* del medesimo codice;
5. condanna a pena detentiva non inferiore a tre anni.

Giuseppina Romano

### La sospensione dei termini processuali durante l'emergenza epidemiologica - *ex art.* 83 del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020 convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020 n. 27 e modificazioni successivamente intervenute - con particolare riferimento ai procedimenti penali

Cassazione Penale Sez. V n. 25222/20 dep. il 07/09/2020 e Cassazione Penale Sez. II n. 28936/20 dep. il 19/10/2020.

È a tutti noto che l'emergenza epidemiologica correlata alla diffusione del Covid-19 ha determinato, nei primi mesi del 2020, una sorta di paralisi della giustizia attraverso il rinvio di quasi tutte le udienze civili e penali da un lato, e la sospen-

sione *ex lege*, dal 9 marzo all'11 maggio 2020, del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto processuale, dall'altro. La sospensione dei termini processuali, che ha travolto l'intero comparto giudiziario, ha sollevato non pochi interrogativi con riferimento all'istituto della prescrizione nel processo penale di cui all'art. 157 c.p. La prescrizione costituisce nel vigente ordinamento un istituto di natura sostanziale la cui *ratio* si ricollega, da un lato, all'interesse generale a non perseguire più i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dalla loro commissione abbia fatto venir meno o notevolmente affievolito l'interesse punitivo dello Stato e, dall'altro, al c.d. "diritto all'oblio" dei cittadini a che determinati fatti siano dimenticati dalla collettività quando non sussistono più ragioni di interesse e di attualità. Come affermato anche sulla scorta di numerosi precedenti giurisprudenziali, l'istituto della prescrizione pur potendo assumere una valenza processuale in rapporto alla garanzia della ragionevole durata del processo art. 111 Cost., rientra nell'alveo del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25 della Costituzione che, consacrando il principio di irretroattività della norma più sfavorevole, rappresenta un "valore assoluto del nostro ordinamento non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali" (Corte Cost. sentenza n. 396 del 2006, sentenza 236 del 2011, sentenza n. 32 del 2020). Esso "si pone infatti come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro possibili arbitri del legislatore espressivo dell'esigenza di calcolabilità delle conseguenze giuridiche penali della propria condotta quale condizione per la libera determinazione individuale" (Corte Cost. sentenza n. 394 del 2006 confermato dalla sentenza n. 236 del 2011). Di questo e di molto altro si è occupata la Corte di Cassazione Penale in tre recentissime pronunce. Nella prima sentenza in commento (n. 25222/20), originata dal ricorso proposto dall'imputato avverso la sentenza pronunciata dalla Corte Territoriale di Palermo, i Giudici della Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione hanno trovato lo spunto per ricostruire il complesso quadro normativo delineato dall'art. 83 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020 n. 27 e dalle successive modificazioni. La normativa richiamata prevede quattro ipotesi di sospensione del corso della prescrizione: le prime due (comma 4 e comma 9) sono applicabili a tutti i procedimenti penali mentre la terza (comma 3 *bis*) e la quarta (comma 12 *ter*, ultimo periodo) sono applicabili solo nel giudizio di legittimità. Partendo dalle ultime due, viene in rilievo quella prevista dal comma 3 *bis* dell'art. 83 del D.L. 18/2020 il quale

stabilisce che per "i procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione e pervenuti alla cancelleria della Corte" nel periodo dal 09 marzo all'11 giugno poi prorogato al 30 giugno 2020 "il decorso del termine di prescrizione rimane sospeso fino alla data dell'udienza fissata per la trattazione e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2020". Il successivo comma 12 *ter*, sempre con riferimento al giudizio di legittimità, prevedendo la possibilità del difensore di avanzare richiesta di discussione orale, in luogo della eccezionale e transitoria disciplina cartolare, stabilisce che, qualora siffatta istanza pervenga, i termini di prescrizione sono rinviati per il tempo in cui il processo sarà trattato. Il 4 comma prevede, invece, la sospensione del corso della prescrizione per tutti i procedimenti penali pendenti dal 09 marzo all'11 maggio e per tutto il tempo in cui sono rinviati ai sensi del comma 7 e comunque non oltre il 30 giugno 2020 (comma 9). La disciplina della sospensione dei termini imposta dall'emergenza sanitaria non può essere considerata disgiuntamente dalla disciplina del rinvio d'ufficio per il medesimo arco temporale di procedimenti pendenti presso tutti gli uffici giudiziari. In altri termini, il rinvio d'ufficio *ex lege* del procedimento è conseguenza necessaria della sospensione sempre *ex lege* dei termini determinata dall'art. 83 del D.L. n. 18 del 2020. Tale impostazione converge nell'attribuire alla situazione processuale determinata dall'art. 83 del D.L. 18 del 2020 i connotati della sospensione del procedimento a norma del primo comma dell'art. 159 c.p. La riconducibilità della fattispecie in esame alla disciplina di cui all'art. 159, primo comma, c.p. esclude che si sia in presenza di un intervento legislativo in contrasto con il principio di irretroattività della norma penale sostanziale sfavorevole sancito dall'art. 25, comma 2, della Costituzione. Né risulta conferente in tal senso la circostanza che la legge introduttiva della causa di sospensione, cioè il Decreto Legge 18/2020 poi convertito nella legge 27/2020, sia successiva al fatto reato in quanto non si tratta di una nuova figura di sospensione del corso della prescrizione ma di un'applicazione del comma 1 dell'art. 159 c.p. Del resto, il nostro ordinamento conosce numerosi casi di sospensione del procedimento e della prescrizione introdotte da novelle legislative sopravvenute, prime fra tutte le leggi introduttive di condoni, sanatorie e affini. In definitiva, concludono i giudici della Quinta Sezione Penale, non si delinea alcuna distorsione o aggiramento del fondamentale principio di irretroattività. La disciplina introdotta dall'art. 83 è univocamente indirizzata a contrastare la diffusione della pandemia e quindi ad offrire protezione ai beni primari della persona.



Franz Ludwig Catel,  
Casale ad Amalfi

Può anzi ritenersi che il legislatore abbia agito sulla base di uno stato di necessità che ha imposto per il periodo strettamente necessario la stasi di gran parte dell'attività giudiziaria. In senso conforme si pone la sentenza della Terza Sezione Penale n. 25433 del 2020 in cui i giudici del Palazzaccio, nel disattendere la tesi difensiva secondo cui il reato contestato all'imputato doveva considerarsi estinto per intervenuta prescrizione ovvero avrebbe dovuto essere sollevata di fronte alla Consulta la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 25 comma 2 della Costituzione e all'art. 7 CEDU, dell'art. 83 D.L. 18 del 2020 nella parte in cui introduceva, con efficacia retroattiva, una nuova ipotesi di sospensione della prescrizione penale applicabile anche alle fattispecie di reato perfezionatesi anteriormente alla sua entrata in vigore, giungono alle medesime conclusioni. Ha rilevato, infatti, la Terza Sezione Penale che, non risultando che la sospensione del corso della prescrizione fosse il frutto di una disposizione sostanziale introdotta successivamente alla commissione del reato ascritto al reo, ma fosse conseguenza, derivante dalla ordinaria applicazione dell'art. 159 comma 1 c.p., andava affermata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 83 D.L. 18 del 2020 convertito con modifiche nella legge 27 del 2020 in relazione agli artt. 25, comma 2 e 117 comma 1 Costituzione. Più specifica, invece, la questione affrontata nella sentenza n. 28936/20 del 19.10.2020 in cui, la seconda sezione penale della Cassazione, si è occupata della questione sollevata dal ricorrente circa l'applica-

bilità o meno all'interrogatorio dell'indagato della sospensione dei termini introdotta dall'art. 83 D.L. 18 del 2020. Nel caso di specie, l'imputato invocava sostanzialmente la declaratoria di perdita di efficacia della misura degli arresti domiciliari per omesso espletamento dell'interrogatorio di garanzia nel termine di 10 giorni avendo il GIP, mediante erronea interpretazione delle norme emergenziali, ritenuto detto termine sospeso dal D.L. 83. Chiedeva, altresì, il ricorrente sollevarsi questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 3, D.L. 18/20 così come interpretato dal GIP e poi dal tribunale che respingeva l'appello avverso l'ordinanza GIP, per contrasto con gli artt. 3, 10, 13, 24 e 111 della Costituzione. Per la disamina della questione, dicono i giudici, vengono in rilievo le norme che per il primo periodo emergenziale hanno disposto, oltre al rinvio delle udienze, la sospensione *ex lege* del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto e, segnatamente, il comma 2 dell'art. 83 il quale chiarisce che "si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione dei provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la prosecuzione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali". La normativa emergenziale ha comunque individuato alcuni procedimenti per i quali, in considerazione delle connotazioni di urgenza, le disposizioni sulla sospensione dei termini non trovano applicazione, distinguendo ulteriormente tra procedimenti "ad urgenza asso-

luta” (da trattare in ogni caso) e procedimenti “ad urgenza relativa” (da trattare cioè solo su istanza di parte). Rientrano nella prima categoria i procedimenti di convalida dell’arresto, del fermo e dell’ordine di allontanamento dalla casa familiare, i procedimenti per cui nel periodo di sospensione ovvero nei sei mesi successivi scadono i termini di cui all’art. 304 comma 6, c.p.p., i procedimenti di estradizione per l’estero e quelli per la consegna di un imputato condannato all’estero in applicazione delle disposizioni in tema di mandato di arresto europeo, nonché i procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive. Nella seconda categoria rientrano invece i procedimenti nei quali le disposizioni sulla sospensione non operano quando “i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente chiedono che si proceda”.

A fondamento della propria richiesta di declaratoria di inefficacia della misura degli arresti domiciliari deduceva la difesa la piena assimilabilità di tale incombente ai procedimenti di convalida dell’arresto e del fermo e, dunque, ad urgenza assoluta. Tale assimilazione sembra poco persuasiva sia per la tassatività dei procedimenti considerati assolutamente urgenti sia per la funzione completamente diversa dei due istituti che è quella di sottoporre al controllo del giudice l’operato degli inquirenti - nel caso della convalida - e di consentire all’indagato il confronto con il giudice - nel caso dell’interrogatorio -. Ciò posto, sostengono i giudici della seconda sezione, che la sospensione dei termini prevista in ragione dell’emergenza sanitaria da Covid-19 si applica anche all’interrogatorio di garanzia la cui assunzione doveva avvenire entro il periodo di vigenza della sospensione e a condizione che l’indagato non abbia espressamente richiesto l’espletamento di tale atto. Ne consegue che risulta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 83 comma 3 lettera c) del D.L. 18 del 2020 in relazione agli artt. 3, 10, 13, 24, 11 Cost. nella interpretazione in cui, nel periodo emergenziale, la sospensione dei termini stabiliti per le indagini preliminari si applica anche al termine previsto per l’interrogatorio di garanzia, salvo richiesta dell’interessato.

Di non poco momento è, infine, la questione, ora al vaglio delle Sezioni Unite Penali, cui è stata rimessa con ordinanza di rimessione del 22 luglio 2020, se la sospensione dei termini di prescrizione di cui all’art. 83, comma 3 bis - vale a dire la prescrizione prevista per il giudizio di legittimità - operi con riferimento ai soli procedimenti che, tra quelli pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione, siano pervenuti alla cancelleria della stessa nel periodo tra il 09 marzo e 30 giugno 2020, o anche

con riferimento a tutti i procedimenti comunque pendenti in detto periodo, anche se non pervenuti nelle cancellerie tra le suddette date. Si tratta di una questione di notevole importanza pratica per la quale è fortemente auspicabile una rapida e sollecita definizione.

Eleonora Stefanelli

### Azione giudiziale di accertamento della maternità: la posizione della Cassazione sul difficile bilanciamento tra diritto al c.d. “parto anonimo” e diritto al riconoscimento dello *status filiationis*

Nota a Cassazione Civile n. 19824 del 22/09/2020.

#### I. Fatti di causa e motivi di ricorso

Il caso origina da una sentenza d’appello con la quale il giudice, aderendo alla posizione già assunta dal tribunale, ritiene sussistente e pienamente provato il legame di parentela biologica tra una madre ed un figlio.

Nel dettaglio, il soggetto, a seguito della morte della madre, esercita un’azione di accertamento giudiziale della maternità, ai sensi dell’art. 269 c.c. Ciò in quanto al momento del parto la donna aveva esercitato il diritto al c.d. “parto anonimo”. La conclusione cui perviene la Corte territoriale trova riscontro nel materiale probatorio raccolto, in quanto parte integrante di indizi considerati gravi, puntuali e concordanti.

La statuizione, tuttavia, viene ad essere impugnata dinanzi alla Cassazione, con lo scopo di vedere sancita la preminenza del diritto all’anonimato, quale scelta operata dalla donna al momento del parto. Segue deposito di controricorso a cura della parte resistente, qual è il figlio riconosciuto tale in primo e secondo grado di giudizio.

Nel dettaglio, il ricorso è ancorato ad un duplice ordine di motivazioni.

Con la prima motivazione, si rileva la violazione e falsa applicazione dell’art. 9 R.D. n. 798/1927, degli artt. 190, 191 e 269 del c.c., dell’art. 30 D.P.R. n. 396/200, dell’art. 93 D.Lgs. n. 196/2003 in ordine all’art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c. Altresì, in rapporto alla suddetta doglianza, parte ricorrente evidenzia che debba attribuirsi prevalenza al diritto della madre all’anonimato anche nell’ottica di un bilanciamento con l’interesse del figlio di accedere alle informazioni alle proprie origini. Ritenendo che tale argomentazione assuma maggior rilievo se la scelta iniziale della madre (circa il diritto al c.d. “parto anonimo”) non sia stata oggetto di revoca. Precisa, inoltre, che il decesso

della madre senza che la stessa abbia mai revocato l’opzione dell’anonimato non vale a legittimare il figlio nell’esercizio di un libero ed automatico accesso ai dati per conoscerne le generalità, stante il limite temporale fissato dal legislatore civile<sup>1</sup>. Il secondo motivo, invece, concerne la violazione e falsa applicazione del disposto di cui all’art. 269, comma 3 c.c. in riferimento all’art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. Al riguardo, si ritiene che le circostanze fattuali sulle quali il giudice di merito si è soffermato (nell’accertamento dello *status filiationis*) sono diverse rispetto a quelle dettate a livello normativo. Sostenendosi, sul punto, che la Corte d’Appello abbia operato prescindendo da accertamenti normativamente prescritti, fondando, in tal modo, la sua decisione su elementi meramente indiziari e, dunque, non effettivamente probatori<sup>2</sup>.

