

# QUADERNO SPECIALE

del  
Consiglio Superiore della Magistratura

Anno 2010 - Numero 156

Spedizione in abb.to postale - Art. 2, comma 20, lett. c, della legge n. 662/1996 - Filiale di Roma

**PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA**  
presso la Corte Suprema di Cassazione

## **Contributi alla giurisprudenza di legittimità**

**Gli orientamenti della Procura generale  
in materia civile, penale e disciplinare  
2009**







# QUADERNO SPECIALE

del  
Consiglio Superiore della Magistratura

**PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA**  
presso la Corte Suprema di Cassazione

## **Contributi alla giurisprudenza di legittimità**

**Gli orientamenti della Procura generale  
in materia civile, penale e disciplinare  
2009**



**QUADERNI DEL  
CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA**

*Anno 2010, Numero 156*

Pubblicazione interna per l'Ordine giudiziario  
a cura del Consiglio Superiore della Magistratura

## INDICE

PRESENTAZIONE DELLA RASSEGNA .....	Pag.	11
INTRODUZIONE .....	Pag.	13

### PARTE I

#### LE REQUISITORIE CIVILI

Introduzione alla lettura .....	Pag.	19
1. Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per i terzi trasportati .....	Pag.	20
2. Privative industriali. Conflitto tra marchi .....	Pag.	22
3. Alloggi IACP. Trasmissione ereditaria del diritto alla cessione in proprietà .....	Pag.	24
4. Circolazione stradale e limiti dei poteri di accertamento delle violazioni .....	Pag.	27
5. Operazioni economiche finalizzate solo al vantaggio fiscale. Abuso del diritto .....	Pag.	28
6. Diritti fondamentali (cittadinanza). Carattere permanente .....	Pag.	30
7. Giurisdizione nei confronti di Stati esteri .....	Pag.	32
8. Procedimento di formazione della legge (regionale) e limiti del controllo giudiziale .....	Pag.	34

9. Responsabilità contabile per danno erariale di soggetti operanti secondo il diritto privato . . . . .	Pag. 36
10. Giurisdizione contabile sulla R.A.I. e nozione di organismo di diritto pubblico . . . . .	Pag. 38
11. Indennizzo per la durata non ragionevole del processo. Criterio di calcolo . . . . .	Pag. 54
12. <i>Black-out</i> elettrico e risarcimento del danno . . . . .	Pag. 63
13. Giurisdizione in ambito contrattuale e campo di applicazione del Regolamento CE n. 44/2001 . . . . .	Pag. 90
14. Occupazione appropriativa. Contrasto con la CEDU . . . . .	Pag. 100
15. Disciplina dei rifiuti e diritto comunitario . . . . .	Pag. 103
16. Legge di interpretazione autentica e diritto comunitario . . . . .	Pag. 104
17. Giurisdizione domestica (“autodichìa”) della Presidenza della Repubblica e limiti della giurisdizione ordinaria . . . . .	Pag. 108

## PARTE II

### I CONTRASTI DI COMPETENZA FRA PUBBLICI MINISTERI

Introduzione alla lettura . . . . .	Pag. 115
1. Criteri generali . . . . .	Pag. 115
2. Singole fattispecie di reato . . . . .	Pag. 129
3. Altre figure speciali di reato . . . . .	Pag. 159

## PARTE III

### LE REQUISITORIE PENALI

Introduzione alla lettura . . . . .	Pag. 171
-------------------------------------	----------

A) Diritto penale .....	Pag. 171
1. Il regime delle attenuanti .....	Pag. 171
2. L'aggravante speciale di cui all'art. 7 d.l. n. 152/1991 ...	Pag. 176
3. La confisca per equivalente .....	Pag. 177
4. La violazione di sigilli .....	Pag. 180
5. Fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali (art. 495 <i>ter</i> c.p.) .....	Pag. 182
6. Cessione di stupefacenti e morte dell'assuntore (art. 586 c.p.) .....	Pag. 186
7. La colpa professionale medica .....	Pag. 189
8. Il dolo eventuale nella ricettazione .....	Pag. 191
9. La legislazione speciale .....	Pag. 193
9.1 In tema di diritto d'autore .....	Pag. 193
9.2 La falsa dichiarazione per l'ammissione al gratuito patrocinio .....	Pag. 196
9.3 Reati fallimentari .....	Pag. 198
9.4 La guida in stato di ebbrezza .....	Pag. 200
9.5 Il fenomeno della violenza in occasione di competizioni sportive .....	Pag. 203
9.6 La confisca di prevenzione .....	Pag. 209
B) Diritto processuale .....	Pag. 213
1. L'iscrizione dell'indagato nel registro notizie di reato .....	Pag. 213
2. La ricusazione .....	Pag. 215
3. La restituzione nel termine .....	Pag. 218
4. Il regime delle nullità .....	Pag. 219
5. Arresto e convalida .....	Pag. 225



6. La custodia cautelare .....	Pag. 235
7. L'archiviazione .....	Pag. 245
8. Il procedimento <i>ex art. 444 c.p.p.</i> .....	Pag. 252
9. Le impugnazioni .....	Pag. 253
9.1 I limiti del potere di impugnazione .....	Pag. 253
9.2 La rinuncia preventiva .....	Pag. 256
10. Il patrocinio dei non abbienti .....	Pag. 258
11. I provvedimenti abnormi .....	Pag. 267
12. La cautelarietà nella responsabilità delle persone giuridiche .....	Pag. 271
13. Il mandato di arresto europeo .....	Pag. 288

## PARTE IV

### I PROVVEDIMENTI IN MATERIA DISCIPLINARE

Introduzione alla lettura .....	Pag. 297
A) Gli illeciti disciplinari .....	Pag. 299
1. Violazione dei doveri generali sanciti dall'art. 1 del decreto legislativo n. 109 del 2006 che arrechi un ingiusto danno o un indebito vantaggio ad una delle parti (art. 2, comma 1, lett. <i>a</i> ) .....	Pag. 299
2. Inosservanza dell'obbligo di comunicazione delle situazioni di incompatibilità per vincoli di parentela (art. 2, comma 1, lett. <i>b</i> ) .....	Pag. 301
3. Inosservanza dell'obbligo di astensione (art. 2, comma 1, lett. <i>c</i> ) .....	Pag. 306
4. Comportamenti scorretti nei confronti delle parti, dei difensori, dei collaboratori e di altri magistrati (art. 2, comma 1, lett. <i>d</i> ) .....	Pag. 318

5. Ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato (art. 2, comma 1, lett. <i>e</i> ) . . . . .	Pag. 320
6. Omessa comunicazione al capo dell'ufficio, da parte del magistrato destinatario, delle avvenute interferenze (art. 2, comma 1, lett. <i>f</i> ) . . . . .	Pag. 324
7. Grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile (art. 2, comma 1, lett. <i>g</i> ) . . . .	Pag. 326
8. Adozione, per negligenza grave ed inescusabile, di provvedimenti in casi non consentiti dalla legge, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali (art. 2, comma 1, lett. <i>m</i> ) . . . . .	Pag. 333
9. Inosservanza delle norme regolamentari e delle disposizioni sul servizio giudiziario adottate dagli organi competenti (art. 2, comma 1, lett. <i>n</i> ) . . . . .	Pag. 335
10. Ritardo nel compimento di atti relativi all'esercizio delle funzioni (art. 2, comma 1, lett. <i>q</i> ): A) in generale; B) equa riparazione ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89, e responsabilità disciplinare . . . . .	Pag. 337
11. Pubbliche dichiarazioni o interviste (art. 2, comma 1, lett. <i>v</i> ) . . . . .	Pag. 344
12. Uso della lingua italiana nei provvedimenti giurisdizionali . . . . .	Pag. 346
13. Rapporti fra sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo e illecito disciplinare . . . .	Pag. 348
B) Il procedimento disciplinare . . . . .	Pag. 357
1. Ambito soggettivo della giurisdizione disciplinare . . . . .	Pag. 357
2. La giurisdizione disciplinare nei confronti dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura . . . . .	Pag. 363
3. Gli effetti del provvedimento di archiviazione . . . . .	Pag. 365

4. Termine annuale di decadenza (dalla notizia circostanziata del fatto) per l'esercizio dell'azione disciplinare .....	Pag. 381
5. Il termine decennale di decadenza (dalla commissione del fatto) per l'esercizio dell'azione disciplinare .....	Pag. 385
6. Rapporti fra procedimento penale e procedimento disciplinare (rinvio) .....	Pag. 387
7. Altre questioni processuali: a) i difensori nel procedimento disciplinare; b) la pubblicità dell'udienza nella procedura cautelare; c) procedimento disciplinare e procedimento penale ..	Pag. 387
8. Accesso agli atti di procedimenti in fase predisciplinare .....	Pag. 391
C) La "guerra" tra procure: ovvero i contrasti fra le procure di Catanzaro e di Salerno .....	Pag. 395
Statistiche relative all'attività della Procura generale in materia disciplinare .....	Pag. 411

## PRESENTAZIONE DELLA RASSEGNA

All'inizio del 2009 è stato proposto all'attenzione non solo dei magistrati, ma anche di docenti, avvocati e biblioteche giuridiche, un quaderno speciale del Consiglio superiore della magistratura, curato dalla Procura generale della Repubblica presso la Corte di cassazione. Quel quaderno, che ha avuto una larga diffusione, ha pubblicato requisitorie redatte su temi di particolare interesse teorico e pratico, ed altresì le decisioni pronunciate per risolvere i contrasti positivi e negativi di competenza tra uffici del pubblico ministero.

L'iniziativa era sorta in considerazione dell'interesse manifestato da alcuni settori della dottrina e da qualche rivista giuridica per le requisitorie redatte nei processi civili e penali dalla Procura. A ciò s'è aggiunta la constatazione dell'esigenza, sottolineata da alcuni Procuratori della Repubblica, di una migliore conoscenza delle decisioni della Procura generale sui contrasti. La conoscenza delle soluzioni adottate per questo tipo di problemi, ricorrenti nei processi penali, può non solo essere utile a ridurre il numero dei conflitti, ma anche per dare un contributo, in generale, allo studio della materia.

In complesso, è apparso naturale intitolare quel quaderno "Contributi alla giurisprudenza di legittimità".

L'interesse suscitato dall'iniziativa ha indotto la Procura a proporre al Consiglio superiore la pubblicazione di un secondo quaderno, nella prospettiva di dar vita a una serie di volumi annuali. La proposta è stata accolta. Ecco dunque un nuovo quaderno, di aggiornamento dei contenuti del primo, che si arricchisce di una quarta parte. Oltre alle decisioni sui contrasti e alle requisitorie civili e penali più significative, vengono infatti proposti all'attenzione dei lettori anche provvedimenti e requisitorie in materia disciplinare. E' ovvio l'interesse per tale materia, soprattutto in considerazione della nuova normativa introdotta con la legge delega 25 luglio 2005, n. 150, e con il decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109; ed è altrettanto ovvio il bisogno di conoscere le linee di intervento in questa delicata materia di uno dei titolari dell'azione disciplinare.

A tutte queste esigenze tenta di far fronte questo quaderno.

Roma, 28 gennaio 2010

Vitaliano ESPOSITO  
*Procuratore generale  
della Corte di cassazione*



## INTRODUZIONE

Questa è una stagione nella quale è difficile diffondere informazioni corrette sull'andamento della giustizia e sui relativi problemi.

A livello di *media* viene ormai presentato come dato pacifico quello secondo cui solo il 31% degli italiani ha fiducia nel sistema giudiziario nazionale, un dato che si colloca di 15 punti al di sotto della media europea. Il dibattito sulle riforme riguarda normalmente interventi finalizzati a delimitare gli spazi d'intervento della magistratura, in particolare di quella inquirente, la cui indipendenza avrebbe consentito sconfinamenti impropri a danno della politica e addirittura della sovranità popolare. In questo contesto la magistratura viene spesso definita con aggettivi quali persecutoria, politicizzata, lenta, scarsamente preparata; e si aggiunge che i magistrati operano svincolati da ogni responsabilità, sia civile che disciplinare.

Di fatto, l'attività della Procura generale della Repubblica presso la Corte di cassazione e la natura dei problemi affrontati dai magistrati che vi lavorano sono sconosciute ai più. Del resto, non sono mancate voci, anche autorevoli, che hanno sostenuto la possibilità di abolire questo Ufficio.

Ciò nonostante – o meglio: in considerazione di tutto ciò – vale la pena di fare conoscere qualche dato della realtà che contraddice questa desolante raffigurazione.

Così, con questo “quaderno”, il secondo della serie, destinato non solo ai magistrati ma anche a docenti, avvocati e biblioteche giuridiche, la Procura generale della Repubblica presso la Corte di cassazione prosegue nell'impegno di fare conoscere all'esterno della ristretta cerchia delle persone direttamente interessate alle singole procedure le linee che ispirano l'intervento dell'Ufficio nei settori di sua competenza. Si tratta di una raccolta selettiva di provvedimenti di particolare interesse teorico e pratico, la cui conoscenza può aiutare a comprendere le reali scelte che presiedono a problematiche di rilevante spessore anche sotto il profilo sociale e civile.

Per quel che concerne le requisitorie civili e quelle penali il materiale selezionato in base alla rilevanza delle materie trattate è stato aggregato per materie, partitamente indicate in paragrafi. All'inizio di ciascuna delle due parti vengono indicati le ragioni di tali ripartizioni e alcuni criteri di lettura. Vale la pena di segnalare che in en-

trambi i settori si sono incluse questioni che, in varia misura, involgono problemi di rapporti fra il diritto interno e il diritto sovranazionale, comunitario e derivante dalla normativa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (e dalla correlativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo).

La seconda parte del “quaderno” è un aggiornamento della sinossi ragionata proposta lo scorso anno con il primo numero della pubblicazione in tema di decisioni sui contrasti di competenza tra uffici del pubblico ministero o sui ricorsi delle parti private *ex art. 54 bis c.p.p.* nei casi in cui le stesse ritengano che il reato appartenga a un giudice diverso da quello presso il quale il pubblico ministero che procede esercita le sue funzioni. L'osservanza rigorosa delle norme sulla competenza anche da parte dei pubblici ministeri è un momento importante del rispetto del principio costituzionale del giudice naturale.

Di particolare interesse dovrebbe poi essere la quarta parte del quaderno, dedicata alle scelte della Procura generale in materia di azione disciplinare. A questo proposito molti magistrati, titolari delle più diverse funzioni, hanno lamentato, in particolare dopo l'entrata in vigore della nuova normativa (legge delega 25 luglio 2005, n. 150, e decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109), una ridotta informazione in proposito. E in effetti, anche se il sito *Italggiure web* con il nuovo archivio disciplinare a partire dal 2009 risponde a questa esigenza, che siano a tutt'oggi scarse le fonti d'informazione facilmente accessibili è un dato di fatto al quale non è facile ovviare.

Ci si chiede in particolare, a volte con qualche inquietudine, quale sia l'atteggiamento dei titolari dell'azione disciplinare di fronte alla questione dei ritardi nella redazione dei provvedimenti, fenomeno largamente diffuso; o come si configuri la situazione di una magistratura, quella di sorveglianza, naturalmente esposta a polemiche (qualcuno parla di un particolare “rischio professionale”); o quali siano le linee adottate in tema di motivazione dei provvedimenti o di pubbliche manifestazioni del pensiero.

Per questo, con la diffusione di una prima selezione di requisiti e provvedimenti della Procura generale si tenta di rispondere a una simile esigenza. Anche qui, all'inizio dell'esposizione, vengono indicati criteri di lettura per una più facile consultazione.

In complesso il quaderno ha l'ambizione non solo di proporre

contributi alla giurisprudenza di legittimità, come indica il titolo della pubblicazione, ma anche di diffondere elementi di conoscenza di un'attività complessa, non di rado ignorata.

Roma, 28 gennaio 2010

Giovanni PALOMBARINI  
*Procuratore generale aggiunto  
della Corte di cassazione*

Alla redazione della pubblicazione hanno collaborato Gianfranco Ciani, Carlo Di Casola, Alfredo Montagna, Antonio Mura, Giovanni Palombarini, Carmelo Sgroi.

Il materiale è stato raccolto fino alla data del 31 dicembre 2009.





# PARTE I

Le requisitorie civili



# LE REQUISITORIE CIVILI

## Introduzione alla lettura

In questa seconda edizione della *Rassegna* sono raccolte le requisitorie in materia civile, formulate dalla Procura generale della Cassazione nel corso del 2009, che sono apparse significative per i temi che vi sono trattati; a esse sono aggiunte anche alcune requisitorie relative a giudizi celebrati nei due anni precedenti (una nel 2007, tre nel 2008), che non erano state incluse nella prima edizione per ragioni cronologiche ma che appaiono anch'esse rivestire rilievo, nel quadro della informazione sulla attività dell'ufficio.

Rispetto all'edizione precedente, una prima rilevante differenza consiste nel fatto che è ora presente in modo pressoché esclusivo una rassegna di requisitorie orali (anche se materialmente stese in forma scritta, ai fini delle conclusioni), cioè formulate in giudizi trattati in pubblica udienza; ciò è diretta conseguenza della modifica del rito in camera di consiglio, che, rispetto al precedente sistema (art. 375 c.p.c.), che impegnava l'ufficio a trattare globalmente il carico processuale camerale dovendo formulare conclusioni in tutti i giudizi, permette ora una diversa distribuzione dell'impegno, ammettendo che nel rito camerale la posizione dell'ufficio possa essere manifestata in forma silente, cioè di semplice non-controdeduzione rispetto alla relazione redatta a norma del nuovo art. 380-*bis* c.p.c.; ciò spiega le ragioni della diversa dislocazione quantitativa e qualitativa dell'impegno, concentrato ora maggiormente sull'udienza pubblica, che diviene più che in passato il luogo di trattazione dei casi nuovi e non di pronta soluzione (secondo una linea che viene a essere ulteriormente accentuata dalla ulteriore novella del procedimento in camera di consiglio di cui alla legge n. 69 del 2009, non ancora messo in opera alla data di chiusura del presente lavoro).

Una seconda differenza è costituita dal fatto che il materiale qui contenuto non è ora ripartito per grandi aree tematiche (ad es. questioni di giurisdizione, di competenza, questioni processuali etc.) o per ambiti materiali di specializzazione. Questa scelta – che per un verso si spiega anche con la minore quantità dei documenti selezionati e qui riprodotti, rispetto alla prima edizione (che guardava a un ben più lungo periodo di riferimento) – è apparsa naturale in ragione del rilievo di sostanza già accennato nella *Introduzione* del presente volume: quello

della inclusione, nel materiale qui riprodotto, di questioni e fattispecie che, sia pure in varia misura, involgono per la maggior parte problemi di rapporti tra il diritto interno e il diritto sovranazionale, comunitario e – soprattutto – derivante dalla normativa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Questo aspetto costituisce dunque il *fil rouge* che unifica molte delle requisitorie inserite nella documentazione, conformemente del resto alla sempre maggiore attenzione che si registra su tali aspetti e che ha trovato un momento di emersione anche sul piano organizzativo, nell'ambito della Procura generale della Cassazione, attraverso la istituzione proprio nel corso del 2009 di un ufficio preposto alla analisi e alla trattazione degli "affari internazionali", con particolare attenzione rivolta ai temi dell'applicazione interna della CEDU, nei vari aspetti in cui essa può svolgersi.

Sul piano formale la struttura espositiva della rassegna riprende quella dell'edizione precedente: un breve "titoletto", anteposto a ciascuna requisitoria, consente una immediata comprensione del tema trattato; una sintetica annotazione in calce informa – oltre che del riferimento procedurale disponibile e del magistrato requirente – dell'esito del giudizio, secondo la conformità specifica della decisione rispetto all'argomentazione sui punti trattati e qui riportati, non dunque con riguardo alla complessiva definizione del giudizio, che potrà risultare globalmente differenziato per altri aspetti. Nel caso in cui la decisione non risulti ancora pubblicata, se ne dà conto.

\*\*\*

**1) Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile – terzi trasportati a titolo di cortesia su veicoli adibiti al trasporto di cose – estensione della copertura assicurativa – contrasto di giurisprudenza – affermazione della copertura assicurativa, anche in base alla applicazione diretta della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e alla interpretazione evolutiva del diritto nazionale alla luce della normativa comunitaria**

Le Sezioni Unite sono chiamate a comporre il contrasto sulla questione se sia possibile l'estensione dell'assicurazione obbligatoria, in epoca antecedente alla legge n. 142/1992 e successiva al d.l. n. 857/1976, convertito in legge n. 39/1977, anche ai terzi trasportati su autoveicolo adibiti al trasporto di cose, ma nella cui cabina potevano tuttavia prendere posto altre persone, oltre al conducente.

Il contrasto deve essere composto privilegiando, tra i due orientamenti, quello estensivo, così come è stato accolto dalla sentenza n. 23294/2004. *Liter* motivazionale di tale sentenza muove dalla premessa che l'assicurazione obbligatoria prevista dalla legge n. 990/1969 riguardava la responsabilità civile verso i terzi di cui all'art. 2054 c.c.; la modifica operata dalla legge n. 39/1977 ha portato a comprendere tra i soggetti cui l'assicurazione si applica tutti i trasportati su veicoli adibiti a trasporto di persone; in tal modo l'estensione dell'assicurazione obbligatoria ai danni prodotti alle persone dei trasporti ha assunto il ruolo di una "regola generale" a prescindere dalla conservazione del formale rapporto di eccezione a regola tra gli artt. 4, lett. c), e 1, comma 2, della legge n. 990. Da tanto consegue che la circostanza secondo cui una persona sia trasportata su di un veicolo adibito a trasporto di cose, invece che al trasporto di persone, è un dato del tutto inidoneo a differenziare questa situazione dalle altre, ai fini dell'applicazione della disciplina di cui alla legge n. 990/1969 (come modificata dal d.l. n. 857/1976, convertito in legge n. 39/1977).

Con la successiva legge n. 142/1992 è stato stabilito che l'assicurazione obbligatoria debba sempre comprendere i danni alle persone trasportate, "qualunque sia il titolo in base al quale è effettuato il trasporto".

Agli argomenti utilizzati dalla sentenza del 2004 possono aggiungersi alcune considerazioni relative alla interpretazione della direttiva CEE del Consiglio del 30.12.1983 e alla giurisprudenza della Corte di giustizia, che possono essere applicate o direttamente o in via interpretativa. La Corte di giustizia, con l'ordinanza resa il 14 ottobre 2002, nella causa *Withers, Samantha Delaney e M.I.B.I.*, ha affermato il principio secondo cui la direttiva del Consiglio 24.4.1972 e quella del 30.12.1983, concernenti il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della R.C. risultante dalla circolazione di autoveicoli, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano al mantenimento in vigore di una normativa nazionale che non prevede che l'assicurazione obbligatoria della R.C. risultante dalla circolazione di veicoli copra i danni alle persone dei passeggeri trasportati in una parte di un veicolo diverso da quello adibito a servizi pubblici su larga scala, a meno che tale parte del veicolo sia stata progettata e costruita con posti a sedere per passeggeri. Da tanto deriva che il principio che si desume *a contrario* dalla pronuncia del giudice comunitario è che nella portata della direttiva del 1983, vigente (e scaduta) al momento del sinistro, rientra l'obbligo di garantire l'assicurazione obbligatoria ai trasporti in parti del veicolo costruite ed omologate

per il trasporto di persone. Se così è, la limitazione contenuta nella legge n. 990/1969, come modificata dal D.L. n. 857/1976, convertito nella legge n. 39/1977, si pone in contrasto con la normativa comunitaria, in quanto la mancanza dell'autorizzazione al trasporto eccezionale non rileva ai fini di escludere dai benefici il trasportato che si trovi seduto in una parte del veicolo omologata per il trasporto di persone.

In conclusione, deve essere ribadito il principio già affermato dalla sentenza n. 23294/2004, anche alla luce della possibilità di applicare in via diretta la direttiva, così come interpretata dalla Corte di giustizia, o di pervenire allo stesso risultato in via interpretativa, attraverso l'utilizzazione del principio ad essa sotteso in sede di applicazione del diritto interno (*omissis*)\*.

\*(R.G. n. 300/2004 + altri, udienza pubblica 3.2.2009, P.G. Domenico Iannelli. La Corte di cassazione ha statuito in conformità, sul principio: Cass. S.U. 3.2.2009, n. 6316)

## **2) Privative industriali – conflitto tra marchi entrambi registrati – convalidazione del marchio – applicabilità – affermazione, anche alla luce dell'interpretazione sistematica conforme alla giurisprudenza comunitaria**

Le Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi sulla questione se l'istituto della convalidazione del marchio, nei termini in cui era previsto dall'art. 48 del R.D. n. 929/1942 (c.d. "legge marchi"), nel testo vigente prima del D. Lgs. n. 480/1992, si applichi unicamente al caso di conflitto tra un marchio registrato ed un marchio di fatto preusato, ovvero trovi applicazione anche nella diversa ipotesi di conflitto tra due marchi ambedue registrati.

La giurisprudenza della Corte di cassazione è ferma nelle posizioni originariamente assunte e ammette la convalidazione del marchio a norma dell'art. 48 del R.D. n. 929/1942 soltanto nella ipotesi in cui il conflitto si ponga con un marchio di fatto. La nega invece quando il conflitto si ponga tra due marchi registrati.

A sostegno di tale posizione sono stati indicati diversi argomenti. Da un lato il fatto che l'art. 48 parla di marchio "conosciuto" e non anche di marchio "registrato" o "brevettato"; dall'altro che la buona fede nell'uso del marchio costituisce un presupposto della convalidazione e la buona fede risulta esclusa dalla pubblicità legale che si rea-

lizza con la registrazione; ed ancora che di fronte alla eccezionalità della norma, l'applicazione analogica della stessa non è consentita.

Ma, come ha correttamente rilevato una parte autorevole della dottrina, questi argomenti non sono di per sé decisivi. L'argomento letterale è, infatti, debole in quanto l'uso del termine "conosciuto" in luogo di "registrato", a parte che è riscontrabile in altre disposizioni della legge (in particolare negli artt. 11 e 17, n. 2), può essere stato usato per comprendere sia il marchio registrato che il marchio di fatto, cioè le due ipotesi di anteriorità invalidanti un nuovo deposito.

Quanto all'argomento secondo cui la buona fede sarebbe esclusa dagli effetti della pubblicità legale, posto che la pubblicità legale non vale "in linea generale", cioè al di fuori delle ipotesi previste e disciplinate, a generare una presunzione "di conoscenza in concreto", va detto che la pubblicazione dei marchi registrati nell'apposito bollettino non può di certo, in mancanza di una disposizione di legge che gliela riconosca, determinare una conoscenza legale nei terzi. La circostanza che esista un marchio preregistrato non è, quindi, concettualmente inconciliabile con la "buona fede" di chi ha registrato per secondo un marchio confondibile, in quanto la sola registrazione di per sé non è sufficiente a rendere sicuramente nota a tutti l'esistenza del marchio.

L'argomento dell'impossibilità dell'applicazione analogica dell'art. 48 al caso di conflitto tra marchi entrambi registrati è, poi, del tutto fuor di luogo, in quanto qui si tratta di interpretare il significato del termine "conosciuto", se cioè esso si riferisce oppure no all'ipotesi di marchi entrambi registrati.

E' stato anche sostenuto che l'art. 48 non sarebbe applicabile al conflitto di marchi registrati, in quanto quest'ultima ipotesi è disciplinata dal precedente art. 47. Il rilievo non è esatto. Infatti, l'art. 47 fissa la causa di nullità del marchio; l'art. 48 disciplina le ipotesi in cui l'azione di nullità non può essere più proposta: la norma non consente di impugnare la registrazione del marchio altrui da parte del titolare del marchio preesistente, quando il titolare del marchio successivo l'abbia usato in buona fede per cinque anni. Se si tiene conto di tale correlazione tra gli artt. 47 e 48, è agevole concludere che l'ipotesi espressamente prevista è proprio quella di un marchio registrato per secondo, ma questa invalidità, essendo una nullità relativa, è eliminabile attraverso la convalidazione nella situazione prevista nell'art. 48.

La tesi estensiva appare coerente con la disciplina successiva introdotta con il D. Lgs. n. 480/1992, emanato in attuazione della direttiva CE del Consiglio n. 89 del 21.12.1988, la quale ha riconosciuto



che la convalidazione possa trovare applicazione anche nell'ipotesi di conflitto tra marchi ambedue registrati. Essa potrebbe risultare confortata dall'interpretazione evolutiva e sistematica e, alla luce della direttiva predetta, potrebbe essere ulteriormente avvalorata dal principio dell'interpretazione conforme al diritto comunitario, costantemente enunciato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, principio che è stato affermato anche "a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva" (*omissis*)\*.

\*(R.G. n. 3482/2003, udienza pubblica 6.5.2008, P.G. Domenico Iannelli. La Corte di cassazione ha statuito in conformità, sul principio: Cass. S.U. 6.5.2008, n. 17927)

### **3) Alloggi IACP – assegnazione dell'alloggio – diritto a ottenere la cessione in proprietà – trasmissibilità *iure hereditario* del diritto in caso di morte dell'assegnatario – negazione – domanda dell'erede di pronuncia costitutiva del trasferimento a norma dell'art. 2932 cod. civ. – inammissibilità**

Il ricorso prospetta tre questioni sulle quali le Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi.

La prima questione consiste nello stabilire se possa riconoscersi, in favore degli assegnatari che ne abbiano fatto richiesta, in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge n. 513/1977, un diritto soggettivo alla cessione in proprietà dell'alloggio.

La seconda questione consiste nello stabilire se il diritto soggettivo alla cessione in proprietà dell'alloggio sia trasmissibile agli eredi, in caso di morte dell'originario assegnatario.

La terza questione consiste nello stabilire se sia ammissibile ottenere una pronuncia costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, in caso di rifiuto dell'ente proprietario dell'alloggio di addivenire al trasferimento dello stesso.

Con riferimento alla prima questione, posto che ai sensi del D.P.R. n. 2/1959, modificato dalla legge n. 231/1962, potevano ottenere il trasferimento in proprietà gli assegnatari degli alloggi appartenenti alle categorie indicate dalla legge e non inclusi nella quota di riserva, che ne avessero fatto domanda in qualsiasi tempo, che fossero nel godimento dell'alloggio e che conservassero tale godimento fino al momento del trasferimento della proprietà, non v'è dubbio che la posizione soggettiva dell'assegnatario in ordine al trasferimento della pro-

prietà dell'alloggio ha natura di diritto soggettivo, in quanto l'ente proprietario non ha alcun potere discrezionale avendo il legislatore interamente predeterminato le condizioni per l'accoglimento della domanda di cessione. Qualche dubbio può sorgere, invece, sulla qualificazione della posizione soggettiva dell'assegnatario con riferimento al procedimento previsto per la determinazione del prezzo dell'alloggio ed al potere riconosciuto all'amministrazione di escludere dalla cessione una parte degli immobili, mediante l'inclusione degli stessi nella c.d. quota di riserva. In ordine al primo punto, può dirsi che si rimane nell'ambito del diritto soggettivo nel caso in cui la controversia riguardi l'erronea determinazione del prezzo per violazione dei criteri di quantificazione fissati dal D.P.R. n. 2/1959 e dalla legge n. 231/1962. In ordine al secondo punto, quello dell'inclusione dell'alloggio nella quota di riserva, va rilevato che mentre prima della formazione della quota di riserva ed anche con riguardo al procedimento di formazione della quota di riserva, la posizione dell'assegnatario ha consistenza di interesse legittimo ponendosi di fronte all'esercizio di un potere autoritativo e discrezionale, una volta che la quota di riserva sia stata formata la posizione soggettiva è, invece, di diritto soggettivo.

L'art. 27 della legge n. 513/1977 ha abrogato tutte le precedenti disposizioni che disciplinavano il trasferimento in proprietà degli alloggi disponendo da un canto che le domande di cessione già presentate e per le quali non fosse stato ancora stipulato il contratto dovessero essere confermate entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, a pena di decadenza, dall'altro che alle domande confermate si applicassero le norme contenute nel successivo art. 28, aventi ad oggetto le modalità di determinazione e il pagamento del prezzo. Ma l'applicabilità di tale norma è stata esclusa, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale, riguardo all'art. 52 della legge n. 457/1978, con riferimento alle domande di cessione per le quali, alla data del 31.10.1978, sia già intervenuta l'accettazione dell'ente; di conseguenza, in tali ipotesi, non è richiesta la conferma della domanda e non trovano applicazione le modalità di determinazione del prezzo previste dall'art. 28, le quali si riferiscono esclusivamente alle domande per le quali non sia ancora intervenuta, alla medesima data, l'accettazione. Naturalmente, la presentazione della domanda e l'accettazione della stessa non comportano automaticamente il trasferimento della proprietà dell'alloggio, ma soltanto che diventa incontestabile il diritto dell'assegnatario ad ottenere la cessione.

Con riguardo alla seconda questione, quella della trasmissibilità del diritto alla cessione, premesso che nell'ambito del rapporto tra

ente assegnante ed assegnatario si distinguono una fase pubblicistica che si conclude con il provvedimento di assegnazione, rispetto al quale l'interessato è titolare di posizioni di interesse legittimo, e una fase privatistica, caratterizzata dalla stipulazione di un contratto, dal quale sorgono in favore dell'assegnatario diritti soggettivi, va rilevato che la giurisprudenza della Corte di cassazione è correttamente orientata nel senso che, poiché l'unico titolo che abilita alla locazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica è l'assegnazione, la morte dell'assegnatario determina la cessazione del rapporto ed il ritorno dell'alloggio nella disponibilità dell'ente, il quale può quindi procedere, nell'esercizio del suo potere discrezionale, ad una nuova assegnazione, eventualmente a favore dei soggetti indicati nell'art. 12 del D.P.R. n. 1035/1972; questi non succedono nella posizione giuridica del defunto, ma, quali conviventi, hanno soltanto un titolo preferenziale per l'assegnazione, rispetto alla quale sono titolari esclusivamente di una posizione di interesse legittimo. Il diritto dell'assegnatario non è, pertanto, trasmissibile *iure hereditatis*, trattandosi di una posizione soggettiva strettamente correlata alle condizioni personali del titolare, che la legge attribuisce direttamente, in caso di morte di quest'ultimo, soltanto ad alcuni congiunti ed in presenza di determinate condizioni. Questa conclusione non è contraddetta dall'art. 2, comma 3, della legge n. 136/2001, il quale stabilisce che "l'art. 27 della legge n. 513/1977, e tutte le disposizioni di legge che prevedono facoltà di riscatto di alloggi di edilizia residenziale pubblica, si interpretano nel senso che, in caso di decesso del soggetto avente titolo al riscatto che abbia presentato la domanda nei termini prescritti, l'Amministrazione ha comunque l'obbligo di provvedere nei confronti degli eredi, disponendo la cessione dell'alloggio, indipendentemente dalla conferma della domanda stessa". Con tale disposizione, infatti, il legislatore non ha innovato la disciplina in materia, ammettendo la trasmissibilità del diritto alla cessione e indicando gli aventi causa negli "eredi" individuati sulla base delle norme del codice civile che disciplinano la successione *mortis causa*, ma ha solo inteso agevolare il trasferimento in proprietà degli alloggi, in caso di decesso dell'aspirante, non attraverso l'allargamento degli aventi diritto a subentrargli, ma attraverso l'esclusione della necessità di confermare la domanda di cessione.