#### II. Un breve excursus normativo

Numerosi sono i riferimenti normativi che la Cassazione pone a fondamento della propria decisione, in quanto volti a disciplinare un importante diritto, qual è appunto il c.d. “parto anonimo”. Nello specifico:

- art. 30, comma 1, D.P.R. n. 396/2000, il quale intervenendo in tema di dichiarazione di nascita individua i soggetti tenuti ad eseguirla, quali “uno dei genitori, procuratore speciale, ovvero il medico o l’ostetrica o altra persona che ha assistito al parto”, fermo restando il rispetto della volontà della madre di non essere nominata;

- art. 93, comma 1, D.Lgs. n. 196/2003 a mente del quale “il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica ove riportanti i dati personali della madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata<sup>3</sup> possono essere rilasciati in copia integrale a chi ne abbia interesse solo quando siano decorsi cento anni dalla formazione del documento”;

- art. 28, comma 7, della legge n. 184/1983 che “non consente al soggetto adottato di accedere alle informazioni se non sia stato riconosciuto al momento del parto dalla madre biologica e qualora anche uno solo dei genitori naturali abbia manifestato la volontà di non essere nominato o abbia acconsentito all’adozione a condizione di rimanere anonimo”;

- allegato del D.M. n. 349 del 2001, il quale statuisce che deve essere riportato il codice 999<sup>4</sup> nell’ipotesi di donna che intenda partorire in anonimato.

#### III. Gli interventi di carattere giurisprudenziale

Importanti sono anche i riferimenti di carattere giurisprudenziale che il Supremo Consesso ha

inteso porre alla base del proprio *iter* logico-argomentativo, nell’ottica di un preciso intento. Ovvero delineare in maniera più approfondita e accurata la delicata tematica del diritto della madre all’anonimato, anche nell’ottica di un equo bilanciamento con l’accertamento del rapporto di filiazione, quale ulteriore interesse rivendicato dal figlio.

Interventi giurisprudenziali che vengono ripresi al fine di porre una risposta al primo e secondo motivo di ricorso.

Partendo dalla prima doglianza dedotta dalla ricorrente, i giudici di legittimità propendono per una sua inammissibilità.

In proposito, riprendono un importante precedente del Giudice Costituzionale, considerato pietra miliare in riferimento alla materia in questione e, dunque, in riferimento alla censura posta all’attenzione della Cassazione.

Si tratta della sentenza n. 278 del 2013, il cui pregio è stato quello di intervenire analizzando l’argomentazione di cui si dibatte sotto diverse angolazioni: parto anonimo e contenimento tra l’esigenza di anonimato dell’identità della madre e diritto del figlio a conoscere la verità biologica.

Per un verso, la Consulta riconosce la valenza costituzionale del diritto al c.d. “parto anonimo”, per altro, invece, rileva che lo stesso poggia su una importante esigenza, rappresentata da una adeguata “tutela della madre e del neonato da qualsiasi perturbamento” ben potendo quest’ultimo determinare pericoli per la salute psico-fisica o per l’incolumità di entrambi. Di qui, evidenzia che il diritto all’anonimato deve poggiarsi su solide basi affinché la nascita possa avvenire nelle migliori condizioni possibili.

Dunque, la Corte si muove lungo una chiara traiettoria: salvaguardare la vita e la salute, quali beni di indubbia rilevanza costituzionale.

È ben evidente, pertanto, che nella sentenza appena menzionata, il giudice nomofilattico ha inteso intervenire in chiave conciliativa, ovvero nel senso di meglio temperare e/o bilanciare la necessità di anonimato della madre con l’interesse del figlio ad avere informazioni circa le proprie origini<sup>5</sup>. Intervendendo, tuttavia, in merito ad un’ulteriore questione che ha destato non poche difficoltà: la possibilità di interpellare la madre, su richiesta del figlio, al fine di una eventuale revoca della dichiarazione iniziale di anonimato. E sul punto, la Corte Costituzionale ha offerto una risposta di segno negativo, nel senso di non ritenere ammissibile una automatica compressione o retrocessione della scelta della genitrice circa la sua intenzione a non essere nominata, pur non mancando di operare talune annotazioni. Queste ultime rispondono ad una precisa logica: evitare



che la scelta iniziale operata dalla madre si tramuti in una sorta di vincolo obbligatorio.

Al riguardo, la Consulta ha inteso specificare che ben possono profilarsi casi e/o situazioni in cui la revoca dell'anonimato può ritenersi pienamente operativa. Situazioni queste ultime, che, a detta dei giudici costituzionali, possono verificarsi allorché ricorra una totale corrispondenza tra la volontà reale, concreta ed effettiva della madre e la reversibilità della scelta iniziale di anonimato. E di qui viene in rilievo, nell'ambito degli interessi considerati, un diverso profilo cui si è già accennato in apertura del seguente paragrafo: il diritto del figlio all'accertamento dello *status filiationis*. Quest'ultimo, infatti, rappresenta un fondamentale tassello ai fini della costruzione dell'identità personale, connotando la vita di un individuo nella sua interezza.

Ne consegue che una condizione di incertezza sulle proprie origini biologiche può incidere negativamente nel processo di formazione della personalità di un soggetto, indipendentemente dall'età dello stesso. Di qui si comprende come il suesposto diritto sia inquadrabile nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo, venendo in rilievo gli artt. 2 della Costituzione e 8 CEDU<sup>6</sup>.

Appare opportuno, dunque, operare nell'ottica di un bilanciamento tra i suesposti interessi/valori di indubbia rilevanza costituzionale, sull'assunto che il legislatore ha inteso porre una tutela piena al diritto del figlio, riconoscendogli la possibilità di esercitare, anche in età adulta, l'azione di accertamento giudiziale della maternità (come della paternità). Con la precisazione che il diritto della madre a mantenere la riservatezza non può essere oggetto di un facile e generale affievolimento,

stante il suo valore centrale.

In proposito, la Cassazione pone l'accento su un importante distinzione con riguardo alla madre che ha scelto di mantenere l'anonimato: il caso in cui sia ancora in vita da quello in cui sia deceduta. Ciò nell'ottica dell'esercizio dell'azione giudiziale di accertamento della maternità.

Come abilmente sottolineato dallo stesso Collegio, la premessa fondamentale è data dal fatto che il diritto della madre all'anonimato è finalisticamente diretto a tutelare valori di preminente rilievo, quali la salute e la vita del nascituro nonché della madre, laddove la genitrice, in un momento di fragilità, potrebbe essere indotta ad effettuare scelte diverse esponendo sé stessa e il bambino a possibili rischi futuri.

Di qui, si impone, a detta della Corte, una maggiore salvaguardia della donna che compie la scelta di restare anonima al momento della nascita: evitare che il diritto al c.d. "parto anonimo" subisca limitazioni per l'intero periodo in cui la madre è in vita.

Dunque, la Cassazione attribuisce massima tutela al diritto all'anonimato, quale principio basilare, precisando che la sua operatività resta in piedi fintanto che la madre è in vita.

Diverso è, invece, il caso in cui l'azione di accertamento giudiziale della maternità intervenga dopo la morte della madre.

In tale situazione, difatti, gli Ermellini pervengono ad una conclusione opposta, ritenendo ammissibile, al ricorrere di una simile ipotesi, una compressione del diritto *de quo* (anonimato) in favore dell'accertamento del rapporto di filiazione. In proposito, vengono richiamati importanti precedenti concordanti nello stabilire che "la

tutela dei diritti alla vita ed alla salute, quale esigenza posta alla base della scelta dell'anonimato, viene meno per effetto alla morte della genitrice<sup>7</sup>; il che fa sì che non ricorrano più elementi di ostacolo per la conoscenza dello *status filiationis* nonché per l'esercizio dell'azione tesa a riconoscere lo *status* di figlio naturale<sup>8</sup> (ex art. 269 c.c.).

Per quanto concerne il secondo motivo posto a fondamento del ricorso, anche in tal caso i giudici giungono ad un rigetto dello stesso.

In particolare, osservano che in tema di mezzi volti a provare la genitorialità naturale il disposto normativo di cui all'art. 269 c.c. prevede anche il ricorso ad elementi presuntivi i quali, valutati complessivamente e in base al criterio dell'*id quod plerumque accidit*, sono ugualmente idonei a fornire un rigoroso e completo accertamento della maternità.

#### IV. Soluzione del caso e principio di diritto

Il Supremo Consesso accoglie la posizione del figlio, quale parte resistente, aderendo in tal modo alla pregressa soluzione offerta dai giudici, sia in primo che in secondo grado.

Difatti, la Cassazione sottolinea che i giudici di merito hanno correttamente accertato il rapporto di filiazione tra i due soggetti coinvolti nella questione in esame.

Valutazione che ha avuto luogo sulla scorta di specifiche circostanze pienamente probanti: l'acclarata condotta del preteso genitore che lo ha trattato, sin dalla tenera età, alla pari dei suoi altri figli, l'esternazione di tale rapporto nella sfera sociale, le risultanze di una consulenza immunematologica eseguita su campioni biologici di stretti parenti del presunto genitore<sup>9</sup>, la deposizione di testi non legati da vincoli di parentela e/o affinità con l'istante e/o richiedente nonché verbale di testamento olografo della madre.

Di qui, gli Ermellini hanno ritenuto non meritevoli di accoglimento le censure poste a fondamento del ricorso per Cassazione, considerandole in evidente contrasto con il disposto di cui all'art. 269, comma 2, c.c. Difatti, quest'ultimo dato normativo ammette il ricorso ad ogni mezzo probatorio al fine di provare la maternità o paternità. In linea con il principio della libertà della prova, propriamente prescritto dall'art. 269 c.c., secondo il quale non è da ritenersi ammissibile una gerarchizzazione dei mezzi di prova e, conseguentemente, una tassativa limitazione di taluni strumenti piuttosto che di altri nella dimostrazione della paternità o maternità naturale.

Pertanto, viene sancito il principio di diritto secondo cui l'azione giudiziale di accertamento della maternità trova accoglimento anche nell'ipotesi in cui la madre abbia esercitato, al momen-

to del parto, il diritto all'anonimato. Ciò in quanto la scelta iniziale di riservatezza può essere oggetto di revoca sopravvenuta da parte della madre ovvero può ritenersi non più valida nel caso in cui la madre muoia, atteso che il presupposto fondante il diritto al c.d. "parto anonimo" resta in piedi fintanto che la stessa è in vita.

Dunque, nell'ipotesi di parto anonimo, il decesso della madre consente un abbattimento della barriera temporale prevista in tema di conoscenza e/o accesso ai dati personali che rendono possibile l'accertamento della verità biologica.

- 1 Art. 93, primo comma, D.Lgs. n. 196/2003.
- 2 Più nel dettaglio, la ricorrente ritiene che la Corte d'Appello non abbia proceduto ad un accertamento dell'identità di colui che si ritiene figlio e, dunque, del soggetto che fu partorito dalla donna che assume essere sua madre nonché dello stato e dei tempi di gravidanza della stessa.
- 3 Sulla facoltà della madre di non essere nominata rileva, inoltre, il dato normativo di cui all'art. 30, comma 1, del D.P.R. 3 novembre n. 396 del 2000.
- 4 Il Codice 999 indica "Donna che non vuole essere nominata".
- 5 Sul punto, viene in rilievo l'art. 8 CEDU propriamente intitolato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare", il quale recita testualmente quanto segue: "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui".
- 6 Collegamento normativo che viene ad essere evidenziato dai giudici di legittimità nella sentenza oggetto di disamina, precisando che la giurisprudenza comunitaria ha inteso precisare che anche il diritto di un figlio all'accertamento delle proprie origini rientra nella nozione di vita privata, dovendosi richiamare proprio il disposto di cui all'art. 8 CEDU.
- 7 In proposito, viene riportata la sentenza del 25 settembre 2012, Godelli contro Italia con la quale la Corte di Strasburgo ha rilevato una violazione dell'art. 8 CEDU con riguardo ad un caso in cui l'Italia non aveva attribuito ad un figlio adottivo e non riconosciuto al momento della nascita la possibilità di accedere ad informazioni non identificative circa le sue origini o la reversibilità dell'anonimato. Dunque, il giudice comunitario ha ritenuto che l'Italia abbia operato nell'ottica non già di un equo temperamento dei diversi diritti coinvolti bensì in disaccordo al principio di proporzionalità, non garantendo in tal modo un equilibrio tra gli interessi oggetto della causa.
- 8 Sul punto, Cass. n. 24292 del 2016; Cass. n. 11887 del 2017; Cass. n. 4020 del 2017.
- 9 Argomentazioni sostenute da Cass. n. 15024 del 2016; Cass. 22838 del 2016; Corte EDU 13 febbraio 2003, Odievre c. Francia.
- 8 Nella sentenza oggetto di disamina viene osservato come la suesposta soluzione si ponga in conformità con quelli che sono i fondamenti costituzionali, rilevando in proposito gli artt. 2, 30, 24 117 della Costituzione, nonché con i dati di derivazione comunitaria. In relazione a quest'ultimo punto, fondamentale è l'art. 8 CEDU laddove si pone, quale fine primario, quello di salvaguardare l'individuo da arbitrarie ingerenze dei pubblici poteri, nell'ottica di un effettivo rispetto della vita privata. E, come già più volte affermato, non può non considerarsi sul punto il diritto a proporre le azioni che l'ordinamento garantisce per l'accertamento del rapporto di filiazione.
- 9 Sul punto, rileva una importante pronuncia della Cassazione a mente della quale le suesposte condizioni rappresentano delle vere e proprie circostanze indiziarie. Si tratta della sentenza n. 1279 del 2014.

## Dottrina

Carla Gorga ed Emanuele Gorga

### Contagio Covid-19: la responsabilità penale del datore di lavoro

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha dato vita ad una serie di questioni giuridiche con implicazioni in ambito penalistico, uno degli aspetti più significativi è sicuramente il contagio da Covid sul luogo di lavoro. Il datore di lavoro, garante della tutela fisica del lavoratore sui luoghi di lavoro nel caso di un ipotetico contagio, potrebbe essere assoggettato ad accertamenti in merito alle responsabilità penali da parte della Procura della Repubblica, facendo scattare l'applicazione delle previsioni del D.Lgs. 231/2001.

Il Decreto "Cura Italia", considera il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro, pertanto il datore di lavoro è penalmente esposto alla responsabilità penale ulteriormente aggravata dalle norme antinfortunistiche, laddove non siano state adottate tutte le misure precauzionali relative al contagio, cagionando la malattia o la morte del lavoratore.

Laddove si possa accertare che l'inosservanza delle misure antinfortunistiche sia stata la causa della malattia del lavoratore, il datore di lavoro dovrà rispondere del reato di lesioni personali gravi o gravissime ai sensi dell'art. 590 c.p., salvo naturalmente ipotesi di malattia lieve guaribile in 40 giorni, nel qual caso scatterebbe anche la procedibilità a querela; oppure di omicidio colposo ai sensi dell'art. 589 c.p. qualora al contagio sia seguita la morte.