Con riferimento, infine, alla terza questione, ribadito quanto prima detto, e cioè che l'esercizio del diritto alla cessione in proprietà dell'alloggio non comporta automaticamente il trasferimento del diritto reale sull'immobile, in quanto a tal fine non è sufficiente la presentazione della relativa domanda e l'accettazione dell'ente proprietario

di addivenire alla stipulazione del contratto di compravendita, va rilevato che l'obbligo dell'ente proprietario di addivenire alla stipulazione del contratto di compravendita non è suscettibile, secondo il costante orientamento della Corte di cassazione, di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.; questo perché il rapporto in questione ha connotati pubblicistici e il predetto obbligo non trova la sua fonte in una volontà negoziale. La tutela che l'assegnatario può invocare è costituita, a seconda dei casi, da un'azione di mero accertamento o da un'azione risarcitoria. L'azione *ex art.* 2932 c.c. è ammissibile soltanto nel caso in cui l'ente decida di utilizzare, per la realizzazione degli interessi generali ad esso affidati, lo strumento privatistico del contratto preliminare. Situazione questa, però, non ricorrente nella specie.\*

\*(R.G. n. 4671/2002 + altro, udienza pubblica 8.5.2007, P.G. Domenico Iannelli. La decisione della Corte di cassazione è nel medesimo senso: Cass. S.U. 8.5.2007, n. 11334)

#### **4) Circolazione stradale – concessioni di gestione di parcheggi a pagamento nel territorio comunale – accertamento delle violazioni nell'intera area oggetto di concessione – potere dei dipendenti del concessionario di effettuare tali accertamenti – esclusione – limitazione alle sole aree destinate a parcheggio**

Le Sezioni Unite sono chiamate a comporre il contrasto sulla questione relativa al potere dei dipendenti del concessionario della gestione dei parcheggi a pagamento nelle aree comunali di accertare le violazioni delle norme sulla circolazione stradale, oltre che nelle superfici destinate a parcheggio o ad esse funzionalmente collegate, anche nell'intera zona oggetto della concessione.

Il contrasto deve essere composto privilegiando un orientamento restrittivo. Deve, pertanto, ritenersi che il potere di accertamento delle infrazioni da parte del personale dipendente dalle società in questione è limitato all'accertamento delle sole violazioni in materia di sosta che interessano l'area oggetto della concessione. Questo è del resto quanto espressamente prevede l'art. 17, comma 132, della legge 15.5.1997, n. 127. Ma, poiché al personale in questione è stato attribuito anche il potere di rimuovere i veicoli che impediscono di accedere ad altro veicolo regolarmente in sosta, ovvero di spostare i veicoli in sosta, deve ritenersi che la funzione di accertamento comprenda anche la violazione del divieto di sosta nelle aree immediatamente limitrofe a quel-

le oggetto della concessione, ma ovviamente solo se ed in quanto precludono la funzionalità del parcheggio.

Questa corretta interpretazione delle norme in questione è stata adottata anche in due circolari del Ministero dell'Interno, che hanno riconosciuto al personale dipendente dalle società di gestione dei parcheggi una competenza circoscritta a violazioni commesse in aree comunali destinate al parcheggio o alla sosta sulla carreggiata, per la cui fruizione è imposto il pagamento di una somma di denaro. Inoltre, è stata riconosciuta la competenza anche su aree poste al servizio di quelle a pagamento immediatamente limitrofe ad esse e costituenti lo spazio minimo indispensabile e necessario per compiere le manovre che ne consentano in concreto l'utilizzo da parte degli automobilisti.

In conclusione le "aree oggetto di concessione" alle società di gestione dei parcheggi sono soltanto le aree fisicamente occupate dai parcheggi pubblici di superficie, contrassegnati dalle righe blu. Solo entro questi spazi (o in quelli immediatamente limitrofi, ad essi funzionalmente collegati) possono essere esercitati dai dipendenti delle società di gestione di parcheggi quei poteri che, in via eccezionale, la legge n. 127/1997 ha inteso attribuire a soggetti diversi dagli agenti di Polizia Municipale (*omissis*)\*.

\*(R.G. n. 11904/2004, udienza pubblica 3.2.2009, P.G. Domenico Iannelli. La pronuncia della Corte di cassazione è nel medesimo senso: Cass. S.U. 3.2.2009, n. 5621)

**5) Operazioni finalizzate esclusivamente all'elusione fiscale – Inquadramento nella nozione generale di abuso del diritto – Configurabilità, alla luce dei principi elaborati nell'ambito dell'ordinamento comunitario – Condizioni e limiti – Clausola generale antielusiva – Applicabilità – Fondamento – Contrasto con la riserva di legge – Esclusione – Conseguenze – Inopponibilità all'Amministrazione finanziaria dell'operazione, qualificata elusiva**

Le Sezioni Unite sono chiamate ad esaminare la questione di massima di particolare importanza relativa all'ammissibilità del disconoscimento, ai fini fiscali, degli effetti di operazioni poste in essere con la finalità esclusiva di eludere le imposte.

Posto che nella disciplina anteriore all'entrata in vigore dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, introdotto dall'art. 7 del D. Lgs. n. 358/1997, non esisteva nell'ordinamento fiscale italiano una clausola

generale antielusiva, va rilevato che nell'ambito dell'ordinamento comunitario è emersa una regola contraria all'abuso del diritto, in virtù della quale non sono opponibili all'amministrazione finanziaria gli effetti di operazioni che, non risultando sorrette da valide ragioni economiche, appaiono intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi un vantaggio fiscale, sotto forma di agevolazioni o anche di un risparmio d'imposta. Tale principio, pur non essendo direttamente applicabile nell'ordinamento interno, spiega indubbiamente un effetto d'irraggiamento sull'intero sistema impositivo, con la conseguenza che l'interprete è chiamato a ricercare, all'interno dell'ordinamento nazionale, appropriati strumenti per contrastare questo fenomeno.

Al riguardo, la Corte di cassazione ha correttamente affermato che la ragione per cui, a seconda delle diverse fattispecie in concreto adottate, i contratti di acquisto e rivendita delle azioni o di costituzione o trasferimento dell'usufrutto sulle stesse non possono produrre effetti nei confronti del fisco, deve ravvisarsi in un "difetto di causa", che dà luogo alla nullità dei contratti collegati di acquisto e rivendita di azioni ovvero del contratto di costituzione o trasferimento dell'usufrutto, in quanto dagli stessi non consegue per le parti alcun vantaggio economico, all'infuori del risparmio fiscale. In questa prospettiva deve ritenersi che le ragioni poste dall'Ufficio a base dell'atto impositivo non escludono il potere del giudice tributario di qualificare autonomamente la fattispecie posta a fondamento della pretesa fiscale, né l'esercizio, da parte dello stesso giudice, di poteri di cognizione d'ufficio, in quanto i poteri del giudice tributario non possono essere più limitati di quelli esercitabili in qualunque processo di impugnazione di atti autoritativi.

Essendo lo strumento dell' "abuso del diritto" un mezzo per contrastare l'elusione fiscale, esso deve essere utilizzato dall'amministrazione finanziaria con particolare cautela, dovendosi sempre tener presente che l'impiego di forme contrattuali e/o organizzative che consentano un minore carico fiscale costituisce in certa misura esercizio della libertà d'impresa e di iniziativa economica, nel quadro delle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione e dall'ordinamento comunitario. Pragmatico deve essere, quindi, l'approccio dell'amministrazione in materia, in quanto occorre tenere presente che l'evoluzione degli strumenti giuridici è necessariamente collegata alle rapide mutazioni della realtà economico-finanziaria, nella quale possono trovare spazio forme nuove, non strettamente legate ad una angusta logica di profitto della singola impresa (*omissis*).

\*(R.G. n. 6527/2000 + altro, udienza pubblica 2.12.2008, P.G. Domeni-

co Iannelli. La pronuncia della Corte di cassazione è nel medesimo senso: Cass. S.U. 2.12.2008, n. 30055)

**6) Diritti fondamentali – Cittadinanza – Acquisto e perdita - Permanenza dello *status* – dichiarazione di incostituzionalità di norma discriminatoria – incidenza senza limitazioni temporali, trattandosi di rapporti insuscettibili di esaurimento – riacquisto automatico della cittadinanza a partire dal 1° gennaio 1948 – affermazione – conseguenze – riconoscimento dello *status* anche in capo ai figli illegittimamente privati della cittadinanza e ai loro discendenti – sussistenza.**

La questione che le Sezioni Unite sono chiamate ad esaminare concerne la cittadinanza di chi sia nato (dopo il 1° gennaio 1948) dal matrimonio, contratto prima dell'entrata in vigore della Costituzione, tra uno straniero e un'italiana, la quale, sposandosi, avesse perduto il proprio precedente *status civitatis* e acquisito quello del marito, a norma dell'art. 10, terzo comma, della legge 13.6.1912, n. 555: si tratta di stabilire, cioè, se colui che versa in tale condizione possa essere considerato *ab origine* cittadino italiano *iure sanguinis*, per effetto delle sentenze della Corte Costituzionale n. 87/1975 e n. 30/1983, con le quali è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, rispettivamente, della predetta disposizione “nella parte in cui prevede la perdita della cittadinanza italiana indipendentemente dalla volontà della donna”, e dell'art. 1, primo comma, n. 1, della stessa legge “nella parte in cui non prevede che sia cittadino italiano per nascita anche il figlio di madre cittadina”.

Per dare soluzione alla questione predetta, occorre muovere dal rilievo che la c.d. retroattività delle decisioni costituzionali di accoglimento incontra il limite del “rapporto o della situazione esauriti”, vale a dire della situazione o del rapporto che – sorti in base ad una legge (successivamente) dichiarata incostituzionale – non richiedano più l'applicazione di quest'ultima e siano qualificabili come esauriti in forza di altra e diversa norma di legge (si pensi alla disciplina del giudicato, della prescrizione, della decadenza, delle preclusioni processuali, dell'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo). La ragione per la quale la qualificazione di un rapporto o di una situazione, siccome “esauriti”, non deve fondarsi sulla norma di legge dichiarata incostituzionale risiede nel fatto che, diversamente, continuerebbe ad applicarsi la norma incostituzionale.

Tanto premesso, occorre chiedersi se l'efficacia retroattiva delle

sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale incontri, con riguardo allo *status civitatis*, il generale limite del “rapporto o della situazione esaurita”. La risposta a questo quesito non può che essere negativa.

Lo *status civitatis* corrisponde – com’è noto – alla posizione che ogni individuo ha, originariamente, rispetto ad una determinata comunità statale, e la cui titolarità è riconosciuta e garantita, come tale, dall’ordinamento giuridico. Esso, in quanto elemento costitutivo della persona, è, di per sé, “inesauribile” e, perciò, anche “fonte inesauribile” della distinta titolarità di situazioni giuridiche soggettive che lo presuppongono.

Avendo riguardo allo *status civitatis*, considerato come “qualità della persona”, non v’è dubbio che, essendo caratterizzato dall’assolutezza, indisponibilità ed imprescrittibilità, esso può essere fatto valere, anche in sede giurisdizionale, in ogni tempo. Avendo riguardo, poi, allo *status civitatis*, inteso come appartenenza della persona ad una determinata comunità statale insieme ad altri cittadini, va detto che ogni modificazione dell’ordinamento giuridico che incida sulla sua disciplina non può non esplicare effetti nei confronti di coloro cui compete quella posizione, a prescindere da ogni riferimento temporale.

Sulla base di queste considerazioni, deve affermarsi che la naturale efficacia retroattiva delle sentenze di incostituzionalità n. 87 del 1975 e n. 30 del 1983 non incontra il generale limite della “situazione esaurita”. Lo *status civitatis*, infatti, è, per sua natura, sempre “giustiziale” e, quindi, “inesauribile” fintantoché su di esso non sia intervenuto un accertamento passato in giudicato “opponibile” all’efficacia retroattiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

In conclusione, inserendosi le predette sentenze costituzionali nella categoria delle pronunce di accoglimento per incostituzionalità sopravvenuta (in quanto aventi ad oggetto una legge anteriore alla Costituzione), in forza degli effetti da essa esplicitati, deve riconoscersi dalla data di entrata in vigore della Costituzione (1° gennaio 1948), la cittadinanza italiana anche alle donne che l’avevano perduta in quanto coniugate con cittadino straniero prima di tale data. Trovandosi in questa condizione la madre della A. (intimata), quest’ultima deve essere dichiarata cittadina italiana. Lo stesso deve dirsi per la E., essendo stata trasmessa al di lei padre la cittadinanza italiana da parte della nonna (*omissis*).

\*(R.G. n. 35067/2006 + altro, udienza pubblica 3.2.2009, P.G. Domenico Iannelli. La decisione della Corte di cassazione è, ora, conforme: Cass. S.U. 3.2.2009, n. 4466, dopo che in precedenza, su questio-



ne identica e nella quale la Procura generale aveva concluso nel medesimo senso della presente, si era invece espressa in termini diversi, affermando la irretrattabilità della perdita della cittadinanza: Cass. S.U. 19.2.2004, n. 3331)

**7) Giurisdizione nei confronti di Stati esteri – condanna generica della Repubblica Popolare Cinese al risarcimento del danno derivante dalla divergenza tra titolarità di bene immobile ed effettiva disponibilità dello stesso per effetto di vendita dichiarata inefficace – autorità di giudicato sulla giurisdizione nel successivo giudizio sulla domanda di risarcimento dei danni da indisponibilità dell’immobile, per averne la convenuta Repubblica continuato a mantenere il possesso – esclusione – pretese a contenuto patrimoniale nei confronti dello Stato straniero – immunità dalla giurisdizione civile dello Stato italiano – possibilità e condizioni – indagini sull’esercizio dei poteri pubblicistici dello Stato straniero – necessità – domanda restitutoria e risarcitoria per l’occupazione di immobile da parte dello Stato straniero assunta come illegittima – destinazione dell’immobile ad ufficio commerciale dell’ambasciata – carenza di giurisdizione del giudice italiano**

(*omissis*) Passando all’esame del ricorso incidentale della Repubblica Popolare di Cina, va rilevato, con riguardo ai primi cinque motivi (che attengono alla questione di giurisdizione), che essi sono in parte fondati.

In via preliminare, occorre esaminare se si sia formato il giudicato (rilevabile d’ufficio) sulla questione della giurisdizione per effetto della sentenza del Tribunale di Roma del 1999, che dichiarò l’inefficacia del contratto di vendita del 1983 per mancato avveramento della condizione dell’autorizzazione di cui all’art. 17 cod. civ. (abrogato dalla legge n. 127/1997) e condannò la Repubblica Popolare cinese al rilascio dell’immobile ed al risarcimento del danno in favore dell’alienante, da liquidarsi in separata sede. Al riguardo, va rilevato che le Sezioni Unite ritengono che “il giudicato sulla giurisdizione sia nei confronti dello straniero che nei confronti dello Stato estero non spiega effetto in un successivo processo inerente al medesimo rapporto, allorché questo coinvolga effetti diversi rispetto a quelli fatti valere nel primo processo”. Infatti il criterio di collegamento può atteggiarsi in modo diverso con riferimento a due distinti processi. Da tanto consegue che, nel caso di specie, di nessun rilievo è il giudicato implicito

sulla giurisdizione che si è formato per effetto della dichiarata risoluzione del contratto di acquisto e della conseguente condanna alla restituzione dell'immobile da parte dello Stato straniero all'alienante. Il problema si pone però tra la statuizione di condanna generica al risarcimento dei danni, di cui alla sentenza del Tribunale di Roma del 1999, e la domanda proposta dalla soc. Immobiliare nel presente giudizio di liquidazione del danno e condanna della convenuta al pagamento dello stesso. Posto che la condanna generica al risarcimento del danno postula soltanto l'accertamento di un comportamento illegittimo e potenzialmente produttivo di conseguenze dannose, il giudicato formatosi su questa pronuncia non osta a che, nel giudizio instauratosi per la liquidazione, venga negato il fondamento della domanda risarcitoria, un volta constatato che il danno non si è in concreto verificato. Questa differenza tra gli effetti fatti valere nei due processi comporta che il giudicato sulla giurisdizione nei confronti dello Stato straniero, formatosi (implicitamente) con la sentenza di condanna generica, non preclude un autonomo esame della stessa nel giudizio nel quale si chiede l'accertamento del danno e la condanna del convenuto al pagamento della somma liquidata. Questo determina l'irrelevanza della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 161, 2° comma, c.p.c., per contrasto con gli artt. 10, 87 e 117 Cost. nella parte in cui non prevede l'inesistenza della sentenza, che violi il diritto internazionale e determini la responsabilità internazionale dello Stato.

Escluso, quindi, che nel caso di specie sussista un giudicato implicito sulla giurisdizione in merito alla domanda di condanna della Repubblica Popolare cinese al risarcimento del danno da occupazione illegittima dell'immobile in questione destinato all'esercizio del diritto di missione, occorre stabilire se sussista la giurisdizione civile del giudice italiano ovvero se essa sia impedita dalla immunità in favore dello Stato straniero.

Premesso che, per costante giurisprudenza della Corte di cassazione, l'esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile è limitata agli atti *iure imperii* e non si estende agli atti *iure gestionis*, occorre stabilire se, nel presente giudizio, il giudice è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del comportamento tenuto dalla Repubblica Popolare cinese e quindi, preliminarmente ai fini della giurisdizione, se il comportamento di occupazione dell'immobile in luogo di rilasciarlo all'attrice, sia in rapporto di strumentalità necessaria con i suoi poteri pubblicistici. Al riguardo, occorre procedere all'interpretazione del giudicato di cui alla sentenza del Tribunale di Roma del 1999. E il risultato di questa attività interpretativa consente di ritenere che il giudicato

formatosi con la predetta sentenza non attiene a condanna generica al risarcimento del danno per mancata riconsegna del bene da parte della Repubblica Popolare cinese con decorrenza dalla data di stipula del contratto e dall'1.1.1987, ma del danno da inadempimento a quanto richiesto con la diffida ad adempiere ai sensi dell'art. 1454 c.c. Si tratta, quindi, di danni diversi da quelli richiesti nell'attuale giudizio, che sono conseguenti alla mancata restituzione del bene da parte della convenuta ed alla mancata utilizzazione dello stesso da parte dell'attrice e si riferiscono al periodo dal 1983 o dal 1987 e fino alla riconsegna futura. Poiché la Repubblica Popolare cinese ha dedotto che il comportamento di continuare ad occupare l'immobile e di mantenervi l'Ufficio commerciale dell'Ambasciata era stato assunto nell'esercizio dei suoi poteri pubblicistici di esercizio del diritto di missione, tale comportamento non può essere valutato dal giudice italiano, il quale, quindi, è carente di giurisdizione in ordine alla domanda di risarcimento dei danni (*omissis*).

\*(R.G. n. 18127/2007 + altro, udienza pubblica 24.6.2008, P.G. Domenico Iannelli. La pronuncia della Corte di cassazione è nel medesimo senso: Cass. S.U. 24.6.2008, n. 19600)

#### **8) Procedimento legislativo – controllo giurisdizionale – esclusione – rimedi – impugnazione degli atti amministrativi applicativi della legge e proposizione in quella sede di questione incidentale di legittimità costituzionale**

In fatto: con ricorso dinanzi al Tar l'Azienda faunistico-venatoria impugnava, chiedendone l'annullamento, gli atti della conferenza di servizi per l'istituzione dell'area naturale protetta ai sensi dell'art. 6 della L. R. n. 19 del 1997 "Parco regionale Isola di S. Andrea-Litorale di Punta Rizzo", svoltasi il 15 maggio 2006, nonché i relativi atti preparatori e consequenziali, tra cui la determinazione della Giunta Regionale del 23 maggio 2006, recante la definitiva adozione dello schema di disegno di legge relativo all'istituzione del Parco. Si costituivano in giudizio la Regione Puglia e il Comune e quest'ultimo eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice adito.

In pendenza del suddetto giudizio (nel corso del quale, con motivi aggiunti, l'Azienda ricorrente aveva formulato richiesta di risarcimento dei danni asseritamente derivanti dall'approvazione della legge regionale istitutiva del menzionato Parco), il convenuto Comune pro-

poneva, con ricorso regolarmente notificato il 21 ottobre 2008, regolamento preventivo per la declaratoria del difetto assoluto di giurisdizione, sul presupposto che gli atti impugnati non avevano natura giuridica di atto amministrativo, essendo strutturalmente e funzionalmente attratti nell'orbita della funzione legislativa di cui costituivano la fase genetica ed il successivo sviluppo.

Radicatosi il contraddittorio, si costituiva l'Azienda che resisteva con controricorso.

In diritto: premessa l'inapplicabilità dell'art. 366-*bis* c.p.c. ai ricorsi per regolamento preventivo di giurisdizione (Cass. Sez. Un. n. 5924 del 2008 e n. 22059 del 2007), a parere del requirente, il ricorso è fondato, dovendosi dichiarare, nel caso di specie, il difetto assoluto di giurisdizione.

Il completamento dell'*iter* legislativo, con la trasformazione in legge regionale dello schema di disegno di legge oggetto dell'impugnativa, farebbe venir meno l'interesse al proseguimento del giudizio innanzi al Tar per il quale è stato proposto il regolamento, ma va, tuttavia, osservato che la questione della giurisdizione ha priorità logico-giuridica rispetto a qualsiasi statuizione di merito, tra cui rientra anche quella di cessazione della materia del contendere.

Ciò rilevato, va detto che gli atti impugnati costituiscono fasi legislativamente regolate del processo di formazione della legge regionale in materia di istituzione di parchi naturali regionali, sicché gli stessi, in quanto espressione di esercizio della potestà legislativa dell'ente Regione, sono sottratti al sindacato giurisdizionale, sia del giudice amministrativo che di quello ordinario (Cass., Sez. Un. n. 2439 del 2008).

Ciò non vuol dire che ai privati interessati sia negata ogni possibile tutela: il cittadino non ha azione giurisdizionale diretta per far valere gli eventuali vizi degli atti concorrenti al procedimento formativo della legge ma detti vizi, se sussistenti, certamente possono tradursi in vizi dell'atto conclusivo del procedimento stesso e cioè della legge regionale, per cui all'interessato è dato ricorrere, secondo l'ordinario riparto della giurisdizione, contro gli atti amministrativi emessi dall'organo locale in attuazione della legge regionale, e, in tale sede, l'interessato può anche denunciare i vizi degli atti formativi dell'indicato procedimento legislativo quale mezzo al fine di sollevare una questione di legittimità costituzionale della legge medesima innanzi al giudice delle leggi, ove i vizi in questione si prospettino come violazione dei principi costituzionali concernenti i limiti e le forme di esplicazione della potestà legislativa regionale.

Nel caso in esame va, dunque, dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione, non spettando ad alcun giudice, né ordinario né amministrativo, il sindacato su atti facenti parte dell'*iter* formativo di una legge regionale.

P.Q.M.

Chiede che le Sezioni Unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, dichiarino il difetto assoluto di giurisdizione, con le statuizioni di legge.\*

\*(R.G. 24407/08, camera di consiglio 29.9.2009, P.G. Raffaele Cenicola. La pronuncia della Corte di cassazione è nel medesimo senso: Cass. S.U. 29.9.2009, n. 22233)

**9) Responsabilità contabile – attività della pubblica amministrazione attraverso strumenti privatistici o soggetti di diritto privato – danno erariale – criterio di selezione tra giurisdizione contabile e ordinaria – natura del danno e oggetto dello scopo perseguito – rapporto tra p.a. e privato qualificabile come rapporto di servizio – affermazione della giurisdizione contabile**

Con il regolamento preventivo si chiede sostanzialmente alle Sezioni Unite della Corte di cassazione di determinare la giurisdizione, se della Corte dei conti ovvero del giudice ordinario, sulla controversia promossa da una Procura regionale della Corte dei conti nei confronti di C.G., titolare della ditta C. s.a.s., che, per diversi anni, aveva svolto servizio di manutenzione e riparazione degli autobus dell'azienda, a totale partecipazione pubblica, Cotral s.p.a., chiedendone la condanna per responsabilità amministrativa, in solido con alcuni dipendenti dell'azienda pubblica.

A fondamento della richiesta deduceva: che da una indagine della Guardia di Finanza era emersa una grossa frode perpetrata dalla ditta ai danni della Cotral, mediante: la fatturazione per operazioni inesistenti relative alla vendita di pezzi di ricambio di autobus; prestazioni di manutenzione su autobus che nel periodo di ricovero in officina risultavano impiegati in regolare servizio di linea; la fatturazione di corrispettivi per pezzi di ricambio eccedenti i prezzi di acquisto; l'aumento artificioso dei corrispettivi addebitati alla Cotral per manodopera.

Premesso che, come è giurisprudenza costante della Suprema Corte, la disposizione di cui all'art. 366-*bis* c.p.c. non si applica ai re-

golamenti preventivi (S.U. n. 22059 del 2007), a parere del requirente, nella fattispecie in esame va dichiarata la giurisdizione della Corte dei conti sulla base delle considerazioni che seguono.

- Ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale nei confronti di amministratori e dipendenti per fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge n. 20 del 1994, in ragione del sempre più frequente operare dell'amministrazione al di fuori degli schemi del regolamento di contabilità dello Stato e tramite soggetti non organicamente inseriti, è irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico danaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione o in un contratto di diritto privato: il baricentro per discriminare la giurisdizione contabile da quella ordinaria si è, infatti, spostato dalla qualità del soggetto, che può essere un privato o un ente pubblico non economico, alla natura del danno e degli scopi perseguiti (Cass. S.U. n. 19815 e n. 11654 del 2008, n. 14101 del 2006, n. 10973 del 2005).
- L'attività svolta da una società avente ad oggetto interventi in settori di rilevanza pubblica determina l'inserimento della società nell'apparato organizzativo della p.a., dando luogo ad un rapporto di servizio, configurabile non più soltanto nell'ambito del rapporto organico o di impiego pubblico, pienamente idoneo a giustificare l'esercizio della giurisdizione contabile di responsabilità (S.U. n. 24002 del 2007).
- Presupposto per la responsabilità amministrativa è l'esistenza di una relazione funzionale tra l'autore dell'illecito causativo di un danno patrimoniale e l'ente che subisce tale danno, la quale è configurabile, non solo quando intercorra un rapporto di impiego in senso stretto, ma anche quando sia ravvisabile comunque un rapporto di servizio in senso lato, in quanto il soggetto, pur se estraneo alla p.a., venga investito, anche di fatto, dello svolgimento in modo continuativo di una data attività in favore della p.a. (S.U. n. 22652 del 2008).
- Dall'applicazione di tali principi alla fattispecie in esame, consegue che spetta alla Corte dei Conti il potere di decidere sulla domanda di risarcimento del danno erariale avanzata dal Procuratore regionale contro un soggetto legato da un rapporto giuridico con una s.p.a. a totale capitale pubblico, che svolge un servizio pubblico e le cui perdite patrimoniali sono destinate a risolversi in danno degli enti pubblici azionisti e quindi in danno erariale, quando si deduce, a fondamento dell'azione, che tale rapporto, in-

dipendentemente dalla sua natura giuridica, ha costituito l'occasione per comportamenti fraudolenti in danno dell'ente, posti in atto dal soggetto in questione con il concorso doloso o colposo di agenti interni all'ente pubblico e con l'esercizio di poteri di fatto tali da consentirgli di interferire sulle modalità di esecuzione di prestazioni strumentali all'attività dell'ente e sulle procedure di liquidazione dei compensi, allo scopo di trarne illecito profitto.

P.Q.M.

Chiede che le Sezioni Unite, in camera di consiglio, dichiarino la giurisdizione della Corte dei conti, con le statuizioni di legge.

Roma 9.4.2009\*

\*(R.G. n. 21714/08, P.G. Raffaele Ceniccola. La decisione della Corte di cassazione non risulta ancora pubblicata)

**10) Giurisdizione contabile – società di diritto privato interamente a capitale pubblico (R.A.I.) – amministratori e dipendenti della società – azione di danno erariale verso gli amministratori – qualificazione della società come organismo di diritto pubblico, alla luce dell'ordinamento interno e comunitario – conseguente sottoposizione alla giurisdizione della Corte dei conti – affermazione**

*(In fatto)* Con atto di citazione del 3 dicembre 2007 la Procura regionale presso la sezione giurisdizionale per il Lazio della Corte dei Conti promuoveva giudizio di responsabilità contro amministratori e dipendenti RAI nonché contro alcuni rappresentanti del Ministero dell'economia e delle finanze e della S.I.A.E. in relazione a condotte ritenute dannose per la RAI S.p.A., sul presupposto della natura pubblica di quest'ultima, e, quindi, della sussistenza della giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità amministrativa per i fatti lesivi ad essa cagionati dai suoi amministratori e dipendenti e da coloro che ad altra amministrazione erano legati da un rapporto di servizio. La RAI veniva convenuta nella qualità di soggetto coinvolto in azioni diverse da quelle risarcitorie, e cioè per l'accertamento della nullità degli atti relativi alla nomina del dott. M. alla carica di direttore generale nonché del successivo contratto contenente la definizione del trattamento economico.

In particolare le contestazioni mosse dalla Procura riguardavano i danni cagionati alla RAI: dai consiglieri di amministrazione che ave-

vano votato a favore della nomina del dott. M. a direttore generale, nonché da coloro che per conto del Ministero dell'economia e della SIAE avevano espresso in assemblea voto favorevole a tale nomina, la quale era stata dichiarata dall'autorità per le garanzie nelle comunicazioni contraria all'art. 9, c. 2° dalla Legge n. 481/1995, e perciò sanzionata con una pena pecuniaria di euro 14.397,00 pagata dalla medesima RAI; dal direttore della direzione affari legali per avere omesso di illustrare agli amministratori la possibilità che, nel caso di mancato pagamento della sanzione entro 30 giorni l'autorità avrebbe potuto irrogare un'ulteriore sanzione pecuniaria, così contribuendo ad aggravare il danno; dal direttore della direzione affari legali per l'affidamento a tre professionisti esterni dell'incarico di coordinare la detta direzione nella difesa della società nel procedimento instaurato dall'autorità e nei successivi giudizi dinanzi al giudice amministrativo; dal direttore della direzione affari legali, da alcuni consiglieri di amministrazione e dal direttore generale per l'acquisizione di pareri legali di professionisti esterni circa la legittimità della nomina del dott. M.; circa l'avocazione da parte dei consigli di amministrazione dei poteri di direttore generale (dopo la decisione del TAR Lazio che affermava la legittimità della sanzione irrogata e, quindi, l'illiceità della nomina del direttore generale) e circa la bozza di transazione con il dott. M. a seguito della sua rimozione dall'incarico di direttore generale.

La Procura chiedeva, inoltre, dichiararsi la nullità degli atti relativi alla nomina del dott. M. e del successivo contratto di lavoro intervenuto tra la RAI e il dott. M., ed in particolare della c.d. clausola paracadute inserita nel contratto, nulla per mancanza di causa.

Istituitosi il contraddittorio, la RAI ha proposto l'odierno regolamento preventivo di giurisdizione, articolato su molteplici motivi.

A sostegno del ricorso la RAI ha premesso, da un lato, che la giurisdizione della Corte dei Conti non è esclusiva, ma solo tendenzialmente generale e sussiste soltanto nelle materie di contabilità pubblica e in quelle specificamente individuate dalla legge, comunque sempre previa necessaria *interpositio legislatoris*, e, dall'altro che i principi di concorrenza e di libertà di iniziativa economica (*ex* artt. 41 e 42 Cost. e 86 Trattato CE) comportano l'assoggettamento delle imprese pubbliche alle stesse regole cui sono sottoposte quelle private e il divieto di misure che abbiano l'effetto di dissuadere i soggetti economici operanti nella comunità dall'investire nel capitale di una società nazionale (art. 56 Trattato CE).

Essa RAI è una società di diritto privato assoggettata esclusivamente alle norme di diritto privato e societario (partecipata dal Mini-



stero dell'economia al 99,56% e dalla SIAE per il resto) e operante in un mercato regolamentato per la tutela della concorrenza e del pluralismo, al di fuori delle deroghe espressamente previste dal D. Lgs. 177/2005 (T.U. radiotelevisione) il cui art. 49 c. 2° stabilisce che, per quanto non sia diversamente previsto dal testo unico, la RAI è assoggettata alla disciplina generale delle società per azioni, anche per quanto concerne l'organizzazione e l'amministrazione.

Prosegue la ricorrente che, in quanto concessionaria del servizio pubblico, la RAI svolge due tipi di attività: quelle concernenti direttamente l'esercizio del servizio pubblico i cui costi sono finanziati dal canone di abbonamento, e quelle commerciali ed editoriali svolte nel mercato radiotelevisivo, le quali sono finanziate attraverso la pubblicità e assoggettate al diritto privato con la conseguenza che per i danni causati alla società dagli amministratori la competenza ad intervenire a tutela degli interessi della società e degli azionisti (e quindi del Ministero dell'economia) con la proposizione nei loro confronti dell'azione sociale di responsabilità ovvero, per i danni arrecati alla società da terzi con la proposizione dell'azione *ex art.* 2043.

Sulla base di tali premesse svolgeva molteplici argomentazioni giuridiche, che possono riassumersi come di seguito:

- dal momento che la presenza del socio pubblico non può mutare la natura giuridica di una società commerciale deve escludersi la giurisdizione della Corte dei Conti in relazione ad attività regolate dal diritto privato, atteso che una diversa linea interpretativa, nel senso di attribuire alla Corte di Conti la giurisdizione su controversie non riguardanti l'esercizio dei poteri pubblici, determinerebbe un dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 1 c. 1° d.l. n. 453/1993, nell'interpretazione datane, in riferimento agli artt. 102 e 103 Cost.;
- anche a voler ritenere che la giurisdizione della Corte dei Conti sussista nel caso di danni cagionati nell'esercizio di attività di impresa, le azioni di responsabilità proposte nella specie escluderebbero comunque da tale giurisdizione in quanto volte a contestare un danno subito non da una amministrazione o da un ente pubblico, ma da una società privata, e quindi non un danno erariale;
- la contestazione rivolta ai consiglieri di amministrazione circa la nomina a direttore generale di un soggetto che versava in situazione di ineleggibilità non è riferibile ad attività di pubblico servizio, mentre quella imputata ai soggetti che per conto degli azionisti avevano espresso in assemblea voto favorevole alla nomina del dott. M. è del tutto estranea alla disciplina delle società per azioni;

- non vale richiamarsi alla nozione di “organismo di diritto pubblico”, introdotta dalla normativa comunitaria in materia di affidamento degli appalti, trattandosi di nozione funzionale alla direttiva CE nel settore, volta ad estendere l’area delle garanzie procedurali a non creare nuove forme di soggettività giuridica;
- l’art. 7 della legge n. 97 del 2001, norma che prevede che la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti di amministrazione o di enti pubblici e di enti a prevalente partecipazione pubblica sia comunicata al procuratore regionale della Corte dei Conti affinché promuova l’eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato, riguarda le azioni delittuose commesse da coloro che rivestono la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio;
- l’ipotizzata espansione della giurisdizione della Corte dei Conti parrebbe il problema del rapporto fra l’azione di responsabilità erariale e le ordinarie azioni di danno in materia societaria e civilistica in genere;
- la disposizione di cui all’art. 16-*bis* della legge n. 31/2008, qualora interpretata come implicito riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti in relazione alle azioni di responsabilità per danni cagionati dagli amministratori e dai dipendenti di società a partecipazione pubblica a quest’ultima (con l’unica esclusione delle società quotate e a partecipazione pubblica minoritaria), sarebbe costituzionalmente illegittima, per la palese violazione del principio di irretroattività, del principio della necessità di una esplicita ed effettiva *interpositio legislatoris* ai fini della concreta attribuzione alla Corte dei Conti della giurisdizione nelle diverse fattispecie di responsabilità amministrativa, del principio di buon andamento dell’amministrazione;  
 inoltre tale interpretazione si porrebbe in contrasto con gli artt. 86 e 56 del Trattato CE: verrebbe, infatti, violato il principio dell’assoggettamento delle imprese pubbliche alle stesse regole di quelle private; si risolverebbe in una misura suscettibile di dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall’investire nel capitale di queste ultime e, quindi, in una restrizione alla libera circolazione dei capitali; comporterebbe un grave pregiudizio quanto alla capacità gestionale di società con soci pubblici;
- l’art. 1 comma 174 della legge n. 266 del 2005 non prevede che il p.m. contabile possa proporre dinanzi alla Corte dei Conti altre azioni previste dal codice civile diverse dai mezzi di conservazione della garanzia del credito, ma difforme ed estensiva lettura

della norma – che già di per sé costituisce interpretazione autentica – risulterebbe lesiva degli artt. 102 e 103 Cost., in base ai quali l'esercizio della funzione giurisdizionale è di regola demandata al giudice ordinario.

(...) Il Procuratore regionale della Corte dei Conti ha presentato controricorso ove ha eccepito la carenza di legittimazione ad agire della RAI in ordine alla doglianza concernente la possibilità che i suoi amministratori e dipendenti siano convenuti dinanzi alla Corte dei Conti al fine di ottenere il risarcimento del danno da essa subito, legittimazione che spetterebbe soltanto alle persone fisiche convenute nel giudizio e non al soggetto alla tutela del cui patrimonio tende l'azione esercitata dal p.m. contabile. Nel merito deduce quanto segue.

- La RAI è equiparabile ad una pubblica amministrazione e, quindi, sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti nella qualità di danneggianti i soggetti legati da un rapporto di servizio con la società pubblica radiotelevisiva e coloro i quali, legati da un rapporto di servizio con una amministrazione pubblica (nella specie, Ministero dell'economia e SIAE), hanno con il loro comportamento cagionato un danno alla RAI (V. art. 1, comma 4, della legge n. 20 del 1994). Tale equiparazione è conseguenza della sussistenza di alcuni connotati, concernenti le funzioni svolte, la titolarità del pacchetto azionario e i sistemi di controllo, che differenziano la RAI dalle società per azioni il cui capitale non è posseduto dalla p.a. Il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può essere anche un ente pubblico economico o un privato) alla natura del danno e degli scopi perseguiti. La giurisdizione contabile nei confronti dei dipendenti delle S.p.A. si giustifica in base all'art. 7 della legge n. 97 del 2001 che prevede la possibilità che il procuratore generale della Corte dei Conti eserciti l'azione di responsabilità per danno erariale nei confronti di tali soggetti; perché una S.p.A. a partecipazione pubblica costituisce organismo di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 109 del 1994 e succ. mod. (influenza dominante di una amministrazione pubblica: la RAI è partecipata dal Ministero dell'economia al 99,55% e dalla SIAE allo 0,45%; personalità giuridica; c.d. requisito teleologico, cioè natura non industriale o commerciale dell'attività svolta); perché la RAI è definibile come impresa pubblica, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 158 del 1995 (V. Cons. St., sez. VI, n. 1770 del 2005); perché la Corte dei Conti esercita anche il controllo previsto dalla legge n. 259 del 1958. Inoltre la RAI è concessionaria del servizio pubblico televisivo sulla base di un contratto nazionale di servizio stipulato

con il Ministero delle comunicazioni e si avvale del finanziamento tramite il canone di abbonamento (gli artt. 47 del d.lgs. n. 177 del 2005 e 18 della legge n. 112 del 2004 prevedono una contabilità separata per i proventi derivanti dal gettito del canone e il divieto per la società di utilizzare i ricavi derivanti dal canone per finanziarie attività non inerenti al servizio pubblico televisivo). La giurisdizione della Corte dei Conti sussiste anche in considerazione dell'esistenza di un rapporto di servizio tra la RAI e lo Stato (ciò giustifica, ad es., l'azione risarcitoria nei confronti della p.a. ovvero di soggetti ad essa estranei, come il direttore dei lavori), anche se tale rapporto di servizio deve essere più correttamente ravvisato, da un lato, tra la RAI e i suoi dipendenti e amministratori e, dall'altro, tra il Ministero dell'economia e le persone fisiche suoi dipendenti che, avendo con il loro agire cagionato un danno alla RAI, possono essere convenute nel giudizio contabile, ai sensi dell'art. 1 co. 4 della legge n. 20 del 1994. Quanto all'art. 16-*bis* del d.l. n. 248 del 2007, conv. dalla legge n. 31 del 2008, è inapplicabile nel presente giudizio dinanzi al giudice contabile che era già pendente alla data di promulgazione della legge di conversione.

- Quanto alla domanda di nullità contrattuale, il Procuratore generale della Corte dei Conti ritiene che il potere di promuoverla derivi dal già citato art. 1, comma 174, della legge n. 266 del 2005, trattandosi, a suo avviso, di un'azione (ulteriore rispetto a quella risarcitoria) necessaria e strumentale alla tutela delle ragioni del creditore, cioè del pubblico erario, mediante l'eliminazione della fonte stessa del danno (analogo discorso varrebbe per le azioni di annullamento, risoluzione, rescissione, simulazione del contratto nonché per le azioni restitutorie e per quelle cautelari *ex art. 700 c.p.c.*). Ne consegue che, in forza di questa disposizione, è stata sottratta alle pubbliche amministrazioni interessate la possibilità di proporre davanti al giudice ordinario (tramite l'Avvocatura dello Stato, quella regionale, comunale, ecc.) le azioni (diverse da quella risarcitoria) a tutela del proprio patrimonio in presenza di danni erariali, essendo tale potere stato attribuito al p.m. contabile il quale può (e deve) agire presso la medesima Corte, ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 453 del 1993, conv. con legge n. 19 del 1994. Poiché tali azioni sono esercitabili anche da soggetti diversi dalla p.a. il giudice fornito di giurisdizione sarà individuato in base alla qualificazione soggettiva dell'attore, cioè sarà competente il giudice ordinario nel caso di azione esperita da privati, mentre sarà competente la Corte dei Conti qualora l'azione venga esercitata dal p.m. contabile, il quale avrà l'obbligo di convenire in giudizio anche il soggetto passivo di tali azioni.

*(In diritto)* Preliminarmente occorre rilevare che l'asserita inammissibilità, per carenza di interesse, del ricorso per regolamento preventivo proposto dalla RAI non precluderebbe comunque, in questa sede, l'esame della questione di giurisdizione fatta propria, con controricorso e ricorso incidentale, degli altri soggetti convenuti nel giudizio di responsabilità (cfr. Cass. S.U. 2005 n. 1235; 2007 n. 17823).

Venendo, quindi, ad esaminare i motivi del ricorso principale, la RAI deduce, anzitutto, che la presenza del socio pubblico non può mutare la sua natura di società commerciale, che svolge attività regolata dal diritto privato e come tale sottratta alla giurisdizione della Corte dei Conti. Si impone, quindi, una preliminare riflessione sul modello delle società a partecipazione pubblica.

Di esso autorevole dottrina ha messo in evidenza il carattere ambiguo, e ciò per diverse ragioni.

In primo luogo, per l'assenza di rischio di impresa, ed in specie per fattori connessi ai meccanismi traslativi dei rischi economici (perdite derivanti dalle attività sociali) mediante ricapitalizzazioni e aiuti vari, che ne fanno una società di diritto privato diversa dalle altre, esposte come sono queste ultime ai rischi tipici dell'attività d'impresa, in cui la concorrenza è fonte virtuosa di vantaggi in termini di competitività aziendale e di sistema socio-economico complessivo, ma anche di sempre possibili drammatiche uscite dal mercato.

Ma si tratta di società atipiche anche per la ricordata commistione tra pubblico e privato, tra politica e gestione, soprattutto per quel che riguarda le modalità di nomina degli organi amministrativi.

Di tale stato di cose si era resa consapevole la stessa Corte Costituzionale, nella fondamentale sentenza 1993 n. 466. Risolvendo positivamente la questione relativa alla permanenza del potere di controllo della Corte dei Conti sulle società per azioni succedute all'Istituto nazionale per la ricostruzione industriale (IRI), all'Ente nazionale idrocarburi (ENI), all'Istituto nazionale assicurazioni (INA) e all'Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL), la Corte ha, fra l'altro, osservato:

- le ragioni che stanno alla base del controllo spettante alla Corte dei Conti sugli enti pubblici economici sottoposti a trasformazione non possono considerarsi superate in conseguenza del solo mutamento della veste giuridica degli enti stessi, ove a tale mutamento formale non faccia seguito una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio (trasformato in capitolo azionario), tale da determinare l'uscita della gestione finanziaria della sfera della finanza pubblica, venendo, quindi, meno ogni possibilità di incidere, sia pure indirettamente, sul bilancio statale;

- le società per azioni derivate dalla trasformazione dei precedenti enti pubblici conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica, quali quelle, ad esempio, che si collegano alla assunzione della veste di concessionarie necessarie di tutte le attività in precedenza attribuite agli enti originari; il loro regime societario è differenziato da quello di diritto comune, ad esempio in tema di determinazione del capitale sociale, in tema di esercizio dei diritti dell'azionista, ecc.

Una prima conclusione che può trarsi, è che ai fini dei controlli contabili e della responsabilità contabile rileva il dato sostanziale della permanenza dell'ente nella sfera delle finanze pubbliche, il che conseguentemente rende necessari controlli finalizzati a verificare la corretta gestione del danno pubblico; al contrario risulta irrilevante ai detti fini il dato formale della veste societaria, sotto questo profilo neutra e irrilevante. Tali considerazioni si attagliano puntualmente alla società ricorrente. La RAI è una società, formalmente di diritto privato, ma il cui capitale è interamente in mano pubblica. Essa svolge il servizio pubblico generale radiotelevisivo in base a concessione attribuitale per legge; il suo consiglio di amministrazione è nominato dallo Stato; essa è soggetta ai controlli della Corte dei Conti ai sensi della legge 1958 n. 259, del Ministero delle comunicazioni, della Commissione parlamentare di vigilanza e dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Essa percepisce il c.d. canone di abbonamento destinato a finanziare le attività strettamente inerenti al servizio pubblico, ed oggetto di contabilità separata rispetto alle c.d. attività commerciali, finanziate attraverso la pubblicità e soggette alle regole del mercato. Peraltro, la gestione commerciale evidenzia frequentemente elevate passività (vedasi, da ultima, la relazione al bilancio 2008), con inevitabili interventi, diretti e indiretti, da parte dell'azionista pubblico.

I profili "pubblicistici" della RAI si trovano evidenziati in autorevoli pronunce giurisprudenziali.

La Corte Costituzionale, con la recente decisione n. 69 del 2009, esaminando il quadro normativo in cui vengono esercitate le funzioni di nomina e di revoca dei componenti del consiglio di amministrazione RAI, ha ribadito che, fino alla completa alienazione della partecipazione dello Stato, al fine di garantire i caratteri essenziali del servizio pubblico televisivo, è indispensabile mantenere in capo all'organo parlamentare il potere di controllo su tutte le vicende che, in un modo o nell'altro, possono incidere sul pluralismo e sulla imparzialità di detto servizio pubblico.

Come già detto, la RAI, quale ente sovvenzionato dallo Stato, continua ad essere sottoposto al controllo della Corte dei Conti, ai sensi dell'art. 8 Legge n. 259/1958; è stato più volte ribadito, sia dalla Corte Costituzionale (sent. 1993 n. 466; 2001 n. 139) sia dal Consiglio di Stato (sent. Sez. VI 19/06/2008 n. 2053) che tale controllo può riguardare non solo la gestione finanziaria nel suo complesso, ma anche singoli atti della stessa, i quali posso essere assoggettati ad un controllo "concomitante" (cioè, durante il corso dell'esercizio).

Di particolare significato si appalesa, poi, la decisione n. 10443/2008 delle Sezioni unite della Corte di cassazione. Nell'esaminare la questione della natura giuridica della RAI ai fini dell'applicazione delle norme sui procedimenti ad evidenza pubblica, la Corte ha, fra l'altro, affermato:

- la RAI, allo stato attuale, è impresa pubblica sotto forma societaria, perché in essa lo Stato ha una partecipazione rilevante, detenendone la maggioranza del capitale e conservando, ancor oggi, a mezzo della Commissione parlamentare di vigilanza, il potere di nominare i sette noni del consiglio di amministrazione;
- la RAI gestisce un servizio che risponde a bisogni riconosciuti come "generalisti" e non solo pubblici dalla legislazione, in un settore nel quale lo Stato intende conservare influenza, dando in concessione il servizio pubblico, pagato, in parte comunque significativa, e per la realizzazione ai fini non commerciali, dal canone degli utenti;
- le modalità di esercizio dell'attività della società sono pubbliche e devono rispondere all'interesse generale, in corrispondenza degli obblighi concessori tendenti a realizzare fini di interesse generale;
- in conclusione, sul piano soggettivo, la RAI deve qualificarsi organismo di diritto pubblico, in quanto resta ancora la "impresa pubblica" cui lo Stato ha affidato la gestione del servizio pubblico radiotelevisivo su cui intende conservare la sua influenza.

L'inquadrabilità del soggetto in tale ambito non può non avere conseguenze anche al di fuori della materia degli appalti, svolgendo tale normativa la funzione di elemento utile alla definizione della natura del soggetto *in toto* e non in parte qua (e, dunque, anche al di là ed al di fuori di tale materia). D'altro canto, è stato autorevolmente sostenuto che, nel nostro ordinamento nazionale, la normativa in tema di evidenza pubblica, nata al fine di favorire l'economicità dell'azione amministrativa ed evitare sprechi e danni all'erario pubblico, ha finito con il divenire il *modus agendi* tipico della pubblica amministrazione, in quanto modalità procedimentale idonea a garantire il persegui-

mento non solo dei fini di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, ma altresì di quelli di legalità, trasparenza e responsabilità.

Seppure è vero che il fine precipuo della normativa di evidenza pubblica di derivazione comunitaria sia quella di favorire la concorrenza, è anche vero che il perseguimento di tale fine può coesistere con altri, ad esso collegati o addirittura funzionali al suo raggiungimento. "In altri termini" – è stato affermato – "si può dire che la garanzia della legalità, trasparenza, efficacia ed efficienza dell'azione dei pubblici poteri, garantita dall'attività della Corte dei Conti (sia in sede di controllo che in sede di giurisdizione) è connessa e funzionale alla tutela della concorrenza in tutti quei mercati comunitari contraddistinti dalla presenza di operatori pubblici".

Logico corollario di tale impostazione è che la classificabilità di un ente come organismo di diritto pubblico, ovvero impresa pubblica ne implica la sottoponibilità non solo alle regole comunitarie in tema di appalti ma, al tempo stesso e per i medesimi motivi, anche a quelle interne in tema di controllo a sindacato giurisdizionale della magistratura contabile. Peraltro, ove non si ritenesse di dover condividere quest'ultima conclusione, le argomentazioni prima svolte valgono, comunque, a dimostrare che la soggezione delle società a partecipazione pubblica al sindacato giurisdizionale della magistratura contabile non è affatto incompatibile con il diritto comunitario.

D'altronde, nel caso in esame, il richiamo agli artt. 86 e 56 del Trattato CE, e cioè ai principi dell'assoggettamento delle imprese pubbliche alle stesse regole cui sono sottoposte quelle private e il divieto di misure che abbiano l'effetto di dissuadere i soggetti economici operanti nella Comunità dall'investire nel capitale di una società nazionale, si mostra del tutto inconferente, atteso che l'attuale composizione dell'azionariato pubblico della RAI e le particolari modalità di scelta e di nomina degli amministratori sono il frutto di una precisa scelta legislativa, come visto, determinata da specifiche esigenze pubblicistiche.

Quindi, dovrebbe essere semmai l'attuale regime giuridico della RAI – sottratta al libero mercato ed all'iniziativa privata – a confliggere con i principi comunitari, e non già la sottoposizione alla magistratura contabile di un organismo che opera utilizzando risorse pubbliche. Né la sottoposizione degli amministratori e dei dipendenti delle società partecipate alla giurisdizione della Corte dei Conti può dirsi in contrasto con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Infatti la Corte dei Conti è un giudice terzo e imparziale, costituito per legge.



Neanche gli ulteriori motivi sui quali la ricorrente (e i ricorrenti incidentali) fondono l'asserito difetto di potere giurisdizionale da parte della Corte dei Conti appaiono condivisibili.

Con la ben nota decisione n. 19667 del 2003, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato che sono attribuiti al giudice contabile i giudizi di responsabilità amministrativa, per fatti connessi dopo l'entrata in vigore dell'art. 1 quarto comma della legge n. 20 del 1994, anche nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici.

Il nuovo orientamento, subito dopo condiviso dalle decisioni 2004 n. 3899 e 2005 n. 10973, si fonda essenzialmente sul progressivo ampliamento della giurisdizione contabile in materia di responsabilità, l'ambito della quale investe ora anche la responsabilità extra-contrattuale nei confronti di amministrazioni ed enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, espressione comprensiva sia dagli enti pubblici non economici che di quelli economici. Sicché il *discrimen* tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile risiede unicamente nella qualità del soggetto passivo e quindi nella natura delle risorse finanziarie di cui esso si avvale. Ed è pertanto l'evento verificatosi in danno di una amministrazione pubblica il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile, e non il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso.

Siffatti principi trovansi confermati (anche dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale) in numerosi pronunciati delle Sezioni Unite, nei quali viene ribadito che ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale, in ragione del sempre più frequente operare dell'amministrazione tramite soggetti in essa non organicamente inseriti, è irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o un contratto di diritto privato: il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è, infatti, spostato dalla qualità del soggetto – che ben può essere un privato o un ente pubblico non economico – alla natura del danno e degli scopi perseguiti (S.U. 2006 n. 4511; 2008 n. 19815; 2008 n. 18757; 2009 n. 5599; 2009 n. 17347).

Correlativamente è stato affermato (S.U. n. 22652/2008 *ex plurimis*) che presupposto per la responsabilità amministrativa è l'esistenza di una relazione funzionale fra l'autore dell'illecito causativo di un danno patrimoniale e l'ente che subisce tale danno, la quale è configurabile, non solo quando intercorra un rapporto d'impiego in senso

stretto, ma anche quando sia ravvisabile comunque un rapporto di servizio in senso lato, in quanto il soggetto, pur se estraneo alla p.a., venga investito, anche di fatto, dello svolgimento in modo continuativo di una data attività.

La possibilità di equiparare, ai fini del riconoscimento della giurisdizione contabile di responsabilità, gli enti pubblici economici alle società per azioni in mano pubblica – già soggetti alla giurisdizione contabile a seguito della citata sentenza della Corte Costituzionale 1993 n. 466 – trova conforto in diverse pronunce delle Sezioni Unite.

Già nella citata ordinanza 19667/2003 le Sezioni Unite hanno chiarito che il discrimine fra le due giurisdizioni risiede unicamente nella qualità del soggetto passivo e, pertanto, nella natura – pubblica o privata – delle risorse finanziarie di cui esso si avvale, indipendentemente dalla formula organizzativa assunta dall'ente. Nelle stesse ordinanze, le SS. UU. hanno ricordato la costante giurisprudenza delle proprie sezioni penali, le quali hanno più volte affermato che la trasformazione di amministrazioni pubbliche in enti pubblici economici, e poi in società per azioni, non ne fa venir meno la natura pubblicistica.

Le medesime Sezioni Unite, nella successiva sentenza 2004 n. 3899, hanno affermato la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti in una vicenda che vedeva coinvolti i dipendenti di una s.p.a. partecipata in misura maggioritaria da un Comune.

Con la sentenza 2005 n. 9096, nel decidere in ordine al diritto degli avvocati al trasferimento all'elenco speciale *ex art. 3 R.D.L. 1578/1933*, in occasione dell'assunzione presso una s.p.a. costituita per la gestione di servizi pubblici locali, hanno definito quale istituzione pubblica "le s.p.a. il cui capitale è detenuto da soggetti pubblici", e hanno riconosciuto la giurisdizione della Corte dei Conti.

Ma di particolare significato, ai fini della soluzione della presente controversia, si appalesa la recente decisione delle Sezioni Unite 27/2/2008 n. 5083.

I giudici della Corte Suprema hanno riconosciuto sussistere la giurisdizione della Corte dei Conti in una fattispecie del tutto analoga a quella in esame. L'azione di responsabilità amministrativa risultava promossa nei confronti dell'assessore all'agricoltura della Regione Valle d'Aosta, per avere, nell'esercizio di dette funzioni e quale rappresentante (per delega del Presidente della Regione) dell'azionista di maggioranza, imposto alla Centrale Laitiere d'Aosta s.p.a. (il cui capitale appartiene quasi interamente alla Regione) indirizzi incompatibili con il perseguimento di un risultato positivo di esercizio e per non aver comunque adottato le iniziative volte ad impedire le perdite della predetta società.

Infine, a riprova della neutralità della veste societaria, può ancora una volta richiamarsi la decisione della Corte Costituzionale 466/1993, secondo la quale il controllo sulla gestione delle società per azioni derivate dalla trasformazione di enti pubblici economici, verrà a perdere la propria ragione di essere solo nel momento in cui “il processo di privatizzazione avrà assunto connotati sostanziali tali da determinare l’uscita delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica”.

Non appare condivisibile l’assunto della ricorrente secondo cui la materia di contabilità pubblica non è definibile oggettivamente ma occorre la c.d. *interpositio legislatoris*, non riscontrabile nella materia *de qua*.

Orbene, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (*ex plurimis* decisione 1996 n. 385) è costante l’affermazione che, nel contesto delle trasformazioni istituzionali degli ultimi decenni, la prassi giurisprudenziale e le leggi di attuazione della Costituzione hanno esteso l’ambito delle funzioni demandate alla Corte dei Conti “esaltandone il ruolo complessivo quale garante imparziale dell’equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e, in particolare, della corretta gestione delle risorse collettive”.

Nel contempo si è precisato che la giurisdizione “nella materia di contabilità pubblica”, come prevista dalla Costituzione, è dotata, non di un’assoluta, ma di tendenziale generalità, in quanto essa è suscettibile di espansione in via interpretativa, ma ciò solo in carenza di regolamentazione specifica da parte del legislatore. Orbene, nella fattispecie di cui si discute, la giurisdizione della Corte dei Conti è stata riconosciuta da autorevole giurisprudenza, la quale non contrasta con difformi regolamentazioni legislative, ma trova, anzi riscontro in numerose inequivoche norme di legge.

La sussistenza della giurisdizione contabile di responsabilità nei confronti delle società in mano pubblica è affermata chiaramente dall’art. 7 della legge 97/2001, che impone all’Autorità giudiziaria di comunicare al Procuratore regionale della Corte dei Conti, affinché promuova l’eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale, le sentenze pronunciate contro i dipendenti di amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica.

Da tale disposizione si desume la volontà esplicita del legislatore di ritenere sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti di soggetti che operano presso enti e capitale prevalentemente in mano pubblica (così S.U. 2003 n. 19667).

Un ulteriore riscontro è costituito dall’art. 16-*bis* della legge n. 31 del 2008 sulla responsabilità degli amministratori delle società quota-

te in borsa partecipate da amministrazioni pubbliche: se il legislatore ha ritenuto di dover rimettere alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario alcune circoscritte ipotesi, per di più escludendone l'applicazione ai giudizi in corso, tanto si giustifica solo se si presuppone che in precedenza fosse vigente una giurisdizione di altro giudice.

Ma ulteriore, ed inconfutabile, conferma di quanto prima detto si desume dalle recenti vicende legislative che hanno riguardato il c.d. "decreto anticrisi". In sede di conversione del d. l. 2009 n. 78, la legge 102 del 3/8/2009 aveva introdotto un comma 30-ter all'art. 17, il quale conteneva, fra l'altro, la seguente disposizione: "Per danno erariale perseguibile innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti si intende l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato ad uno degli organi previsti dall'art. 114 della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico...". La normativa – comunque non applicabile al caso in esame in quanto priva di effetto retroattivo e non operando il principio del *favor rei* che non costituisce regola generale, al di fuori dei casi espressamente previsti (Corte Costituzionale 2003 n. 245; Sezioni unite civili 2007 n. 17) – tendeva palesemente a delimitare il concetto di "danno erariale" e quindi l'ambito dell'esercizio dell'azione da parte delle Procure regionali della Corte dei Conti.

Le forti polemiche immediatamente sviluppatasi (la posizione della società ricorrente è stata fra quelle maggiormente evocate) hanno portato all'immediato varo di un decreto-legge correttivo (3 agosto 2009 n. 103) che ha eliminato dal testo del comma 30-ter dell'art. 17 la disposizione in parola.

Al di là dei risvolti metagiuridici, la vicenda assume un significato decisivo ai fini della soluzione della presente controversia: il concetto di danno erariale, come sopra elaborato dalla giurisprudenza sulla base di precisi dati normativi, è giuridicamente ineccepibile e per ridurne l'ambito di operatività è necessario un intervento legislativo *ad hoc*.

Occorre, infine, esaminare l'ultimo profilo delle censure mosse dalla ricorrente: il problema della duplicità di azioni in presenza di responsabilità degli amministratori verso la società. Il fenomeno non è nuovo ed è stato già approfondito dalla giurisprudenza in tema di rapporti fra azione amministrativo-contabile ed azione civile di danno. Il coesistere di due diverse azioni si radica sul disposto degli artt. 24 e 28 cost. e, secondo ormai pacifica giurisprudenza della Corte di cassazione (v. S. U. 2009 n. 10856; 2006 n. 6581) non determina un conflitto di giurisdizione, ma solo una preclusione all'esercizio di un'azione quando con l'altra si sia ottenuto il medesimo bene della vita. L'azione di responsabilità contabile e quella di responsabilità sociale hanno presupp-

posti e finalità diverse (officiosa e connotata da elementi di natura sanzionatoria quella dinanzi alla Corte dei Conti, facoltativa ed esclusivamente recuperatoria quella innanzi al giudice ordinario).

Come già rilevato in precedenza, i profili pubblicistici di tali tipologie di società non diminuiscono ma, anzi, ampliano la tutela degli azionisti privati, che vedono cumulare alle normali azioni previste dalla normativa civilistica quelle di stampo pubblicistico. Tale maggiore tutela non si sostanzia in una irragionevole disparità di trattamento ma bilancia, ove necessario, i maggiori poteri che, normalmente, spettano all'azionista pubblico. Non va, peraltro, obliato che l'attività svolta dalla Pubblica amministrazione, anche nelle forme tipiche del diritto privato, non è libera nel fine, ma è finalizzata in ogni caso nel perseguimento dell'interesse pubblico e, sul piano del diritto contabile, al corretto utilizzo di denaro pubblico, con la conseguenza che essa è sottoposta ad un duplice sindacato: ad un sindacato di legittimità, in quanto soggiace a vincoli normativi pubblicistici; ad un sindacato ordinario in quanto soggiace a vincoli normativi propri del diritto comune.

Nel primo profilo può rientrare la valutazione di responsabilità diretta a carico degli organi sociali di una società pubblica per la diseconomicità e inefficienza degli atti della gestione. Va ricordato, infatti, che secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, il limite dell'insindacabilità delle scelte discrezionali, se non autorizza il giudice contabile a sindacare nel merito le scelte congiunte, lo legittima a verificare la esistenza di un rapporto di "ragionevole proporzionalità" tra costi e benefici, essendo ormai assunti tra i requisiti normativi che regolano l'attività amministrativa anche i criteri di "economicità" e di "efficienza"; in conseguenza, deve ritenersi che rientri fra i poteri della Corte dei Conti, nell'ambito del giudizio di responsabilità, anche quello di verificare la ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti, dal momento che anche tale verifica è fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità (S.U. n. 14488/2003; n. 18757/2008).

Dall'applicazione di tali principi alla fattispecie in esame consegue che spetta alla Corte dei Conti il potere di decidere sulla domanda di risarcimento del danno erariale avanzata dal Procuratore generale, restando, ovviamente, impregiudicate le questioni di merito attinenti alla sussistenza dei presupposti, soggettivi e oggettivi, per l'individuazione della specifica responsabilità.

A diverse conclusioni deve pervenirsi quanto all'azione della Procura regionale avente ad oggetto la declaratoria di nullità degli

atti contrattuali relativi alla nomina del direttore generale. La pretesa in questione si fonda sul disposto dell'art. 1 comma 174 della legge 23/12/2005 n. 266, il quale testualmente recita: "Al fine di realizzare una più efficace tutela dei crediti erariali, l'art. 26 del regolamento di procedura di cui al R.D. 13 agosto 1933 n. 1038 si interpreta nel senso che il procuratore regionale della Corte dei Conti dispone di tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro 6°, titolo 3°, capo 5°, del codice civile".

Il citato art. 26, a sua volta, stabilisce che "nei procedimenti contenziosi di competenza della Corte dei Conti si osservano le norme e i termini della procedura civile in quanto siano applicabili e non siano modificati dalle disposizioni del presente regolamento". Indipendentemente dalla obiettiva opinabilità della natura interpretativa della disposizione *de qua*, occorre rilevare che trattandosi di norma devolutiva di giurisdizione essa non può essere suscettibile di interpretazione estensiva. Infatti, in assenza di una chiara ed espressa posizione del legislatore, verrebbe a crearsi una disarmonia con l'art. 25 Cost. a norma del quale "nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge". Tale principio, importando una riserva assoluta di legge, richiede un provvedimento normativo che esplicitamente sposti l'intestazione di una sfera di giurisdizione appartenente al giudice ordinario, il quale, come più volte affermato dalla Corte costituzionale (*ex plurimis* sent. n. 641/87) è il giudice naturale dei diritti soggettivi e dei rapporti aventi natura paritaria (tranne le deroghe legislativamente previste).

Orbene, l'art. 1 c. 174 l. 266/2005 attribuisce alla Corte dei Conti "le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile" e, quindi, le azioni espressamente previste dal codice di rito, quali quelle esecutive e cautelari; ed, inoltre, i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI, titolo III, capo V, del codice civile (azione surrogatoria, azione revocatoria, sequestro conservativo). Restano, conseguentemente, escluse dal nuovo riparto di giurisdizione tutte le altre azioni previste dal codice civile, fra cui quella volta a far dichiarare la nullità di un contratto. Alla luce delle complessive considerazioni come sopra svolte si chiede dichiararsi il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti limitatamente all'azione volta ad ottenere la pronuncia di nullità degli atti contrattuali relativi alla nomina del direttore generale; riconoscendo, per il resto, la sussistenza di detta giurisdizione.

P.Q.M.

visto l'art. 375 c.p.c.

chiede che le Sezioni Unite della Corte suprema di cassazione dichiarino il difetto di giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla domanda volta ad ottenere la declaratoria di nullità degli atti contrattuali relativi alla nomina del dott. M.; dichiarino, per il resto, sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti.

Roma, 7 settembre 2009\*

\*(R.G. 19908/2008, P.G. Pasquale Ciccolo. La Corte di cassazione non risulta essersi ancora pronunciata alla data di chiusura del presente lavoro)

**11) Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – durata ragionevole del processo – indennizzo *ex lege* n. 89/2001 – criterio di calcolo – intera durata del processo, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, ovvero durata eccedente il limite ragionevole, secondo la legge interna – conflitto – risoluzione – prevalenza del criterio indicato dalla Corte di Strasburgo – affermazione – subordinata questione di costituzionalità della norma interna vigente, difforme rispetto al principio affermato dal giudice sovranazionale, alla stregua del parametro dell'art. 117 della Costituzione, nel testo modificato dalla legge costituzionale n. 3/2001**

(*Omissis*) Alla controversia in esame si applica *ratione temporis* la disciplina dettata dal D. Lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006, e precisamente l'art. 380-*bis* c.p.c., risalendo il deposito del provvedimento impugnato ad epoca non anteriore alla data (2.3.2006) della sua entrata in vigore (art. 27 del cit. D. Lgs.).

Nel postulare la cassazione del decreto emesso *ex L. Pinto*, parte ricorrente lamenta (tra l'altro) che il Giudice di merito abbia tenuto conto soltanto della durata del ritardo nella definizione della controversia, anziché dell'intera durata del giudizio, come dettato invece dalla Corte di Strasburgo, così pervenendo ad una quantificazione del tutto insufficiente e comunque non conforme a quanto previsto in sede sovranazionale;

con la relazione confezionata *ex art. 380-bis* c.p.c. è stata deliberata la manifesta infondatezza di tale censura, giacché «questa Corte ha a più riprese affermato che l'art. 2 della legge 89/ 01 espressamente sta-

bilisce che il danno debba essere liquidato per il solo periodo eccedente la durata ragionevole e che tale precetto si conforma al dettato costituzionale dell'art. 111 Cost. che affida alla legge ordinaria il compito di determinare la ragionevole durata dei processi. Al giudice pertanto non resta che fare applicazione della normativa nazionale»; infatti, secondo la Suprema Corte, «In tema di equa riparazione conseguente alla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, la valutazione equitativa dell'indennizzo a titolo di danno non patrimoniale è soggetta, per specifico rinvio contenuto nell'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89 all'art.6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848), al rispetto della Convenzione medesima, nell'interpretazione giurisprudenziale resa dalla Corte di Strasburgo (la cui inosservanza configura violazione di legge), e, dunque, per quanto possibile, deve conformarsi alle liquidazioni effettuate in casi simili dalla predetta Corte europea, la quale (con decisioni recentemente adottate a carico dell'Italia il 10 novembre 2004) ha individuato nell'importo compreso fra euro 1.000 ed euro 1.500 per anno la base di partenza per la quantificazione di tale indennizzo.