Tali responsabilità da parte del datore di lavoro derivano in primo luogo dall'art. 2087 c.c., al quale si affiancano le disposizioni previste dal D.Lgs. 81/2008 (T.U. salute e sicurezza sul lavoro) in particolare dall'art. 18 che pone a carico del datore di lavoro specifici obblighi, come ad esempio fornire ai lavoratori i dispositivi di protezione individuale, informare i lavoratori dei rischi a cui sono esposti e l'art. 271 che impone al datore di lavoro anche la valutazione del rischio biologico. Il solo fatto di trascurare gli obblighi previsti dal D.Lgs. 81/2008 comporta sanzione penale, in forma di arresto o di ammenda, a prescindere dal fatto che si siano verificati o meno gli infortuni. Di recente, il DPCM del 26 aprile 2020 all'art. 2, impone alle aziende che hanno proseguito la loro attività, di adottare tutte le misure necessarie a prevenire ed eventualmente a contenere il contagio da Covid-19, informando i dipendenti sulle modalità di accesso e di uscita dalle aziende, sull'accesso dei fornitori esterni, sulla pulizia e sanificazione, nonché sulle precauzioni igienico per-

sonali, e sulla gestione degli spazi comuni. Se il datore di lavoro, non si prodiga per impedire il contagio da Coronavirus, allora si profila per lui una condotta omissiva, penalmente rilevante, ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p., qualora sia possibile ravvisare un nesso di causalità tra la sua indolenza e l'evento contagio.

Dimostrare invece che, l'infezione sia avvenuta in occasione del lavoro è tutt'altro che semplice, le sole presunzioni, in teoria, non potrebbero reggere da sole l'accusa in sede penale, dove vige il principio di presunzione di innocenza e l'onere della prova è a carico del PM (art. 27 comma 2, Cost.), però è opportuno fare un appunto, e cioè, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con sentenza 7 ottobre 1988 - Salabiaku vs Francia, ha ritenuto che le presunzioni legali possono essere compatibili con la presunzione di innocenza di cui all'art. 6 CEDU, purché confinate entro limiti ragionevoli ed ammettano la prova contraria ove siano presunzioni semplici, queste potranno assumere rilievo come indizi e potranno essere adoperate ai fini di prova del nesso di causalità solo se gravi, precise e concordanti, secondo una logica contro fattuale che consenta di escludere l'esistenza di altre cause di contagio rispetto alla necessità di dimostrare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533 c.p.p.).

Ai fini della valutazione del nesso causale, è importante considerare un altro fattore, e cioè che il periodo di tempo intercorrente tra il contagio e lo sviluppo dei sintomi clinici varia tra 2 e 11 giorni fino ad un massimo di 14 giorni, in un arco di tempo così variabile è probabile che possano esserci anche fattori estranei a quella che è la dimensione del lavoro, come ad esempio fonti di contagio che potrebbero essere presenti negli ambienti domestici o anche in altri luoghi o ancora il comportamento dell'interessato che non osserva diligentemente tutti i protocolli di prevenzione.

Tutto ciò però, non deve comportare, da parte dei datori di lavoro, un inadempimento degli obblighi precauzionali, in quanto, in relazione alla loro leggerezza, potrebbe aumentare la possibilità di ravvisare un nesso causale tra il loro comportamento negligente ed il contagio del lavoratore. Potremmo anche dire che, nei casi di gravi violazioni delle regole cautelari, si potrebbe trascendere da una responsabilità omissiva colposa ad una ipotesi dolosa, soprattutto nella formazione del dolo eventuale, ad esempio si pensi al caso in cui l'imprenditore non essendosi adeguato alle norme anticontagio di prevenzione riapre la sua azienda richiamando i lavoratori per riavviare la produzione confidando che nessuno si contagherà

(colpa cosciente), oppure accettando il rischio che tra loro possa diffondersi un contagio (dolo eventuale). Quindi, per il principio generale della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, in relazione al combinato disposto degli artt. 40 e 42 del c.p., per rispondere in sede penale di un evento occorre che quest'ultimo fosse prevedibile ed evitabile da chi era investito dell'obbligo giuridico di impedirlo, e disquisendo di responsabilità penale del datore di lavoro, considerando il principio di tassatività, in funzione del quale nessuno può essere chiamato a rispondere in sede penale di un fatto che non sia espressamente previsto come reato, in questo caso quale reato si può ipotizzare in caso di contagio da covid 19. Secondo la giurisprudenza il contagio viene equiparato alla malattia che forma oggetto del reato di lesioni personali previste dall'art. 590 c.p., intendendo per malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo.

Il predetto principio viene ribadito dall'art. 42 del D.L. 18/2020 (Decreto "Cura Italia"), così come anche dalla circolare INAIL n. 13 del 03/04/2020, in cui si precisa che il contagio da Covid 19 deve essere trattato dal datore di lavoro, così come dall'INAIL, come un infortunio, ma una "malattia" così definita è una condizione necessaria ma ancora non sufficiente per ipotizzare in capo al datore di lavoro una responsabilità penale, occorrerà valutare se in capo al datore di lavoro vi fosse un obbligo giuridico di evitare l'evento lesivo.

Al fine di poter contestare al datore di lavoro la responsabilità penale legata alla relativa malattia, occorrerà dimostrare che in capo al medesimo vi sia un profilo di colpa in questo senso, in particolare di colpa specifica per violazione di legge, dunque la violazione di norme cautelari, con ciò non si arriverà sicuramente ad una diminuzione della tutela della persona offesa contagiata, gravata dell'onere di dimostrare la violazione della norma cautelare da parte del datore di lavoro, ma si tratterà semplicemente di tener conto che non si può esigere che qualcuno venga chiamato a rispondere in sede penale di eventi lesivi che per legge non era tenuto ad evitare, riferito naturalmente a qualsiasi rischio di natura lesiva che si possa concretizzare nell'ambito dell'attività produttiva ed a maggior ragione per quanto riguarda il contagio da Covid-19. Dunque il datore di lavoro è tenuto, a rischio di risponderne in sede penale, a rispettare le prescrizioni normative dettate dal D.Lgs. 81/2008 in materia di sicurezza che impongono le relative norme cautelari ma, per converso, laddove egli osservi le predette prescrizioni e occorra un infortunio o il contagio, risulterà difficile per il pubblico ministero ipotizzare a suo carico qualsiasi responsabilità di natura penale, difettando la

colpa consistente nella violazione di una norma cautelare. Di conseguenza, vale anche il caso opposto, e cioè un datore di lavoro che non si attiene a tutte le disposizioni previste dal decreto di sicurezza, si espone ad una miriade di norme cautelari e quindi di incorrere in sanzioni penali. L'osservanza da parte del datore di lavoro delle norme sulla sicurezza, può evitargli qualunque conseguenza di natura penale. In conclusione, il quadro normativo prospettato suggerisce che l'ipotesi che il datore di lavoro venga chiamato a rispondere in sede penale per il contagio da Covid-19 occorso in ambienti di lavoro è fondata. Il contagio da Covid-19 viene trattato nel nostro ordinamento alla stregua di una "malattia" costituente l'elemento materiale di cui agli artt. 589-590 del c.p., ovvero lesioni personali colpose o omicidio colposo.

#### Bibliografia

D.Lgs. 231/2001 (Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche);  
D.Lgs. 81/2008 (Testo Unico sulla Sicurezza sul posto di lavoro);  
Cass. SS. UU., Sent. n. 38343/14;  
Cass. Pen., Sez. IV, Sent. n. 31210/2016.

Eliana Libroia e Gaetano Riccio

### La frode informatica alla luce degli interventi legislativi e delle pronunce della giurisprudenza più recenti

Il reato di frode informatica di cui all'art. 640 *ter* c.p. è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 10 della legge 23 dicembre 1993, n. 547<sup>1</sup>. Il legislatore degli anni '90 del secolo scorso ha rispettato la struttura del codice penale del 1930 - fondato sul principio del bene giuridico tutelato - considerando le varie manifestazioni della criminalità informatica quali modalità singolari di aggressione a beni giuridici già riconosciuti come meritevoli di protezione.

Nel dettaglio, nel testo dell'art. 640 *ter* c.p. si evidenziano le peculiarità della frode informatica, realizzata mediante la manipolazione di dati che sia finalizzata a interferire in maniera abusiva con il funzionamento di supporti informatici e diretta a trarre un illecito arricchimento con altrui danno senza l'induzione in errore della vittima, come avviene invece nel caso della truffa.

L'introduzione di una fattispecie ad hoc per la descritta condotta criminosa è stata ritenuta necessaria a fronte delle lacune normative all'epoca vigenti. Nel dettaglio, dalla disamina dei primi due commi dell'art. 640 *ter* c.p. emerge come il legislatore abbia preso a modello la truffa, come peraltro sottolineato dalla Relazione governativa al DDL.

Proprio per tale ragione una parte della dottrina ha ritenuto l'espressione "frode" ambigua, considerando più corretto parlare di "truffa informatica".

È probabile che la scelta del legislatore a favore del termine "frode" invece che "truffa" sia stata motivata proprio dall'obiettivo di porre in risalto, da un lato, la diversità strutturale e, dall'altro, la vicinanza concettuale fra le due fattispecie astratte di reato.

Con la legge 23 dicembre 1993, n. 547 non è stata, però, riconosciuta rilevanza penale alle ulteriori tipologie di frode informatica, consistenti nell'uso indebito di una carta di debito o di credito, che sono state oggetto di un provvedimento specifico, ovverosia la legge 5 luglio 1991, n. 197<sup>2</sup>, successivamente confluita nel D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231<sup>3</sup>.

Ancora, fra gli interventi normativi successivi, deve citarsi la legge 18 marzo 2008, n. 48<sup>4</sup> che ha introdotto l'art. 640 *quinquies* c.p., dedicato alla "Frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica".

La disposizione per ultimo citata, quantunque sia stata collocata - accanto ai delitti di truffa e di frode informatica - fra i reati contro il patrimonio mediante frode, per l'indirizzo ermeneutico prevalente si allontana in maniera notevole da tali paradigmi di incriminazione.

Infatti, nei propositi del legislatore l'introduzione dell'art. 640 *quinquies* c.p. è stato motivato dall'insufficienza della fattispecie di cui all'art. 640 *ter* c.p. e della lacuna che si sarebbe formata rispetto all'attività di certificazione.

Nondimeno, l'eterogeneità della novella rispetto ai modelli che avrebbe dovuto perfezionare emerge tanto in relazione ai requisiti oggettivi della fattispecie quanto in riferimento al bene giuridico oggetto di tutela.

Dal dettato dell'art. 640 *quinquies* c.p. si evince come la fattispecie incriminatrice sia riconducibile alla categoria dei reati propri, dato che può essere commessa solo da un soggetto qualificato. Peraltro, si tratta di un reato di mera condotta - la legge richiede, infatti, la commissione della condotta criminosa senza che sia necessario che da quest'ultima discenda un evento, nonché il dolo specifico, dato che l'agente deve operare per un fine particolare - modellato dal legislatore per predisporre una tutela anticipata agli interessi che potrebbero essere compromessi dalla condotta violatrice degli obblighi imposti in materia di certificazione elettronica qualificata.

La descrizione del reato sembra essere plasmata sul modello delle norme penali in bianco e, *de facto*, la condotta tipica è descritta mediante il richiamo a principi normativi esterni rispetto alla

stessa fattispecie incriminatrice e, in particolare, al dettato dell'art. 32 del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82<sup>5</sup>. Non può essere ricondotto all'ambito di operatività dell'art. 640 *quinquies* c.p. qualsiasi criterio intrinseco di "fraudolenza" che connota, invece, le fattispecie di frode.

Ancora, il primo comma dell'art. 7 della legge 18 marzo 2008, n. 48 ha introdotto nel D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 236 l'art. 24 *bis*<sup>7</sup>, rubricato "Delitti informatici e trattamento illecito di dati", facendo salvo quanto prescritto dall'art. 24 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 per le fattispecie di frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico.

Ciò ha determinato l'esclusione del reato di cui all'art. 640 *ter*, comma 1, c.p. dalle ipotesi di responsabilità da reato degli enti quando la condotta tipica non sia stata commessa in danno dei soggetti pubblici.

Questa carenza di armonizzazione è stata parzialmente sanata dall'art. 9, comma 2, D.L. 14 agosto 2013, n. 93<sup>8</sup> che ha aggiunto fra le ipotesi di reato presupposto di responsabilità dell'ente le condotte di cui all'art. 55, comma 9<sup>9</sup>, D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231, come pure la fattispecie di cui all'art. 640 *ter*, comma 3, c.p., ai sensi del quale "la pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 600 a euro 3.000 se il fatto è commesso con furto o indebito utilizzo dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti".

Ciononostante continua l'estromissione dell'ipotesi base di frode informatica dai reati presupposto della responsabilità dell'ente. Inoltre, inizialmente la frode informatica era perseguibile a querela di parte nell'ipotesi base e procedibile d'ufficio in ipotesi di riscontro di una delle circostanze previste dall'art. 640 *ter*, comma 2 e 3, c.p. o di qualsiasi altra circostanza aggravante.

L'art. 9 del D.Lgs. 10 aprile 2018, n. 36<sup>10</sup> ha reso il delitto perseguibile a querela di parte anche in ipotesi di circostanze aggravanti, salvo che siano presenti le circostanze indicate dall'art. 640 *ter*, comma 2 e 3, c.p. o le aggravanti comuni della minorata difesa, in caso di approfittamento delle circostanze di persona, anche in riferimento all'età - ai sensi dell'art. 61, n. 5, c.p. - e del danno patrimoniale di rilevante gravità - *ex art.* 61, n. 7, c.p. - in presenza delle quali il reato resta procedibile d'ufficio.

Relativamente ai fatti perseguibili a querela *ex art.* 640 *ter*, comma 4, c.p. si procede d'ufficio nelle ipotesi in cui siano ravvisabili le circostanze aggravanti ad effetto speciale.

In particolare, l'art. 12 del D.Lgs. 10 aprile 2018, n. 36 ha sancito che, limitatamente ai reati un tempo procedibili d'ufficio ed attualmente divenuti perseguibili a querela e commessi prima del-

l'entrata in vigore del citato decreto, il termine per la presentazione della querela decorre dal 9 maggio 2018 se la persona offesa abbia avuto previamente notizia del fatto costituente il reato.

Allorché sia pendente il procedimento, l'organo inquirente nel corso delle indagini preliminari o il giudice dopo l'esercizio dell'azione penale devono rendere edotta la persona offesa della facoltà di esercitare il diritto di querela.

In quest'ultima situazione il termine decorre da quando la persona offesa sia stata informata.

Inoltre, relativamente al momento consumativo della frode informativa, secondo l'indirizzo oggettivo-economico degli eventi naturalistici, esso dovrebbe essere individuato nella materiale *deminutio patrimonii*.

In altri termini, non è sbagliato affermare la rilevanza della conseguenza ultima sul patrimonio del soggetto passivo e l'accrescimento del patrimonio del soggetto attivo.

Da un punto di vista giurisprudenziale, secondo il supremo consesso<sup>11</sup>, il momento consumativo della frode informatica può identificarsi nel "luogo di esecuzione della attività manipolatoria del sistema di elaborazione dei dati".

Unicamente in via subordinata sarà legittimo prendere in considerazione il luogo in cui il profitto è stato tratto. Dunque, può sostenersi che la descrizione dell'evento in termini patrimoniali permetta di porre in risalto la natura di reato di evento di danno della fattispecie astratta di cui all'art. 640 *ter* c.p. Nella specie, ragionando diversamente, si andrebbe incontro al rischio di anticipare la soglia della punibilità alla fase della mera probabilità di verificazione del pregiudizio, novellando in via interpretativa il delitto in commento e trasformandolo da reato di danno a reato di pericolo.

Inoltre, seguendo quest'ultima ricostruzione, non si fornirebbe una risposta esauriente alla questione legata al *tempus* e al *locus commissi delicti*.

In particolare, gli Ermellini<sup>12</sup> sono inclini a considerare consumata la frode informatica "nel momento in cui l'agente consegue l'ingiusto profitto con correlativo danno patrimoniale altrui", quantunque non vada dimenticato che la stessa giurisprudenza di legittimità nel ribadire questo fondamento ha ravvisato quale criterio di collegamento della competenza "il luogo di esecuzione della attività manipolatoria del sistema di elaborazione dei dati o il luogo di esecuzione della alterazione del funzionamento del sistema. Per vero nei succitati casi scrutinati è dato rilevare la corrispondenza tra cronologica e spaziale tra l'attività frodatrice del soggetto attivo (di alterazione o manipolazione del sistema informatico) e il conseguimento del profitto. Per vero la tipizzazione normativa

della condotta concerne precipuamente il conseguimento del profitto ingiusto, rispetto al quale si pongono in alternativa le strumentali condotte di alterazione del sistema informatico e di intervento, o accesso, abusivi, senza diritto con qualsiasi modalità (art. 640 *ter* c.p., comma 1)<sup>13</sup>.

Tale principio emerge in molteplici pronunce, malgrado non siano mancate decisioni in cui il supremo consesso si sia espresso in modo diverso.

A titolo puramente esemplificativo, la Cassazione con la sentenza del 4 ottobre 1999, n. 3065 ha individuato il momento consumativo della frode informatica nel conseguimento materiale da parte del soggetto attivo di un ingiusto profitto e nel verificarsi del danno altrui.

Nella stessa sentenza i giudici di piazza Cavour hanno considerato integrato il requisito del danno - e, dunque, consumato il delitto di cui all'art. 640 *ter* c.p. - nella mera esposizione debitoria della società colpita dalla condotta fraudolenta, essendo trascurabile che l'effettivo pagamento non fosse stato ancora realizzato.

In altre occasioni<sup>14</sup>, invece, i giudici del Palazzaccio hanno anticipato il momento consumativo, individuandolo nell'intervento abusivo sui dati del sistema che sia idoneo a determinare un'alterazione del suo funzionamento.

.....

- 1 La legge 23 dicembre 1993, n. 547, recante "Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica", è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 30 dicembre 1993, n. 305.
- 2 La legge 5 luglio 1991, n. 197, rubricata "Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 3 maggio 1991, n. 143, recante provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio", è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 6 luglio 1991, n. 157.
- 3 Il D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231, recante "Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 14 dicembre 2007, n. 290.
- 4 La legge 18 marzo 2008, n. 48, rubricata "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno", è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 4 aprile 2008, n. 80<sup>o</sup>.
- 5 Il D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, denominato "Codice dell'amministrazione digitale", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 16 maggio 2005, n. 112.
- 6 Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, recante "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 19 giugno 2001, n. 140.
- 7 In tale previsione normativa si legge che: "In relazione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 615 *ter*, 617 *quater*, 617 *quinquies*, 635 *bis*, 635 *ter*, 635 *quater* e 635 *quinquies* del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da cento a cinquecento quote. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 615 *quater* e 615 *quinquies* del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria sino a trecento quote. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 491 *bis* e 640 *quinquies* del codice penale, salvo

quanto previsto dall'art. 24 del presente decreto per i casi di frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico, e dei delitti di cui all'art. 1, comma 11, del Decreto Legge 21 settembre 2019, n. 105, si applica all'ente la sanzione pecuniaria sino a quattrocento quote. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, lettere a), b) ed e). Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 2 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, lettere b) ed e). Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 3 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, lettere c), d) ed e).

8 Il D.L. 14 agosto 2013, n. 93, rubricato "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 16 agosto 2013, n. 191 ed è stato convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 15 ottobre 2013, n. 119.

9 Nel comma indicato si leggeva che: "Chiunque, al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 310 a 1.550 euro. Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto per sé o per altri, falsifica o altera carte di credito o di pagamento o qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, ovvero possiede, cede o acquisisce tali carte o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati, nonché ordini di pagamento prodotti con essi".

10 Il D.Lgs. 10 aprile 2018, n. 36, rubricato "Disposizioni di modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 16, lettere a) e b), e 17, della legge 23 giugno 2017, n. 103", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 24 aprile 2018, n. 95.

11 Cass. Pen., Sez. III, 24 maggio 2012, n. 23798, in CED Cassazione, 2012, p. 1 ss.

12 Cass. Pen., Sez. VI, 4 ottobre 1999, n. 3065, in Riv. Pen., 2000, p. 226 ss.

13 Cass. Pen., Sez. I, 7 novembre 2014, n. 46101, in CED Cassazione, 2014, p. 1 ss.

14 Tra le altre, Cass. Pen., Sez. II, 25 gennaio 2011, n. 6958, in CED Cassazione, 2011, p. 1 ss.

Andrea Milo

### L'illegittimità del diniego di autorizzazione paesaggistica in sanatoria ai sensi dell'art. 167 del D.Lgs. 42/2004 privo di specifici riferimenti all'intervento e allo stato dei luoghi circostanti

L'autorizzazione paesaggistica costituisce un atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio. Essa è disciplinata all'art. 146 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio che ne definisce il procedimento.

Infatti, per qualsiasi progetto di opere la cui esecuzione ricade in aree sottoposte a vincolo paesaggistico, sussiste l'obbligo dei soggetti interessati di avviare un'istanza e sottoporre l'intervento a valutazione da parte dell'ente competente (regione o comune), affinché ne sia accertata la compatibilità paesaggistica e ne sia rilasciata la relativa autorizzazione.

Nelle aree sottoposte a vincolo paesaggistico ai sensi dell'autorizzazione paesaggistica è obbligatoria per l'esecuzione di ogni tipo di intervento edilizio che possa arrecare "pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione".

Il primo passo atto a stabilire se sussiste l'obbligo di procedere con l'istanza di autorizzazione paesaggistica è quello di verificare se gli interventi, per i quali si vuole procedere alla loro realizzazione, ricadono in aree soggette a tutela paesistica.

Lo strumento urbanistico di riferimento per la verifica dei vincoli paesaggistici è il Piano Paesaggistico Regionale all'interno del quale sono identificate, sulle cartografie, le aree sottoposte a vincolo paesaggistico.

Dopo avere accertato se il territorio dove andranno realizzati degli interventi edilizi è sottoposto al vincolo si dovrà valutare se questi interventi sono compatibili con le norme previste dal piano. La verifica della compatibilità paesaggistica degli interventi è condotta ai sensi dell'art. 146 D.Lgs. 42/04, sulla base dei contenuti esplicitati nel D.P.C.M. 12 dicembre 2005 "Individuazione della documentazione necessaria alla verifica della compatibilità paesaggistica degli interventi proposti, che definisce le finalità, i criteri di redazione ed i contenuti della relazione paesaggistica".

Se la compatibilità viene garantita, l'organo competente rilascia l'autorizzazione.

Cosa succede quando si richiede un accertamento di conformità (permesso di costruire in sanatoria o) per interventi realizzati in maniera difforme dal titolo abilitativo?

In questi casi il Codice dei Beni Paesaggistici (art. 167) non consente il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica a sanatoria quando il manufatto realizzato in assenza di valutazione di compatibilità abbia determinato la creazione o l'aumento di superfici utili o di volumi.

La logica della norma è quella di costituire un più solido deterrente contro gli abusi (al fine di prevenirli) dei privati (verificatisi nel recente passato in dimensioni notevoli sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo), a tutela di beni costituzionalmente protetti. Tuttavia, la recente giurisprudenza dei TAR e del Consiglio di Stato hanno fatto chiarezza sui concetti di "volume e superficie utile" al fine di interrompere un ricorso smodato e stereotipato da parte delle P.A. al provvedimento del diniego di autorizzazione per la sola motivazione di aver creato superfici o volumi, incorrendo, non di rado, in una cattiva interpretazione della norma di cui al comma 4 lettera a) dell'art. 167 del D.Lgs. 42/2004.

Come ha avuto modo di chiarire il Tribunale Amministrativo per la Campania, Sez. VIII, con la sentenza del 1° febbraio 2018, n. 712, la nozione

di "volume utile" (come anche quella di superficie utile) è diversa ai fini urbanistici e ai fini paesistici. Mentre ai fini urbanistici attraverso il volume utile viene misurata la consistenza dei diritti edificatori, nei giudizi paesistici è utile solo il volume percepibile come ingombro alla visuale o come innovazione non diluibile nell'insieme paesistico. Un volume irrilevante ai fini urbanistici potrebbe creare un ingombro intollerabile per il paesaggio, e in questo caso sarebbe senz'altro classificabile come utile in base ai parametri estetici attraverso cui viene data protezione al vincolo paesistico. Reciprocamente, un volume utile ai fini urbanistici potrebbe non avere alcun impatto sul paesaggio, e dunque, in assenza di danno per l'ambiente, non potrebbe costituire un presupposto ragionevole per l'applicazione di una misura. Della stessa opinione il Consiglio di Stato con la decisione n. 1201/2016 con la quale confermava la sentenza emessa dal TAR Piemonte proprio in riferimento all'illegittimità del provvedimento di diniego dell'autorizzazione paesaggistica, affermando che: "la valutazione discrezionale dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo paesaggistico, va necessariamente riferita alla circoscritta realtà dei luoghi nei quali il manufatto considerato viene ad inserirsi. Con la conseguenza che il giudizio di comparazione dell'opera al contesto da difendere va compiuto tenendo presenti le reali ed attuali condizioni di sistema dell'area in cui il manufatto è inserito".

Angelo Mondelli

### Il principio di legalità nel Diritto Penale, profili storici ed evoluzione dottrinale

Preliminarmente occorre interagire con la generale nozione del "principio di legalità", che trova la sua fondamentale qualificazione nel raffronto operabile fra le sue due possibili accezioni: quale dovere del soggetto privato di osservare la legge e quale limite all'esercizio dei pubblici poteri da parte della pubblica amministrazione e della giurisdizione, esercizio che deve rispondere ai fini ed alle modalità dettate dalla legge stessa (legalità sostanziale), secondo attribuzioni funzionali che hanno origine solo in forza di una norma preesistente (legalità formale).

La legge parimenti definisce la cornice esterna dell'autonomia dei privati, che può trovare una sua libera esplicazione nello stretto alveo dei suoi confini, secondo l'idea che tutto ciò che non è vietato è lecito, principio già sancito dall'art. 5 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del

1789. Nello stato liberale, basato sulla supremazia della legge e sulla soggezione ad essa di ogni altro potere, pubblico o privato che fosse, il principio di legalità trova una sua più compiuta valenza nel diritto penale, quale limite alla potestà punitiva dello Stato, un principio rinvenibile ancor prima dell'illuminismo nell'art. 39 della *Magna Charta Libertatum* del 1215 di Giovanni Senzaterra, quale fondamento della potestà pubblica di incidere sulle posizioni soggettive dei privati, riducendole o ampliandole, attraverso una sanzione applicabile avverso comportamenti difformi dalla legge.

Lo Stato, che si identifica nella comunità dei cittadini, rende tangibile l'idea di eguaglianza e di cessione della sovranità ad una entità collettiva secondo la visione di autori come Locke, con la sua opera *Two Treatises of Government* del 1690, mentre la contrapposizione degli organi indipendenti mediante i quali tale sovranità viene esercitata, implica la necessità che il funzionamento degli stessi sia soggetto alla legge, promanante dal popolo sovrano tramite i suoi rappresentanti, così come teorizzato da Montesquieu nel *L'Esprit des lois* del 1748, opera nella quale viene elaborata la teoria della separazione dei poteri. Il concetto che ogni provvedimento impositivo debba trovare origine dall'organo legislativo resta tale fino alla Rivoluzione francese. In tale contesto storico, il principio di legalità viene delineato da Cesare Beccaria, che con *De' delitti e delle pene*, afferma il primato della legge in campo penale. Al fine di avere un quadro normativo generale ed astratto ricadente in un più ampio "sistema giurisdizionale", volto a regolare sia il comportamento dei privati che quello dei pubblici poteri, che agisce in conformità della legge, è necessario passare attraverso la legittimazione dalla Carta Costituzionale, una legittimazione che è stata il frutto di un articolato processo evolutivo, sino dall'avvento delle prime forme di diritto positivo. Facendo un ampio uso dell'analogia in campo penale, il diritto romano e quello medievale non furono certamente caratterizzati dall'affermarsi del principio in disamina.

Solo nel XVII secolo si assistette ad interventi volti ad affermare e rendere effettiva la creazione di una legislazione penale basata sulla legalità. Sulla scorta dei già citati lavori di Montesquieu e del Beccaria, antesignani del principio di legalità, al potere legislativo viene affidata la potestà di porre in essere sia le scelte penali che l'entità delle pene da comminare. Nel belpaese, dopo due primi accoglimenti nel Codice del Regno delle due Sicilie del 1819 e nel Codice Parmense del 1820, il principio di legalità trovò una sua primordiale collocazione nello Statuto Albertino.

L'art.26 del citato Statuto, stabiliva che “nessuno può essere arrestato o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme ch'essa prescrive”.

Tale concetto, sebbene veniva statuito da una tipologia di “Carta Costituzionale” flessibile, garantiva comunque il primato alla legge in relazione alla restrizione della libertà personale di un individuo. Il Codice Zanardelli del 1889 all'art.1, coniugando le proposte emerse in seno ai progetti preparatori, statuiva che “nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”. Giova evidenziare che la statuizione codicistica cristallizza il principio di legalità fissando nella legge un valore assoluto, senza del quale nessuna persona poteva essere punita se non espressamente previsto da tale forma normativa.

Nel 1930, il legislatore adottò la medesima formula del Codice Zanardelli, riprendendone un principio fondante, ponendolo alla base di una struttura normativa caratterizzata ed improntata sul principio di legalità. In epoca fascista il principio *nullum crimen* subì profondissime violazioni, infatti, la Camera dei Fasci e delle Corporazioni non rappresentava in alcun modo il popolo, non essendone una diretta espressione. In campo penale, con la legge 100/1926 “Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme di legge”, il governo impiegò largamente degli atti aventi forza di legge. In tale contesto il principio di legalità assunse un significato meramente formale, traducendosi nella mera tipizzazione legale delle norme incriminatrici senza alcuna legittimazione popolare dell'organo in tal senso legiferante. Nel 1942, nell'ambito delle “Disposizioni sulle leggi in generale” del Codice Rocco, si volle ribadire il divieto di analogia in materia penale. I lavori dell'Assemblea Costituente vollero fissare il principio di legalità, così da porlo al riparo dalle influenze della legislazione ordinaria. Si ritenne inoltre fondamentale esplicitare costituzionalmente due corollari fondamentali del principio di legalità, quali il principio di irretroattività *in malam partem* e quello di determinatezza delle norme penali.