La precettività, per il giudice nazionale, di tale indirizzo non concerne tuttavia anche il profilo relativo al moltiplicatore di detta base di calcolo: mentre, infatti, per la CEDU l'importo come sopra quantificato va moltiplicato per ogni anno di durata del procedimento (e non per ogni anno di ritardo), per il giudice nazionale è, sul punto, vincolante il terzo comma, lettera a), dell'art. 2 della legge n. 89 del 2001, ai sensi del quale è influente solo il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole. Detta diversità di calcolo, peraltro, non tocca la complessiva attitudine della citata legge n. 89 del 2001 ad assicurare l'obiettivo di un serio ristoro per la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo, e, dunque, non autorizza dubbi sulla compatibilità di tale norma con gli impegni internazionali assunti dalla Repubblica italiana mediante la ratifica della Convenzione europea e con il pieno riconoscimento, anche a livello costituzionale, del canone di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione medesima (art. 111, secondo comma, Cost., nel testo fissato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2).»<sup>1</sup>

*Considerato che:*

appare "frontale" il contrasto tra la legge "Pinto", da una parte, e

---

<sup>1</sup> Sez. 1, Sentenza n. 8568 del 23/04/2005, al cui indirizzo si sono conformate le successive decisioni (v. da ultimo Sez. 1, Sentenza n. 9175 del 20/04/2006).



la Convenzione e le decisioni della Corte di Strasburgo, dall'altra: la prima prevede la riparazione economica con esclusivo riferimento al periodo eccedente il termine ragionevole (art. 2, comma 3, lett. a); secondo la Corte sopranazionale, invece, la quantificazione deve commisurarsi «*par année de durée de la procédure (et non par année de retard)*»<sup>2</sup>; perciò, se si indica con:

D la durata complessiva del giudizio (espressa in anni),

R la durata (espressa in anni) del ritardo rispetto al termine (ritenuto) ragionevole T (espresso in anni),

C la somma dovuta per ciascun anno,

X l'importo della riparazione economica:

secondo la legge Pinto:  $X=(D-T) \times C$ ; ovvero più semplicemente (essendo  $R=D-T$ )  $X=R \times C$ ; se, per esempio, un ordinario giudizio di

---

<sup>2</sup> Da ultimo, Sentenza del 10.11.2004 Zullo c. Italia (ricorso n. 64897 del 2001), confermata con sentenza 29.3.2006 dalla Grande Chambre: «Critères particuliers au dommage moral

*1. En ce qui concerne l'évaluation en équité du dommage moral subi en raison de la durée d'une procédure, la Cour estime qu'une somme variant de 1 000 à 1 500 EUR par année de durée de la procédure (et non par année de retard) est une base de départ pour le calcul à effectuer. Le résultat de la procédure nationale (que la partie requérante perde, gagne ou finisse par conclure un règlement amiable) n'a pas d'importance en tant que tel sur le dommage moral subi du fait de la durée de la procédure.*

*Le montant global sera augmenté de 2000 EUR si l'enjeu du litige est important notamment en matière de droit du travail, d'état et capacité des personnes, de pensions, de procédures particulièrement graves en relation à la santé ou à la vie de personnes.*

*Le montant de base sera réduit eu égard au nombre de juridictions qui eurent à statuer pendant la durée de la procédure, au comportement de la partie requérante – notamment du nombre de mois ou d'années liés à des renvois non justifiés imputables à la partie requérante – à l'enjeu du litige – par exemple lorsque l'enjeu patrimonial est peu important pour la partie requérante – et en fonction du niveau de vie du pays. Une réduction peut aussi être envisagée lorsque le requérant n'a participé que brièvement à la procédure qu'il a continuée en tant qu'héritier.*

*Ce montant pourra être réduit également lorsque la partie requérante aura déjà obtenu au niveau national un constat de violation et une somme d'argent dans le cadre d'une voie de recours interne. Outre le fait que l'existence d'une voie de recours sur le plan interne s'accorde pleinement avec le principe de subsidiarité propre à la Convention, cette voie de recours est plus proche et accessible que le recours devant la Cour, est plus rapide, et s'exerce dans la langue de la partie requérante ; elle présente donc des avantages qu'il convient de prendre en considération.».*

Va soggiunto che, come risulta dalla relazione di Nicola Lettieri, co-Agente del Governo dinanzi alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo «Il *modus operandi* seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per riconoscere l'ammontare del danno morale nei casi italiani di lungaggini è dunque abbastanza empirico e consiste sostanzialmente nel prendere in considerazione l'intera procedura e nel detrarre i soli periodi riconducibili a responsabilità del ricorrente; quanto al periodo che ne risulta dopo tale detrazione,

cognizione di primo grado sia stato definito in sei anni, con un ritardo dunque di tre anni rispetto al termine ragionevole di tre anni, e l'importo annuale dovuto sia di 1000 euro, la riparazione complessiva ammonta a 3000 euro; la legge nazionale rende rilevante soltanto la durata del processo eccedente quella che la Corte di Strasburgo ritiene necessaria e sufficiente per la definizione dei vari gradi del giudizio;

invece secondo la Corte di Strasburgo:  $X=D \times C$ ; dunque, (essendo nella specie  $D=T+R$ ) nella medesima situazione testé descritta, l'importo complessivo risulta esattamente il doppio (6000 euro) di quello calcolato *ex lege* n. 89/2001; al fine di tutelare più efficacemente il diritto al giusto processo, la normativa sovranazionale considera che un (grado di) giudizio che abbia avuto una durata superiore a quella ritenuta (dalla Corte di Strasburgo) tollerabile sia interamente ingiusto, e come tale sia di per sé interamente 'sanzionabile', perché lo stato membro ha violato il diritto di ottenere il 'risultato' finale (al giusto processo) sancito dall'art. 6 della Convenzione <sup>3</sup>;

d'altra parte, il coefficiente C (importo annuale di riparazione) è sostanzialmente costante ed è quello (di regola vincolante per il Giudice nazionale) stabilito dalla Corte di Strasburgo, giacché «Ai fini della liquidazione dell'indennizzo del danno non patrimoniale conse-

---

la corte fissa, per ogni anno di procedura (e non dunque per ogni anno di ritardo strettamente imputabile alla responsabilità dello Stato, come previsto dalla cd. Legge Pinto), un ammontare di 1.000 euro, che poi divengono 1.500 man mano che la procedura si allunga irragionevolmente in dipendenza della sussistenza di vari fattori riconducibili al numero dei gradi di giudizio, alla complessità dell'affare, al comportamento delle autorità nazionali nel procedimento (tanto per fare qualche esempio: se una causa semplice, caratterizzata da molti ed ingiustificati rinvii d'ufficio, è durata dieci anni in primo grado, la Corte sarebbe portata a riconoscere, approssimativamente, 1.000 euro per i primi tre anni e 1.500 a partire dal quarto anno; se invece si tratta di una causa sempre della durata di dieci anni, ma complessa, snodatasi in due gradi di giurisdizione e senza particolari responsabilità delle autorità nazionali, il danno morale dovrebbe essere calcolato nella misura di 1.000 euro ad anno a partire dal sesto o settimo anno e fino al decimo). Tale ammontare andrà poi soggetto a criteri di riduzione o di aumento (aggiratesi sui 2.000 euro) in dipendenza di un ulteriore fattore rappresentato dall'importanza della posta in gioco (una cosa è una causa di lavoro per un lavoratore che vive del suo modesto stipendio ed altra cosa è una causa con *petitum* di 1.000 euro intentata da persona benestante: nel primo caso ci sarà l'aumento, nel secondo la diminuzione pari a circa 2.000 euro). La somma che ne risulta alla fine è la cd. "somma base", cioè la somma che la Corte Europea riconoscerebbe in caso di mancanza di rimedio interno.».

<sup>3</sup> Un esempio, tratto dall'esperienza giuridica interna, rende facilmente percepibile la diversa impostazione della disciplina sovranazionale rispetto a quella domestica. Nei trasporti a mezzo delle ferrovie, la «Carta dei Servizi Passeggeri di Trenitalia 2009»

guente alla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89, l'ambito della valutazione equitativa, affidato al giudice del merito, è segnato dal rispetto della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, per come essa vive nelle decisioni, da parte della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, di casi simili a quello portato all'esame del giudice nazionale, di tal che è configurabile, in capo al giudice del merito, un obbligo di tener conto dei criteri di determinazione della riparazione applicati dalla Corte europea, pur conservando egli un margine di valutazione che gli consente di discostarsi, purché in misura ragionevole, dalle liquidazioni effettuate da quella Corte in casi simili. Tale regola di conformazione, inerendo ai rapporti tra la citata legge e la Convenzione ed essendo espressione dell'obbligo della giurisdizione nazionale di interpretare ed applicare il diritto interno, per quanto possibile, conformemente alla Convenzione e alla giurisprudenza di Strasburgo, ha natura giuridica, onde il mancato rispetto di essa da parte del giudice del merito concretizza il vizio di violazione di legge, denunziabile dinanzi alla Corte di cassazione.»<sup>4</sup>; ne deriva che non ha rilievo alcuno che il rimedio interno sia in grado, secondo il giudice nazionale, di «assicurare l'obiettivo di un serio ristoro per la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo», giacché tale 'ristoro' (nella sua dimensione qualitativa e quantitativa) non può essere che quello imposto agli stati

---

prevede che «In caso di ritardi imputabili a Trenitalia viene rilasciato un bonus valido per comprare un altro biglietto Trenitalia. Nei viaggi nazionali, il diritto al bonus scatta:

- Oltre i 25 minuti di ritardo per i treni, Eurostar Italia AV e Eurostar Italia;
- Oltre i 30 minuti di ritardo per i treni Intercity, Intercity Plus, ES\* City Italia o Eurocity in percorso nazionale solo in presenza di prenotazione;
- Oltre i 60 minuti di ritardo per i treni Intercity Notte e Espresso solo in presenza di prenotazione.» (v. [http://www.trenitalia.com/cms-file/allegati/trenitalia/area\\_clienti/ CartaServiziPasseggeri2009.pdf](http://www.trenitalia.com/cms-file/allegati/trenitalia/area_clienti/ CartaServiziPasseggeri2009.pdf)).

Appare evidente che, con tale clausola penale (art. 1382 c.c.), (al pari della Corte di Strasburgo) anche Trenitalia non quantifica la sanzione in funzione della concreta durata del ritardo, ma, ogni qual volta sia superata la durata ragionevole (ed esigibile) del trasporto, assume l'obbligo di pagare *tout court* una penale (*bonus* per l'acquisto di un altro biglietto), quale che sia l'effettiva durata del ritardo, in quanto l'inadempimento non fa conseguire al viaggiatore l'unitario risultato promesso. Come Trenitalia considera prestazione inadempita il viaggio conclusosi con un ritardo rilevante, in guisa non diversa la Corte di Strasburgo considera passibile di equa riparazione un (grado di) giudizio protrattosi oltre la durata ragionevole, siccome unitariamente ed interamente ingiusto, e perciò la quantifica in rapporto all'intera durata del (grado di) giudizio stesso.

<sup>4</sup> Sezioni Unite, sentenze nn. 1338, 1339, 1340 e 1341 del 26 gennaio 2004, in motivazione.

membri dalla Convenzione, come interpretata ed attuata dalla Corte di Strasburgo;

per quanto si voglia – o si debba – cercare di sdrammatizzare (ovvero esorcizzare) la non sovrapposibilità dei due criteri di calcolo, facendo capo al margine di elasticità accordato al giudice nazionale, certamente giammai sarà consentito sostenere, senza violare (in primo luogo) il principio di non contraddizione, che, come sopra (v. sub par. 4) si è provato ad esemplificare, una somma X sia uguale, od anche prossima, a  $2X^5$ ;

l'obiettivo conflitto così dimostrato sul punto tra i due ordinamenti, fonte di imponente contenzioso davanti al giudice nazionale (così in numerose fattispecie in esame alla fissata udienza del 24 giugno 2009) ed a quello sovranazionale, è superabile in duplice guisa; e cioè:

- o con una interpretazione adeguatrice ed ortopedica, oltre che costituzionalmente orientata (v. *infra* 7.2 e segg.), del giudice nazionale, alla stregua della sentenza resa a Sezioni Unite<sup>6</sup>, con cui, chiamata a decidere sulla domanda *ex lege* Pinto proposta dall'erede della parte che aveva instaurato il giudizio (presupposto) prima dell'entrata in vigore della legge stessa, la Suprema Corte (dopo avere ricordato l'insegnamento delle ricordate decisioni del 2004), ha statuito che, avendo la legge di ratifica della Convenzione introdotto nell'ordinamento interno i diritti pubblici soggettivi da essa previsti in seno al titolo primo (in gran parte coincidenti con quelli sanciti dall'art. 2 Cost.), non si poteva negare l'immediata efficacia precettiva della Convenzione *in parte qua*, come per altro riconosciuto dalla Suprema Corte in almeno tre decisioni; l'ultima delle quali aveva puntualmente deciso che «L'eventuale applicazione, diretta, dell'art. 1 prot. n. 1 della Convenzione (peraltro introdotta nel nostro ordinamento con la legge di ratifica 4.8.1955, n. 848), spetta al giudice nazionale, che ove ravvisi un contrasto della disciplina nazionale è tenuto a dare prevalenza alla norma pattizia, che sia dotata di immediata precettività rispetto al caso concreto, anche ove ciò comporti una disapplicazione della norma interna.» (Cass., I, 19 luglio 2002,

---

<sup>5</sup> Confrontando le liquidazioni del giudice nazionale con quello sovranazionale, si è pure cercato d'individuare statisticamente il margine di discrepanza tollerato dal secondo, ma si tratta d'indagini del tutto empiriche e quindi prive di significato giuridico, vari e molteplici essendo i fattori che incidono sul risultato complessivo e quindi sulla 'forbice' ritenuta ragionevole in sede sovranazionale.

<sup>6</sup> Sent. Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Corriere giuridico*, 2006, p. 833, con nota di R. CONTI (che la definisce "storica").

n. 10542, in motivazione<sup>7</sup>). Pertanto, secondo le Sezioni Unite, va “ribadito” il principio secondo cui la fonte del diritto all’indennizzo attribuito dalla legge nazionale coincide con la violazione della norma contenuta nell’art. 6 della Convenzione, «di immediata rilevanza nel diritto interno»; non potendo neppure essere validamente sostenuta la distinzione tra diritto ad un processo di durata ragionevole (sancito dalla Convenzione e introdotto nell’ordinamento italiano) e diritto all’equa riparazione (sancito soltanto dalla legge Pinto), dacché – come insegnato dalle Sezioni Unite nelle citate decisioni del 2004 – la specifica tutela assicurata dal legislatore nazionale non si discosta da quella in precedenza garantita dalla Corte di Strasburgo, alle cui decisioni il giudice nazionale è tenuto a conformarsi. Così, per necessario e finale corollario, il diritto all’equa riparazione deve essere accordato anche all’erede della parte che abbia promosso, prima dell’entrata in vigore della legge Pinto, il giudizio di cui venga accertata l’irragionevole durata (perciò “consumata” in epoca in cui la legge stessa non sembrava applicabile *ratione temporis*), con il solo limite che la domanda di equa riparazione non sia stata già proposta alla Corte di Strasburgo e dalla stessa dichiarata ricevibile;

- in subordine, il dimostrato contrasto può essere composto, invocando l’intervento della Corte Costituzionale, secondo i cui insegnamenti «Non v’è dubbio, pertanto, alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti di questa Corte, che il nuovo testo dell’art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l’osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato. Ciò non significa, beninteso, che con l’art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com’è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l’obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli “obblighi internazionali” di cui all’art. 117, primo comma, viola per ciò

---

<sup>7</sup> In *Corriere Giuridico*, 2003, p. 769, con nota di R. CONTI, che per tempo ne aveva segnalato già la fondamentale importanza.

stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione.»<sup>8</sup>;

in questa seconda prospettiva, va doverosamente rimarcato nell'ordine che:

per quanto non a caso fin qui argomentato, non è revocabile in dubbio l'incompatibilità tra la norma interna (art. 2 della L. Pinto) e la disposizione convenzionale 'interposta' (art. 6 della Convenzione, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo) e, per ovvio corollario, la denunciata violazione dell'art. 117 Cost.;

risulta altresì vulnerato il 'principio' (del giusto processo e) della durata ragionevole del giudizio (art. 111, 2° Cost.), dacché: come confermato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>9</sup>, il diritto alla ragionevole durata del processo (ancorché non inserito tra i diritti sanciti dalla prima parte della Costituzione) è un 'bene' (o 'valore') costituzionale<sup>10</sup>, che riceve duplice protezione, convergente e complementare: oggettiva da parte dell'art. 111 Cost. (che si rivolge al legislatore) e soggettiva da parte dell'art. 6 della Convenzione<sup>11</sup>;

in punto di durata ragionevole del giudizio, qualsiasi interpretazione riduzionista delle norme della Convenzione (nell'interpretazione da-

---

<sup>8</sup> Sentenza n. 349 del 2007, in motivazione, par. n. 6.2. L'occasione' era quella del regime dell'occupazione acquisitiva.

<sup>9</sup> Corte Costituzionale, 25 luglio 2001, n. 305; 22 ottobre 1999, n. 388; 21 marzo 2002, n. 78.

<sup>10</sup> Sulla distinzione tra "principi" e "valori" illuminanti le pagine di G. ZAGREBELSKY, in *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, pag. 205 e segg.

<sup>11</sup> In questo senso le sentenze emesse dalle Sezioni Unite nel 2004, citate *retro sub* nota 4.

tane dalla Corte di Strasburgo), e della coerenza al suo raffronto della legge Pinto<sup>12</sup>, si traduce in violazione dell'art. 111, 2° comma, Cost., al cui principio deve ben vero conformarsi non solo il legislatore, ma anche l'interprete, specialmente a volere considerare che nello spirito della Convenzione l'indennizzo (quale che sia la sua natura giuridica) nacque come deterrente eccezionale a carico dello Stato membro, per garantire il diritto fondamentale del cittadino che chiede tutela giudiziaria ed ha dunque legittima aspettativa, con sopravvenuta copertura costituzionale nel nostro Stato (art. 111, comma 2, Cost.), ad ottenerla in tempi ragionevoli, confidandosi dunque nel fatto che, anziché sprecare risorse nell'umiliante pagamento di indennizzi, lo Stato – qualunque Stato – le destinasse al miglioramento del servizio giudiziario; di tal che qualunque affievolimento in via ermeneutica del valore precettivo del rimedio interno (e della sua compatibilità con la Convenzione) compromette l'efficacia preventiva, dissuasiva e promozionale di quello sovranazionale, atteso che la fonte del diritto all'indennizzo attribuito dalla legge nazionale coincide con la violazione della norma contenuta nell'art. 6 della Convenzione, «di immediata rilevanza nel diritto interno»<sup>13</sup>; e altrettanto manifesta appare la rilevanza della questione sollevata.

---

<sup>12</sup> Ma, in generale, è indiscutibile che, fino alle ricordate storiche sentenze del 2004, i giudici di merito (le Corti di appello), con il decisivo avallo della Suprema Corte, si attestarono su una interpretazione rigorosamente restrittiva del citato art. 2, i cui capisaldi erano i seguenti: la Convenzione di Roma non introduce norme di diritto interno cogenti per i giudici nazionali; la previsione dell'art. 2 l. Pinto non è riconducibile all'art. 111 Cost. (nel testo novellato), che ha una portata meramente programmatica; trattandosi di rimedio meramente interno, nemmeno di rilevanza costituzionale, il giudice italiano non è vincolato alle pronunce della Corte dei Diritti dell'Uomo, considerate soltanto autorevoli precedenti; la l. Pinto non riconosce un diritto fondamentale della persona, sicché il diritto alla equa riparazione non si può incastonare nelle obbligazioni *ex delicto*, rientrando piuttosto in quelle *ex lege* (art. 1173 c.c.), con conseguente esclusione della controversa figura del danno *in re ipsa*; la quantificazione della riparazione (prevalentemente richiesta ed accordata per il danno non patrimoniale) rappresenta una mera *quaestio facti*, insindacabile con il ricorso per cassazione se plausibilmente motivata.

Le ragioni di così angusta opzione ermeneutica sono difficili da individuare: probabilmente giocarono un ruolo rilevante non solo – o non tanto – un atteggiamento per così dire di difesa (il timore, rivelatosi non infondato, di un aggravio enorme dello specifico contenzioso innestato dalla l. Pinto, in aggiunta a quello già intollerabile preesistente), ma anche – o piuttosto – (oltre alla rassegnata acquiescenza di fronte alle lungaggini processuali nazionali) la radicata e diffusa sfiducia in un rimedio (quello introdotto rudemente dalla l. Pinto) che si presentava soltanto punitivo nei confronti dello Stato italiano (conseguentemente costretto ad enormi esborsi finanziari), senza tuttavia predisporre contemporaneamente efficaci mezzi deflativi del contenzioso.

<sup>13</sup> V. sentenza Sent. Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005, n. 28507.

P.Q.M.

chiede che la S.C., in gradato subordine:

- con ordinanza disponga la trattazione in pubblica udienza del ricorso in epigrafe specificato, difettando l'evidenza decisoria che legittima il rito camerale;

- con sentenza accolga il ricorso medesimo, nella parte in cui lamenta la mancata applicazione del criterio di computo della riparazione economica quale dettato dalla Corte di Strasburgo;

- con ordinanza, previa delibazione della non manifesta infondatezza e della rilevanza della sollevata questione di legittimità costituzionale, sospenda il giudizio e trasmetta gli atti alla Corte Costituzionale, affinché esamini, in punto di criterio di calcolo dell'equa riparazione, la compatibilità dell'art. 2 della legge n. 89 del 2001 con gli artt. 111, 2° comma, e 117 Cost., in rapporto all'art. 6 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (adottata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848), come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Roma, 14.6.2009\*

\*(R.G. n. 24546/2007, c.c. 24.6.2009, P.G. Rosario Giovanni Russo. La Corte di cassazione è andata in contrario avviso: Cass. sez. I, 24.6.2009, n. 21846, dove si ribadisce che "la Corte ha a più riprese affermato che l'art. 2 della legge n. 89/2001 espressamente stabilisce che il danno debba essere liquidato per il solo periodo eccedente la durata ragionevole")

**12) Risarcimento del danno – prolungato *black-out* elettrico – inadempimento dell'ente erogatore – risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale – affermazione, anche in relazione alla lesione di diritti non classificati come inviolabili – sospetto di illegittimità costituzionale in caso di negazione della tutela**

(...) Con due sentenze del maggio 2006 il Giudice di Pace aveva condannato Enel Distribuzione S.p.A. al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, conseguenti al *black-out* verificatosi per circa 15 ore il giorno 28 settembre 2003 (domenica)<sup>14</sup>, in favore di A. E.

---

<sup>14</sup> Trattasi del più grave *black-out* della storia nazionale, che in alcune regioni si prolungò anche per ventiquattro ore.



ed E. C., rigettando invece (per carenza di prova) la domanda con cui entrambi avevano chiesto il risarcimento per il deperimento di generi alimentari conservati nei loro frigoriferi. A seguito degli appelli delle contrapposte parti, il Tribunale, dopo avere disposto la riunione delle due cause, annullava detta sentenza, assumendo che: rispondendo anche per i danni causati dai suoi ausiliari, legittimata passiva era Enel Distribuzione S.p.A.<sup>15</sup>, il cui colpevole inadempimento contrattuale restava conclamato; il danno patrimoniale che il Giudice di Pace aveva liquidato sulla base della Carta del Servizio Elettrico non era dovuto perché tale Carta prevedeva un rimborso forfettario per vari eventi (per esempio, mancata attivazione della fornitura entro i tempi previsti, etc.), ma non “per le ipotesi di interruzione accidentale lunga della fornitura”; correttamente il Giudice di Pace aveva negato l'altra voce di danno patrimoniale pretesa dagli attori (derrate avariate), in quanto essi non ne avevano fornito adeguata dimostrazione; non era giuridicamente riconosciuto – e quindi non poteva essere liquidato – il c.d. danno esistenziale accordato dal Giudice di Pace, perché tale categoria di danno «non è voluta dal legislatore ordinario né necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c. che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona, ritenuti inviolabili dalla norma costituzionale».

Per la cassazione di tale sentenza hanno proposto ricorso gli attori, deducendo tre motivi: con il primo lamentano che il Giudice di merito avrebbe dovuto, anche in ossequio all'orientamento da ultimo espresso dalle Sezioni Unite (v. *infra*), disporre il risarcimento del danno non patrimoniale in quanto, a seguito del prolungato *black-*

---

<sup>15</sup> Appare opportuno precisare che, secondo le Sez. U., Ordinanza n. 13887 del 14/06/2007: «Le controversie aventi ad oggetto le domande proposte contro il Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale S.p.A. per il risarcimento dei danni cagionati dalla interruzione della somministrazione dell'energia elettrica sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, tenuto conto che nelle iniziative (ovvero nella mancata o negligente adozione di idonee iniziative) predisposte in occasione di abbassamenti di tensione sulla rete nazionale di distribuzione non è ravvisabile un mero comportamento, dato che le scelte dirette a garantire il funzionamento della rete e ad assicurare in via preventiva una riserva di potenza necessaria al suo funzionamento, costituiscono espressione dell'esercizio di un potere derivante dalla concessione e finalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico.».

Altre volte la Suprema Corte ha accolto il ricorso con cui, in casi simili a quello qui al vaglio, l'Enel Distribuzione S.p.A. aveva sostenuto che non poteva rispondere ex art. 1228 c.c. dell'inadempimento della S.p.A. GRTN (Gestore della rete di trasmissione nazionale): cfr. ord. Cass., Sez. Terza, 23 luglio 2009, n. 17282.

Sono numerosi i ricorsi pendenti davanti alla Suprema Corte sul medesimo tema.

*out*, erano rimasti lesi i loro diritti, costituzionalmente garantiti, allo svolgimento della normale vita di relazione; con la seconda censura è stato dedotto non solo che le ragioni sulla cui base era stato negato il risarcimento del danno (derrate deperite) per carenza di prova non erano state opposte dall'Enel, ma anche che il Giudice di merito avrebbe dovuto considerare fatto notorio che «ogni nucleo familiare possiede un frigorifero in cui conserva generi alimentari che si deperiscono se non raffreddati per oltre 15 ore»; in ogni caso, il Giudice di merito avrebbe dovuto ammettere la prova testimoniale con cui per l'appunto gli attori avevano inteso specificamente dimostrare il medesimo fatto (ancorché notorio); con la terza censura si assume che, atteso l'accertato inadempimento contrattuale dell'Enel, il Giudice di merito avrebbe dovuto compensare integralmente le spese dei due gradi di giudizio.

L'Enel ha opposto l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Secondo la relazione predisposta *ex art. 380-bis c.p.c.*:

il primo motivo sarebbe manifestamente infondato in quanto parte ricorrente non è stata in grado di indicare – e provare – quale sia lo specifico diritto inviolabile costituzionalmente garantito, seriamente leso dall'inadempimento dell'Enel;

il secondo motivo sarebbe inammissibile *ex art. 366-bis c.p.c.*, quanto alla dedotta violazione di legge, e manifestamente infondato quanto al dedotto vizio motivazionale; il terzo motivo è manifestamente infondato.

Ciò premesso, si osserva:

(In rito) Alla controversia in esame si applica *ratione temporis* la disciplina dettata dal D. Lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006, risalendo il deposito del provvedimento impugnato ad epoca non anteriore alla data (2.3.2006) della sua entrata in vigore (art. 27 del cit. D. Lgs.). Sono passate in giudicato, tra l'altro, le statuizioni sulle questioni della legittimazione passiva dell'Enel e del suo inadempimento colpevole (anche con riferimento al fatto colposo dei suoi ausiliari) in ordine ai contratti di somministrazione oggetto del giudizio.

(Primo motivo)

*Prolegomeni - La questione*

Gli attori, sulla base del diritto allora vivente<sup>16</sup>, avevano reclamato il risarcimento dei danni tutti, danni patrimoniali (derrate avariate) e non patrimoniali, conseguenti alla interruzione dell'utenza domestica

---

<sup>16</sup> Si allude ovviamente alle due note sentenze (nn. 8827 e 8828 del 2003) della Terza sezione, ma soprattutto alla sentenza n. 233/2003 della Corte Costituzionale, la quale ultima aveva espressamente riconosciuto la risarcibilità del danno c.d. esisten-

per quindici ore circa dell'erogazione dell'energia elettrica (da qui in poi: *black-out*), nonché l'indennizzo previsto dalla Carta dei Servizi adottata dall'Enel nel 1996; ed il Giudice di Pace aveva accolto tali domande, con esclusione della prima (derrate avariate) siccome non provata. Accogliendo l'appello dell'Enel il Giudice di secondo grado, facendo capo anch'egli al diritto (allora) vivente (v. nota n. 16), dopo avere confermato l'inadempimento colpevole dell'Enel, ha rigettato tutte le domande proposte dagli attori.

D'altra parte, la relazione preventiva *ex art. 380-bis c.p.c.* ha ritenuto applicabile l'orientamento espresso, sul tema del danno non patrimoniale da inadempimento, dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 26972 del 2008, proponendo perciò una decisione fondata (soprattutto mediante il richiamo a detta sentenza), per quanto qui interessa, sui seguenti passaggi argomentativi:

- nel campo della responsabilità extracontrattuale, non dovendosi più discorrere di «danno esistenziale come autonoma categoria di danno», «Il pregiudizio di tipo esistenziale, per quanto si è detto, è [quindi] risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria», sempre che la lesione non sia futile ovvero insignificante; peraltro «il catalogo dei casi in tal modo determinati non costituisce numero chiuso.

---

ziale derivante dalla lesione di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona: «Giova al riguardo premettere - pur trattandosi di un profilo solo indirettamente collegato alla questione in esame - che può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'art. 2059 cod. civ. si identificherebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo. In due recentissime pronunce (Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828), che hanno l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, viene, infatti, prospettata, con ricchezza di argomentazioni - nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale - un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona».

Tale indirizzo ermeneutico è stato emendato (o superato) dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 26972 del dì 11.11.2008 (v. *infra* nel testo).

La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana»;

- quanto all'inadempimento, in dichiarato contrasto con il dominante orientamento ostile (attesa la mancanza di una norma analoga all'art. 2059 c.c.) al riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale:

in linea generale:

«Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale<sup>17</sup>. Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espediente del cumulo di azioni»; tale essendo la ragione unificatrice della risarcibilità dei danni non patrimoniali (nell'intero campo della responsabilità civile), è agevole concludere che i requisiti della serietà e della rilevanza ... condizionano anche il risarcimento da inadempimento»;

«Che interessi di natura non patrimoniale possano assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, è confermato dalla previsione dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore. L'individuazione, in relazione alla specifica ipotesi contrattuale, degli interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a contenuto patrimoniale, presentino carattere non patrimoniale, va condotta accertando la causa concreta del negozio, da intendersi come

---

<sup>17</sup> Come esempio delle «più fantasiose, ed a volte risibili, prospettazioni di pregiudizi suscettibili di alterare il modo di esistere delle persone» le Sezioni Unite adducono tra l'altro «il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal *black-out*».

sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato; sintesi, e dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale (come condivisibilmente affermato dalla sentenza n. 10490/2006)»; il che è dato riscontrare – secondo le Sezioni Unite – nei «contratti di protezione», quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario o in quello scolastico;

«L'esigenza di accertare se, in concreto, il contratto tenda alla realizzazione anche di interessi non patrimoniali, eventualmente presidiati da diritti inviolabili della persona, viene meno nel caso in cui l'inserimento di interessi siffatti nel rapporto sia opera della legge», come avviene nel contratto di lavoro ed in quello di trasporto;

ove ammesso, il risarcimento per danni non patrimoniali è disciplinato dagli artt. 1218, 1223 e 1225 c.c.; sono nulli i patti di esonero o di limitazione della responsabilità e resta ferma la disciplina di settore quanto ad onere della prova ovvero alla prescrizione;

con riferimento al caso specifico, senza rimarcare che si tratta di danno da inadempimento e applicando – sembra – direttamente (o indirettamente) alla fattispecie l'insegnamento delle Sezioni Unite in tema di responsabilità extracontrattuale, aggiunge la relazione che, poiché «parte ricorrente si riferisce ad una generica impossibilità di attendere alla normale attività realizzatrice della persona umana, senza indicare (e poi provare) quale sia lo specifico diritto inviolabile costituzionalmente garantito, leso in modo serio», il motivo dedotto sarebbe manifestamente infondato.

Posto che la prima censura, concentrata *in apicibus* sulla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, mette in discussione la riferita statuizione del Giudice di secondo grado, allora si tratta di verificare, da parte lasciando provvisoriamente Carta dei servizi e danno patrimoniale, se, anche mettendo in conto la proposta deliberata di cui alla relazione, l'ordinamento consenta (al di là delle questioni puramente nominalistiche incentrate sull'esistenza giuridica del danno esistenziale) che di per sé (quel che abbiamo inteso essere) il *black-out* da inadempimento contrattuale (definitivamente accertato) sia privo – e debba essere privo – di conseguenze risarcitorie per l'Enel; tale essendo l'esito (che parte ricorrente parifica a 'beffa', attesa anche la parziale condanna alle spese) che allo stato la sentenza impugnata consegna all'ordinamento ed all'universo giuridico. A tale indagine sembra che la Suprema Corte non possa sottrarsi perché, se è chiaro (a prescindere dai *nomina*) l'intento empirico di parte ricorrente di ottenere il risarcimento di tutti i danni causati dal *black-out*, neppure gli artt. 360 e 366-*bis* c.p.c. (nella specie osservati), o l'ef-

fetto devolutivo, impediscono al giudice di legittimità di cogliere nelle *quaestiones iuris* l'effettivo nucleo censorio, al fine di *dicere ius* (e di enunciare il «principio di diritto», come pendant al «quesito di diritto»: artt. 363, 3° e 384, 1° comma, c.p.c.) sulla fattispecie sottoposta al suo vaglio.

### *Abbozzo di un'analisi economica*

Va premesso<sup>18</sup> che chi non abbia (e non scelga di ottenere) la disponibilità di un costoso generatore di energia elettrica<sup>19</sup> e voglia ugualmente appagare i bisogni soddisfatti da tale bene economico, non può fare altro che acquistare dall'impresa di produzione (o, se diversa, dall'impresa di distribuzione) il relativo bene o servizio<sup>20</sup>, per conseguire le corrispondenti utilità economiche; e cioè «i piaceri che presumiamo abbia a procurarci la disponibilità di una data cosa, in dipendenza della sua attitudine a soddisfare un nostro bisogno»<sup>21</sup>. In forza di note leggi economiche, il prezzo (non di uso, ma) di scambio del servizio di fornitura dell'energia elettrica si forma sul mercato (e quindi con trasparente consapevolezza di entrambi i protagonisti della transazione), in funzione del complesso delle utilità che esso fornisce; complesso a sua volta storicamente determinato per un verso dallo sviluppo tecnologico e, per altro correlativo verso, dalla espansione dei bisogni emergenti e diffusi in un dato contesto sociale, e perciò facen-

---

<sup>18</sup> Questa elementare premessa, ispirata all'insegnamento per cui «L'ordine delle idee dee procedere secondo l'ordine delle cose» (G. VICO, *La scienza nuova*, 1744, LXIV), vuole costituire un primo approccio fenomenologico (o di elementare analisi economica del diritto) al problema giuridico sollevato dal ricorso, senza prendere posizione sull'autonomia giuridica di concetti quali quelli di bene economico e di patrimonialità. D'altra parte, quando la prestazione continuativa di servizi costituisce appalto, ad esso si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dettate per il contratto di somministrazione, che di per sé ha per oggetto soltanto la prestazione di cose (art. 1677 c.c.). V., per ulteriori sviluppi, *infra*.

<sup>19</sup> Sono tenuti a rendersi autonomi dal servizio pubblico di distribuzione di energia elettrica alcuni apparati, come i nosocomi, in ragione del fatto che le loro attività non potrebbero tollerare *black-out* anche di minima durata (*dropout*: v. *infra* nota 22).

<sup>20</sup> Per quanto qui interessa, si può sorvolare sulla disputa intorno all'inclusione tra i «beni economici» di quelli immateriali e dei «servizi». Difatti i successivi sviluppi argomentativi non cambiano in entrambi i casi: che si consideri bene economico soltanto il bene materiale costituito dal flusso (materiale) di energia elettrica (Adam Smith e Stuart Mill) ovvero che si ritenga bene economico di per sé, e cioè autonomamente, il servizio da esso reso (G.B. Say). Qui rileva soltanto che l'approvvigionamento di energia elettrica abbia un suo (prezzo e quindi un suo) mercato. V., per ulteriori sviluppi, *infra*.