Il ruolo di minore attenzione al principio di riserva di legge, è spiegabile con il fatto che i padri costituenti avevano già assegnato un ruolo centrale al Parlamento ed alla sua attività. La Corte Costituzionale, intervenuta con la sentenza n. 15/1962, riconobbe come implicitamente indicato nel dettato dell'art. 25 Cost., il fondamento legale della potestà punitiva del giudice che, esplicandosi mediante l'applicazione di una pena, comportava che la pena stessa fosse individuata

dal comando della legge. Il lavoro dell'Assemblea Costituente ha portato infine all'accoglimento del principio di legalità nella nostra Carta Costituzionale unitamente a tutti i corollari che ne discendono. Il “Principio della riserva di legge”, che assegna al Parlamento ogni decisione in materia di politica criminale, il “Principio di determinatezza”, che stabilisce che le fattispecie criminali siano chiaramente individuate dalla normazione ed adeguatamente provate in sede giudiziaria, il divieto di “retroattività *in malam partem*”, che vieta di applicare retroattivamente la norma penale sfavorevole, ed infine il “Principio di tassatività”, che si traduce poi in un divieto di analogia, che non consente di applicare la norma a fattispecie concrete analoghe, ma tuttavia diverse, rispetto a quelle previste dalla stessa.

Dalla combinazione dei sopracitati principi emerge la *ratio* espressa nell'art. 25 Cost., che assegna al Parlamento la potestà punitiva, unico organo deputato a rappresentare i consociati nella loro totalità. La Costituzione statuisce che sia il Parlamento a doversi pronunciare formando la legge garantendo la democraticità del procedimento legislativo da una parte, allo stesso tempo proteggendo chiunque dall'applicazione di una pena indiscriminata e comunque arbitraria, presidio della libertà di ogni cittadino. Si era altresì adottata l'idea, originata dei Padri Costituenti, che fosse necessario, sempre al fine di affrancarsi da qualsiasi abuso del potere giudiziario, individuare le fattispecie penali astratte mediante espressioni comprensibili da tutti e non ambigue, in quanto solo leggi chiare potevano facilmente delineare cosa fosse legale e cosa no. Medesima finalità assolve il principio di irretroattività *in malam partem*, che evita che il cittadino venga punito in assenza di una legge che ne preveda l'incriminazione.

Il principio di legalità, in una accezione moderna, trova una sua prima qualificazione ontologica da parte della dottrina sia in senso formale che in senso sostanziale. In senso formale si stabilisce che sussista il divieto di punire un qualsiasi fatto che, al momento della sua commissione, non sia espressamente previsto dalla legge come reato e con pene che non siano da essa stabilite. Si parla di concezione formale in quanto si considera punita unicamente la condotta descritta in una determinata legge, che da sola è necessaria e sufficiente a valutare la dannosità sociale della condotta medesima.

Da ciò deriva che nessun'altra fonte diversa dalla legge può indicare un fatto quale negativo e ogni fatto non dalla legge contemplato, pur se antisociale, non è punibile. E viceversa, viene punito quel fatto che, sebbene non antisociale, viene

associato ad una sanzione dalla norma legislativa, che appunto ne prevede l'oggettivizzazione del disvalore sociale. In definitiva esiste un modello formale di reato che comporta una visione formale della legalità. Una prima critica a tale impostazione deriva dalla considerazione che se è reato quel comportamento che la legge qualifica come tale, allora si concede la possibilità a coloro che delinquono di sfruttare le imperfezioni della legge oppure di agire ai suoi margini, ponendosi con abilità in un'area di non punibilità. Ed ancora, limitandosi a punire solo i fatti indicati quali reati dalla legge, si rischierebbe di sanzionare condotte che la società non avverte più come antisociali per il mutato contesto socio-culturale, contrastando con la sensibilità della comunità medesima. La visione sostanziale della legalità, al contrario, pone la punibilità di condotte considerate pericolose anche se non contemplate dalla legge e viceversa non punisce quei fatti, pur stigmatizzati dalle norme, che non sono visti come antisociali. La legalità sostanziale, tipica nei regimi totalitari, implica una visione sostanziale di reato, che criminalizza ciò che lede l'ordine all'interno di uno Stato. Nel nostro ordinamento si è optato per l'impostazione formale con l'art. 25 Cost. che lo statuisce chiaramente indicando che: “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

Anche l'art.1 del c.p. sancisce che: “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato, né con pene che non siano da essa stabilite”. Tale definizione esclude la c.d. penalità discrezionale, lasciando al giudice lo spazio fra i minimi e i massimi previsti dalle singole norme, graduando la pena a seconda del caso particolare, delle circostanze, tanto attinenti al soggetto che al fatto<sup>1</sup>.

Infine con l'art. 199 c.p. che stabilisce: “Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dai casi dalla stessa preveduti”. Anche nel caso della sottoposizione a misure di sicurezza infatti, si fa riferimento alla sola ed esclusiva previsione della legge.

La proiezione di tali principi a livello comunitario ha trovato riconoscimento nell'art. 7 della CEDU in base al quale “Nessuno può essere condannato per un'azione od omissione che al momento in cui fu commessa non costituiva reato, secondo il diritto interno ed internazionale. Ne può del pari essere inflitta una pena maggiore di quella che sarebbe stata applicata al momento in cui il reato è stato commesso”.

A differenza del principio di legalità, il principio di riserva di legge, trova una sua qualificazione

nella Costituzione quando specifica che la legge formale debba regolare una determinata disciplina, intendendo per legge formale l'atto normativo formato dal Parlamento secondo la procedura costituzionalmente prevista, oppure la stessa disciplina sia lasciata alle determinazioni della legge formale, ma anche degli atti aventi forza di legge, quali il decreto legislativo ed il decreto legge. Nel primo caso parliamo di riserva di legge in senso stretto o formale, nel secondo di riserva di legge in senso lato o materiale. In entrambe le accezioni le fonti inferiori alla legge sono escluse nella definizione della materia penale ed il legislatore è chiamato a definire interamente la materia. Concludendo, non si può non affermare che il principio fondante dello stato di diritto deve essere certamente basato su un'ampia condivisione del principio di legalità formale, ponendolo alla base di un quadro normativo penale che non dia adito a interpretazioni di qualsivoglia natura, ponendo la legge alla base di tutte le figure criminose e le connesse pene ad esse collegate.

1 Scialla V., Buganè Carmannini G., *L'avvocato di fiducia*, G. De Vecchi Editore S.p.A., Milano 1996, pag. 9.

#### Bibliografia

- Cadoppi A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli Editore, Torino 2014.  
 Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, Bologna 2019.  
 Fiore C., Fiore S., *Diritto penale. Parte generale*, Utet Giuridica, Milano 2013.  
 Mantovani F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2017.  
 Marinucci G., Dolcini E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano 2001.  
 Poerio P., *Il principio di legalità*, La Rondine Edizioni, Catanzaro 2019.  
 Rinaldi E., *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli Editore, Torino 2007.  
 Zoccali S., *La giurisprudenza sovranazionale e l'applicazione dei c.d. “criteri Engel”: un'analisi storica sull'evoluzione della qualificazione della norma penale fra Corte Edu e Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in *Ordines*, nr.1, pp 139-168, 2013.

Alfonso Varlese

## La sospensione condizionale della pena

Il codice penale all'art. 163 comma 1 prevede che il giudice “nel pronunciare sentenza di condanna alla reclusione o all'arresto per un tempo non superiore a due anni, ovvero a pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e ragguagliata a norma dell'art. 135 c.p., sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore, nel complesso, a due anni, può ordinare che l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di cinque anni se la condanna è per delitto o di due anni se la condanna è per contravvenzione.

In caso di sentenza di condanna a pena pecuniaria congiunta a pena detentiva non superiore a due anni, quando la pena nel complesso, ragguagliata a norma dell'art. 135, sia superiore a due anni, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena detentiva rimanga sospesa.

Se il reato è stato commesso da un minore degli anni diciotto, la sospensione può essere ordinata quando si infligga una pena restrittiva della libertà personale non superiore a tre anni, ovvero una pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e ragguagliata a norma dell'art. 135, sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore, nel complesso, a tre anni.

In caso di sentenza di condanna a pena pecuniaria congiunta a pena detentiva non superiore a tre anni, quando la pena nel complesso, ragguagliata a norma dell'art. 135, sia superiore a tre anni, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena detentiva rimanga sospesa.

Se il reato è stato commesso da persona di età superiore agli anni diciotto ma inferiore agli anni ventuno o da chi ha compiuto gli anni settanta, la sospensione può essere ordinata quando si infligga una pena restrittiva della libertà personale non superiore a due anni e sei mesi ovvero una pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e ragguagliata a norma dell'art. 135, sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore a due anni e sei mesi ovvero una pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva ragguagliata a norma dell'art. 135, sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore, nel complesso, a due anni e sei mesi. In caso di sentenza di condanna a pena pecuniaria congiunta a pena detentiva non superiore a due anni e sei mesi, quando la pena nel complesso, ragguagliata a norma dell'art. 135, sia superiore a due anni e sei mesi, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena detentiva rimanga sospesa.

Qualora la pena inflitta non sia superiore ad un anno e sia stato riparato interamente il danno, prima che sia stata pronunciata la sentenza di primo grado, mediante il risarcimento di esso e, quando sia possibile, mediante le restituzioni, nonché qualora il colpevole, entro lo stesso termine e fuori del caso previsto nel quarto comma dell'art. 56, si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato da lui eliminabili, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena, determinata nel caso di pena pecuniaria ragguagliandola a norma dell'art. 135, rimanga sospesa per il termine di un anno".

Si tratta di un beneficio previsto dal codice penale che prevede la sospensione dell'esecuzione della

pena comminata all'imputato. Tale sospensione, però, è da considerarsi temporanea perché il condannato è tenuto a dover rispettare un certo determinato comportamento o a dover eseguire degli obblighi impostigli quali il non dover commettere altri reati o il dover provvedere al risarcimento del danno alla persona offesa.

Lo "scopo dell'istituto della sospensione condizionale della pena trascende la sfera degli interessi individuali e privati avendo riguardo a superiori esigenze sociali a tutela della collettività. Esso infatti, attraverso la prospettata minaccia di esecuzione della pena inflitta, mira a distogliere il reo dalla commissione di ulteriori reati. Attesa la finalità giuridico sociale dell'istituto, deve ritenersi che: a) il potere di applicazione del beneficio è rimesso alla valutazione discrezionale del giudice di merito, che, ricorrendone i presupposti, può accordarlo anche d'ufficio a prescindere da una richiesta dell'imputato; b) una volta concesso non può essere revocato, salvo che vengano meno i presupposti, né è rinunciabile, non rientrando nel potere dispositivo del condannato, e neppure può formare oggetto di impugnazione, in mancanza di un interesse idoneo a giustificare la proposizione del gravame, non potendo tale interesse configurarsi né con riguardo alla non iscrizione della condanna per contravvenzioni non oblazionabili, né con riferimento alla preclusione di futuro godimento del beneficio" (Cass. Pen. Sez. 5, sent. n. 75 del 7.01.1982 - rv. 151469).

Per cui, la concessione della sospensione condizionale è sottoposta alla scelta e alla valutazione del giudice, il quale, infatti, dispone del potere di applicare o meno il suddetto beneficio sulla base del giudizio prognostico circa il ravvedimento del condannato stesso e/o sulla gravità dell'azione commessa.

Nel concedere o meno il beneficio, il giudice pur dovendo tenere in considerazione gli elementi indicati nell'art. 133 c.p., può anche "limitarsi ad indicare quelli da lui ritenuti prevalenti" (Cass. Pen. Sez. 3 n. 6641 del 18.02.2010 - rv. 246184) e "nel valutare la concedibilità del beneficio, non ha l'obbligo di prendere in esame tutti gli elementi richiamati nell'art. 133 c.p., potendo limitarsi ad indicare quelli da lui ritenuti prevalenti in senso ostativo alla sospensione, ivi compresi i precedenti giudiziari" (Cass. Pen. Sez. 5 n. 17953 del 11.06.20).

Il giudice, poi, può disporre d'ufficio la concessione della sospensione condizionale e ciò perché prevale sempre l'utilità di cui il soggetto può giovare, data dalla funzione rieducativa insita nell'istituto, piuttosto che la propria scelta di utilizzare o meno questa sorta di "sconto" concesso dall'ordinamento.

La possibilità concessa dall'ordinamento di poter

sospendere l'esecuzione della pena concede, inoltre, al soggetto che subisce una prima condanna, piuttosto lieve, di non entrare in contatto con l'ambiente negativo e deleterio del carcere, nonché si rivela un punto di riferimento per evitare di commettere ulteriori reati, in quanto una seconda condanna potrebbe comportare l'esecuzione della condanna.

Anche se, ormai giurisprudenza granitica sul punto afferma che "la presenza di una precedente condanna a pena non sospesa non impedisce la concessione del beneficio in sede di nuova condanna intervenuta in epoca successiva alla prima, purché la pena da infliggere, cumulata con quella irrogata con la condanna precedente, non superi il limite previsto dall'art. 163 c.p." (Cass. Pen., Sez. I, 17 luglio 2013, n. 30729).

In merito alle condizioni per l'ammissione al beneficio, queste sono tutte racchiuse all'interno dell'art. 163 c.p.

Nella sua ampia discrezionalità, il giudice, nel concedere la sospensione condizionale della pena all'imputato può anche sottoporre a condizione il beneficio stesso.

Le prescrizioni e gli obblighi sono indicati nell'art. 165 c.p., e consistono nell'adempimento alle restituzioni, al pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno, nella pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno, nella eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato o, in assenza di opposizione, nell'esercizio di una attività non retribuita a favore della collettività per un tempo non superiore alla durata della pena sospesa (Cass. Pen., Sez. II, 14 aprile 2017, n. 18712).

Va detto, che gli obblighi a cui può essere sottoposto il condannato possono essere solo ed esclusivamente quelli indicati dall'art. 165 c.p., in quanto il principio di legalità e quello di tassatività escludono che il detto beneficio possa essere sottoposto ad obblighi diversi scelti dal giudice (Cass. Pen. Sez. 3, n. 5590 del 16.06.1986; Sez. 1, n. 8863 del 6.08.1992; Sez. 3, n. 11637 del 16.11.1991). Particolarmente interessante risulta il caso relativo alla possibilità di sottoporre la concessione del beneficio al risarcimento del danno o alla restituzione. In tema di sospensione condizionale della pena, nel caso in cui il beneficio venga subordinato all'adempimento dell'obbligo di risarcimento del danno, il giudice della cognizione non è tenuto a svolgere alcun accertamento sulle condizioni economiche dell'imputato, salva l'ipotesi in cui emergano situazioni che ne facciano dubitare della capacità economica di adempiere ovvero quando tali elementi siano forniti dalla parte interessata (Cass. Pen., Sez. IV, 31 ottobre 2017, n. 50028); sullo stesso tema, in una più recente sentenza si prevede che "tale subordi-

nazione può essere disposta solo se il debitore risulti in grado di adempiere al pagamento della provvisoria" ma anche che "se dagli atti emergano elementi che consentano di dubitare della capacità di soddisfare la condizione imposta ovvero quando tali elementi vengano forniti dalla parte interessata in vista della decisione" il giudice sarà chiamato a decidere se sottoporre o meno il beneficio all'esborso delle somme (Cass. Pen., Sez. VI, 13 maggio 2016, n. 25413).

Il termine entro il quale il pagamento della somma di denaro dovrà essere effettuato al fine di poter usufruire della sospensione condizionale della pena sarà indicato dal giudice in sentenza, in mancanza questo 'coinciderà con quello del passaggio in giudicato della stessa, trattandosi di obbligazione pecuniaria immediatamente esigibile' (Cass. Pen. Sez. 1, n. 6368 del 18.02.2020 - rv. 278075).

Infine, con l'art. 168 c.p. il codice determina i casi in cui il beneficio deve essere revocato, ovvero: a) quando il reo commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole per cui venga comminata una pena detentiva; b) quando il reo non ha adempiuto gli obblighi imposti dal giudice con la sentenza di condanna; c) quando il reo riporti un'altra condanna per un delitto anteriormente commesso a pena che, sommata a quella precedente, superi i limiti indicati dall'art. 163 c.p. La norma in commento tratta della revoca del beneficio, la quale può essere obbligatoria o facoltativa. In merito alla prima, questa deve essere pronunciata dal giudice al ricorrere delle condizioni contemplate dalla legge, le quali devono realizzarsi nei termini stabiliti ovvero nel periodo in cui resta sospesa la pena, ossia nei cinque anni se la condanna è per delitto e due anni se la condanna è per contravvenzione; nel caso di mancato rispetto degli obblighi imposti dal giudice; nel caso di patteggiamento che, come ormai considerato dalla giurisprudenza, costituisce titolo per procedere alla revoca del diritto ed, infine, va menzionata la capacità del giudice dell'esecuzione di revocare il beneficio, declaratoria di "estinzione della pena e di ogni altro effetto penale" ai sensi dell'art. 47 dell'ord. pen., a seguito dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, cui il condannato medesimo era stato ammesso. (Cass. Pen., Sez. I, 26 luglio 2016, n. 32428). Per quanto riguarda la seconda, invece, come già detto precedentemente, una seconda condanna non comporta per forza la revoca del beneficio, infatti se il condannato riportasse una nuova condanna sarà compito del giudice, tenuto conto dell'indole, della gravità del reato e della condanna considerata in totale, decidere se revocare o meno l'ordine di sospensione condizionale della pena.

# Historia et Antiquitates

**Corsi e ricorsi storici: il Cardinale De Luca saggiamente insegna che i due punti principali del buon governo in tempi di peste sono l'ubbidienza rigorosa, eguale in tutti e senza eccezione o rispetto di persona alcuna.**

a cura di Gianluca Granato

Testo pedissequamente estrapolato dal *Trattato del Governo della Peste e della Maniera di Guardarsene* di Ludovico Antonio Muratori, pubblicato in Modena il 1714.

“Luogo e regole della quarantena. Se sieno necessari 40 giorni per essa. Regolamenti per l'introduzione delle vettovaglie. Obbligazione dei ricchi di soccorrere i poveri. Doversi facilitare il fare i testamenti. Cura degli spedali e delle prigioni”.

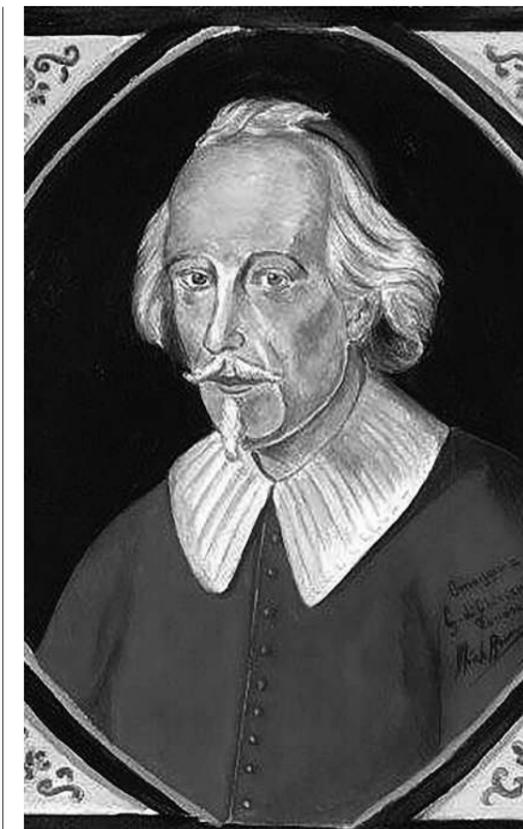
“Volendo persone o robe procedenti da luoghi sospetti introdursi in un territorio sano, ognuno sa che debbono esse soggettarsi alla contumacia, o sia alla quarantena, la quale né pur si dee, se non con gran riguardo, concedere a chi venga da paese infetto e vicino. Per la quarantena si ha da eleggere un luogo ameno e separato dalla frequenza degli altri, colle sue divisioni per varie famiglie e persone, e regolarsi poi nella seguente forma. Sul principio, spogliate le persone delle loro vesti, si lavino ben bene i loro corpi con aceto in ogni parte e si rivestano con altri vestimenti non sospetti. In mancanza di questi altri abiti, dovranno sopportare il profumo della sanità per lo spazio di mezz'ora in circa con tutte le robe che avranno portato, in una camera ben chiusa, avendo ben distese esse robe ivi, in maniera che per due ore, possano ricevere perfettamente il profumo, dopo il quale si possono usar come nuove. Ciò fatto, si noti in un libro il giorno da cui comincerà la quarantena. Non parlino, né trattino con altri se non con le cautele prescritte per la gente sospetta. Se si ammalasse alcuno, il visitino i medici o cerusici (nдр: i chirurghi); e scoperto appestato o temuto per tale, si farà porre in una capannetta molto separata dall'altrui abitazione con guardie. Ma non avendo peste, si potrà curare in compagnia de' suoi, i quali, solamente in caso ch'egli fosse scoperto infetto di mal contagioso, dovranno ricominciare la quarantena. Sui principj si può con questo ripiego soffocar la



peste nascente. Il tempo della quarantena, secondo la pratica de' prudenti maestrali di Venezia, ora è di pochi, ora è di molti giorni, prendendosi la misura di ciò dal maggiore o minor pericolo e sospetto, e dalla maggiore o minor lontananza dell'infezione. L'intera quarantena è di 40 dì, dal che venne il suo nome, e tanto si suol richiedere negli urgenti sospetti di peste. Nulladimeno a me sembra meritevole di molta riflessione e fondatissima la sentenza di Lodovico Settala e del P. Maurizio da Tolone cappuccino, dell'ultimo de' quali rapporterò i sentimenti e le ragioni. La pratica, dice egli, di 20 e più anni mi dà animo di francamente asserire essere bastevoli 20 giorni di quarantena, benché l'uso sia introdotto di 40. Certo è che chi avrà maneggiato robe infette, o attratta aria appestata, in guisa che gli si sia attaccato il male, proverà prima che passino 15 di qualche grave accidente, come di febbre con vertigini ed inquietudine; camminerà vacillando, avrà gli occhi ottusi ed aggravati, la faccia pallida e livida, vomito, sonno grave che ha del letargo, frenesia, ecc., o veramente mostrerà segni esterni di bubboni, petecchie, ecc. Quindi è che se qualche persona sospetta si sarà, nell'entrare in quarantena, lavata bene con aceto, mutando le vesti e insieme

profumando tutte le altre suppellettili, né avrà sentito ombra o apparenza di male, si può, passato il ventesimo giorno, licenziare come sicura di ogni infezione, avendo io più volte osservato non esservi infetto che, prima de' 15 evidentemente non si conosca, o abbia passato quel termine con salute e poi si sia scoperto appestato. Vero è che se si trascurassero le cautele suddette e le diligenze prescritte ne' lazzeretti, potrebbe la peste divampare non solo dopo i 30, ma anche dopo i 40 giorni. Avverto che la mutazione dell'aria fatta da luogo infetto in altro sano è cagione che la malignità del morbo si dia più presto a conoscere che se si fosse fermato nel primo. Stieno poi bene oculari i conservatori della sanità, perché nel dare le quarantene si commettono tutto di dei gran disordini, con venir delusi i saggi editti. Le guardie, persone vili, per danari permettono tutto, e specialmente l'oltrepassar le mete si a' quarantenari come a quei di fuori. Spirando scirocco, o aria umida e piovosa, avvertano che l'infezione delle robe, anche esposte all'aria, non si leva, ma si fomenta, facendosi talvolta la quarantena intera senza purgarsi. Si dee anche temere d'un inconveniente nel verno che non suol accadere la state, cioè che in tempo freddo, o spirando la tramontana, si nascondono e si concentrano nei panni e nelle robe gli spiriti pestilenziali, i quali, venuto poi il caldo, fanno strage orribile. Ma in qualunque tempo che corra, se saranno ben fatti i profumi alle robe e verrà ben custodita la persona e governata coll'aceto e colla mutazione dei panni, la quarantena sarà mezzo sicuro per accertarsi se la persona abbia condotta seco l'infezione, e per liberarnela ancora. Nessuno (aggiunge, il mentovato Cappuccino) adduce una ragion soda e vera per cui si assegnino 40 giorni alla purga suddetta. Ma posto per vero che la pestifera qualità del male non può stare più di 15 dì a scoprirsi, hanno da bastar 20 giorni. E per le robe, qualunque infettissime, si purgano queste in 24 ore a segno che si potranno di poi maneggiare con tutta sicurezza. Ad un uomo che parla colla speriienza alla mano e reca buone ragioni, parmi che si possa acquetar la prudenza anche a' tempi nostri ... Una delle più dure e difficili, ma delle più necessarie applicazioni di chi governa in congiuntura di contagio, si è quella dell'annona e delle grazie (nдр: vettovagliamento), cioè di provveder grani e vettovaglie, e massimamente per mantenere alle spese del pubblico i poveri e chiunque non ha mezzo allora per alimentarsi colle sue rendite o colle sue fatiche. Il cardinale De Luca saggiamente insegna che i due punti principali del buon governo in tempi di peste sono l'ubbidienza rigorosa, eguale in tutti e senza eccezione o rispetto di persona alcuna, e l'allertamento e la piena libertà de' vivandieri che

Pagina precedente.  
Ludovico Antonio Muratori.  
In questa pagina.  
Il Cardinale  
Giovann Battista De Luca.



da' paesi non infetti, colle dovute cautele, portino vettovaglie. E certo non si dee in tempi tali perdonare a diligenza e spesa veruna, perché la fame può fare non meno danno allora che la peste medesima. Questo è un atto di somma carità, ed è medesimamente un interesse importantissimo, perché, perduti gli artigiani, i contadini, i trafficanti e gli altri operai, non si può dire che pregiudizio ne venga a coloro che restano in vita. È misero il capo allorché nol servono o gli mancano le membra. Finita la peste del 1630, e finite tante altre, fu carestia in alcuni paesi perché erano mancati i contadini. Le persone ricche e nobili furono gastigate nella morte dei poveri, perché non trovavano più chi loro servisse, né chi rendesse loro frutto de' loro poderi, case, botteghe dazi, gabelle e fondachi (nдр: depositi di merci). Tutte le mercanzie, sì del paese, come straniere, e le manufature del vestire, fabbricare, ecc., vennero carissime, con tanti altri danni e sconceri che si possono bene immaginare moltissimi, ma che non si possono saper bene tutti se non da chi ha la disavventura di farne la prova. Il perché gran gastigo è la peste, anche dopo esser finita, per gli effetti suoi; e per conseguente i principi, le città, i ricchi e i nobili dovrebbero ben accudire per preservare

il paese, da si aspro flagello, o almeno per conservare in vita il più che potessero il misero popolo, contro del quale suol per l'ordinario sfogarsi il principal furore della pestilenza. E i vicini sani anche debbono, purché possano, vendere e condurre al paese infetto, che ne abbisogni, i viveri, sì per motivo di carità cristiana, e sì per altri riguardi. Si ricordino che nella peste del 1576 i cittadini di Monza rinserrati, non sapendo come vivere, per disperazione saccheggiarono il paese circconvicino. Non solamente hanno i maestri e i principi da adoperare ogni sforzo per la pronta ed anticipata provvisione delle biade, e perché si seguiti a fare il trasporto delle vettovaglie, col concedere ancora, occorrendo, esecuzioni ai condottieri, ma debbono con egual cura invigilare, affinché non succedano monopoli e frodi, assai facili in tempi sì sconcertati, con troppo aggravio o delle borse o della sanità del popolo. Non si vendano dunque commestibili a prezzo eccedente, né vini guasti, né altre robe nocive; e però sieno vietate le frutta acerbe o fradice, i citrioni, l'uve immature, i moscatelli, le persiche, i funghi di qualsivoglia sorta, il latte quagliato e il pesce preso con pasta o esca, o pur cattivo o fradicio, e anche il marinarlo o friggerlo per poi venderlo. Ricordo non dimeno che il sugo d'agresta è utile in tempi tali per condirne le vivande, entrando esso fra gli acidi che possono o debbono adoperarsi. Nella nostra città fu in fine proibito, il vendere anche ogni sorta di pesce forestiero fresco, tanto vivo quanto morto, a fine di fuggire, vari mali effetti che ne venivano o ne poteano venire. Così è da vietare l'estrazione dell'olio, delle droghe, dei commestibili e d'altre robe non facili ad aversi. Appresso è da tener, l'occhio attentissimo ai macelli, acciocché non si vendano se non carni sane, e molto più ai fornai e ai provveditori di grani, farine e pane, per impedire che non si vendano biade guaste o immonde o non si assassini, col pane stesso pieno di loglio (n.d.r. pianta erbacea delle graminacee) e d'altre brutture, il povero popolo, e non succedano frodi o ruberie della loro distribuzione. Meglio è pane sano con acqua pura che cibo guasto. Tengan l'occhio ai mulini ove si macina grano, perché si schivi il mescolamento de' sacchi per quanto si potrà. Facciano custodire con buon recinto i pubblici forni, ed abbiano premura che i fornai si tengano lontani dal commercio del popolo, mentre più volte è accaduta la disgrazia che o morti, o caduti infermi, essi fornai per poca loro avvertenza, s'è provata per qualche giorno della città non lieve penuria, d'un alimento sì necessario. In Firenze l'anno 1630 la maggior parte de' fornai s'infettò pel concorso di tante persone e maneggio di tante asse e tele. Convien pensare al rimedio. Dovrassi anche ordinare per tempo che le