<sup>21</sup> Tale la definizione di bene economico e di utilità economica apprestata da M. FANNO, *Principi di scienza economica*, parte prima, Padova 1959, pag. 61.

ti parte della sua cultura consumistica. Il servizio in argomento si caratterizza dunque per le seguenti peculiarità:

posto che il suo 'prezzo' (composto da una modestissima quota fissa, corrispondente al vantaggio della mera disponibilità, e da una quota variabile, siccome parametrata all'effettivo consumo, presunto sulla base dei precedenti consumi ovvero verificato) si forma sul relativo mercato (in generale, dell'energia, ed in particolare, di quella elettrica) nessuno può dubitare della sua economicità, e cioè della sua attitudine ad essere monetizzato, così qualificandosi come 'merce' (bene di consumo ovvero d'investimento), con tutte le implicazioni che ne conseguono a livello economico, giuridico, sociologico e filosofico; il raggio dei bisogni che esso è tenuto a soddisfare è socialmente oggettivato e (perciò) spersonalizzato, nel senso che, a fronte del pagamento del prezzo (incontestato nella vicenda in relazione, ovviamente, alla quota fissa, corrispondente al vantaggio derivante dalla mera disponibilità dell'erogazione), da un parte il servizio è già correttamente (dal punto di vista economico) reso allorché il flusso energetico perviene con le caratteristiche tecniche pattuite nella disponibilità dell'utente, libero infatti di usarlo poi a suo piacimento e, d'altra parte, sono (economicamente) irrilevanti le utilità che egli ne tragga – o ne possa trarre – collegandovi i dispositivi appropriati, siano esse utilità materiali ovvero immateriali (o spirituali), lecite od illecite, produttive od improduttive.

Fa parte delle accennate caratteristiche tecniche, ma addirittura qualifica economicamente e socialmente il servizio stesso, la continuità del flusso elettrico, giacché la sua persistenza nel tempo è largamente infungibile: mentre all'interruzione dell'approvvigionamento idrico (e potabile) può in qualche modo avviarsi perché il prezioso liquido è comunque altrimenti reperibile (ed è in larga parte in concreto reperito), invece tecnologicamente insostituibile si rivela la sospensione cronologicamente significativa della fornitura elettrica, giacché appare tecnologicamente scontato che il funzionamento dei dispositivi è condizionato, se pure con esiti differenziati, dalla continuità (senza rilevanti sospensioni<sup>22</sup>) della fornitura stessa (per quest'aspetto infungibile, almeno in tempi brevi, ovvero di fatto fungibile soltanto sostituendo il fornitore); a sua volta anche (ma non solo) tale necessaria continuità della fornitura dà per scontata, e comprova ulteriormente, la ubiquità, invasività ed imprescindibilità dell'energia elettri-

---

<sup>22</sup> E' significativo che quando l'interruzione della corrente è solo momentanea (e cioè anche qui, significativamente, da pochi millisecondi a qualche secondo) si usa nel

ca come mezzo necessario per la gestione della vita quotidiana e della produzione economica; anche per il suo alto rendimento tecnico, essa è fondamentale per il (e funzionale al) mantenimento del tenore di vita nelle società altamente industrializzate ed è indispensabile per i paesi in via di sviluppo.

### *Aspetti pubblicitici*

Le caratteristiche economiche sopra evidenziate si sposano con la configurazione in tutti i paesi della fornitura elettrica come servizio pubblico<sup>23</sup>, a tal segno che in Italia nel 1962 furono addirittura nazionalizzati, ai sensi dell'art. 43 Cost., la produzione, il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica<sup>24</sup>. La successiva evoluzione dell'Enel (soggetto erogatore) è stata dettata dagli impegni assunti in sede comunitaria ed ha portato al suo assoggettamento alla disciplina della concorrenza, eliminando il regime di riserva ed il monopolio legale, alla regolazione, cui presiede l'Autorità per l'energia elettrica e il gas,

---

linguaggio settoriale un apposito termine: "dropout". I gruppi di continuità, usati talvolta per i computer in sede domestica ovvero per uffici privati, assicurano in caso di *black-out* un'autonomia non superiore a quindici minuti; è impensabile che tali dispositivi possano essere usati per assicurare la continuità dell'energia elettrica per tutti gli elettrodomestici di uso comune.

<sup>23</sup> Individuandosi il servizio pubblico nella «relazione che si instaura tra soggetto pubblico, che organizza una offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, ed utenti»: così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, pag. 631.

<sup>24</sup> Emessa ai sensi dell'art. 5 della Legge 23 agosto 1988, n. 400, la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994 (Principi sull'erogazione dei servizi pubblici) proclama all'art. 1:

«La presente direttiva dispone i principi cui deve essere uniformata progressivamente, in generale, l'erogazione dei servizi pubblici.

Ai fini della presente direttiva sono considerati servizi pubblici, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli svolti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza e previdenza sociale, alla istruzione e alla libertà di comunicazione, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione, ai sensi dell'art. 1 della legge 12 giugno 1990, n. 146, e quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas.

Ai principi della direttiva si uniformano le pubbliche amministrazioni che erogano servizi pubblici.

Per i servizi erogati in regime di concessione o mediante convenzione e comunque svolti da soggetti non pubblici, il rispetto dei principi della direttiva è assicurato dalle amministrazioni pubbliche nell'esercizio dei loro poteri di direzione, controllo e vigilanza. Le amministrazioni concedenti provvedono ad inserire i contenuti della presente direttiva negli atti che disciplinano la concessione.

Gli enti erogatori dei servizi pubblici, ai fini della presente direttiva, sono denominati "soggetti erogatori".».



ed alla definitiva liberalizzazione del mercato<sup>25</sup>, sì da garantire la fruizione 'universale' del relativo servizio<sup>26</sup>. In particolare, la Direttiva del Presidente del Consiglio del 1994 (v. nota 24) ha stabilito che i servizi pubblici da essa individuati (compresi quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas) devono attenersi ad alcuni principi fondamentali, tra cui quello della continuità e regolarità<sup>27</sup> nonché dell'efficienza<sup>28</sup>, e devono adottare *standard* di qualità e di quantità, compreso quello di rimborsare gli utenti nei casi in cui è possibile dimostrare che il servizio reso è inferiore, per qualità e tempestività, agli *standard* pubblicati<sup>29</sup>. Sulla base dello schema generale predisposto dalla mede-

---

<sup>25</sup> La domanda di energia elettrica nel settore residenziale è stata liberalizzata dal 1° luglio 2007 a seguito del decreto-legge 18 giugno 2007, n. 73 (conv. con Legge 3 agosto 2007, n. 125), il cui art. 1, 2° co. così recita: «A decorrere dal 1° luglio 2007 i clienti finali domestici hanno diritto di recedere dal preesistente contratto di fornitura di energia elettrica come clienti vincolati, secondo modalità stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e di scegliere un fornitore diverso dal proprio distributore. In mancanza di tale scelta, l'erogazione del servizio per i clienti finali domestici non riforniti di energia elettrica sul mercato libero è garantita dall'impresa di distribuzione, anche attraverso apposite società di vendita, e la funzione di approvvigionamento continua ad essere svolta dall'Acquirente Unico S.p.A. di cui all'art. 4 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79. Le imprese connesse in bassa tensione, aventi meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo non superiore a 10 milioni di euro sono automaticamente comprese nel regime di tutela di cui al presente comma».

<sup>26</sup> Per il concetto di servizio universale v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari, 2006, pag. 92: «Il servizio universale, a differenza del servizio pubblico, dunque, non viene associato a uno specifico regime organizzativo (amministrativo, invece che imprenditoriale) o economico (monopolistico, invece che concorrenziale), in quanto si limita a imporre il raggiungimento di un obiettivo, quello della fruizione diffusa di prestazioni essenziali». Del medesimo Autore (*loc. cit.*, p. 116) l'osservazione per cui «La liberalizzazione dell'entrata, tuttavia, produce il paradosso della regolazione dell'attività. (...) tutto ciò è dovuto al fatto che non si può passare, in un solo colpo e rapidamente, dal monopolio (legale) alla concorrenza (imposta dalla legge). In questo modo, però, ciò che si guadagna sotto il profilo dell'iniziativa, si perde sotto quell'attività. Di qui un circolo vizioso: l'apertura alla concorrenza produce la necessità di regolazioni che fanno arretrare l'applicazione della disciplina della concorrenza».

<sup>27</sup> Allegato I, I, n. 3: «Continuità. 1. L'erogazione dei servizi pubblici, nell'ambito delle modalità stabilite dalla normativa regolatrice di settore, deve essere continua, regolare e senza interruzioni. I casi di funzionamento irregolare o di interruzione del servizio devono essere espressamente regolati dalla normativa di settore. In tali casi, i soggetti erogatori devono adottare misure volte ad arrecare agli utenti il minor disagio possibile.».

<sup>28</sup> Allegato I, I, n. 6 «Efficienza ed efficacia. 1. Il servizio pubblico deve essere erogato in modo da garantire l'efficienza e l'efficacia. I soggetti erogatori adottano le misure idonee al raggiungimento di tali obiettivi.».

<sup>29</sup> Allegato II, n. 6 «Rimborso. 1. I soggetti erogatori assicurano agli utenti forme di rimborso nei casi in cui è possibile dimostrare che il servizio reso è inferiore, per qualità e tempestività, agli standard pubblicati. 2. Le procedure di rimborso devono es-

sima Direttiva<sup>30</sup>, è stata adottata anche dall'Enel la Carta dei servizi che, se non prevede espressamente l'obbligo del rimborso per *black-out*, ribadisce e conferma l'obbligo della continuità. Infine, a prescindere dalla privatizzazione e dalla liberalizzazione, se prima della conclusione del contratto (di utenza) è discutibile se ci si possa rivolgere al giudice per chiedere il risarcimento dei danni derivanti dalla mancata applicazione della norma che attribuisce il diritto alla prestazione del servizio<sup>31</sup>, dalla stipula (normalmente, per adesione) del relativo contratto (di utenza), origina in capo all'utente un diritto soggettivo, con la conseguenza che l'inadempimento da parte del soggetto erogatore genera responsabilità contrattuale<sup>32</sup>.

### *La "patrimonialità" 'al tempo del codice civile'*

Nell'impianto originario del codice civile, l'equazione [economicità = patrimonialità = monetizzabilità] definisce i diritti patrimoniali, che sono quelli su una cosa (bene) ovvero ad una prestazione (avente valore economico). Come i beni aventi valore economico (art. 814 c.c., proprio in tema di energie) costituiscono l'oggetto dei diritti reali (assoluti al pari dei diritti della – ovvero alla – personalità, generalmente indisponibili, talvolta tutelati in sede penale: diritto alla vita, all'integrità fisica, al nome, all'onore, alla riservatezza, etc.), gli artt. 1174, 1218, 1321, 1322 e 2059 c.c. delimitano le 'obbligazioni' patrimoniali (distinte dagli "obblighi" rintracciabili, per esempio, nel campo del diritto di famiglia); e le circoscrivono in duplice, ma coerente, guisa.

---

sere tali da non rendere difficile, per complessità, onerosità o durata, l'esercizio del diritto dell'utente. Esse sono soggette alla vigilanza del Comitato di cui al titolo successivo.» 3. Fatta salva l'applicazione delle norme vigenti, i soggetti erogatori si rivalgono nei confronti del dipendente al quale è imputabile, per dolo o per grave negligenza, il mancato rispetto degli standard.

<sup>30</sup> Ma vedi anche l'art. 11 del D. Lgs. n. 481 del 1995 che prevede procedure e definizioni degli standard qualitativi anche in relazione all'attività di erogazione dei servizi pubblici, affidandone la determinazione al Presidente del Consiglio.

<sup>31</sup> Diritto la cui esistenza viene convenientemente argomentato da E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, pag. 643.

<sup>32</sup> Corte costituzionale, 17 marzo 1988, n. 303: «L'esenzione e la limitazione dell'amministrazione delle poste da responsabilità per danni verso l'utente (un tempo giustificata da una concezione puramente amministrativa del servizio postale) risulta in contrasto con l'art. 3 e l'art. 43 Cost., il quale ultimo - istituendo uno stretto collegamento tra la nozione di servizio pubblico essenziale e la nozione d'impresa - impone la conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali, fondamentalmente soggetti al regime di diritto privato.»

### *Rapporti contrattuali*

Nel campo dei rapporti contrattuali, in cui la relazione (sociale, prima ancora che) giuridica è cercata e voluta (socialità attiva, traslativa o dinamica), fa parte della fattispecie costitutiva dell'obbligazione giuridica (cui l'ordinamento assicura tutela) il requisito della patrimonialità della prestazione promessa (art. 1174 c.c.)<sup>33</sup>. Se si incrociano i precetti (adombrati dietro l'apparente funzione descrittiva) degli artt. 1174 c.c. (patrimonialità della prestazione dedotta in obbligazione) e 1321 (patrimonialità del rapporto giuridico generato dal contratto) cc., appare chiaro che l'ordinamento giudico patrimoniale recepisce nel suo ambito tutto ciò, e soltanto tutto ciò, che ha valore economico nel mercato, che a sua volta è costituito dagli scambi oggettivati nella forma giuridica del contratto<sup>34</sup>: in questo senso le due citate disposizioni costituiscono la "cerniera" (o il filtro) tra costituzione economica - sociale e diritto, con duplice e mutua direzione vettoriale (cioè dall'una all'altro e viceversa). Più descrittiva che precettiva si rivela l'ulteriore precisazione (permissiva) con cui, ferma restando la necessaria patrimonialità della prestazione, si ammette che essa non sia incompatibile con l'idoneità a soddisfare bisogni non patrimoniali: se nel mercato (destinato a selezionare quel che sia meritevole di essere giuridificato) si scambiano prestazioni,

---

<sup>33</sup> Secondo M. GIORGIANNI, in Nss. D.I., Vol. XI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, Torino, 1965, pag. 585, l'art. 1174 c.c. funziona come un filtro atto ad assicurare tutela soltanto se «ciò possa avvenire senza offendere i principi della morale e del costume sociale, oltre, beninteso, la legge». In tal senso l'art. 1174 c.c. sancirebbe per così dire il "pudore" dell'ordinamento, marcando il confine tra il diritto, da una parte, e la moralità e il costume sociale, dall'altra. D'altra parte la presenza dell'interesse creditore è elevata ad «elemento fisionomico dell'obbligazione, dato che si tratta di un elemento che serve ad individuarla in seno alla categoria del *dovere* giuridico, e non già in seno a quella del *potere* giuridico» (*loc. cit.*, pag. 587).

<sup>34</sup> In questo senso P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, pag. 236 e segg.: «senza contratto non c'è mercato, ma oggetto del contratto può essere solo la «merce», ossia *tutto quanto e solo quanto* in un ambito sociale determinato e in un tempo dato è suscettibile di esser scambiato e di trovare acquirenti, di assumere, in una parola, *valore di scambio*».

Dietro la concezione patrimonialista traspare l'adesione alla filosofia morale (soprattutto dello stoicismo) per cui l'*eudaimonia*, la felicità personale, di fronte al vario atteggiarsi della fortuna (*tyche*), non dipende dalla società, perché se si ha una volontà buona, che a sua volta dipende dalla professata e coltivata indifferenza per gli avvenimenti esterni, essa non può essere scalfita dalla sfortuna. Soltanto in un secondo tempo, attesa la constata fragilità della condizione umana, prevalse su tale forma d'individualismo una morale sociale più spiccatamente solidaristica: cfr. A. BIANCHI, *Ripartire dalla vita buona*, in *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, p. 55.

beni o servizi di tal genere non v'è ragione perché il diritto non tuteli le obbligazioni che le abbiano per oggetto. D'altra parte, questo segmento (precoattivo o non) dell'art. 1174 c.c. sarebbe intrinsecamente contraddittorio se l'idoneità a soddisfare i bisogni personali (o spirituali o morali) del creditore potesse (sostituire e perciò) neutralizzare il requisito obiettivo della patrimonialità della prestazione; perciò sembra condivisibile quella dottrina secondo cui «nel caso, poi, che un interesse non patrimoniale accompagni l'interesse patrimoniale, solo quest'ultimo può essere oggetto di danno risarcibile», poiché «la tutela giuridica non viene estesa anche all'interesse non patrimoniale»<sup>35</sup>. Quindi non solo l'*input*, cioè la fattispecie costitutiva dell'obbligazione contrattuale (art. 1174 c.c.), ma anche l'*output*, cioè le conseguenze risarcitorie (art. 1218 c.c.), sono qualificate dalla patrimonialità della prestazione (di quella primaria, siccome oggetto della prestazione, e di quella secondaria, cioè risarcitoria)<sup>36</sup>. In altri termini, nel campo delle relazioni "attive" o dinamiche dei consociati (e precisamente delle obbligazioni), l'ordinamento giuridico patrimoniale si occupa soltanto degli affari misurabili in termini pecuniari e, in caso di inadempimento, reagisce del pari in termini moneta-

---

<sup>35</sup> DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, pag 131. Nel medesimo senso M. BARCELONA, secondo il quale gli artt. 1174 e 1321 c.c. sanciscono «il principio della indeducibilità nei rapporti contrattuali di qualsiasi valore o utilità che il mercato non abbia tradotto in valore di scambio, cui non abbia conferito forma di merce. Questo, in effetti, è il principio sistematico che osta ad una generale risarcibilità del danno non patrimoniale nella materia contrattuale» (*Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 88, nota n. 130).

In senso contrario, v. non solo le Sezioni Unite, ma anche autorevole Dottrina, che ha offerto una rilettura dell'art. 1174 c.c.: cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Milano, 2007, p. 470, nonché V. TOMARCHIO (*Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli 2009, p. 90), la quale non si esime dal registrare che, secondo la giurisprudenza, ai fini della riduzione della penale non rilevano gli interessi non patrimoniali del creditore: cfr. Sez. 3, Sentenza n. 11710 del 05/08/2002: «Il criterio normativo per l'esercizio del potere giudiziale di riduzione della penale è l'interesse esclusivamente patrimoniale del creditore all'integrale esecuzione del contratto (da valutarli in termini oggettivi, commisurando la penale alla posizione reciproca delle parti quale risulta individuata nel momento in cui si è costituito il rapporto obbligatorio fondamentale ed escludendo qualsiasi apprezzamento che riguardi il pregiudizio realmente subito da chi la pretende) e non quello al risarcimento del danno dipendente dall'inadempimento, e non rilevano, al riguardo, gli scopi ulteriori che il creditore abbia avuto di mira, qualunque ne sia la natura».

<sup>36</sup> Si sofferma su tale profilo (l'*output* in tema di responsabilità contrattuale) P. RESCIGNO, voce '*Obbligazione*', in E.d.D., vol. XXIX, Milano, 1979, p. 186.

ri, sì da rendere più conveniente ed efficienti, per entrambi i protagonisti dello scambio, l'adempimento, anziché l'inadempimento<sup>37</sup>; ma focalizzandosi esclusivamente sulla prestazione oggettiva (quindi monetizzata), e ignorando dunque l'incidenza dei bisogni non patrimoniali con essa soddisfatti<sup>38</sup>. L'assorbimento del valore d'uso nel prezzo di scambio (e quindi l'oscuramento della rilevanza dei bisogni naturali del creditore)<sup>39</sup>, ha dato spunto alla critica (non soltanto) marxista, nella duplice direzione, per un verso, della alienazione, intesa come capovolgimento dei mezzi in fini (non più il bisogno come fine dell'attività lavorativa, ma il prodotto e la sua scambiabilità per l'acquisizione del denaro) e, per altro convergente verso, della reificazione, cioè della riduzione a *res*, a merce, degli uomini e delle loro relazioni sociali, a seguito della feticizzazione della merce e del danaro, che «non sono più considerati per ciò che sono (valore d'uso), ma per ciò che valgono (valore di scambio), ossia per la loro capacità di permutarsi con l'oro o con il denaro, che, come il mana dei primitivi, si diffonde sugli oggetti mascherando la loro intrinseca natura, il loro corpo ....»<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Ovvio il rinvio a R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole - Analisi economica del diritto*, vol. I, Bologna, 2006, p. 137: «Il primo scopo del diritto dei contratti è appunto quello di mettere i soggetti in grado di cooperare, trasformando giochi a soluzione non cooperativa in giochi a soluzione cooperativa» (il corsivo è nell'originale); e più oltre (pag. 139) «Se la responsabilità è l'unica preoccupazione del promittente riguardo all'inadempimento, egli terrà fede alla promessa quando l'adempimento gli costa meno della responsabilità, e non adempirà quando eseguire la prestazione gli costa più della responsabilità per l'inadempimento».

<sup>38</sup> Da qui la tradizionale irrisarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento; cfr. Cassazione civile, sez. III, 23 dicembre 2003, n. 19769, in motivazione: «Come sopra detto, la sentenza impugnata ha affermato solo la responsabilità contrattuale e non anche quella extracontrattuale della convenuta e sul punto non vi è stata impugnazione. Conseguenza di ciò è che nessuna responsabilità per danno morale poteva porsi a carico della convenuta, poiché detto danno presuppone l'esistenza di una responsabilità extracontrattuale».

<sup>39</sup> Secondo la visione dell'economia classica (v. *retro sub* par. n. 34), alla cui stregua «il valore naturale di ogni cosa consiste nella sua attitudine a soddisfare le necessità o a servire i comodi della vita umana» tanto che «Durante il secolo XVII troviamo spesso negli scrittori inglesi *worth* per valore d'uso e *value* per valore di scambio»: brani estrapolati da un passo di K. MARX, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, Roma, 1964, p. 68, nota.

<sup>40</sup> V, per tutti, U. GALIMBERTI, *Psiche e techne*, Milano, 2002, pag. 396 (ma v. anche p. 325-328, 340, 570-572), ove anche puntuali riferimenti alle opere di K. MARX e di E. SEVERINO. Del primo si rammenta una caustica espressione: «il Denaro è il lenone tra il bisogno e l'oggetto, tra la vita e il mezzo di vita dell'uomo» (K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, in *Opere filosofiche giovanili*, trad. it., Roma, 1971, p. 252).

### *Rapporti extracontrattuali*

Alla stregua dei principi attuati nel codice civile, nella dimensione della società per così dire statica (ovvero di conservazione), in cui l'ordinamento è impegnato a stabilire la sfera d'intangibilità dei consociati (e quindi lo speculare e reciproco dovere di *neminem laedere*), con straordinaria coerenza anche le obbligazioni (perciò) extracontrattuali ricevono un'impronta tipicamente patrimoniale dagli artt. 1174 (norma – non a caso – contenuta nella parte generale delle obbligazioni) e 2059 c.c.; e ciò sia nel senso (specificato dagli artt. 2043 e segg. c.c.) dell'integrazione degli estremi del fatto (o atto) illecito ingiusto, e cioè dell'*input* idoneo (ad attivare l'ordinamento giuridico ed) a generare responsabilità, sia nel senso della (qualità della) reazione dell'ordinamento, e quindi dell'*output* risarcitorio<sup>41</sup>: il risarcimento dei danni non patrimoniali è ammesso soltanto nei casi previsti dalla legge, tra cui spicca principalmente l'art. 185 c.p. La storia dell'art. 2059 c.c. è la storia del graduale (tendenziale) recepimento dei principi dell'ordinamento tedesco e della (tendenziale) sostituzione con essi di quelli propri dell'ordinamento francese, maturata (per così dire, dal basso) mediante l'intermediazione della dottrina e della giurisprudenza, nella società civile, prima di essere recepita dalla legge; ben vero<sup>42</sup>:

l'art. 1151 c.c. abrogato riproduceva l'art. 1382 del *Code Napoleon*, per cui il danno non patrimoniale era largamente risarcito; indi, in nome «dell'intangibilità o inviolabilità dell'umana persona»<sup>43</sup>, prima la Dottrina nel 1895 (Gabba) e poi la giurisprudenza (Sezioni Unite 20 ottobre 1924) escludono la risarcibilità del danno non patrimoniale, la cui tutela (sotto forma di riparazione, e non di risarcimento del danno, e quindi in un'ottica dichiaratamente punitiva) veniva affidata al c.p.p. del 1913; il cui art. 7 prevedeva infatti che, mentre «il reato può produrre azione civile per il risarcimento del danno e per le restituzioni», taluni delitti (contro la persona, la libertà individuale, l'onore della persona o della famiglia...), «anche se non abbiano cagionato danno,

---

<sup>41</sup> In questo senso ancora P. RESCIGNO, *loc cit.*, il quale si dà carico di chiarire che la prevalenza della reintegrazione in forma specifica (art. 2058 c.c.) su quella per equivalente è soltanto apparente, in ragione dei limiti cui la prima è condizionata.

<sup>42</sup> Tale evoluzione è ben descritta da M. BARCELLONA, *loc. cit.*, pag. 113 e da M. ROSSETTI, *Post nubila Phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/2008 delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale*, in *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, p. 403, oltre che da BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 93.

<sup>43</sup> «il diritto ha (...) per sua natura ad oggetto sempre un oggetto esteriore e sensibile. Non hanno questa natura, e non si possono neppure propriamente dire diritti per-

possono produrre azione civile per le riparazioni pecuniarie»; come dire che il “pudore”<sup>44</sup> del sistema civilistico respingeva la reificazione e la feticizzazione di taluni valori spirituali, “lasciandoli” nel dominio di altri ordinamenti (penale, sociale, morale), secondo il modello sposato dall’ordinamento tedesco allora vigente (§ 253 e 847 BGB); la predetta disposizione venne assorbita nell’art. 185 del Codice Rocco che, per un verso, incorporò nel concetto di danno risarcibile anche quello non patrimoniale e nel concetto di risarcimento anche quello del danno non patrimoniale e, per altro verso, fece scaturire da qualunque reato detto risarcimento, così obiettivamente ampliando l’ambito applicativo della mera ‘riparazione’ disegnata nel codice del 1913 con riferimento a taluni delitti; infine, con l’art. 2059 (che apporta deroga, mediante una riserva di legge, al principio della generale patrimonialità statuito dall’art. 1174 c.c.) il vigente codice civile, introiettando nel suo seno il concetto di danno non patrimoniale descritto dall’art. 185 c.p., ha ulteriormente ampliato l’ambito del risarcimento dei danni non patrimoniali facendogli affluire gli «altri casi determinati dalla legge»; e quindi ponendo in essere, e rendendo pervio, quello che è stato chiamato correttamente un «dispositivo socialmente utile», con cui è possibile per l’appunto fare “transitare” la rilevanza dei pregiudizi morali e spirituali da altri settori o domini nell’ambito dell’ordinamento giuridico, in cui sono quindi diventati monetizzabili<sup>46</sup>.

### *La svolta giurisprudenziale*

Le sentenze pronunciate dalla Suprema Corte e dalla Corte Costituzionale nel 2003 sono state sopra ricordate per dare conto dell’ottica in cui, in base al diritto allora vivente, si muovevano parti e giudici di meri-

---

sonali, né tampoco diritti, od elementi del patrimonio giuridico personale, gli oggetti dell’offesa e del danno morale, come p. es. l’onore, la pudicizia. Essi sono bensì elementi integranti dell’umana personalità, e intangibili e inviolabili come questa, ma appunto l’intangibilità e inviolabilità dell’umana persona non è per sé medesima un diritto civile o privato, perché non ha oggetto esteriore sensibile, non è pretensione di nessun atto o fatto esteriore determinato, che un’altra persona determinata debba porre in essere od evitare (...). E’ un diritto la cui tutela è prestata propriamente dal diritto pubblico penale. Or se i danni morali non sono veri danni in senso civile, cioè giuridico-privato, egli è chiaro che già per questo motivo essi non possono dar fondamento e materia a risarcimento in senso civile, o giuridico-privato, cioè pecuniario” (Gabba, *Nota a Cass. Palermo 23.2.1895*, in *Foro it.* 1896, I, 685, ma specialmente 701), riportato da M. ROSSETTI, *loc. cit.* p. 408.

<sup>44</sup> V. *retro sub* nota 33.

<sup>45</sup> V. *infra sub* nota n. 69.

<sup>46</sup> M. BARCELLONA, *loc. cit.*, p. 121.

to in seno alla vicenda in esame. Ma, se pur con qualche diacronico scompenso (per altro inevitabile), viene in rilievo ormai l'orientamento adottato nel 2008 in tema di danno non patrimoniale dalle Sezioni Unite, già sobriamente riassunto nel sintetizzare le argomentazioni (anche implicite) proposte ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c.. Tenendo presenti le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite in tema di responsabilità extracontrattuale, ma focalizzando l'attenzione sul risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, va qui ulteriormente rimarcato che:

- lungi dall'applicare all'inadempimento la regola dettata dall'art. 2059 c.c., le Sezioni Unite fanno derivare il risarcimento dall'inadempimento soltanto se ad esso si accompagna «la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore»; tuttavia, il rilevato parallelismo (non tra le norme, ma) tra le *rationes* giustificatrici dell'innovativo orientamento rende facilmente estensibile al danno da inadempimento sia la tutela di diritti inviolabili della persona (non espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma mediante l'opera intermediatrice del giudice) ricavabili dal catalogo (aperto) dell'art. 2 Cost., sia i requisiti della serietà e della rilevanza;
- soprattutto, le Sezioni Unite ritengono che la loro interpretazione trovi conferma nel disposto dell'art. 1174 c.c. (norma – si ripete – collocata nella disciplina generale delle obbligazioni), e precisamente nella parte in cui esso conferisce autonomo rilievo agli interessi non patrimoniali del creditore; ma si è sopra visto che tale interpretazione dell'art. 1174 c.c. è innovativa e progressista (oltre che culturalmente, se non ideologicamente, non neutrale) rispetto all'impianto originario del codice civile, sicché ora si è in grado di affermare che essa costituisce una vera rivoluzione (giuridica e culturale), perché smaschera, smentendolo, l'assorbimento del prezzo d'uso (cioè dei reali bisogni alla cui soddisfazione la prestazione è destinata) nel prezzo di scambio, così definitivamente demistificato; per tal via l'ordinamento giuridico ha definitivamente ripudiato nella parte generale delle obbligazioni sia la pregiudiziale morale sia quella tecnico-giuridica (*dollars cannot erase pain*<sup>47</sup>);

l'opzione per la depatrimonializzazione è operata, dunque, dalle Sezioni Unite non tanto (o non solo) con la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., che già costitutiva eccezione all'interno

---

<sup>47</sup> A. SCHWARTZ, *The Case Against Strict Liability*, in «Fordham L. rev.», 60, 819,



della prospettiva patrimonialista delle obbligazioni, ma più radicalmente rimettendo in discussione la «pietra angolare» dell'edificio patrimonialista, costituita per l'appunto dall'art. 1174 c.c.; il novellato disegno di costituzione economica non sembra ancora perfettamente compiuto, se si considera che tale depatrimonializzazione viene predicata in uno ai limiti dalle stesse Sezioni Unite apposti all'espansione del danno non patrimoniale (nel campo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale), ma dalla demolizione della «pietra angolare» potrà scaturire una nuova sorprendente evoluzione;

- è ben comprensibile, dunque, che al giudice di merito le Sezioni Unite facciano carico di accertare (eccettuati i casi appresso specificati) la concreta causa del contratto (cioè «al di là del modello, anche tipico, adoperato»), al fine d'individuare (e risarcire) – e non si poteva essere più espliciti – gli «interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a contenuto patrimoniale, presentino carattere non patrimoniale»; ed anzi, in via esemplificativa, le stesse Sezioni Unite ravvisano (tipicamente) interessi non patrimoniali meritevoli di tutela nei contratti (c.d. di protezione) che coinvolgono il diritto inviolabile alla salute ovvero l'integrità fisica dell'allievo;
- altre volte, invece, l'indagine sul contenuto e sulla causa concreta contrattuale non è necessaria perché la tutela degli interessi patrimoniali è operata (direttamente) dalla legge; e sono i casi del contratto di lavoro (art. 2087 c.c.), già almeno nominalmente inglobati nell'ambito del danno esistenziale dalle Sezioni Unite<sup>48</sup>, e del contratto di trasporto;

---

(1992), p. 825, citato da R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *loc. cit.*, p. 193; i quali preferiscono al modello proposto da Schwartz («tutto ciò che conta è la funzione di produzione sociale in termini di output sociale considerato come grandezza cardinale misurabile in termini pecuniari»), quello proposto da A. Sen (la tutela delle relazioni affettivo-esistenziali può «porsi come fulcro della definizione anche delle regole giuridiche, in quanto regole che definiscono in concreto le funzioni di scelta collettiva, poiché sono tali regole che determinano quali stati sociali si realizzano»). Sul passaggio da una morale individualistica ad una morale informata alla solidarietà sociale v. *retro sub* nota n. 34.

<sup>48</sup> Cassazione civile, Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572: «Il danno non patrimoniale include in sé tanto il danno biologico quanto il danno morale, quanto, ancora, il danno esistenziale. Quest'ultimo, a differenza del danno morale (che ha natura emotiva e interiore) e del danno biologico (subordinato alla lesione dell'integrità psico-fisica del danneggiato medicalmente accertabile) consiste nel pregiudizio, oggettivamente accertabile, che l'illecito (nella specie, del datore di lavoro) abbia cagionato sul fare reddituale del soggetto, alterandone abitudini di vita e assetti relazionali che a lui erano propri, sconvolgendone la vita quotidiana e privandolo di occasioni per l'espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. La natura risarcito-

- in ogni caso di risarcimento di danni non patrimoniali da inadempimento opera ovviamente il filtro della prevedibilità *ex art.* 1225 c.c. (per l'inadempimento colposo) e quello della causalità *ex art.* 1223 c.c., mentre l'onere della prova in ordine alla responsabilità è regolato dall'orientamento espresso dalle Sezioni Unite (sentenza n. 13533 del 2001<sup>49</sup>), fermo restando – sembra opportuno precisare<sup>50</sup> – che l'onere della prova (agevolata dalle presunzioni) del danno incombe comunque sul danneggiato secondo la regola generale (art. 2697 c.c.).

---

rio/riparatoria (e giammai sanzionatoria, non conoscendo il nostro ordinamento l'istituto della sanzione civile o pena privata) del danno esistenziale postula che, dello stesso, venga fornita la prova dall'istante, con riferimento non soltanto al fatto costitutivo dell'illecito (nella specie, la dequalificazione), ma anche alle relative conseguenze (relativamente cioè al *quomodo* la vicenda abbia inciso negativamente nella sfera di vita del soggetto), prova il cui onere può, peraltro, ritenersi assolto attraverso tutti i mezzi che l'ordinamento processuale pone a disposizione della parte, dal deposito di documentazione alla prova testimoniale a quella per presunzioni. La mancanza di allegazioni sulla natura e sulle caratteristiche del danno esistenziale impedisce, pertanto, al giudice ogni liquidazione, sia pur in forma equitativa, perché questa, onde non trasmodare nell'arbitrio, necessita pur sempre di parametri oggettivi cui ancorarsi.»

Con la sentenza qui commentata le Sezioni Unite si preoccupano di fornire una giustificazione non esistenzialistica alle conclusioni operative già raggiunte.

<sup>49</sup> «In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le SS.UU. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento).»