spezierie sieno provvedute con abbondanza di medicamenti, droghe ed altre cose occorrenti in simili congiunture, prestando anche danaro del pubblico agli speciali, qualora mancasse loro il mezzo di far simili provvisioni. Toccherà poi ai medici l'osservare che non si vendano ivi robe tarlate, muffate o guaste, e medicamenti inutili o finti, senza verun giovamento e forse con pregiudizio della salute altrui, e nulla si venda a troppo caro prezzo. Sarà anche interdetto agli speciali il vendere medicine solutive e a' barbieri il cavar sangue senza licenza de' medici per le ragioni che si diranno. E perché in sì fastidiosi tempi sogliono i nobili i cittadini e l'altre persone comode allontanarsi dalla città, il che pure s'è da me ancora consigliato di sopra, alla riserva di quelli che sono tenuti alle pubbliche incombenze e a certe obbligazioni per la cura della patria, sarà necessario provvedere che la loro ritirata non gli esima dal sovvenimento dei poveri e dall'impiego dei pubblici uffizj quetizzando tutti nel far collette di letti, biancherie, buoi, cavalli, carrette e simili cose, e obbligandoli, se sarà creduto bene, a supplir col danaro l'opera che negassero prestar colla propria persona, essendo pur troppo in tali disgrazie gravissimi i pubblici dispendi. Nella nostra città l'anno 1630, a dì 3 di settembre si venne al seguente placido ripiego. Fu fatta pubblica intimazione a tutti i capi di famiglia, abitanti o soliti ad abitare in città in casa propria o tenuta ad affitto, e ad ogni altro cittadino originario abitante del distretto, purché questi possedessero beni in essa città o suo distretto, che in termine di tre giorni sotto pena di molti scudi si trovassero, o venissero, o mandassero deputato in città a fare l'infra scritta obblazione, con obbligare a ciò anche i minori e le donne, ed altri che fossero capi di famiglia, per i quali erano tenuti i tutori e curatori. Cioè sapendosi pur troppo il bisogno della città per le intollerabili spese che giornalmente si faceano in occasione della peste, doveano tutti fare un'offerta di danari, o biade, o argento, o oro conforme alla loro possibilità, presentandola con polizza a chi era deputato. Si aggiunse che non si voleva far colletta forzata, perché più si sperava della spontanea amorevole carità de' cittadini. Tuttavia a chi fosse più scarso di quello che portassero le forze sue (sopra che s'invigilerebbe) si confaceva sapere che verrebbero presi contro di lui altri spediti; e che incorrerebbe della pena chi mancasse all'offerta fatta, la quale si dovea poi pagare in termine di quindici giorni sperandosi intanto che il Signore Iddio avrebbe ispirato nella mente e nel cuore di tutti un acceso e piissimo sentimento di carità, e una pronta risoluzione d'impiegare tutto quel che potessero in soccorso e servizio dell'afflitta loro patria. Fu anche nella

nostra città facilitata con dispensa del principe la maniera di far testamento durante il contagio. In città era lecito il farlo con un legittimo notaio e tre testimoni, bastando pei codicilli il notaio, con due testimoni. Quanto al distretto e alle ville sue, ove non si potesse facilmente trovar notaio, bastava che del testamento o codicillo si rogasse il proprio paroco, o pure il cappellano, in assenza o legittimo impedimento del paroco, alla presenza di due soli testimoni; ma che non si usassero fraudi, perché, scoperte, sarebbero con ogni rigor punite. Che se venissero a mancare nella città i notai, allora anche per la città si concedeva la facoltà conceduta alle ville suddette. Così furono levate via le dispute che possono nascere per le formalità d'essi testamenti .... Gli appestati si potranno far portare alle finestre o alle porte, ed ivi alla presenza de' testimoni e del notaio pubblicare la loro ultima volontà. Non aggiungo altro intorno a questo argomento per non entrare nel caos. Certo è che in tempo di peste sono validi molti atti, benché mancanti di alcune solennità richieste dalle leggi in altri tempi; perché, a cagion d'esempio, allora basta un testimonio, dove regolarmente ce ne vorrebbero due; e una donna può servire di testimonio a un testamento, ed essa può far dei contratti senza l'intervento de' parenti o vicini, per tacer altri privilegi di que' miseri tempi. In Roma fu anche ordinato che gli strumenti pubblici allora fatti si conservassero diligentemente ne' protocolli, e se ne desse copia senza dilazione al pubblico archivio. Abbiamo cura i maestri anche degli spedali. Se ve n'ha di quegli ove si ricevano bambini esposti, orfani e vecchi inabili, non si permetta che vi entri o ne esca alcuno se non per necessità e con gran riguardo, tenendoli chiusi con rigoroso sequestro. Si può provvedere al loro bisogno senza capitarvi dentro; e quando vi penetrasse il morbo, sarebbe difficile l'impedire che non vi facesse un eccidio universale. Gli altri spedali, ne' quali si sogliono ricevere o i febricitanti, o i piagati, sarà necessario chiuderli affatto per tali persone, affinché sotto l'apparenza d'altro male non vi entrasse la peste che di tutti farebbe scempio. Non meritano minor attenzione le pubbliche carceri. Per le segrete, ove non suol trattarsi che uno o pochi altri per cadauna, la disgrazia stessa è una specie di ventura per quei prigionieri, mentre, segregati dal commercio altrui, possono facilmente assicurarsi ancora dal morbo. Solamente per costoro s'ha d'aver cura de' loro custodi, acciocché incautamente somministrando il cibo, non portino la morte entro que' nascondigli, o pure se venissero a mancar tali guardiani, i miseri carcerati, coll'essere dimenticati, non perissero anch'essi. Il pericolo e la difficoltà maggiore si è per le prigioni comuni, che essen-

do d'ordinario ripiene di rei e di sordidezze, sono per conseguente una facile occasione e un più facile pascolo alla pestilenza. Adunque o liberare i rei di minore importanza e mettere nelle segrete gli altri, o pur chiuderli tutti o trovarvi altro più utile o più plausibile e spedito ripiego, comandato dalla giustizia o consigliato dalla carità. In Palermo nella peste del 1625 non si carcerava alcuno per liti civili. Per delitti criminali leggieri si assegnava la casa per carcere sotto pena, della vita; e per gli eccessi gravi il reo si metteva in prigione, ma non se gli lasciava portar seco altro che il solo vestito e una camicia bianca. E ciò sia detto del Governo Politico in tempo di peste".

È del 18.11.2020 la notizia "che il Covid 19 è entrato prepotentemente anche nelle carceri ... da giorni arrivano sollecitazioni al governo... affinché introduca efficaci misure deflattive per permettere una riduzione della popolazione carceraria. E anche per poter consentire l'applicazione dell'assistenza sanitaria e delle misure di contenimento all'interno degli stessi penitenziari. Alle ore 20 di lunedì sera, secondo il report del Dap, erano 758 detenuti (distribuiti in 76 penitenziari) e 936 gli operatori positivi al virus" (da Il Dubbio Edizione del 18.11.2020).

Solo una approfondita ricerca genealogica potrebbe confermare o smentire discendenze di Giovan Battista De Luca riconducibili all'attualità! Egli nacque a Venosa (Pz) nel 1614; studiò legge a Napoli e nel 1645 andò a Roma, dove esercitò la professione forense, divenendo valente giuriconsulto. Consacrato sacerdote in età avanzata, venne nominato da Papa Innocenzo XI uditore del Sommo Pontefice e, nel concistoro del 01 settembre del 1681, elevato al rango di cardinale. Morì il 5 febbraio 1683 e fu inumato a Roma nella Chiesa dello Spirito Santo dei Napoletani, che era allora la Chiesa nazionale del Regno delle Due Sicilie. Lasciò una vasta produzione giuridica, tra cui il *Theatrum veritatis et iustitiae* (opera in 15 libri con la raccolta delle allegazioni e dei pareri forensi in materia di diritto civile, canonico, feudale e municipale) ed il *Dottor volgare*, un compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale in lingua italiana: l'opera era indirizzata ai giuristi di medio livello, ai pubblici funzionari e ai tecnici dell'amministrazione. Il *Dottor volgare* è la prima trattazione sistematica del diritto in volgare e fondò il lessico giuridico italiano.

Ludovico Antonio Muratori (Vignola, 21 ottobre 1672 - Modena 23 gennaio 1750) fu, presbitero, storico, scrittore, numismatico, diplomatista e bibliotecario; personaggio di primo piano nella costellazione dell'intellettualità settecentesca italiana, profuse il suo impegno in quasi tutti i campi della conoscenza.

# Notizie dal Consiglio dell'Ordine

A cura di Barbara Barbato, consigliere del COA di Nocera Inferiore

## NEWS DAL COA

### Lettera del Presidente del COA agli iscritti sull'attuale stato emergenziale

A tutte le Colleghe, a tutti i Colleghi e p.c.

Al Presidente del Tribunale di Nocera Inferiore Dott. Antonio Sergio Robustella

Care Colleghe, Cari Colleghi, negli ultimi giorni, il numero dei contagi collegati alla pandemia da Covid-19 è aumentato in maniera esponenziale; e, purtroppo, qualche caso di positività al Coronavirus si è verificato anche all'interno della nostra Cittadella Giudiziaria.

La grave emergenza sanitaria che ci sta attualmente interessando impone, quindi, comportamenti ancora più accorti da parte di tutti noi.

Nel periodo trascorso dallo scorso mese di marzo ad oggi, la Classe Forense Nocerina ha dato dimostrazione di grande senso civico, rispettando appieno le regole che ci sono state imposte e dando prova di una forte capacità a fronteggiare una situazione del tutto nuova, che mai avremmo creduto di dover affrontare e che ha completamente stravolto la nostra amata professione.

Oggi, noi tutti siamo chiamati a fare uno sforzo ulteriore, al fine di non veder fermare nuovamente lo svolgimento dell'attività giudiziaria, che - con grandi sacrifici e con notevoli sofferenze - abbiamo contribuito a far ripartire sin dal mese di maggio u.s., grazie ad un proficuo rapporto collaborativo intercorso tra il COA, il Presidente del Tribunale, il Procuratore della Repubblica e il Dirigente dell'UNEP.

Stiamo, però, attraversando di nuovo un periodo molto complicato dal punto di vista sanitario, che forse troppo presto e con troppa fiducia abbiamo pensato di esserci lasciati alle spalle: ma non è il momento di abbattersi, anche perché l'avvocatura - proprio nei momenti difficili - si è sempre fatta trovare pronta ad offrire il proprio contributo!

Proprio alla luce di quanto abbiamo già saputo dimostrare nei mesi scorsi, mi sento in dovere di esortare tutta la Classe Forense ad osservare rigorosamente le norme precauzionali previste per il contenimento dell'epidemia in atto, scongiurando ogni forma di assembramento e rispettando il distanziamento sociale.

Cerchiamo di limitare allo stretto necessario l'ingresso all'interno delle cancellerie, evitando di affollarci nei corridoi e limitando l'accesso nelle aule di giustizia alle sole persone che sono stret-

tamente interessate allo svolgimento delle cause; osserviamo, altresì, diligentemente le fasce orarie fissate dai giudici per la trattazione dei singoli fascicoli, evitando di presentarci in udienza con largo anticipo rispetto all'orario stabilito.

Allo stesso tempo, però, chiedo la collaborazione da parte di tutti i magistrati e di tutto il personale amministrativo, invitandoli - tramite il Presidente del nostro tribunale, cui la presente è indirizzata per conoscenza - a calendarizzare i fascicoli secondo orari ben stabiliti e ad inoltrare in tempo utile alla segreteria dell'Ordine i ruoli di udienza (almeno 48 ore prima della trattazione delle stesse, così come espressamente indicato nel decreto n. 71 della Presidenza del Tribunale del 30.06.2020).

Stiamo affrontando un periodo molto complicato, che sta andando fortemente a minare l'avvocatura non solo dal punto di vista economico, ma anche da quello psicologico; ma dobbiamo reagire e restare sereni guardando al futuro con fiducia, con la ferma convinzione che solo attraverso il rispetto delle regole e facendo ognuno la propria parte riusciremo ad uscire da questa situazione ed a lasciarci alle spalle questo difficile momento.

Un abbraccio a tutti voi  
Avv. Guido Casalino

\*\*\*\*

### Presidente del COA: solidarietà all'avv. Roberto Lambiase

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore esprime la propria profonda vicinanza all'avv. Roberto Lambiase, stimato collega del nostro foro, rimasto vittima di una vile aggressione mentre era intento nell'esercizio della propria attività professionale.

L'ignobile atto perpetrato ai danni dell'avv. Lambiase rappresenta, purtroppo, l'emblema di un modo distorto di percepire il delicato ruolo che, quotidianamente, noi avvocati siamo chiamati a svolgere.

Il COA condanna ogni forma di violenza, soprattutto se rivolta nei confronti di un professionista che, nell'espletamento del proprio lavoro, diventa bersaglio di azioni deprecabili ed inaccettabili; non è ammissibile, né giustificabile alcuna forma di aggressione fisica o verbale nei confronti dei nostri colleghi, dal momento che l'avvocato rappresenta l'ultimo baluardo in difesa dei diritti di tutti i cittadini, anche degli ultimi e dei più disperati.

Massima solidarietà, quindi, da parte di tutto il

Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore e dell'intera Classe Forense al collega Roberto Lambiase, vittima di tale spiacevole episodio.

Avv. Guido Casalino

\*\*\*\*

### Delibera del COA su attività giudiziaria nella nuova fase emergenziale

#### Verbale di adunanza del Consiglio n. 25 del 10 novembre 2020

L'anno 2020, il giorno dieci (10) del mese di novembre, alle ore undici e trenta (11:30), nell'aula virtuale creata a mezzo piattaforma Microsoft Teams, si è riunito il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, giusta determinazione del Presidente, Avv. Guido Casalino, per discutere e deliberare sul seguente O.d.G.:

#### omissis

A questo punto il Consiglio dell'Ordine, all'unanimità dei presenti in videoconferenza;

#### rilevato che:

- l'attuale situazione pandemica impone a tutti i cittadini, ivi compresi gli avvocati, la quarantena fiduciaria, obbligatoria o preventiva, in caso di positività al virus Sars CoV2 oppure per effetto di contatto "diretto" con persona affetta dal Covid-19;

- attualmente, non è prevista alcuna regolamentazione normativa in materia; pertanto, appare auspicabile e non più differibile un intervento legislativo, che qualifichi come "legittimo impedimento" l'assenza del difensore nelle udienze penali, civili ed amministrative in caso di positività al Covid ovvero in caso di quarantena;

- si rende, quindi, necessario qualificare come "legittimo impedimento" la richiesta di rinvio dell'udienza allorché tale istanza scaturisca da situazioni collegate all'attuale situazione epidemiologica;

- appare doveroso, dunque, intervenire tempestivamente al fine di tutelare tutti i professionisti ma anche i singoli cittadini, che rischiano di non vedere giustificata l'assenza in udienza del proprio difensore, nonostante tale assenza sia dettata dalle prescrizioni imposte dal Governo per il contenimento dell'epidemia;

Ritenuto che:

- al fine di garantire e tutelare il diritto di difesa, i magistrati dovrebbero concedere senza indugio i rinvii chiesti, anche alla luce della estrema difficoltà e, talvolta, impossibilità da parte degli avvocati di contattare o essere contattati dai propri assistiti in caso di sottoposizione di entrambi (o di uno di essi) a misure restrittive sanitarie, come

l'isolamento fiduciario o la quarantena oppure nel caso in cui il difensore risieda all'interno di una c.d. "zona rossa";

Il COA di Nocera Inferiore, alla luce della attuale situazione epidemiologica e delle connesse esigenze della Classe Forense

#### delibera

- di sollecitare il Presidente del Tribunale affinché, impregiudicata l'autonomia di ciascun magistrato, voglia adottare gli opportuni provvedimenti ovvero dettare delle linee guida e fissare delle regole uniformi, in ordine alla regolamentazione dell'assenza dell'avvocato in caso di positività al virus Sars CoV2 o in caso di quarantena; ciò al fine di evitare che l'assenza dei colleghi possa essere valutata - di volta in volta e discrezionalmente - dal singolo magistrato, con ripercussioni del diritto di difesa;

- di sensibilizzare, altresì, tutti i magistrati ad una costante, concreta e fattiva collaborazione, invitandoli a calendarizzare i fascicoli secondo orari ben stabili ed a rispettare il più possibile tale elenco; inoltre, di invitare tutto il personale amministrativo a garantire l'invio dei ruoli di udienza in tempo utile alla segreteria dell'Ordine (almeno 48 ore prima della trattazione delle stesse, così come espressamente indicato nel decreto n. 71 della Presidenza del Tribunale del 30.06.2020).

In riferimento all'area penale, ed in particolare alle udienze monocratiche che, prevedendo un numero maggiormente elevato di processi da trattare, comportano un inevitabile sovraffollamento: - di invitare tutti i magistrati a trattare - per ogni udienza - un numero massimo di 35 processi, di cui solo 10 prime udienze (indicando fin da subito l'ora di trattazione della futura udienza, in modo da consentire alla Procura di citare i testimoni ad orario prestabilito), con la preghiera di comunicare al COA - almeno due giorni prima dell'udienza - l'elenco dei procedimenti, indicando, però, l'orario specifico di trattazione di ogni singolo fascicolo (e non più le sole fasce orarie, che non si sono dimostrate idonee ad evitare il sovraffollamento delle aule);

- di sollecitare un intervento urgente manutentivo, affinché si provveda alla sistemazione delle finestre delle aule di udienza e delle cancellerie, in modo da consentirne l'apertura e, quindi, garantire il costante ricambio d'aria;

- di sensibilizzare l'intera classe forense ad osservare rigorosamente e scrupolosamente tutte le norme precauzionali previste per il contenimento della epidemia in atto, evitando ogni forma di assembramento; in particolare, si esortano i colleghi a rispettare il distanziamento sociale e ad evitare affollamenti nei corridoi, a non sostare nelle aule di udienza se non per motivi strettamente

connessi all'esercizio della propria attività professionale, a tener conto delle fasce orarie fissate dai giudici per la trattazione dei singoli procedimenti, a non presentarsi nelle aule di udienza con largo anticipo, a limitare l'accesso alle cancellerie per il tempo strettamente necessario ad ottemperare agli adempimenti e rispettare il limite massimo di presenze consentito all'interno dell'ufficio. Tutto questo nell'ottica di una auspicata reciproca collaborazione tra magistrati, avvocati e cancellieri, che insieme stanno patendo la situazione emergenziale, con la convinzione che soltanto con la cooperazione attiva di tutti sarà possibile svolgere l'attività giudiziaria, ognuno per la propria sfera di competenza, nella maniera più serena e sicura possibile.

#### omissis

F.to: Avv. **Guido Casalino** - Presidente;  
Avv. **Umberto Mancuso** - Consigliere Segretario.  
Per copia conforme  
Nocera Inferiore, 12 novembre 2020  
Il Consigliere Segretario  
Avv. **Umberto Mancuso**  
F.to

## NEWS DALLA CASSA FORENSE

(tratte dal sito [www.cassaforense.it](http://www.cassaforense.it))

### Banca dati della Cassazione: un servizio gratuito per gli avvocati

La convenzione speciale sottoscritta presso il Ministero della Giustizia il 6 febbraio 2020, che consente agli iscritti alla Cassa Forense di utilizzare gratuitamente il servizio di informatica giuridica del Centro Elettronico di Documentazione della Corte di Cassazione, mediante accesso agli archivi Giurisprudenza e Normativa di ItalgireWeb, sta finalmente entrando nella sua fase operativa dopo i rallentamenti causati dalla pandemia che ha sconvolto il paese.

Si tratta di una iniziativa fortemente voluta dai delegati e dal Consiglio di Amministrazione della Cassa, che ha trovato l'apprezzamento ed il favore dei vertici della Corte di Cassazione e del Ministro della Giustizia.

L'obiettivo raggiunto è in linea con gli investimenti a sostegno della professione che ormai da diversi anni distinguono la politica di welfare attivo adottata e sostenuta dalla Cassa e dal suo Presidente Nunzio Luciano.

Da qualche giorno è iniziata la trasmissione delle credenziali di accesso ai colleghi e, non potendosi effettuare un invio massivo a tutti gli oltre 240.000 iscritti, si è ritenuto di cominciare con

quelli di più giovane età sul presupposto che soprattutto i neoabilitati abbiano maggiore necessità di attenzione nell'avvio della loro attività professionale.

Ciascun iscritto riceverà una mail con la quale si comunica che accedendo alla propria posizione personale è rinvenibile nella homepage un nuovo link denominato "Banca Dati Cassazione", cliccando sul quale si aprirà la pagina contenente i suoi "Dati Autenticazione" e, in Pdf, il materiale necessario per conoscere, familiarizzare ed utilizzare al meglio il servizio offerto.

Nella stessa pagina, cliccando su "ItalgireWeb" si viene immessi nella relativa homepage e, a questo punto, bisogna fare attenzione in quanto non occorre alcuna registrazione per fruire del servizio.

Basta infatti cliccare su una qualsiasi delle voci indicate nel menu della homepage (ad esempio la prima dell'elenco Giurisprudenza: "CIVILE Massime civili Corte di Cassazione"), e sarà a quel punto che il sistema chiede di inserire le credenziali ricevute.

Si faccia attenzione in quanto il "Nome utente" sembra essere il proprio codice fiscale ma in realtà da questo differisce nella parte finale, per cui è necessario trascriverlo correttamente.

Giurisprudenza, Normativa e Schemi sono i contenuti immediatamente disponibili per la consultazione. Non lo è, per il momento, la Dottrina, che si confida potrà essere oggetto di futura, separata pattuizione.

\*\*\*\*

### Bando n. 11/2020 per l'assegnazione di borse di studio per l'acquisizione del titolo di Cassazionista

(Art.14, lett. b3 del Regolamento per l'erogazione dell'assistenza)

#### Art. 1 - Oggetto

Cassa Forense, ai sensi dell'art. 14, lett. b3) del Regolamento per l'erogazione dell'assistenza e come da delibera adottata dal Consiglio di Amministrazione nella seduta del 15 luglio 2020, indice per l'anno 2020 un bando per l'assegnazione di borse di studio, fino allo stanziamento di euro 400.000,00, per l'acquisizione del titolo di Cassazionista.

#### Art. 2 - Destinatari

Sono destinatari del bando coloro che, alla data di presentazione della domanda, siano iscritti alla Cassa o iscritti all'Albo con procedimento di iscrizio-

zione alla Cassa in corso, non sospesi dall'Albo ai sensi dell'art. 20 della legge n. 247/12, né cancellati dall'Albo, e in possesso dei requisiti di cui all'art. 4.

#### Art. 3 - Importo

L'importo della borsa di studio, erogato in unica soluzione, è di euro 1.500,00 lordi e verrà riconosciuta in favore di coloro che risulteranno aver superato la verifica finale di idoneità in base ai risultati che verranno comunicati dal CNF (Consiglio Nazionale Forense). La borsa di studio è cumulabile con quella erogata dal CNF con integrazione nei limiti degli importi sopraindicati.

#### Art. 4 - Requisiti per la partecipazione

Per la partecipazione al bando e l'ammissione in graduatoria di cui al successivo art. 6 sono richiesti i seguenti requisiti:

- aver sostenuto per il corso indetto per l'anno 2019 la verifica finale di idoneità di cui all'art. 22, comma 2, legge 247/2012 a seguito della frequenza del corso previsto dal Regolamento n. 1 del 20.11.2015 del CNF per l'iscrizione all'Albo speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori;
- non aver superato il 45° anno di età alla data di pubblicazione del bando;
- essere in regola con le prescritte comunicazioni reddituali alla Cassa;
- non beneficiare o non aver beneficiato di altre borse di studio, assegni, premi o sussidi da chiunque erogati per la frequenza del corso di cui alla precedente lett. a), ad eccezione della borsa di studio erogata dal CNF;
- inviare il modulo di domanda corredata della documentazione richiesta all'art. 5 del bando.

#### Art. 5 - Modalità e termini della domanda

La domanda per l'assegnazione della borsa di studio, sottoscritta dal richiedente, deve essere inviata entro le ore 24,00 del 1 marzo 2021 esclusivamente a mezzo PEC dedicata ([bandi@cert.cassaforense.it](mailto:bandi@cert.cassaforense.it)).

Per la presentazione della domanda deve essere utilizzato il modulo pubblicato sul sito internet. Al modulo, debitamente compilato, deve essere allegata la seguente documentazione:

- fotocopia del documento d'identità;
- autocertificazione attestante i requisiti di cui al precedente art. 4.

Le domande prive di sottoscrizione o carenti degli elementi essenziali che non consentano l'individuazione dell'istante o l'oggetto della richiesta si considerano come non presentate.

In caso di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi formali della domanda e delle

dichiarazioni rese, anche da terzi, il richiedente dovrà produrre le dichiarazioni, integrazioni o regolarizzazioni indicate da Cassa Forense nel termine perentorio di 15 giorni dalla relativa comunicazione, a pena di esclusione.

#### Art. 6 - Graduatoria

Le borse di studio sono erogate secondo una graduatoria formata in base all'età anagrafica a partire dalla minore.

In caso di uguale età anagrafica prevale la maggiore anzianità di iscrizione all'Albo degli avvocati.

La graduatoria prevede la priorità in favore dei richiedenti che siano in regola con il pagamento integrale di tutti i contributi minimi dall'anno 2015 all'anno 2019, se dovuti. In deroga al principio di graduazione sulla base dell'età anagrafica, i richiedenti non in regola con il pagamento integrale di tutti i contributi minimi dovuti dall'anno 2015 all'anno 2019, sono collocati nella graduatoria in posizione successiva rispetto a coloro che, alla data di pubblicazione del presente bando, sono in regola con il pagamento integrale di tutti i contributi minimi dovuti dall'anno 2015 all'anno 2019. Sono considerati in regola anche i richiedenti che, alla data di pubblicazione del presente bando, abbiano richiesto ed ottenuto la rateazione dei contributi minimi dovuti e siano in regola con il pagamento delle rate già scadute per il medesimo periodo.

Con la presentazione della domanda si autorizza Cassa Forense a pubblicare sul sito internet la graduatoria senza indicazione del nominativo ma con codice meccanografico/numero di protocollo domanda, data di nascita del richiedente e anzianità di iscrizione all'Albo. Con la presentazione della domanda si autorizza, inoltre, Cassa Forense ad effettuare idonei controlli, anche a campione, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive ed autocertificazioni prodotte dal richiedente.

## NEWS DAL CNF

### Gli studenti universitari fuori corso non possono ottenere l'iscrizione anticipata nel Registro dei Praticanti

Corte di Cassazione, Pres. Lombardo, Rel. Lamorgese, SS.UU, sentenza n. 24379 del 3 novembre 2020.

Il tirocinio anticipato ai sensi dell'art. 41 comma 6 lett. d) legge n. 247/2012 presuppone che lo studente universitario sia iscritto all'ultimo anno del

corso di laurea ed in pari con gli esami, sicché i cc.dd. fuori corso non rientrano nei casi di applicazione della citata norma, la quale mira infatti ad anticipare l'ingresso nel mondo del lavoro degli universitari che più si sono impegnati nello studio. (Nel caso di specie, lo studente era in regola con gli esami dei primi quattro anni, ma fuori corso da due anni. In applicazione del principio di cui in massima, la S.C. ha rigettato il ricorso avverso la sentenza con cui il CNF aveva a sua volta respinto l'impugnazione avverso il provvedimento del COA di rigetto della domanda di iscrizione anticipata nel Registro).

\*\*\*\*

### Consiglio Nazionale Forense, parere n. 36 del 23 ottobre 2020

Il COA di Ferrara formula un quesito in merito alla compatibilità tra abilitazione al patrocinio sostitutivo e svolgimento di attività di lavoro subordinato da parte del praticante. In particolare, si

chiede di sapere se l'autorizzazione allo svolgimento di attività di lavoro subordinato - prevista in via generale per il praticante dall'art. 41, comma 4, legge n. 247/12 - si applichi anche al caso di abilitazione al patrocinio sostitutivo di cui al comma 12 del medesimo articolo.

Non sussistono ragioni per discostarsi da quanto ritenuto da questo Consiglio con il proprio parere 22 febbraio 2017, n. 14, a mente del quale "la possibilità di svolgere contemporaneamente il tirocinio ed attività di lavoro subordinato, pubblico o privato, prevista dal comma 4 dell'art. 40 della legge 247/2012, nonché dall'art. 2 del D.M. 70/2016 a condizione che il lavoro subordinato sia svolto con modalità e orari idonei a consentire lo svolgimento del tirocinio, è consentita a tutti i praticanti, anche a quelli abilitati al patrocinio sostitutivo, i quali, non avendo più la possibilità di gestire in proprio pratiche non incontrano di regola il limite della incompatibilità, ove questa non sia dettata da specifiche ragioni".

In questi termini è reso il parere.

## STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totale
CASSAZIONISTI	455	16	1	0	472
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	1578	17	1	16	1612
<b>TOTALE</b>	<b>2033</b>	<b>33</b>	<b>2</b>	<b>16</b>	<b>2084</b>

### Donne

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totale
CASSAZIONISTI	127	5	0	0	132
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	831	12	0	4	847
<b>TOTALE</b>	<b>958</b>	<b>17</b>	<b>0</b>	<b>4</b>	<b>979</b>

### Uomini

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totale
CASSAZIONISTI	328	11	1	0	340
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	747	5	1	12	765
<b>TOTALE</b>	<b>1075</b>	<b>16</b>	<b>2</b>	<b>12</b>	<b>1105</b>

	Uomini	Donne	Totale
PRATICANTI SEMPLICI	186	257	443
PRATICANTI ABILITATI	100	166	266
<b>TOTALE</b>	<b>286</b>	<b>423</b>	<b>709</b>

	Uomini	Donne	Totale
ISCRITTI	1391	1402	2793
<b>Studi Associati</b>	<b>41</b>	<b>1</b>	
<b>Società tra Professionisti</b>			