<sup>50</sup> Nella parte finale (par. 4.10) la sentenza del 2008 si preoccupa, infatti, di precisare che il danno non patrimoniale costituisce in ogni caso danno – conseguenza, che

*Dalle idee al caso. L'applicazione del sistema codicistico originario (patrimonializzazione perfetta).*

Tornando dal «corso delle idee» al «corso delle cose»<sup>51</sup>, e quindi al caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte, secondo il diritto vincente<sup>52</sup> - e perciò vivente - «al tempo del codice civile», la tutela assicurata nel caso di specie al creditore del contratto di utenza elettrica si sarebbe atteggiata nel modo che segue: certamente la prestazione dell'Enel è economica e quindi patrimoniale (art. 1174 c.c.), formandosi il corrispettivo pecuniario sul relativo specifico mercato, quanto meno a partire dal momento in cui (è cessato il monopolio legale ed) esso è stato liberalizzato; al diritto patrimoniale codicistico è del tutto indifferente la natura del bisogno (materiale ovvero immateriale) che la somministrazione di energia elettrica arrechi all'utente, incentrandosi la giuridicità soltanto sul corrispettivo, in quanto valore di scambio (feticizzato); pertanto, l'utente sarà risarcito in moneta soltanto se dimostri che il *black-out* (nel senso sopra specificato) gli abbia procurato un danno patrimoniale; il che obbiettivamente potrà rivelarsi agevole per una utenza attivata nel settore produttivo, ma è assai complicato per le utenze domestiche, in cui vengono in rilievo soltanto utilità quotidiane e per l'appunto domestiche; con riferimento a queste ultime, infatti, il creditore: (a) non potrà agevolmente e tempestivamente sostituire il fornitore (ancorché il mercato sia stato liberalizzato dal lato della domanda) e neppure utilmente invocare la risoluzione, giacché, se correttamente proclamata, la *regula iuris* dell'irresponsabilità per i danni non patrimoniali vale (ovviamente) per qualsiasi fornitore; per quanto detto, il suo danno non patrimoniale resta non risarcibile in sé e per sé, ancorché emerso nell'espletamento di un servizio pubblico, anzi universale, caratterizzato per legge da continuità ed efficienza, con conseguente soggezione dell'Enel, ben consapevole dei corrispondenti impegni, a rimborsi; quanto al danno patrimoniale, a meno che egli non dimostri il correlativo pregiudizio<sup>53</sup>, il suo danno patrimoniale

---

dunque deve essere allegato e provato, anche con l'ausilio della prova presuntiva, che potrà costituire «anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice».

<sup>51</sup> V. *retro sub* nota n. 18.

<sup>52</sup> E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma - Bari, 2008, p. 34: «il diritto vivente può essere inteso come *diritto vincente* se viene letto come sistema capace di imporsi rispetto a modelli soccombenti».

<sup>53</sup> Dimostrando, per esempio, che sono dipese dal *black-out* l'avaria delle derrate alimentari conservate nel frigorifero ovvero il furto perpetrato nel suo alloggio (a causa del mancato funzionamento del congegno elettronico antifurto).

emergente è pari soltanto alla quota fissa (generalmente assai bassa) del corrispettivo pattuito proporzionale alla durata della sospensione – interruzione del servizio: davvero una magra consolazione a fronte della lesione cagionata dall'inadempimento al suo complessivo interesse creditorio; come se – nell'ambito della responsabilità patrimoniale pura<sup>54</sup> – la banca inadempiente in ordine ad un contratto di apertura di credito (il cui oggetto è proprio la messa a disposizione di una somma di denaro) fosse esonerata dal corrispondere il risarcimento dei danni sofferti dal cliente per non avere potuto utilizzare (per acquisti od investimenti) la linea di credito; stando così le cose, il contratto di utenza elettrica, siccome scambio differito nel tempo, non offre evidentemente all'utente alcun affidamento sulla sua esecuzione da parte del soggetto erogatore, perché il costo giuridico del suo inadempimento (pur foriero di pregiudizi non indifferenti per il promissario utente) è nettamente inferiore al costo della prestazione promessa ovvero addirittura è uguale a zero (si aggiunga che nel caso qui esaminato il *black-out* è di quindici ore, ma nulla impedisce, in base al medesimo modello concettuale qui valutato criticamente, che la prestazione inadempita avesse una maggiore durata<sup>55</sup>): l'Enel non ha interesse a 'cooperare', se può addirittura impunemente 'appropriarsi' (come di fatto avverrebbe nella fattispecie al vaglio se fosse corretta la soluzione adottata) anche della quota fissa del canone, senza assicurare la corrispondente prestazione (la messa a disposizione della corrente elettrica, pagata poi in proporzione dell'effettivo consumo) e, trattandosi di un «contratto seriale», il vantaggio dell'erogatore appare davvero esorbitante, mentre l'utente resta condannato all'impotenza<sup>56</sup>; le ripercussioni economico-sociali di una tale configurazione del rapporto di utenza sono straordinariamente evidenti se si considera che l'erogazione di energia elettrica, per un verso, costituisce mezzo necessario per la gestione della vita quotidiana e della produzione economica e, per altro simmetrico verso, rappresenta un servizio pubblico che ha come suoi dichiarati connotati quelli della continuità e della efficienza; né possono trascurarsi (per quel che valgono in un sistema non senza ragione già connotato da diffusa illegalità) le conseguenze a livello sociologico, perché per tal via viene, da un canto, legittimata una patente viola-

---

<sup>54</sup> Rapporti cioè in cui i contrapposti interessi siano già immediatamente pensati e voluti dai paciscenti soltanto in termini pecuniari.

<sup>55</sup> V. *retro sub* nota n. 14.

<sup>56</sup> V. *retro sub* nota n. 37.

zione contrattuale privata con le coloriture pubblicistiche sopra non a caso evidenziate e, d'altro canto, delegittimata la magistratura ed i giudici nella valutazione sociale soprattutto di coloro (cittadini *tout court* e cittadini-consumatori) che non temono la legalità (come avviene invece, per vaste fasce della comunità, in rapporto al settore penale), ma anzi da essa attendono, e a ragione pretendono, garanzia e giustizia.

*L'applicazione del sistema introdotto dalle Sezioni Unite (parziale depatrimonializzazione)*

Come si è rilevato, tenendo in non cale la carenza di una norma analoga a quella (art. 2059 c.c.) dettata soltanto per la responsabilità aquiliana, la Suprema Corte, *maîtresse des ses ouvertures*, nel trattare la responsabilità per danni non patrimoniali nel settore dei rapporti contrattuali, ha sostanzialmente abbattuto la "barriera" della necessaria patrimonialità delle obbligazioni, reinterpretando l'art. 1174 c.c. e con esso l'intero sistema dei rapporti tra società civile (e costituzione economica) e diritto civile. Tuttavia, per una sorta di geometrica (ovvero sistematica) simmetria tra i due campi della responsabilità civile<sup>57</sup>, la Suprema Corte ha ritenuto di applicare a quello della responsabilità contrattuale il medesimo "filtro" dettato per la responsabilità aquiliana: soltanto «la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore» è risarcibile<sup>58</sup>. Posto che nella fattispecie un tale diritto inviolabile non sarebbe riscontrabile (né sarebbe stato specificato in seno al ricorso qui al vaglio), sia la sentenza impugnata (che si muoveva sulla scia delle sentenze del 2003) sia la delibazione preventiva della Struttu-

---

<sup>57</sup> Rileva una contraddizione all'interno della sentenza delle Sezioni Unite C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Il danno non patrimoniale*, cit. p. 125.: mentre ritiene irrilevante la carenza nell'ambito della responsabilità contrattuale di una norma analoga a quella dell'art. 2059 c.c. (che in effetti non sembra in alcun modo esportabile dall'ambito della responsabilità aquiliana), la Suprema Corte applica poi di fatto le condizioni di applicabilità di tale disposizione, quali da essa stessa reinterpretate.

È vero tuttavia che secondo autorevole Dottrina (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 170), attesa «la possibile coincidenza degli interessi lesi», il danno morale da inadempimento non potrebbe sottrarsi ai limiti posti dall'art. 2059 c.c.

<sup>58</sup> Questa infatti la massima ufficiale: «Il danno non patrimoniale, quando ricorrono le ipotesi espressamente previste dalla legge, o sia stato leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione, è risarcibile sia quando derivi da un fatto illecito, sia quando scaturisca da un inadempimento contrattuale».

ra (che invece ha inteso applicare l'orientamento delle Sezioni Unite) hanno ritenuto non meritevole di accoglimento la pretesa degli attori.

### *Valutazioni critiche*

Ma è proprio la menzionata simmetria (o sistematicità) che probabilmente va rivisitata, alla luce innanzi tutto delle differenze strutturali e funzionali tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale. Nella prima, venendo in rilievo «quel che capita»<sup>59</sup> al soggetto di diritto nel momento in cui (nel fluire dell'esistenza) entra in non qualificato (e non programmato) contatto con i consociati, l'ordinamento (anche a mezzo dei suoi intermediari sociali, e cioè dei giudici) è 'libero' di fare transitare, attraverso il 'dispositivo' dell'art. 2059 c.c. (e dell'ingiustizia del danno *ex art. 2043 c.c.*), quel che "deve" diventare rilevante dei pregiudizi non patrimoniali, al fine di delimitare l'ambito di operatività della solidarietà sociale (e così la latitudine della trasferibilità della perdita);<sup>60</sup> e non è un caso che non è dettato alcun criterio di prevedibilità per tale spazio di rilevanza giuridica, giacché in esso la selezione delle perdite trasferibili è delimitata, non può che essere delimitata, a monte (in sede, cioè, di descrizione oggettiva e soggettiva della fattispecie stessa dell'illecito). Invece, nel campo della responsabilità contrattuale, in cui rileva (non l'ingiustizia del danno<sup>61</sup>, ma soltanto) ciò che i soggetti di diritto 'fanno e deliberano di fare', l'ordinamento è tenuto, in presenza di talune condizioni generali (nella specie incontestate), ad attribuire forza di legge alla volontà negoziale delle parti, al fine di garantire l'autonomia privata e la libertà negoziale, che sono valori basilari dell'ordinamento stesso (artt. 3, 2°, 41 e 42 Cost.)<sup>62</sup>; così proponendosi se del caso una

---

<sup>59</sup> L'espressione di chiara impronta esistenzialista (di filosofia esistenzialista) è di A. BIANCHI, *loc. cit.*, p. 54, nota 2.

<sup>60</sup> Così infatti le Sezioni Unite: «La risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria».

<sup>61</sup> A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Chiaroscuri d'autunno*, in *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, p. 355: «L'ingiustizia del danno è un giudizio di valore che riguarda, evidentemente, la sola responsabilità delittuale. Anche perché l'inadempimento o l'inesatto adempimento possono essere considerati come fatti illeciti che, in sé, impongono di risarcire tutte le conseguenze dannose (anche non patrimoniali) che sono provocate al creditore o, addirittura, al terzo».

<sup>62</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III. *Il contratto*, Milano, 2000, p. 31. Corte Costitu-

problematica interna cui dà convincente ed esaustiva risposta, con l'art. 1225 c.c., il requisito della prevedibilità dei danni provocati da inadempimento non doloso, al fine di contenere, per l'appunto nei limiti del contenuto contrattuale, il dovuto risarcimento (art. 1218 c.c.). Orbene, se la lettura dell'art. 1174 c.c. «al tempo del codice» espungeva dall'area della risarcibilità i pregiudizi non patrimoniali, la sua rilettura estensiva ad opera delle Sezioni Unite non sembra possa motivatamente convivere con la limitazione derivante (ad avviso delle Sezioni Unite) dalla lesione dei diritti inviolabili. In realtà, come già aveva notato autorevole Dottrina<sup>63</sup>, che si muoveva nell'ambito originario della patrimonializzazione perfetta (e da essa traeva le conseguenze), i beni della personalità non sono in linea di principio suscettibili di costituire oggetto di obbligazione; quel che può osservarsi e rilevare se mai è una certa maggiore sensibilità e permeabilità personalistica di alcuni contratti a struttura complessa (quali quelli individuati dalle Sezioni Unite, in cui il danno non patrimoniale contrattuale va risarcito<sup>64</sup>). Se rileva autonomamente l'interesse anche non patrimoniale del creditore (art. 1174 c.c.), e cioè il complesso delle utilità (moralì e non) che egli intende ottenere con il contratto, l'unico limite risarcitorio deriva soltanto dalla loro prevedibilità in capo al

---

zionale n. 30 del 1960, in motivazione: «poiché l'autonomia contrattuale in materia commerciale è strumentale rispetto all'iniziativa economica, ogni limite posto alla prima si risolve in un limite della seconda, ed è legittimo, perciò, solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti o consentiti dalla Costituzione.» Corte Costituzionale n. 37 del 1969, in motivazione: «l'autonomia contrattuale (già subordinata dall'art. 1322 del Cod. civ. ai "limiti imposti dalla legge" e derogata dal seguente art. 1339 per quanto riguarda la sostituzione di diritto alle clausole pattizie ed ai prezzi di beni e servizi, di clausole imposte dalla legge) non riceve dalla Costituzione una tutela diretta. Essa la riceve bensì indirettamente da quelle norme della Carta fondamentale, che, come gli artt. 41 e 42 - riguardanti rispettivamente l'iniziativa economica e il diritto di proprietà - si riferiscono ai possibili oggetti di quella autonomia. Comunque, la giurisprudenza della Corte, in casi riguardanti riduzioni di canoni d'affitto dei fondi rustici, remunerazione del lavoro colonico, fissazione di prezzi minimi di prodotti terrieri, diritti del mezzadro sul valore delle scorte vive da riconsegnare (sentenze 20 febbraio 1962, n. 7; 13 maggio 1964, n. 40; 8 aprile 1965, n. 30; 2 luglio 1967, n. 118), ha ritenuto che, in materia, l'autonomia contrattuale deve cedere di fronte a motivi d'ordine superiore, economico e sociale, considerati rilevanti dalla Costituzione». Sulla distinzione tra 'principi' e 'valori' illuminanti le pagine di G. ZAGREBELSKY, in *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, pag. 205 e segg.

<sup>63</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in Riv. dir. civ., 1957, p. 313.

<sup>64</sup> Con riferimento al contratto di lavoro rileva R. SCOGNAMIGLIO (*Diritto del lavoro*, Roma - Bari, 2003, p. 56): «...il rapporto di lavoro subordinato appartiene per un verso, quello principale forse, alla sfera dei diritti patrimoniali, come strumento di pro-

debitore inadempiente, perché un più ampio contenimento (quale quello che fa capo ai diritti inviolabili) non trova alcuna soddisfacente motivazione, e si pone anzi in inspiegabile contrasto con la necessità di garantire l'autonomia contrattuale e l'effettività del vincolo contrattuale. Su questo crinale critico sembra allora consequenziale osservare che:

- i diritti inviolabili compromessi nel caso in esame sono proprio quelli, anche a rilevanza costituzionale (artt. 3, 2°, 41 e 41 Cost.), che assicurano la vincolatività giuridica del contratto; e difatti si è a suo tempo rimarcato che, alla stregua dell'originaria impostazione patrimonialista del codice civile, la vicenda qui esaminata esibirebbe un vuoto di tutela giuridica (contrattuale), tanto evidente quanto ingiustificato<sup>65</sup>: una notazione questa che può predicarsi anche con riferimento alla limitazione della responsabilità risarcitoria individuata dalle Sezioni Unite;
- gli aspetti pubblicistici del contratto (e del rapporto) di utenza (ed il suo inserimento nell'ambito di un servizio pubblico), sopra non a caso rammentati, consentono di affermare che non solo i pregiudizi (patrimoniali e non) sofferti dagli utenti per effetto del black-out erano ampiamente prevedibili dal soggetto erogatore (art. 1225 c.c.), ma soprattutto che tale soggetto si era impegnato (implicitamente<sup>66</sup> od anche esplicitamente) a non provarli (assicurando, per l'appunto, una somministrazione continua ed efficiente); di tal che è ovvio pensare che la stipula di una apposita clausola penale (intesa a predeterminare il risarcimento dei danni non patrimoniali), già difficilmente praticabile nei contratti di adesione, sarebbe comunque apparsa davvero esorbitante;
- illuminante sembra, ancorché non tradotta in seno alla Carta dei Servizi, la previsione per questo servizio pubblico del rimborso

---

duzione di ricchezza e fondamento del diritto del lavoratore alla retribuzione; e per altro verso, pure di cospicua importanza, alla sfera dei diritti miranti alla realizzazione dei beni-interessi della persona messi a repentaglio dal vincolo di dipendenza dal lavoro. Mentre, per altro verso ancora, appartiene alla sfera dei diritti sindacali, caratterizzati dalla dimensione collettiva degli interessi e dell'azione dei lavoratori, che rimangono estranei alle categorie civilistiche».

<sup>65</sup> In tal senso, con diffusa motivazione, anche V. TOMARCHIO, *loc. cit.*, p. 250.

<sup>66</sup> «...può accadere che le parti non rendano esplicito un accordo in tal senso, ma l'assetto di interessi dello specifico contratto rende oggettivamente implicita l'intesa ed essa viene portata alla luce applicando il criterio della buona fede oggettiva»: E. NARRETTA - D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali*, Milano, 2004, p. 71.



nei casi in cui è possibile dimostrare che il servizio reso è inferiore, per qualità e tempestività, agli standard pubblicati<sup>67</sup>;

se mai sia il filtro della prevedibilità sia quello della buona fede oggettiva possono ragionevolmente limitare la risarcibilità dei danni (patrimoniali e) non patrimoniali ai casi in cui siano presenti i requisiti della serietà e della rilevanza della lesione: così, per esempio, nessuno sarebbe legittimato a pretendere risarcimento se l'inadempimento consistesse (non in *black-out*, ma) in un isolato *dropout* (v. *retro sub* nota 19 e 22); nella fattispecie invece la rilevanza dei pregiudizi causati dal *black-out* (di quindici ore) è del tutto evidente, e non si limita certamente al «mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal *black-out*», come incidentalmente osservato dalle Sezioni Unite (v. *retro sub* nota 17);

- è vero – ed è molto importante segnalarlo – che il carattere diffusivo dei danni qui considerati può comportare gravi inconvenienti al sistema giudiziario; ma è altrettanto indubitabile che essi, lungi dal legittimare vuoti di tutela contrattuale in danno del consumatore (che alla fine si ritorcerebbero in danno del sistema produttivo, degradando altresì il livello di legalità complessiva del sistema), devono esser affrontati sia in sede preventiva (è il tema della regolamentazione del mercato: v. *retro sub* nota 26) sia con opportuni strumenti procedurali (si allude ovviamente alla *class action*);
- a livello generale, in altri termini, non sembra né (economicamente) “utile” né (costituzionalmente) ‘giusto’ che l’incremento del consumismo tecnologico e l’artificiale creazione di sempre nuovi bisogni (anch’essi feticizzati<sup>68</sup>) non siano adeguatamente fronteggiati quanto meno sul piano della responsabilità civile; che, come è noto, rappresenta anch’essa un modo, ancorché non disgiunto dal pericolo di una più generalizzata mercificazione, di controllare ed indirizzare l’impiego ottimale delle risorse economiche.

---

<sup>67</sup> Anche nei trasporti ferroviari, la «Carta dei Servizi Passeggeri di Trenitalia 2009» prevede che «In caso di ritardi imputabili a Trenitalia viene rilasciato un *bonus* valido per comprare un altro biglietto Trenitalia. Nei viaggi nazionali, il diritto al bonus scatta: oltre i 25 minuti di ritardo per i treni, Eurostar Italia AV e Eurostar Italia; etc.» (fonte Internet). Trattasi di impegni con cui l’imprenditore, per incrementare l’affidamento dei clienti e quindi diffondere il proprio prodotto sul mercato, spontaneamente si autolimita: una finalità che l’ordinamento cerca di diffondere anche nel campo dei servizi pubblici, specialmente se resi su mercati concorrenziali (e tale è ormai quello dell’energia elettrica).

<sup>68</sup> Non sorprende che il vocabolo ‘feticcio’ deriva dall’etimo latino *facticius* (‘artificiale’).

La “barriera” al danno non patrimoniale creata, dopo avere demolito quella generale statuita dall’originario art. 1174 c.c., dalle Sezioni Unite con la limitazione alla lesione dei diritti inviolabili del creditore non si coordina infine:

- (a) con le tendenze espresse in sede comunitaria, perché:  
già nel 2001 la Commissione Europea segnalava la necessità di uniformare sul punto le diverse discipline degli Stati membri<sup>69</sup>; indi, la Corte di Lussemburgo ha statuito che «il consumatore ha diritto al risarcimento anche del danno morale derivante dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio tutto compreso» (sentenza 12.3.2002 in C. n. 168/2000); principio cui hanno prestato ossequio anche ordinamenti (come quello inglese e tedesco) che non riconoscono la generale risarcibilità dei danni patrimoniali da inadempimento (v. *retro sub* nota n. 69);
- (b) con i Principi di diritto europeo dei contratti (PDEC), il cui art. 9:51 prevede espressamente la risarcibilità dei danni morali da inadempimento, e con i «*Principi Unidroit*», il cui art. 7.4.2. espressamente chiarisce che «il danno da inadempimento può essere di natura non pecuniaria e comprendere, per esempio, la sofferenza fisica e morale».  
(*omissis*)

#### P.Q.M.

Il Pubblico Ministero chiede che la S.C., decidendo in camera di consiglio, voglia, in gradato subordine:

disporre la trattazione del ricorso in pubblica udienza, risultando “evidente” la carenza dell’evidenza decisoria che legittima la trattazione camerale del ricorso;

---

<sup>69</sup> Gli ordinamenti francese, belga ed austriaco consentono, senza limitazione, il risarcimento dei danni non patrimoniali da inadempimento.

Quello inglese distingue: sono risarcibili in ogni caso le sofferenze psichiche, i patemi d’animo e la compromissione della salute; sono irrisarcibili il senso di impotenza e la frustrazione a meno che il contratto mirasse a procurare diletto o tranquillità d’animo. Nell’ordinamento tedesco, il § 253 consentiva (come il nostro originario art. 2059 c.c.) il risarcimento dei danni non patrimoniali in sede extracontrattuale soltanto nei casi previsti dalla legge, tra cui quelli (lesione del corpo o della salute o della privazione della libertà) previsti dal § 847, escludendo quindi il risarcimento dei danni non patrimoniali in caso di responsabilità oggettiva o di responsabilità contrattuale. A seguito della riforma del 2002 si può ottenere la riparazione del danno non patrimoniale indipendentemente dal fatto che il danneggiante risponda a titolo di colpa o di responsabilità oggettiva, oppure che si tratti di responsabilità contrattuale o aquiliana.

chiedere la rimessione alle Sezioni Unite della decisione sulla questione proposta con il primo motivo (art. 374, 3° c.p.c.);

accogliere il primo dei motivi del ricorso in esame, con assorbimento dei successivi;

trasmettere, previa sospensione del giudizio, gli atti alla Corte Costituzionale, affinché verifichi la conformità agli artt. 3, 2°, 41 e 42 Cost., nonché ai valori costituzionali dell'autonomia privata e della libertà contrattuale, degli artt. 1174, 1218, 1321 e 1372 c.c. nella parte in cui consentono, secondo il diritto vivente (quale enucleato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza n. 26972/ 2008), il risarcimento dei danni non patrimoniali prodotti da rilevante inadempimento colposo, costituito dall'interruzione prolungata del servizio pubblico di erogazione dell'energia elettrica da parte dell'Enel, soltanto se l'inadempimento abbia provocato la lesione di un diritto inviolabile dell'utente creditore.

Roma, 18.8.2009\*

\*(R.G. n. 904/2009, c.c. 24.9.2009, P.G. Rosario Giovanni Russo. La Corte di cassazione non ha recepito le conclusioni del P.G., affermando, al riguardo, che "le stesse attengono fundamentalmente alla risarcibilità del danno non patrimoniale, la cui tematica è stata risolta dalla sentenza delle Sezioni Unite 11.11.2008 n. 26972, ... con conseguente irrilevanza anche del profilo costituzionale evidenziato nella memoria, già esaminato e in sostanza risolto dalla decisione indicata": Cass. sez. III, 24.9.2009, n. 21817)

### **13) Giurisdizione – accordo quadro con clausola di proroga della giurisdizione di Stato estero – singoli contratti attuativi dell'accordo – collegamento negoziale – irrilevanza – interpretazione restrittiva del Regolamento CE n. 44/2001, alla luce della giurisprudenza comunitaria – conseguente affermazione della giurisdizione nazionale**

(*In fatto*) La C.M. Uk & co. e la R.P. S.a.S. in data 13 ottobre 2005 stipulavano un accordo quadro, denominato *Confidentiality agreement*, al fine di disciplinare la loro collaborazione, impegnandosi, nel corso della stessa, a non divulgare a terzi informazioni attinenti a banche dati, materiali, prodotti, tecnologie, descrizioni, software, programmi informatici, nomi di società e quant'altro potesse considerarsi informazione di proprietà della C.M..

Inoltre, detto accordo stabiliva che sarebbe stato disciplinato esclusivamente dalla legge inglese e che ogni disputa nascente da esso si sarebbe dovuta portare esclusivamente di fronte alla competente Corte di Londra, a meno che non ci fosse una espressa previsione contraria.

Contestualmente alla stipula del *Confidentiality agreement*, con ordine di lavoro del 13 ottobre 2005, la C.M. richiedeva alla R.P. due *designers* per una collaborazione tecnica, nel periodo dal 17 ottobre 2005 al 15 dicembre 2005, presso la M.S. AG & CO. KG in Graz (Austria); il medesimo ordine veniva più volte rinnovato per iscritto e, infine, verbalmente, sicché la collaborazione tra le parti proseguiva sino al 17 marzo 2007.

Con posta telematica del 22 marzo 2007 e con lettera del successivo 10 aprile, la C.M. contestava alla R.P. la violazione dell'accordo quadro, in quanto i *designers* avevano interrotto la loro attività, abbandonando, senza alcun preavviso, la sede austriaca della M.S., ed avevano, altresì, violato espressamente la regola di confidenzialità, in quanto avevano preso contatti diretti con i tecnici della M.S., ciò che era espressamente vietato non dai singoli *working orders* (ordini di lavoro) ma dal più generale accordo quadro (all'art. 2, comma 2); la contestazione dell'inadempimento, con conseguenti danni, veniva ribadita dalla C.M. con missiva del 12 giugno 2007.

Dal canto suo, la R.P. lamentava il mancato pagamento dei compensi asseritamente maturati, per i quali otteneva dall'adito Tribunale di Pinerolo decreto ingiuntivo per la somma di Euro 48.865,50, che notificava alla C.M. il 6 settembre 2007, la quale, a sua volta, proponeva opposizione, eccependo preliminarmente la carenza di giurisdizione del giudice italiano, e solo in subordine domanda di merito.

Nelle more della decisione dell'adito Tribunale di Pinerolo, quale giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, la C.M. ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione, chiedendo che venga dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano in favore della giurisdizione del giudice inglese o, in subordine, di quello austriaco.

Nel dedurre l'insussistenza della giurisdizione del giudice italiano, la ricorrente società – rammentando l'esistenza delle clausole sulla disciplina dell'accordo in base alla legge inglese e sulla competenza del foro inglese per qualsiasi controversia nascente dal medesimo accordo – sostiene, anzitutto, che detto *Confidentiality agreement* dovrebbe qualificarsi come accordo quadro, da reputarsi “come fonte di ogni altro rapporto contrattuale” tra le parti, oppure, gradatamente, “in virtù del principio del collegamento negoziale”, dovrebbe ritenersi che “il *Confidentiality agreement* e la serie di *Working orders* diano vita ad

un unico rapporto contrattuale, e che, in ogni caso, le dette clausole siano direttamente ed immediatamente applicabili a tutte le collaborazioni poste in essere in forza del *Confidentiality agreement*.

Per effetto dell'art. 23 del Regolamento CE n. 44/01, sulla competenza esclusiva del giudice cui la stessa sia stata attribuita in forza di clausola iscritta, la competenza, quindi apparterebbe al foro inglese.

Nel ricorso si adduce, altresì, che il difetto di giurisdizione italiana sussisterebbe comunque – anche a prescindere dalla applicabilità o meno delle citate clausole contrattuali – in base all'art. 5, comma 1 lettera a) del Regolamento CE 44/01, il quale, in controversie in materia contrattuale tra soggetti appartenenti a Stati diversi, attribuisce la competenza al “giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita”, tuttavia precisando, alla lettera b) del medesimo comma, che “ai fini dell'applicazione della presente disposizione e salvo diversa convenzione, il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio è: (...) nel caso della prestazione di servizi il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto”.

E a tal riguardo, la ricorrente osserva che, nel caso di specie, “detti servizi (prestazione di *designers*) non sono certamente stati resi in Italia, ma, come è pacifico tra le parti ... in Austria”. Sicché, la giurisdizione dovrebbe spettare al “giudice del luogo con cui il contratto ha avuto un più stretto collegamento, che per certo non è l'Italia” – come sosterebbe la controparte (adducendo che detto collegamento deriverebbe dall'esistenza in Italia della amministrazione centrale della società ricorrente) – “bensì l'Inghilterra, ovvero l'Austria, Paese nel quale erano “consegnate”, cioè rese, le prestazioni oggetto del contratto”.

In sostanza, la ricorrente afferma che l'interpretazione della norma di diritto comunitario dovrebbe essere nel senso dell'irrilevanza del luogo di pagamento del prezzo, assumendo esclusivo rilievo il luogo di esecuzione della prestazione caratteristica del contratto, che, nel caso all'esame, sarebbe consistita “nella dislocazione di collaboratori al fine dell'espletamento di una ben precisa attività”.

Sempre a sostegno delle proprie ragioni, la C.M. esclude, inoltre, che possano trovare applicazione alla fattispecie sia l'art. 3 della legge n. 218 del 1995 – che attribuisce la giurisdizione al giudice italiano in controversia nella quale il convenuto sia domiciliato o residente in Italia o quivi abbia un rappresentante autorizzato a stare in giudizio, ai sensi dell'art. 77 cod. prov. civ. o negli altri casi previsti dalla legge – giacché essa società, opponente a decreto ingiuntivo e, dunque, rivestente la posizione di convenuto sostanziale, non avrebbe né il domi-

cilio, né la residenza in Italia; sia l'art. 4 della stessa legge n. 218, posto che detta norma prevede la sussistenza della giurisdizione italiana soltanto se le parti l'abbiano convenzionalmente accettata e tale accettazione risulti provata per iscritto, mentre nella specie "le parti in causa hanno disposto l'esatto contrario, attribuendo, come già detto, la risoluzione delle eventuali controversie al foro londinese".

La controricorrente R.P. s.a.s., puntualizza, in fatto, che alla richiesta di C.M. di utilizzo della collaborazione di due *designers* presso la cliente M.S., con sede in Graz, avvenuta con ordine di lavoro del 13 ottobre 2005, veniva allegata il *Confidentiality agreement* di pari data, "che, come espressamente stabilito all'art. 4.1, mirava a regolare esclusivamente gli obblighi di riservatezza tra le parti".

All'insorgenza di contrasti tra le parti, nel marzo 2007, su "questioni non tecniche tra i dipendenti della R.P. impegnati in Graz e C.M.", quest'ultima contestava alla prima l'interruzione del servizio e la violazione dell'accordo di riservatezza, avanzando così richieste risarcitorie, ma riconoscendo comunque un debito, sulla base di talune fatture, pari ad euro 48.865,50, per il cui pagamento essa R.P. otteneva dal Tribunale di Pinerolo decreto ingiuntivo.

(*omissis*) Sempre in via pregiudiziale, viene eccepita l'improponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, ai sensi dell'art. 41 cod. proc. civ., per effetto dell'abrogazione dell'art. 37, secondo comma, cod. proc. civ. da parte dell'art. 73 della legge n. 218 del 1995, per cui attualmente la esaustiva disciplina del difetto di giurisdizione del giudice italiano in ragione dell'estraneità della controversia all'ordinamento statale è soltanto quella recata all'art. 11 della predetta legge, senza più "alcuno spazio operativo" per lo strumento del regolamento di giurisdizione.

Subordinatamente, la R.P. s.a.s. chiede affermarsi la giurisdizione del giudice italiano nella presente controversia. La controricorrente precisa anzitutto che l'oggetto del giudizio introdotto con ricorso per decreto ingiuntivo sarebbe "la richiesta di pagamento del corrispettivo per il lavoro prestato dai dipendenti di R.P. (*petitum*) sulla base dei rapporti sorti dai singoli *Working orders* (*causa petendi*) risultando pertanto estraneo alla causa introdotta dalla scrivente il rapporto tra le imprese derivante dall'accordo di riservatezza". In ogni caso, viene contestato l'assunto di controparte per cui la clausola di proroga della giurisdizione contenuta nell'art. 4.4 del *Confidentiality agreement* debba estendersi, per l'unicità del contratto o per il collegamento negoziale, ai singoli rapporti sorti con i *Working orders*, giacché detta clausola riguarderebbe esclusivamente il contratto concernente la riservatezza e non sussiste-

rebbe alcuna unicità tra questo e la serie dei *Working orders*, né alcun collegamento negoziale. Sicché, viene osservato ancora nel controricorso, in assenza di proroga espressa della giurisdizione ai sensi dell'art. 23 del Reg. CE 44/01, occorrerebbe fare riferimento all'art. 2 del medesimo Regolamento, che stabilisce come criterio generale di giurisdizione il domicilio del convenuto, là dove poi, nella specie, l'individuazione di detto domicilio sarebbe fornita dall'art. 60 dello stesso Reg. CE, per cui dovrebbe reputarsi, in forza di determinate circostanze (allegate dalla controricorrente) che la C.M., "pure presentando la sua sede statutaria in Inghilterra, abbia la sua amministrazione centrale in Italia in quanto costituisce una società fittizia creata e amministrata da L.B.G., amministratore della E.G.S. S.a.s., società, quest'ultima, italiana, definita dalla stessa C.M. intermediaria nei rapporti tra C.M. e M.S..

Ad avviso della R.P., non troverebbe poi applicazione al caso di specie l'art. 5, n. 1, lett. B) del Reg. CE 44/01, giacché i rapporti derivanti dai *Working orders* non sarebbero qualificabili come contratti di appalto di servizi, avendo essa società provveduto soltanto alla "dislocazione di collaboratori". Ove poi si ritenesse che i rapporti derivanti dai *Working orders* possano qualificarsi come prestazione di servizi, essi si sostanzierebbero in una attività di consulenza, per cui la questione di giurisdizione andrebbe "definita non già in funzione del luogo della prestazione del servizio, bensì in funzione del luogo in cui tale obbligazione era esigibile, individuato applicando la legge del paese con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto ex art. 4 Convenzione di Roma del 19 giugno 1980" e, dunque, al domicilio della R.P. con conseguente sussistenza della giurisdizione italiana.

La controricorrente sostiene, quindi, l'applicabilità alla presente controversia dell'art. 5, n. 1, lett. A) del Reg. CE 44/01. Ne conseguirebbe, in definitiva, l'operatività (in forza del rinvio da parte dell'art. 57 della legge n. 218 del 1995) dell'art. 4 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984 n. 975, per cui andrebbe riconosciuta la giurisdizione del giudice italiano, giacché la prestazione caratteristica è quella facente capo a R.P., il rapporto ha il collegamento più stretto con l'Italia, alla cui legge va fatto riferimento per stabilire quale è il luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio – il pagamento di una determinata somma di denaro – deve essere eseguita, cioè, a norma dell'art. 1182, comma 3, c.c., il domicilio del creditore al tempo della scadenza.

Da ultimo, la R.P. sostiene che la giurisdizione italiana sarebbe sussistente in relazione alla domanda della C.M. di rigetto del decreto ingiuntivo opposto, in quanto la proposizione di difese di merito com-

porterebbe accettazione tacita della giurisdizione del giudice italiano, salvo che non siano espressamente subordinate al mancato accoglimento dell'eccezione di difetto di giurisdizione di detto giudice.

(*In diritto*) (*omissis*) Il problema del riparto di giurisdizione viene prospettato sotto diversi profili, essendo, peraltro, incontroverso che i normali criteri in tema di riparto della giurisdizione trovano applicazione anche nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo (arg. *ex* S.U. 2009/3059).

Anzitutto la ricorrente sostiene che il *Confidentiality agreement* stipulato il 13 ottobre 2005 – e contenente una esplicita clausola attributiva della competenza al foro inglese – costituiva un accordo quadro da reputarsi come fonte di ogni altro rapporto contrattuale *inter partes*, e quindi, in virtù del principio del collegamento negoziale, a tutte le conseguenti collaborazioni poste in essere, fra cui i *Working orders*, oggetto della odierna controversia. Di contro, la R.P. deduce che la predetta clausola attributiva della competenza riguarderebbe soltanto il *Confidentiality agreement*, concernente unicamente la riservatezza dei loro rapporti, dovendosi escludere qualsiasi unicità tra questo e i *Working orders* e, comunque, qualsiasi collegamento negoziale.

A tal proposito occorre precisare che le parti hanno stipulato in data 13 ottobre 2005 un “accordo sulla riservatezza avente ad oggetto le informazioni confidenziali, includenti i dati, i prodotti, la tecnologia, i programmi di computer, schede tecniche, annuali, software, nomi di agende e altre informazioni divulgate o presentate oralmente...”.

Entrambe le parti si obbligavano a mantenere segrete le informazioni riservate, ad applicare tale obbligo a tutti i dipendenti e i rappresentanti dell'azienda partner indifferentemente dal tipo di cooperazione, a restituire la documentazione dopo il termine della cooperazione.

La R.P. si impegnava, inoltre, ad utilizzare le informazioni confidenziali solo per lo scopo del business con la C. M. e, per due anni dalla scadenza del contratto, a non stabilire alcuna diretta o indiretta relazione o collaborazione professionale con alcuna compagnia e a non lavorare direttamente o indirettamente in alcun progetto divulgato al partner da C.M. all'interno della struttura dell'accordo.

Una ulteriore clausola prevedeva che il contratto in oggetto (che per espressa dicitura governava “tutta la riservatezza fra le parti”) sarebbe stato disciplinato esclusivamente dalla legge del Regno Unito ed ogni controversia sorta dallo stesso contratto sarebbe stato definito dalla competente Corte di Londra.



Contestualmente alla stipula del predetto contratto la C.M. richiedeva alla R.P. due *designers*, affinché gli stessi prestassero una propria collaborazione tecnica nel periodo dal 17/10/2005 al 15/12/2005 presso la M.S. AG in Graz (Austria).

Tale ordine veniva rinnovato per iscritto e da ultimo verbalmente e la collaborazione cessava, a dire della C.M. per inadempienza della controparte, giacché i *designers* avevano *ex abrupto* interrotto la loro attività ed, inoltre, in violazione del *Confidentiality agreement* avevano preso contatti diretti con i responsabili della M.S..

Premesso che è ormai principio consolidato della giurisprudenza comunitaria che l'interpretazione della clausola attributiva di competenza, al fine di determinare le controversie che rientrano nel suo campo di applicazione, spetta al giudice nazionale dinanzi al quale essa è invocata, ove si ritenesse di accedere alla tesi della parte ricorrente riguardo alla unitarietà del rapporto giuridico derivante dalla c.d. convenzione di riservatezza e dai singoli ordini di lavoro, la proroga della giurisdizione espressamente prevista in una clausola della prima sarebbe inconferibile, in forza dell'art. 23 del regolamento comunitario n. 44/2001 e dell'art. 4 della legge 1995 n. 218 (cfr. S. U. 2007 n. 4634). Sennonché tale conclusione appare opinabile.

Va, in proposito, ricordato che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (Corte Giust. 14/12/1976, n. 24/76) e delle Sezioni Unite (sent. 2007 n. 13894) le clausole di proroga della competenza giurisdizionale vanno interpretate restrittivamente e vanno distinte dall'accordo che è alla base del rapporto cui la clausola accede. Nel caso di specie, appare dubbia la asserita unicità del rapporto processuale, ove si consideri che il *Confidentiality agreement* non contiene alcun riferimento specifico al contenuto delle prestazioni che la R.P. avrebbe dovuto svolgere; nel contempo i *Working orders*, a loro volta, non contenevano alcun espresso richiamo all'"accordo confidenziale".

Quanto poi all'asserito collegamento contrattuale, anche a volerlo ritenere sussistente – il collegamento funzionale presuppone che i distinti negozi vengano concepiti e voluti come avvinti teologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza dando luogo ad un unico regolamento di interessi, che assume una propria diversa rilevanza causale (Cass. 2007 n. 9447; 2007 n. 7524) il che nel caso in esame è obiettivamente opinabile – lo stesso non comporterebbe effetti sulla competenza giurisdizionale, in quanto, come più volte ribadito dalle Sezioni Unite (2007 n. 13894; 2006 n. 2598; 2001 n. 5371; 1998 n. 7398), gli effetti del collegamento non investono la giurisdizione.

Tale conclusione trova indiretta conferma anche nel regolamento comunitario n. 44/2001, giacché, dal combinato disposto degli artt. 23, 6 e 7 sembra potersi evincere che il giudice prorogato può conoscere delle questioni connesse alla domanda principale se sussistono, nell'ambito delle stesse parti dell'accordo di proroga e del suo oggetto, le condizioni di connessione richieste dagli artt. 6 e 7 del regolamento (che non menzionano ipotesi di collegamento negoziale).

La parte controricorrente sostiene che, essendo pacifico che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo il creditore assume la posizione sostanziale di attore e l'opponente di convenuto (Cass. 2007 n. 21141), una serie di circostanze fattuali, dedotte in controricorso, dimostrerebbero che la C.M. avrebbe in effetti la sua amministrazione centrale in Italia. Tale argomentazione non appare conferente, sotto molteplici aspetti.

Le Sezioni Unite (2006 n. 4894) hanno affermato, che, ai fini della decisione sul regolamento di giurisdizione, l'apprezzamento affidato alla Corte, col relativo potere di qualificazione giuridica, deve essere esercitato con riferimento agli elementi dedotti e allegati dalle parti, anche se ovviamente non ancora accertati dal giudice di merito. Nella specie, nel giudizio di merito la questione non è stata mai neppur prospettata, tanto che tutti gli atti, dal ricorso per decreto ingiuntivo a quelli successivi, sono stati sempre notificati alla "C.M. UK & co; in persona del legale rappresentante pro-tempore, con sede in Londra .....(indirizzo risultante anche dal sito *internet*).

In secondo luogo, l'art. 60 del regolamento n. 44/2001 indica, come domicilio della società, in primo luogo la sede statutaria, e quindi la sua amministrazione centrale oppure il suo centro di attività principale. Per quanto riguarda il Regno Unito per "sede statutaria si intende il *registered office*".

Occorre rilevare che nel caso della società europea istituita per effetto del regolamento CE n. 2157/2001 la possibilità di più alternative viene a ridursi notevolmente in quanto l'art. 7 dispone che "la sede sociale della SE deve essere situata ... nello stesso Stato membro dell'amministrazione centrale". Il regolamento n. 1346/2000, in materia di insolvenza stabilisce che il centro degli interessi principali di società e persone giuridiche si presume che "sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria". Esigenze di armonizzazione della normativa comunitaria indurrebbero, quindi, ad assegnare al criterio giuridico di sede statutaria, indicato nell'art. 60 lett. a, analogo valenza presuntiva della sussistenza, "salvo diversa prova contraria" degli altri due legami "di fatto" menzionati. Ai fini di tale prova

contraria il giudice adito dovrà seguire le indicazioni offerte dal diritto applicabile secondo le proprie norme di conflitto (art. 59 reg. n. 44/2001), e cioè fare riferimento all'art. 46 del codice civile.

Orbene, quand'anche in ipotesi si ritenesse ammissibile la produzione documentale avvenuta "ex novo" in questa sede (le Sezioni unite – dec. 2001 n. 10089 – hanno affermato che la Corte di cassazione, pur essendo in relazione alla decisione sulle questioni di giurisdizione giudice anche del "fatto", non potrebbe mai svolgere attività istruttoria né, comunque, fondare il proprio convincimento su circostanze diverse da quelle acquisite nel processo nelle pregresse fasi di merito) la prova contraria che si pretende aver fornito non risulta obiettivamente idonea a vincere la presunzione di coincidenza fra sede legale e sede effettiva, sancita dall'art. 46 cit.

La giurisprudenza della Suprema Corte, ribadendo che la sede effettiva è il luogo in cui hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente (Cass. 2004/7037), ha escluso che valga ad inficiare il principio di equiparazione tra sede effettiva e sede legale il fatto che talune attività sociali risultino decentrate o che vi sia altro luogo utilizzato come recapito per ragioni organizzative (Cass. 88/5359; 85/2341) o nel quale si trovi una persona che genericamente curi gli interessi della società stessa o sia preposta ad uffici di rappresentanza, dipendenze o stabilimenti (Cass. 88/3910), situazioni tutte queste sostanzialmente coincidenti con quelle invocate dalla controricorrente a sostegno del proprio assunto.

Per quanto riguarda in particolare, il regolamento CE, la Corte di cassazione (S.U. 2006 n. 10312) ha affermato che ai fini del riparto di giurisdizione non è possibile utilizzare come valido criterio di attrazione la filiale di una società, pur quando vi sia un rappresentante legale munito di procura generale.

Resta, quindi, da esaminare l'ulteriore criterio di collegamento invocato dalla parte ricorrente, quello previsto dall'art. 5 reg. n. 44/2001, che prevede come competenza speciale il luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o doveva essere eseguita, dovendosi intendersi come tale, nel caso della prestazione di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto.

Nel caso di specie la prestazione richiesta dalla C.M. alla R.P. riguardava la collaborazione tecnica di due *designers* da effettuarsi presso la M.S. in Graz (Austria). La circostanza non è controversa, ma la controricorrente sostiene che la disposizione normativa invocata non sarebbe applicabile giacché le prestazioni oggetto del rapporto con-

trattuale non costituirebbero servizi, ma una attività di consulenza. Senonché, posto che comunque dai dati documentali non è possibile evincere che l'attività oggetto dei "Working orders" fosse di mera consulenza, e non piuttosto di collaborazione tecnica alle attività industriali della M.S., va rilevato che il concetto di "prestazioni di servizi" non può essere pedissequamente ricondotto nell'alveo della figura dell' "appalto di servizi" disciplinata dal codice civile italiano.

Per definire l'espressione "prestazione di servizi", infatti, viene senz'altro in rilievo la nozione autonoma maturata nell'ordinamento comunitario la cui ampiezza è ben nota.

Per rendersene conto sarebbe sufficiente esaminare le disposizioni attuative delle direttive contenente ampia elencazione della tipologia di "servizi" presi in considerazione dal legislatore comunitario (v. ad es. all. 1 al d. Lgs. 1995 n. 157).

Anche a voler ammettere che il rapporto de quo avesse ad oggetto un'attività di consulenza, le conclusioni resterebbero identiche. Già alla luce della Convenzione di Bruxelles si era ritenuto che la consulenza per un contratto di costruzione fosse da "localizzare" nel luogo dell'immobile da costruire, piuttosto che in quello della società preposta a fornire tale consulenza. E successivamente la Corte di Giustizia CE (6/11/2008 n. 291) ha espressamente ricondotto nel concetto di "prestazione di servizi" l'attività di consulenza, così come in precedenza (18/12/2007 n. 281) vi aveva ricondotto l'attività di insegnamento al servizio di una università.

In conclusione, dal momento che il foro della prestazione caratteristica assorbe ogni obbligazione deducibile in giudizio, anche la lite che verte sul pagamento del corrispettivo è assorbita nella giurisdizione del luogo di esecuzione della prestazione.

E' questa la conclusione cui sono pervenute le Sezioni Unite con la recente decisione n. 21191/2009.

Nel caso di specie, incontrovertita tra le parti la circostanza per cui il luogo di esecuzione delle prestazioni contrattuali si trovava in Austria, il giudice italiano va ritenuto carente di giurisdizione nella controversia de qua.

P.Q.M.

chiede che la Corte di cassazione, pronunciando a sezioni unite in camera di consiglio, ai sensi degli artt. 41 e 375 c.p.c., dichiari il difetto di giurisdizione del giudice italiano.

Roma, 19 ottobre 2009\*

\*(R.G. n. 13856/2008, P.G. Pasquale Ciccolo. La Corte di cassazione non si è ancora pronunciata)

#### **14) Occupazione appropriativa (o espropriazione indiretta, secondo la terminologia della CEDU) – contrasto con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo – questione incidentale di legittimità costituzionale**

(*Omissis*) (...) Sembra rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'istituto dell'occupazione espropriativa, quale inizialmente elaborato dalla Suprema Corte (Sezioni Unite sent. n. 1464 / 1983) e poi recepito dal diritto positivo, per contrasto con gli artt. 24, 42 e 117 Cost. in rapporto sia all'art. 6 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (adottata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848), sia all'art. 1 del Protocollo n. 1 aggiunto alla C.E.D.U., come interpretati dalla Corte di Strasburgo (CEDU 4 dicembre 2007, Pasculli c. Italia; CEDU 6 marzo 2007, Scordino c. Italia; e già prima CEDU 11 dicembre 2003, Carbonara e Ventura c. Italia), sia all'art. 17 della Carta di Nizza sia all'art. II-77 del Trattato sulla Costituzione Europea, ratificato dall'Italia con legge n. 57 del 2005, nella parte in cui il menzionato istituto, radicalmente differenziando la disciplina a seconda che trattasi di occupazione acquisitiva ovvero di occupazione usurpativa, con l'occupazione acquisitiva consente in generale alla Pubblica Amministrazione non solo di eludere con un fatto illecito oggettivamente permanente le regole stabilite in materia di espropriazione (che prevedono il previo pagamento della dovuta indennità), ma anche di conseguire l'impunità mediante la previsione dell'estinzione per prescrizione, anche con riferimento ad occupazioni anteriori al consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale predetto; ben vero:

- la fattispecie è dislocata temporalmente in parte prima della sentenza n. 1464/1983 delle Sezioni Unite e comunque prima che con la sent. n. 12546/1992 le Sezioni Unite definissero il tema della prescrizione; ne consegue che non si può legittimamente addebitare al proprietario 'vittima' dell'illegalità perpetrata dalla Pubblica Amministrazione una inerzia, che risulta sostanzialmente incolpevole (art. 24 Cost.);
- con il meccanismo dell'occupazione acquisitiva, che nulla ha a che fare con l'accessione invertita civilistica, la Suprema Corte ha ritenuto di contemperare il diritto del privato (vittima) e della Pubblica Amministrazione, ma in realtà ha coperto una sostanziale illegalità, a volere considerare che gli istituti del diritto liberale (espropriazione ed occupazione d'urgenza) erano – e sono – di per

sé idonei a salvaguardare le necessità operative della Pubblica Amministrazione anche nell'ottica della funzione sociale della proprietà (art. 42 cost.);

- proprio contro tale involontaria copertura dell'illegalità si è espressa chiaramente la Corte di Strasburgo: «Per aiutare lo Stato ad assolvere ai suoi obblighi ai sensi dell'articolo 46, la Corte ha cercato di indicare il tipo di misure che lo Stato italiano potrebbe adottare al fine di porre rimedio alla situazione strutturale accertata nel caso in esame. Essa ritiene che lo Stato dovrebbe, innanzi tutto, adottare misure tendenti a prevenire ogni occupazione fuori norma di terreni, sia che si tratti d'occupazione senza titolo fin dall'inizio o d'occupazione inizialmente autorizzata e diventata senza titolo successivamente. In questa ottica, sarebbe concepibile autorizzare l'occupazione di un terreno soltanto quando si stabilisce che il progetto e le decisioni d'espropriazione siano stati approvati nel rispetto delle norme fissate e che siano accompagnati da una copertura di bilancio atta a garantire una indennità rapida ed adeguata in favore dell'interessato (per i principi applicabili in materia di indennità in caso d'espropriazione nella dovuta forma, vedere Scordino c. Italia (n. 1) (GC), n. 36813/97, §§ 93-98, CEDU 2006). Inoltre, lo Stato convenuto dovrebbe scoraggiare le prassi non conformi alle norme sulle espropriazioni, adottando disposizioni dissuasive e ricercando le responsabilità degli autori di tali pratiche. In tutti i casi in cui un terreno è già stato oggetto di occupazione senza titolo ed è stato trasformato in mancanza di un decreto di espropriazione, la Corte ritiene che lo Stato convenuto dovrebbe eliminare gli ostacoli giuridici che impediscono sistematicamente e per principio la restituzione del terreno. Quando la restituzione di un terreno si rivela impossibile per delle ragioni plausibili in concreto, lo Stato dovrebbe assicurare il pagamento di una somma corrispondente al valore che avrebbe la restituzione in natura. Inoltre lo Stato dovrebbe adottare misure finanziarie adeguate per assegnare, eventualmente, i danni risultanti dalle perdite subite e che non sarebbero coperte dalla restituzione in natura o il pagamento sostitutivo» (Causa Scordino c. Italia - 6/03/2007 cit.); il dimostrato contrasto può essere composto soltanto invocando l'intervento della Corte Costituzionale, secondo i cui insegnamenti:

«Non v'è dubbio, pertanto, alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti di questa Corte, che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a pre-

scindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato. Ciò non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione.»

La disposizione del Protocollo addizionale, su cui si è basata la Corte di Strasburgo, è stata ritenuta conforme alla Costituzione italiana dalla sentenza n. 349/2007 della Corte Costituzionale.

(*Omissis*) Conclusione in via principale: previa delibazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione, sospendere il giudizio e trasmettere gli atti alla Corte Costituzionale, affinché esamini la compatibilità dell'istituto dell'occupazione espropriativa, quale inizialmente elaborato dalla Suprema Corte (Sezioni Unite sent. n. 1464 / 1983) e poi recepito dal diritto positivo, con gli artt. 24, 42 e 117 Cost., in rapporto sia all'art. 6 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (adottata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848), sia all'art. 1 del Protocollo n. 1 aggiunto alla C.E.D.U., (come, entrambi tali testi, interpretati dalla Corte di Strasburgo: 4 dicembre 2007, Pasculli c. Italia; Cedu 6 marzo 2007, Scordino c. Italia; e già prima 11 dicembre 2003, Carbonara e Ventura c. Italia), sia all'art. 17 della

Carta di Nizza, sia all'art. II-77 del Trattato sulla Costituzione Europea, ratificato dall'Italia con l. n. 57 del 2005, nella parte in cui il menzionato istituto, radicalmente differenziando la disciplina a seconda che trattasi di occupazione acquisitiva ovvero di occupazione usurpativa in contrasto con le decisioni della Corte di Strasburgo, con l'occupazione acquisitiva consente in generale alla Pubblica Amministrazione non solo di eludere con un fatto illecito oggettivamente permanente le regole stabilite in materia di espropriazione (che prevedono il previo pagamento della dovuta indennità), ma anche di conseguire l'impunità mediante la previsione della prescrizione quinquennale, anche con riferimento ad occupazioni anteriori al consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale predetto.

\*(R.G. n. 17124/07, udienza pubblica 9.7.2009, P.G. Rosario Giovanni Russo. La decisione della Corte di cassazione è di segno diverso: Cass., 9.7.2009, n. 21203)

**15) Diritto comunitario – disciplina dei rifiuti – attività di cava – terre e rocce prodotto di estrazione – legge interna di interpretazione autentica, limitativa della applicazione della disciplina dei rifiuti – contrasto con i principi del diritto comunitario – disapplicazione della norma nazionale – subordinata questione di legittimità costituzionale**

(*Omissis*) All'epoca dell'accertamento (2000) non vigeva l'art. 8 del "decreto Ronchi", nella versione riformata dalla legge n. 93 del 2001, secondo cui venivano escluse dalla disciplina dei rifiuti terre e rocce da scavo se non provenienti da siti inquinati; per cui a quell'epoca tali terre e rocce erano da considerare rifiuti, e dunque parte ricorrente lo sapeva; sopravvenne quindi la "legge Lunardi" (n. 443 del 2001) che, con interpretazione autentica e quindi retroattiva, escluse dalla disciplina dei rifiuti terre e rocce da scavo anche contaminate, sempre che non si superasse un certo limite di concentrazione; essendo stato iniziato procedimento d'infrazione dalla commissione europea, lo Stato italiano corse ai ripari con la legge comunitaria n. 306 del 2003, anch'essa interpretativa e quindi retroattiva ed abrogativa della precedente, statuendo che terre e rocce, anche se inquinate, venivano esonerate dalla disciplina dei rifiuti se riutilizzate, a certe condizioni; poiché questa normativa sembrava tuttavia troppo rigorosa, qualche giorno dopo (con D.L. n. 355 conv. con legge n. 47 del 2004) il legislatore



limitò l'interpretazione autentica (la seconda) ai lavori in corso alla data del 30.11.2003, ma a decorrere dal 31 dicembre 2004; in conclusione dunque all'epoca dell'accertamento (2000), potendosi applicare *ratione temporis* soltanto la prima legge interpretativa (la legge Lunardi), correttamente – da questo punto di vista – il Giudice di merito ha accolto l'opposizione, assumendo che incombeva sull'amministrazione l'onere (nella specie non assolto) dimostrare che fosse stato superato il limite di concentrazione inquinante.

Ma proprio questa normativa è stata dichiarata in contrasto con quella comunitaria dalla sentenza con cui, il 18.12.2007, la Corte europea, proprio a seguito del ricorso proposto dalla Commissione (v. sopra), ha dichiarato inadempiente lo Stato italiano rispetto alle direttive emesse dall'U.E. in tema di rifiuti; analogamente, la Corte Costituzionale con sentenza n. 62 del 2008, proprio richiamando tale decisione della Corte europea, ha dichiarato illegittima una legge emessa dalla provincia di Bolzano in tema di rifiuti.

Pertanto, per le ragioni esposte: (a) in via principale, non applicazione del diritto statale siccome in acclarato contrasto con quello comunitario e quindi accoglimento del ricorso; (b) in subordine, accertata la rilevanza e la non manifesta fondatezza della sollevata questione di legittimità costituzionale, sospendere il giudizio e trasmettere gli atti alla Corte Costituzionale, affinché statuisca se, ponendosi in contrasto con le direttive comunitarie di settore e con le decisioni della Corte di giustizia (sentenza 18 dicembre 2007, in causa C-194/05), l'art. 1, comma 17, della legge 21 dicembre 2001, n. 443), violi gli artt. 11, 111 e 117 Cost. nonché il valore costituzionale dell'ambiente (artt. 2, 9, 32, 41, 42, 43 e 44 Cost.), quale conformato anche dalla disciplina comunitaria\*.

\*R.G. n. 26940/2005, udienza pubblica 16.6.2009, P.G. Rosario Giovanni Russo. La pronuncia della Corte è nel medesimo senso della conclusione principale: Cass. sez. II, 16.6.2009, n. 21624)

### **16) Diritto comunitario – disciplina dei rifiuti – legge nazionale di interpretazione autentica – contrasto con il diritto comunitario – procedura di infrazione presso l'Unione europea – necessaria non applicazione della normativa interna**

(*Omissis*) Al tempo dell'ordinanza (2001) era in vigore il decreto "Ronchi" del 1997; non sembra dunque corretto applicare il D.M.

del 1990, superato e non richiamato dal medesimo decreto; in linea generale, anche se più favorevole al soggetto sanzionato, la normativa successiva non dovrebbe trovare applicazione perché secondo la Suprema Corte (Sezioni Unite n. 890 del 1994), per le sanzioni amministrative, a differenza di quanto è stabilito per quelle penali dall'art. 2 c.p., vale il principio della irretroattività della legge anche se più favorevole all'autore della violazione e la conseguente applicazione, in ogni caso, della legge vigente al momento della violazione; ma, in quanto la legge di interpretazione autentica del 2002 si differenzia dall'abrogazione proprio per la sua intrinseca efficacia retroattiva, il predetto principio non può trovare applicazione nel caso in esame: a causa dell'emanazione della legge interpretativa del 2002, l'art. 6 nella versione originale non è mai esistito nell'universo giuridico e quindi non può trovare applicazione, con la conseguenza che stando alla menzionata disciplina nazionale, la sanzione non avrebbe dovuto essere applicata e l'opposizione dovrebbe essere accolta; il che dovrebbe avvenire anche in sede di cassazione, essendo la Corte è tenuta ad applicare lo *ius superveniens* ogni qual volta esso riguardi punti messi in discussione con il ricorso per cassazione.

La disciplina comunitaria dei rifiuti è contenuta innanzi tutto nella direttiva comunitaria 75/ 442 (e successive modificazioni ed integrazioni), che risulta trasposta nel diritto italiano con il D. Lgs. n. 22 del 1997, ulteriormente modificato dal D. Lgs. n. 389 del 1997 e poi dall'interpretazione autentica di cui al menzionato art. 14; indi dal T.U. ambiente 2006 corretto nel 2008; costituisce ormai *ius receptum* che tutti gli organi dell'amministrazione degli stati aderenti alla U.E. sono tenuti a verificare la compatibilità delle disposizioni di recepimento interno con le direttive comunitarie e a disapplicare le prime qualora l'esito del confronto sia negativo, nel senso che in tal caso va applicata la direttiva e disapplicata (non applicata) la contrastante disciplina statale: tale il principio dettato dalla Corte europea a partire dalla causa n. 103 del 1988 (f.lli Costanzo / Comune di Milano), dalla Suprema Corte (a partire dalla sent. n. 3458 del 1996) e dalla Corte cost. (sent. n. 389 del 1989), mentre nel famoso caso Francovich la Corte europea ha statuito che lo stato membro è tenuto addirittura a risarcire i danni provocati dalla mancata attuazione di una direttiva.

Nel caso dei rifiuti, già con sentenza Niselli 11.11.2004 (resa nella causa c. 457/02), la Corte di Lussemburgo ha statuito che contrasta con la accennata direttiva del 1975 l'interpretazione autentica offerta

dalla normativa italiana del 2002, nella misura in cui sottrae alla qualifica di rifiuto un residuo di produzione o di consumo sol perché esso possa essere riutilizzato in qualunque ciclo di produzione o di consumo, con la conseguenza che (secondo la Corte di Lussemburgo) i residui ferrosi devono essere considerati rifiuti fino a che non siano effettivamente riciclati in prodotti siderurgici; in altri termini, (ripetendo il principio stabilito dalla Corte) la nozione comunitaria di rifiuto non deve essere interpretata nel senso che essa escluderebbe l'insieme dei residui di produzione o di consumo che possano essere o sono riutilizzati in un ciclo di produzione o di consumo; tale sentenza vale soltanto *inter partes*, ma i giudici statali possono servirse-ne come precedente, salva la possibilità (o, trattandosi di organo di vertice come la Suprema Corte, l'obbligo) di adire la Corte Europea per prospettare nuovamente la pregiudiziale interpretativa ai sensi dell'art. 177 (ora 234) del Trattato UE; incurante di tutto ciò, subito dopo la predetta sentenza della Corte europea, lo Stato italiano (già soggetto ad un ricorso per inadempimento davanti alla Corte stessa) approvava una legge di delega (la legge n. 308 del 2004) per il riordino della disciplina ambientalistica, che (ai commi 25 e 26 dell'art. 1) sostanzialmente conferma la normativa interpretativa condannata dalla Corte; indi, ha mantenuto le distanze dal diritto comunitario prima con il Testo Unico dell'ambiente e poi con il correlativo decreto correttivo del 2008.

La soluzione del contrasto risiede innanzitutto nella non applicazione del diritto nazionale: infatti sembrerebbe ovvio che si debba disapplicare – *melius* non applicare – la divergente disciplina nazionale a favore di quella comunitaria; senonché – si afferma – tali regole valgono soltanto per i rapporti verticali, non per quelli orizzontali; esse cioè possono essere invocate soltanto contro lo stato, nel senso che esso non può trarre beneficio dalla sua inadempienza alla direttiva, mentre nella specie l'inadempimento agli obblighi derivanti dalla direttiva ridonda a favore del soggetto sanzionato; ma è una tesi priva di senso perché qui non viene in rilievo il principio di autoresponsabilità, ma le regole che arbitrano il contrasto tra disciplina nazionale e disciplina comunitaria; contrasto che nella specie è deliberato e voluto, come risulta dalla stessa vicenda: il legislatore nazionale prima si adegua alla direttiva, poi emana una disciplina divergente; interviene la Corte di Lussemburgo; ma, come se niente fosse, lo Stato italiano ribadisce il proprio punto di vista: il contrasto è tanto frontale quanto consapevole!

In subordine, si segnala la necessità di sollevare questione di legit-

timità costituzionale, sulla scia di quanto già deciso dalla Suprema Corte penale con la sentenza n. 1414 del 2006, che non ebbe fortuna sol perché nel frattempo fu emanato il T.U. (Corte Costituzionale sent. n. 458 del 2006); nella fattispecie invece il T.U. dell'ambiente non è applicabile *ratione temporis* e quindi deve applicarsi la legge interpretativa del 2002 (non il successivo Testo Unico); legge che contrasta con il diritto comunitario, come riconosciuto anche dalla Corte di cassazione penale; in particolare è seriamente sospetta la compatibilità della legge interpretativa con:

- l'art. 11 Cost. nella parte in cui stabilisce che lo stato italiano deve osservare le limitazioni di sovranità derivante dalla sua partecipazione alla comunità europea;
- l'art. 111 Cost. nella parte in cui, disponendo per mezzo di una legge interpretativa, e quindi retroattiva, l'applicazione ai giudizi in corso di una disposizione in contrasto con una direttiva comunitaria, viola i principi del giusto processo, alterando le condizioni di parità delle parti quali determinate dalla disciplina comunitaria recepita nel 1997 (da una parte lo Stato, quale ente dotato di potere sanzionatorio, e dall'altra il soggetto sanzionato);
- l'art. 117 Cost., nella parte in cui impone allo Stato di esercitare la potestà legislativa nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, divenendo le norme comunitarie norme interposte attraverso l'autorevole interpretazione autentica fornita in sede propria dalla Corte di Lussemburgo;
- il valore costituzionale (diverso dal principio) dell'ambiente (artt. 2, 9, 32, 41, 42, 43 e 44 Cost.), quale conformato (anche) dalla normativa comunitaria;

Conclusioni: in via principale, applicando non la disciplina statale ma quella comunitaria, rigetto del ricorso; in subordine: accertata la rilevanza e la non manifesta fondatezza della sollevata questione di legittimità costituzionale, sospendere il giudizio e trasmettere gli atti alla Corte Costituzionale, affinché statuisca se, ponendosi in contrasto con le direttive comunitarie di settore e con le decisioni della Corte di giustizia, l'art. 14 del D.L. 8.7.2002 n. 138, convertito con legge 8.8.2002, n. 178, violi gli artt. 11, 111 e 117 cost. nonché il valore costituzionale dell'ambiente (artt. 2, 9, 32, 41, 42, 43 e 44 Cost.), quale conformato anche dalla disciplina comunitaria\*.

\*(R.G. n. 2521/2005, udienza pubblica 16.6.2009, P.G. Rosario Giovanni Russo. La pronuncia della Corte non affronta i profili dedotti dalla Procura generale: Cass. sez. II, 16.6.2009, n. 23473)

**17) Giurisdizione domestica (“autodichia”) – Presidenza della Repubblica –Decreto presidenziale di disciplina delle controversie dei dipendenti – Fondamento – Compatibilità con il sistema delle garanzie di terzietà e imparzialità stabilite dalla Costituzione, analogamente ad altri organi costituzionali (Parlamento, Corte costituzionale) – Legittimità anche alla luce della giurisprudenza della CEDU – Difetto di giurisdizione del giudice ordinario**

(...) rilevato che il regolamento preventivo di giurisdizione è stato proposto con riferimento ad una controversia promossa, con atto del 2 luglio 2007, davanti al TAR del Lazio da S.V., dipendente del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, per impugnare il decreto presidenziale n. 47/A del 1° dicembre 2005, con il quale era stato nominato coordinatore al primo livello, e la successiva decisione del Collegio d’appello n. 2/07 del 10 maggio 2007 che aveva respinto il ricorso avverso la decisione del Collegio giudicante che non gli aveva riconosciuto il diritto a una qualifica superiore;

rilevato, in particolare, che, nel chiedere il regolamento preventivo, il V. assume che il Collegio giudicante e quello d’appello, istituiti per decidere sui ricorsi in materia di rapporto di impiego con decreto del Presidente della Repubblica n. 81/N del 24 luglio 1996 (che aveva abrogato la precedente disciplina di cui ai decreti presidenziali n. 31 del 1980 e n. 91 del 1982), non svolgerebbero funzioni giurisdizionali e invoca, a sostegno del proprio assunto, la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione n. 12614 del 1998, che, richiamando proprie precedenti decisioni (v. n. 2979 del 1975 e n. 3422 del 1988), ha escluso che alla Presidenza della Repubblica possa essere riconosciuta l’autodichia (e cioè, come recita la sentenza, *“la capacità di una istituzione – ed in particolar modo degli organi costituzionali – di decidere direttamente e con proprio giudizio ogni controversia attinente all’esercizio delle proprie funzioni”*);

rilevato che tale decisione si fonda, in sintesi, sull’affermazione che:

- a) la autodichia non può essere desunta implicitamente dal principio della divisione dei poteri che nel vigente ordinamento costituzionale non è assoluto;
- b) l’art. 24 della Costituzione assicura a “tutti” la tutela giurisdizionale dei propri diritti ed interessi legittimi *“sicché le limitazioni a tale regola devono essere espressamente previste”*;
- c) eccezioni esplicite a favore di organi costituzionali si rinvencono nel diritto positivo, ma in ogni caso tali eccezioni devono avere *“un fondamento costituzionale anche se solo indiretto”*, come nel

caso della autodichia nelle controversie di impiego dei rispettivi dipendenti della quale la Camera e il Senato si sono dotati nell'esercizio del potere regolamentare loro attribuito dall'art. 64, e in quello della giurisdizione domestica istituita presso la Corte costituzionale (*"in virtù del concatenato operare dell'art. 1 della legge costituzionale 11.3.1953, n. 1, e dell'art. 14, comma 3, della legge 11.3.1953, n. 87, come modificato dall'art. 4 della legge 18.3.1958, n. 265, e che viene esercitata in base al regolamento 8.4.1960 della stessa Corte"*);

d) analoga situazione non sarebbe per converso ravvisabile per la Presidenza della Repubblica;

rilevato, in particolare, che a tale conclusione le Sezioni unite sono pervenute osservando che:

- la legge ordinaria (n. 1977 del 1948) istitutiva del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica non prevedeva l'autodichia nei confronti del personale, ma si limitava a disporre che *"lo stato giuridico ed economico e gli organici del personale addetto alla Presidenza sono stabiliti con decreto del Presidente della Repubblica"*, e che, anche ad ammettere *"in via di ipotesi"* che una forma di giurisdizione domestica potesse essere prevista in tale sede, il decreto n. 31 del 1980 (applicabile al caso all'esame delle Sezioni unite) non prevedeva l'autodichia, ma al contrario disponeva espressamente che il ricorso interno è dichiarato improcedibile *"se nei confronti dello stesso atto o provvedimento amministrativo sia stato da chiunque presentato ricorso al giudice amministrativo"* in tal modo riconoscendo la giustiziabilità degli atti davanti al giudice comune";
- in questo quadro non era pertinente il richiamo ai principi enunciati dalla Corte costituzionale (con la sentenza n. 129 del 1981) che aveva accomunato la Presidenza della Repubblica al Senato e alla Camera dei deputati ai fini di escludere la soggezione dei rispettivi agenti contabili alla giurisdizione della Corte dei conti, in quanto in tale materia il potere regolamentare della Presidenza della Repubblica *"si era concretamente ed effettivamente espresso in modo sostanzialmente conforme a quanto disposto dalla Camera e dal Senato"* e che, inoltre, l'esenzione dalla giurisdizione contabile *"era anche sorretta da una lunga tradizione ... così determinando l'insorgere di una vera e propria consuetudine costituzionale"* non rinvenibile nel caso delle controversie concernenti il personale, anche perché con il citato decreto n. 31 del 1980 l'organo costituzionale, come si è richiamato da ultimo, si era autolimitato;

ritenuto che proprio tale ultima considerazione (che nella motivazione della decisione in esame appare sotto alcuni aspetti decisiva, cfr. la parte finale della sentenza delle Sezioni unite n. 317 del 1999) induce a una attenta “rivisitazione” dell’orientamento giurisprudenziale in esame se si considera che, con il successivo decreto presidenziale del 24 luglio 1996 (applicabile alla fattispecie in esame), è stata soppressa la previsione della improcedibilità del ricorso in caso di impugnazione davanti al giudice amministrativo dell’atto o del provvedimento, e ciò a conferma dalla volontà di introdurre una forma di giurisdizione domestica;

ritenuto, pertanto, che al fine di valutare la legittimità di questa scelta, premesso che l’autodichia non deve essere necessariamente prevista espressamente (come nel caso dell’art. 66 della Costituzione) da norma di rango costituzionale (perché, altrimenti, in materia di contenzioso del lavoro non sarebbe ravvisabile, allo stato, ipotizzabile alcuna ipotesi di autodichia), il problema, che si pone, oggi concretamente e non come mera ipotesi (come all’epoca della sentenza delle Sezioni unite in esame), è quello di esaminare se sia comunque necessario un fondamento costituzionale anche se “indiretto” e come debba essere individuato;

rilevato, in questa prospettiva, che tale fondamento è stato individuato:

- a) per quanto riguarda la Camera dei deputati, nell’art. 12 del Regolamento deliberato, ai sensi e secondo le modalità dell’art. 64 della Costituzione, il 18 febbraio 1971 e che ha previsto, tra l’altro, l’adozione da parte dell’Ufficio di presidenza del regolamento concernente i ricorsi in materia di stato giuridico ed economico dei dipendenti (v., Cass. S.U. n. 317 del 1999);
- b) analogamente, per quanto riguarda il Senato, nell’art. 12 del Regolamento deliberato, ai sensi e secondo le modalità dell’art. 64 della Costituzione, il 17 febbraio 1971, che ha rimesso al Consiglio di presidenza l’adozione dei “*regolamenti interni dell’Amministrazione del Senato*” e dei “*provvedimenti relativi al personale*” (v. art. 12, comma 4, del Regolamento di cui al D.P.S. n. 9185 del 7 febbraio 2001, nonché. Cass. S.U. n. 16267 del 2002);
- c) per quanto riguarda la Corte costituzionale, nel secondo comma dell’art. 137 della Costituzione che si limita a precisare che con “legge ordinaria” sono stabilite le “*altre norme*” necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte, mentre la previsione che “*la Corte è competente in via esclusiva a giudicare dei ricorsi dei suoi dipendenti*” è contenuta nel terzo comma dell’art. 14 della

legge (ordinaria) n. 87 del 1953, cui hanno fatto seguito il Regolamento per i ricorsi in materia di impiego dell'8 aprile 1960 sostituito da quello approvato il 16 dicembre 1999;

rilevato, in definitiva, che nei casi di autodichia ora esaminati:

il fondamento costituzionale è estremamente labile in quanto si risolve per il Senato e per la Camera nella espressa previsione di un potere regolamentare ( che peraltro appare volta, più che ad attribuire un potere non altrimenti spettante, a determinare la particolare maggioranza con la quale il regolamento deve essere approvato) e per la Corte costituzionale nell'affidamento alla legge ordinaria della determinazione delle *“altre norme necessarie ... per il suo funzionamento”* (che non è altro che la determinazione di un limite alla riserva di legge costituzionale di cui al primo comma dell'art. 137); mentre l'autodichia trova nei regolamenti la sua concreta disciplina e, per le Camere, anche la sua stessa previsione;

ritenuto, pertanto, che l'inidoneità a introdurre e disciplinare l'autodichia (per le controversie dei dipendenti) del decreto del Presidente della Repubblica n. 81/N del 1996 non si può desumere dalla circostanza che la Carta costituzionale non ha previsto espressamente la titolarità di un potere regolamentare, come invece è avvenuto per le Camere (ma, per le considerazioni prima esposte, esclusivamente per determinarne la maggioranza richiesta per il suo esercizio), mentre per la Corte costituzionale l'autodichia è prevista dalla legge ordinaria cui l'art. 137 ha affidato l'adozione delle *“norme necessarie per il funzionamento”*;

ritenuto, in definitiva, che l'attribuzione nella Costituzione al Presidente della Repubblica di un potere regolamentare, in assenza di particolari esigenze (come, invece, per le Camere), sarebbe stata del tutto superflua, mentre la legge n. 1077 del 1948 deve interpretarsi come riconoscimento di un potere che costituisce una qualità essenziale ad un organo costituzionale e che, attese la incontestabile natura di organo costituzionale del Presidente della Repubblica e la analoga esigenza di assicurare la piena indipendenza e autonomia di esercizio delle funzioni, l'autodichia in esame trova giustificazione nell'assetto complessivo degli organi di rilevanza costituzionale;

ritenuto, sotto altro aspetto, che argomenti in favore della soluzione prospettata possono trarsi anche dalla recente decisione della seconda sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 aprile 2009 (ricorso Savino e altri) che, chiamata a decidere del possibile contrasto dell'autodichia della Camera dei deputati con l'art. 6/1 della Convenzione:



- a) ha espressamente affermato che - *“né l’art. 6/1 né nessun’altra disposizione della Convenzione obbliga gli Stati e le loro istituzioni a conformarsi ad un determinato ordinamento giudiziario”* e che non era *“in discussione il potere della Camera dei deputati italiana e di altri organi costituzionali di disporre di un ordinamento giudiziario interno e di regolamentare in modo autonomo la tutela giurisdizionale dei loro dipendenti”*;
- b) ha ravvisato una violazione della Convenzione, sotto il profilo della carenza della *“imparzialità oggettiva”* dell’organo giurisdizionale d’appello, perché composto interamente da membri dell’Ufficio di presidenza e cioè dell’organo competente a adottare i principali provvedimenti oggetto del giudizio, mentre la imparzialità e la terzietà non possono essere negate ai collegi di primo e secondo grado previsti dal decreto presidenziale del 24 luglio 1996 che sono composti da magistrati della magistratura ordinaria, amministrativa e contabile designati dai presidenti dei rispettivi organi giurisdizionali;

ritenuto, in conclusione, che anche da tale decisione in ordine alla composizione degli organi deve desumersi la volontà in sede regolamentare di modificare la precedente disciplina (in relazione alla quale si è formato l’orientamento giurisprudenziale prima richiamato) e la legittimità della istituzione di organi di giurisdizione domestica nell’esercizio di un potere regolamentare che, per le ragioni prima esposte, non può contestarsi al Presidente della Repubblica quale organo costituzionale;

ne consegue la dichiarazione del difetto di giurisdizione del giudice adito (cfr. Cass. n. 14085 del 2004);

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, dichiarino il difetto di giurisdizione dell’adito giudice amministrativo, con le conseguenze di legge\*.

\*(R.G. n. 25596/2008, P.G. Antonio Martone. La Corte di cassazione non si è ancora pronunciata)

## PARTE II

### I contrasti di competenza fra Pubblici Ministeri \*

#### Sinossi ragionata

---

\* I magistrati addetti ai contrasti di competenza fra pubblici ministeri nel corso dell'anno 2009 sono stati Carlo Di Casola, Aurelio Galasso, Guglielmo Passacantando, Giovanni Salvi. Nel periodo feriale alcuni provvedimenti sono stati redatti da Francesco Lo Voi, Alfredo Montagna e Antonio Mura.



# I CONTRASTI DI COMPETENZA FRA PUBBLICI MINISTERI

Sinossi ragionata

## Introduzione alla lettura

I provvedimenti presenti nella rassegna sono preceduti da un titolo che ne sintetizza l'oggetto e la conclusione, in forma strutturalmente analoga alla titolazione delle massime giurisprudenziali. Lo scopo è di agevolare la consultazione, orientando il lettore nell'individuazione della questione di volta in volta affrontata.

I documenti dei primi due capitoli sono classificati seguendo la progressione delle disposizioni normative dei codici di diritto penale sostanziale e processuale. Il terzo capitolo è riservato ad altre figure speciali di reato, classificate secondo l'ordine cronologico delle disposizioni normative.

In calce a gran parte dei documenti è riportata l'annotazione del decreto o dei decreti reperibili per esteso nella rassegna delle risoluzioni inserita nel sito *intranet* della Procura generale.

Dei passaggi argomentativi che sono apparsi non essenziali alla comprensione delle questioni dibattute è stata omessa la riproduzione.

\*\*\*

## **1. Criteri generali**

### **Art. 9 c.p.p. (Regole suppletive) – Contrasto negativo di competenza – criterio sussidiario della residenza, del domicilio o della dimora – prevalenza del domicilio**

In relazione al criterio sussidiario del luogo di residenza, domicilio o dimora dell'indagato, occorre adeguarsi al principio affermato dalla Corte di cassazione, sia pure non recentemente, secondo cui "il domicilio, quale centro concreto degli interessi del soggetto (secondo la nozione di ordine generale ricavabile dall'art. 43 comma primo cod. civ.), prevale, in caso di diversità, sulla semplice residenza, specie quando quest'ultima sia rilevabile unicamente sulla base del dato formale costituito dalle mere risultanze dei registri anagrafici" (Cass. Sez. I, Senten-

za n. 1775 del 24/04/1992 Cc., dep. 22/06/1992, Rv. 190677; Confl. comp. Trib. Sorv. Ancona e Trib. Sorv. Napoli in proc. Russo).

A tal proposito si è precisato che occorre aver riguardo alla dimora effettiva, sicché, in caso di difformità fra la residenza anagrafica e quella di fatto, la violazione si realizza nel luogo di stabile dimora o residenza di fatto.

**Decreto n. 135/09**

**Art. 10 c.p.p. (Competenza per reati commessi all'estero) - Contrasto negativo di competenza – reato più grave commesso all'estero – connessione - reato più grave commesso in Italia**

Ove sussista connessione tra reati commessi nel territorio dello Stato e reati commessi all'estero, in osservanza del principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge, la competenza va determinata in relazione al luogo del commesso reato, avendo riferimento, *ex art. 16 c.p.p.* al più grave dei reati commessi, che sia stato realizzato nel territorio dello Stato” (Cass. Sez. VI, 6 novembre 2000, n. 4089).

**Decreto n. 238/08**

**Art. 10 c.p.p. (Competenza per reati commessi all'estero) - Contrasto negativo di competenza – reato più grave commesso all'estero – connessione - criterio sussidiario del reato meno grave commesso in Italia**

Per contro, nel caso in cui il reato più grave risulta commesso all'estero, non può aversi riguardo al criterio previsto dall'art. 8 comma 1, c.p.p., né ai criteri sussidiari di cui all'art. 9 c.p.p., non applicabili ai reati commessi all'estero; neppure è applicabile la disposizione di cui all'art. 10 c.p.p. la quale si riferisce, per giurisprudenza costante, a procedimenti con reato singolo; sicché, in caso di pluralità di reati si deve far ritorno, secondo la giurisprudenza di legittimità, al luogo di consumazione del reato che, in via decrescente, si presenta come il più grave fra quelli residui connessi, che sia stato realizzato nel territorio dello Stato italiano (per l'applicazione generale del principio si veda Cass. Sez. I, 24.9.1993, n. Rv. 195429; Cass. 17.3.1993, Giorni; Rv. 194047; per l'applicazione, nello specifico, dello stesso principio in caso di connessione con reati commessi all'estero, si veda Cass. Sez. VI, 6.11.2000-29.11.2000; D. 4089, Rv. 217908); la giurisprudenza è pervenuta alla determinazione di tale principio secondo una interpretazione orientata al rispetto del principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge.

**Decreto n. 172/08**

**Art. 11 c.p.p. (Competenza per procedimenti riguardanti i magistrati) – Contrasto negativo di competenza - Esposto anonimo – assenza di elementi precisi – competenza del P.M. nel cui circondario sarebbero stati commessi i reati**

Nel caso in cui, alla stregua del contenuto del solo esposto anonimo, non siano stati acquisiti elementi di accusa sufficientemente precisi a carico di ben individuati magistrati, che autorizzino una delinea- ta e ben connotata imputazione, ancorché iniziale, la quale possa rendere operativa la disciplina, in tema di competenza territoriale, prevista dall'art. 11 c.p.p. si è ritenuto di applicare il principio giurispruden- ziale ormai consolidato secondo cui, in tema di competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati, l'operatività dell'art. 11 c.p.p. è subordinata alla condizione che il magistrato assuma la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato, ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato e che tale qualità *“deve essere una qualità formale assunta nella sede procedimentale, attraverso le iniziative formali previste dall'ordinamento giuridico, spettanti all'organo del pubblico ministero”* (Cass. Sez. VI, ud. 9.5.2005, n. 40984, dep. 11.11.2005, Mazzoccoli ed altri, in C.E.D., Rv. 233471).

**Decreto n. 136/08**

Nel ribadire di recente il medesimo principio, si è ulteriormente precisato che, derogandolo l'art. 11 c.p.p. al principio costituzionale del giudice naturale, la norma dallo stesso posta è di stretta interpretazione non suscettibile di interpretazioni estensive; e, pertanto, affinché operi l'art. 11 c.p.p., con conseguente modifica del criterio ordinario di attribuzione della competenza territoriale, occorre che un magistrato del distretto, nominativamente individuato, rivesta la qualità di indagato o di parte offesa o danneggiata; la semplice prospettazione ed il sospetto non sono idonei a far operare il criterio di competenza di cui all'art. 11, occorrendo, invece, che l'eventuale magistrato, ritenuto autore del reato, sia individuato e raggiunto da concreti indizi; di conseguenza, quando il P.M. che ha sollevato il contrasto, prospetta solo la astratta possibilità che le indagini possano rivelare che il fatto debba essere addebitato ad un magistrato del luogo, deve svolgere ogni accertamento al fine di individuare il p.u. che ha agito (nella specie, il p.u. che ha diffuso la notizia, che doveva rimanere segreta), e solo qualora tale persona sia un magistrato, trasmetterà il procedimento al P.M. competente *ex art. 11 C.p.p.*

**Decreto n. 233/08.**

Con riguardo alla posizione dei vice procuratori onorari, l'indirizzo giurisprudenziale tradizionalmente accolto, secondo cui "la deroga agli ordinari criteri di attribuzione della competenza per territorio, stabilita dall'art. 11 c.p.p. per i procedimenti riguardanti i magistrati, non si applica ai vice - procuratori onorari, facendo difetto, per essi, il pieno e stabile esercizio delle funzioni giudiziarie" (Cass. Sez. I, Cc. 30.6.1999, dep. 22.7.1999, n. 4532, Daccò, Rv. 214028; in senso conforme, v.: Cass. Sez. I, sent. n. 4307 del 10.6.1999, Li Bassi; da ult. Cass. Sez. I, Cc. 21.2.2000, dep. 4.4.2000, n. 1267, Siracusano, Rv. 215709, anche in Cass. pen., 2001, p. 1260, con ampia nota), risulta rivisitato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che hanno stabilito il diverso principio secondo cui occorre preventivamente accertare se il magistrato onorario abbia un incarico dal carattere stabile e continuativo, riconosciuto per un arco temporale significativo. La Suprema Corte ha infatti avuto modo di spiegare che "*La deroga alle regole generali della competenza per territorio nei procedimenti in cui un magistrato assume la qualità di indagato, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato, si applica anche al magistrato onorario il cui incarico sia connotato dalla stabilità, e cioè dalla continuità riconosciuta formalmente per un arco temporale significativo, in quanto questa, essendo sufficiente a radicarlo istituzionalmente nel plesso territoriale di riferimento, potrebbe ingenerare il sospetto, stante il rapporto di colleganza e di normale frequentazione tra magistrati della medesima circoscrizione, di un non imparziale esercizio della giurisdizione nei suoi confronti*". (Fattispecie relativa a processo nel quale un vice pretore onorario aveva assunto la qualità di persona offesa dal reato e per il quale, in applicazione del principio sopra enunciato, la Corte ha ritenuto l'applicabilità della regola derogatoria, annullando entrambe le sentenze di merito) (Cass. Sez. U, Sentenza n. 292 del 15/12/2004 Ud. (dep. 13/01/2005) Rv. 229632; si veda sul punto Corte cost. n. 390 del 1991).

#### **Decreto n. 124/09**

Quanto poi ai giudici di pace, si è rilevato che nessuna distinzione può esser prospettata tra la posizione del Giudice di pace e quella del magistrato "togato", per ciò che concerne l'applicazione dell'art. 11 c.p.p. Tale conclusione si basa anche sulla decisione a Sezioni Unite (n. 292/05) che ha affrontato in maniera sistematica la questione e che - dopo aver individuato la "*ratio*" che presiede alla speciale disciplina nella esigenza, particolarmente marcata nel processo penale ..... di evitare che il rapporto di colleganza e normale frequentazione nascan-

te dal comune espletamento delle funzioni nello stesso plesso territoriale possa inquinare, anche solo nelle apparenze, l'imparzialità del giudizio - ha sottolineato la non casualità dell'assenza, nelle previsioni normative sulla competenza speciale contenute sia nel nuovo che nel vecchio codice di rito, di qualunque distinzione fra magistrati "togati" e magistrati "onorari"; assenza che deve al contrario ricondursi alla volontà di sottoporre ad un'unica disciplina i magistrati che esercitino stabilmente la funzione giudiziaria, siano essi togati o meno.

La Corte ha anche desunto dall'ambito di estensione (su base distrettuale) della competenza in esame e dal suo carattere non meramente territoriale (con conseguente rilevabilità, anche officiosa del relativo difetto in ogni stato e grado del procedimento) la irrilevanza del grado più o meno intenso del rapporto di colleganza, visto l'intendimento legislativo di rafforzare in modo particolare la tutela della terzietà del giudice e dell'imparzialità del pubblico ministero.

#### **Decreto n. 31/09**

Si badi, tuttavia, che i principi su indicati non operano - e quindi la competenza funzionale prevista da detta norma non scatta - se si tratti di un reato commesso in danno di un magistrato in un distretto diverso da quello in cui il magistrato presta servizio; quando il magistrato assuma la qualità di persona offesa in un reato commesso in altro distretto trovano applicazione le ordinarie norme sulla competenza territoriale di cui all'art. 8 c.p.p.

#### **Decreto n. 32/09**

**Artt. 12, 16, 9 c.p.p. (Casi di connessione) - Contrasto negativo di competenza - reato singolo - pluralità di reati - connessioni - norme applicabili.**

Con riguardo alle modalità di determinazione della competenza territoriale, il principale discrimine risiede nella configurabilità di un reato singolo ovvero di più reati, fra loro avvinti da ragioni di connessione.

Nel primo caso devono essere applicate le regole sancite in via principale dall'art. 8 ed in via sussidiaria dall'art. 9 c.p.p.

Nel secondo caso l'applicazione corretta dell'art. 16 c.p.p. impone di seguire un diverso percorso logico-giuridico. In particolare, in presenza di reati connessi, ove non sia possibile individuare il luogo di consumazione del reato più grave, non può farsi immediato riferimento ai criteri sussidiari di cui all'art. 9 c.p.p., in quanto detta disposizione si riferisce, per giurisprudenza costante, a procedimenti con



reato singolo; sicché, in caso di pluralità di reati si deve avere riguardo al luogo di consumazione del reato più grave e, in caso di pari gravità, al criterio temporale di cui all'art. 16 c.p.p.; ma se anche così risulta impossibile individuare una primazia, occorre individuare il reato che, in via decrescente, si presenta come il più grave fra quelli residui (Cass. Sez. I, 24.9.1993, Rv. 195429; Cass. 17.3.1993, Giorni, Rv. 194047). Solo se non risulta possibile applicare neppure tale criterio, e, dunque, resta incerto anche il luogo di consumazione dei reati individuati in ordine decrescente, la competenza deve essere determinata – conformemente all'insegnamento della Corte di legittimità- facendo applicazione delle regole suppletive dell'art. 9 c.p.p., in relazione al primo dei reati da prendere in considerazione.

#### **Decreti n. 6, 19, 65/08, fra gli altri**

#### **Artt. 12, 16 c.p.p. (Casi di connessione) - Contrasto negativo di competenza – pluralità di reati – connessione – archiviazione per uno dei reati connessi - principio della *perpetuatio jurisdictionis* – operatività – esclusione**

Nel caso in cui uno dei reati, pur essendo individuato in un determinato circondario, risulti archiviato, si è stabilito che nella fase procedimentale delle indagini preliminari non opera, per giurisprudenza consolidata, il principio della *perpetuatio jurisdictionis* (cfr. fra le altre, Cass. Sez. 5, Sentenza n. 45418 del 29/09/2004 Ud. (dep. 24/11/2004) Rv. 230413; Lussi ed altro), secondo cui *“Pur essendo la connessione, nel vigente sistema processuale, criterio autonomo ed originario di attribuzione della competenza, essa non comporta, nelle fasi antecedenti al giudizio, l’operatività del principio della perpetuatio jurisdictionis”*. Pertanto, qualora, prima della chiusura delle indagini preliminari, sopravvenga pronuncia di archiviazione relativamente ad alcuno dei fatti tra loro connessi, non può invocarsi il suddetto principio per sostenere, anche con riguardo agli altri fatti, il permanere della competenza del giudice inizialmente individuato sulla base della connessione (*Massime precedenti Conformi*: n. 6442 del 1997 Rv. 208946, n. 736 del 1999 Rv. 212879, n. 19050 del 2004 Rv. 228162).

#### **Decreto n. 127/08**

In applicazione di tali superiori principii, si è ulteriormente precisato che l'art. 17 c.p.p. costituisce regola applicabile ai processi, non ai procedimenti e che il P.M. ben può esperire indagini contestuali e congiunte relativamente a distinti procedimenti, senza che ciò possa produrre gli effetti tipici della riunione dei processi, come quello dello

spostamento della competenza (Cass. Sez. VI, n. 3011, del 4/8/1992, dep. 28/8/1992, Rv. 191953);

**Decreto n. 126/09**

**Artt. 12, 16 c.p.p. (Casi di connessione) - Contrasto negativo di competenza – pluralità di reati – reato continuato - connessione – principio della perpetuatio jurisdictionis – operatività – esclusione**

Analogamente, se la ragione di contrasto risiede nel fatto che il P.M. remittente ritiene che i reati siano avvinti da continuazione con altro e precedente reato dello stesso tipo commesso in altro circondario, si è rilevato che l'esercizio congiunto o disgiunto dell'azione penale ovvero la riunione o la separazione dei procedimenti non modificano la determinazione della competenza per connessione, in quanto il vincolo tra reati individuato dalla legge costituisce criterio originario ed autonomo di attribuzione di competenza; deve essere tuttavia ritenuto - in sintonia con la costante giurisprudenza in materia - che *"in tema di connessione e di relativi effetti sulla competenza, l'indicato criterio autonomo e originario di attribuzione della competenza non implica che detta attribuzione assuma carattere definitivo ed irreversibile anche nelle fasi procedurali diverse e antecedenti rispetto a quella del giudizio"* (cfr. fra le altre, Cass. Sez. 1, Sentenza n. 3308 del 12/05/1997 Cc. (dep. 06/06/1997) Rv. 207757; Conf. comp. in proc. Olivieri ed altri; Cass. Sez. 5, Sentenza n. 45418 del 29/09/2004 Ud. (dep. 24/11/2004) Rv. 230413).

**Decreto n. 166/08**

**Artt. 12, 16 c.p.p. (Casi di connessione) - Contrasto negativo di competenza – pluralità di reati – reato continuato - connessione – individuazione del reato più grave – maggiore gravità del danno - esclusione – gravità in astratto – medesimo nomen iuris - applicabilità**

Circa l'individuazione del reato più grave, si è precisato che la formulazione dell'art. 16, comma 1, c.p.p., per individuare la competenza territoriale, nel caso di reato continuato, riproduce esattamente la disciplina del codice di rito del 1930, stabilita dall'art. 39, comma 3, c.p.p., che, nel caso, appunto, di reato continuato, fissava la competenza territoriale del giudice del luogo in cui era stato "commesso il reato più grave o, in caso di pari gravità, il primo reato". Inoltre, la formulazione dell'art. 16, comma 1, c.p.p., in tema di effetti della connessione sulla competenza per territorio, riproduce il criterio principale,

adottato anche dal codice di rito del 1930, all'art. 47 c.p.p., del "reato più grave", ai fini dell'individuazione della competenza per i procedimenti connessi. In relazione a tali criteri, rimasti sostanzialmente immutati, dettati dall'ordinamento in tema di reato continuato ed agli effetti della individuazione della competenza per territorio per i procedimenti connessi, sotto la previgente disciplina degli artt. 39 e 47 c.p.p., si era formato un consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità, secondo cui l'espressione "reato più grave", di cui all'art. 39 c.p.p./1930 - diversa dalla locuzione "violazione più grave" ex art. 81, comma 1, c.p. - doveva essere riferita al reato che, per titolo, grado e circostanze, risultasse in astratto di maggiore gravità e non già in concreto (in tal senso, v. Cass. Sez. I, C.c. 3.10.1980, dep. 24.10.1980, n. 2384, Squicciarini, Rv. 146337; Cass. Sez. V, ud. 24.11.1981, dep. 16.12.1981, n. 11025, Gardin, Rv. 151282; Cass. Sez. I, C.c. 15.11.1990, dep. 22.12.1990, n. 4012, Mirabile, Rv. 186977; Cass. Sez. II, ud. 8.4.1993, dep. 9.6.1993, n. 5777, Di Barba, Rv. 194050), tanto è vero che, nel caso del reato continuato di emissione di assegni a vuoto, risultante dalla unificazione di più reati aventi il medesimo *nomen juris* e di pari gravità in astratto, la competenza per territorio si radicava nel luogo di commissione del primo reato, con la precisazione che dell'importo dei singoli assegni si doveva tener conto esclusivamente per stabilire quale fosse la "violazione più grave" per la determinazione della pena base, sulla quale apportare l'aumento ex art. 81 c.p.

Tale interpretazione non può non essere ribadita - come precisa la Corte Suprema in una alquanto recente decisione ("*Ai fini della individuazione della competenza per territorio, in caso di procedimenti connessi, la comparazione dei reati sotto il profilo della gravità, secondo il disposto del comma 3 dell'art. 16 c.p.p., va effettuata con riguardo esclusivo alle sanzioni edittali, restando priva di rilevanza, nel caso che queste si equivalgano, la maggiore o minore entità del danno in concreto provocato dalle singole condotte criminose*": Cass. Sez. II, c.c. 19.11.2003, n. 48784, dep. 19.12.2003, Mazzaferro, in Cass. pen., 2005, p. 1284, m. 477 o Rv. 228335) - anche nella vigenza dell'attuale normativa, di cui agli artt. 4, 12, lett. b) e 16 c.p.p., sia per l'identità del dato letterale, che è rimasto immutato, sia per come è strutturata l'attuale disciplina, fondata esclusivamente - come la precedente - sulla fissazione di criteri legali ed astratti. Difatti, sia la norma generale, di cui all'art. 4 c.p.p. - che contiene le regole per determinare la gravità del reato, agli effetti della competenza - sia la norma più specifica, di cui all'art. 16 c.p.p., in tema di competenza territoriale, nei casi di competenza per connessione, fanno entrambe riferimento al criterio della "gravità del reato", in rapporto al ti-

tolo, al grado, alle circostanze, nonché alla qualità, specie ed entità della pena edittale prevista dalla legge, e, quindi, alla gravità del reato, considerata in astratto (art. 16, comma 3, c.p.p.); pertanto, trattandosi di reato continuato, risultante dall'unificazione di più reati aventi il medesimo *nomen juris* e di pari gravità in astratto, la competenza territoriale, ai sensi dell'art. 16, comma 1. c.p.p., appartiene al Giudice del luogo in cui è stato commesso il primo reato.

**Artt. 12, 16 c.p.p. (Casi di connessione) – Determinazione di competenza territoriale su richiesta di parte – esaurimento della fase procedimentale delle indagini preliminari – art. 415 bis c.p.p. e conclusione delle indagini - esclusione**

L'art. 54 *quater* c.p.p. - introdotto dall'art. 12 Legge n. 479/1999 prevede che l'indagato "*che abbia avuto conoscenza del procedimento ai sensi dell'art. 335 o dell'art. 369* stesso codice possa chiedere lo trasmissione degli atti ad altro ufficio del P.M. qualora ritenga una diversa competenza territoriale. Scopo della norma è quello quindi di trasferire al P.M. effettivamente competente lo svolgimento delle indagini preliminari: e ciò non tanto al fine di creare un parallelismo col principio del "giudice naturale" (essendo le valutazioni in punto di competenza del P.M. necessariamente soggette alla verifica da parte del giudice), quanto piuttosto per far sì che non si verifichino indebiti spostamenti delle indagini preliminari dal luogo in cui, secondo la disciplina della competenza di cui agli artt. 8 e ss. c.p.p., appaia sussistente la (futura) competenza del giudice. Finalità, peraltro, cui è sotteso l'intero sistema della risoluzione dei contrasti - negativi o positivi - tra pubblici ministeri di cui agli artt. 54 e ss. c.p.p.

Ora, così come nei casi regolati dagli articoli precedenti, anche la trasmissione degli atti prevista dal citato art. 54 *quater* ha una logica possibilità di applicazione (oltre che un senso pratico) fintantoché le indagini preliminari siano in corso di svolgimento, non invece quando le stesse siano state concluse. Non è senza significato, infatti, che detta norma preveda la possibilità di formulare tale richiesta dal momento in cui l'indagato abbia conoscenza del procedimento nei suoi confronti (comunicazione dell'iscrizione nel registro notizie di reato o invio dell'informazione di garanzia); ed a tale ipotesi è certamente equiparabile l'emissione dell'ordinanza di custodia cautelare. La specificazione operata dalla norma, dunque, consente di confermare che è la fase delle indagini preliminari - ed essa soltanto - ad essere presa in considerazione ai fini della trasmissione del procedimento, non invece quella successiva alla sua conclusione.

Ad ulteriore conferma della superiore impostazione, milita la considerazione che tra le norme citate quali fonti di conoscenza del procedimento penale non viene indicato l'art. 415 *bis* c.p.p. che peraltro, in quanto introdotto con la medesima Legge n. 479/1999 (art. 17), ben avrebbe potuto e dovuto - ove questa fosse stata l'intenzione del legislatore essere parimenti richiamato. Ciò invece non è avvenuto, per la logica considerazione che, una volta chiuse le indagini preliminari, non ha alcun senso chiederne lo spostamento ad altro ufficio del P.M., dovendo tutte le questioni - anche in punto di competenza - ormai trasferirsi nella fase processuale dell'udienza preliminare o del giudizio. Del resto, che le disposizioni dell'art. 415 *bis* si riferiscano alla fase successiva alla conclusione delle indagini deriva non soltanto dall'intitolazione della norma stessa, ma anche dal suo inserimento in chiusura del Titolo VIII del Libro V del codice di rito; e non è di ostacolo a tale lettura la possibilità, pure prevista da tale norma, di effettuare nuove indagini, posto che tale facoltà è riconosciuta alle parti anche a seguito del decreto che dispone il giudizio (cfr. art. 430 c.p.p.), senza che possa in tal caso ovviamente dubitarsi della avvenuta definitiva chiusura della fase delle indagini preliminari.

#### **Decreto n. 186/08**

#### **Artt. 12, 16 c.p.p. (Casi di connessione) - Determinazione di competenza territoriale su richiesta di parte – connessione – stessa fase procedimentale – fase dibattimentale – esclusione**

Ove dalle informazioni assunte e dagli atti acquisiti risulti che la connessione invocata dall'istante come ragione del richiesto spostamento della competenza territoriale riguarda un processo penale a carico del medesimo soggetto, ma attualmente nella fase dibattimentale di primo grado, si è osservato - alla stregua dell'indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato della Corte Suprema - che nel vigente sistema processuale penale la connessione, pur costituendo un criterio autonomo ed originario di attribuzione della competenza, postula necessariamente, per la sua operatività, che i relativi procedimenti si trovino nella medesima fase processuale (in tal senso v. Cass. Sez. I, Cc. 11.10.1994, dep. 21.11.1994, n. 4444, Polverino, Rv. 199663; Cass. Sez. 1/ Cc. 27.11.1995, dep. 31.1.1996, n. 6092, Pavan ed altro, Rv. 203555; Cass. Sez. I, c.c. 2.12.1997, dep. 23.1.1998, n. 6780, Maida, Rv. 209374; Cass. Sez. 1/ ud. 29.1.1998, dep. 4.3.1998, n. 2794, Presti, Rv. 210004; Cass. Sez. VI, ud. 19.5.1999, dep. 7.7.1999, n. 8656, Fracasso, Rv.; 214685; Cass. Sez. 1/ c.c. 8.4.2004/ dep. 22.4.2004, n. 19003, Darocz ed altro, Rv. 227947/ nella quale si afferma: "*La connessione tra più proce-*

*dimenti, contemplata dall'art. 12 c.p.p. determina lo spostamento della competenza per territorio, ai sensi dell'art. 16 c.p.p., solo se i procedimenti si trovano nella stessa fase processuale, ferma restando la sua natura di criterio originario ed autonomo di attribuzione della competenza" e, in considerazione della preminenza del principio costituzionale del giudice naturale su quello della "perpetuatio jurisdictionis", l'attribuzione della competenza, determinata da ragioni di connessione, non implica che detta attribuzione assuma carattere definitivo ed irreversibile anche nelle fasi procedurali diverse ed antecedenti rispetto a quella del giudizio (con l'unica eccezione concernente lo spostamento di competenza per connessione con procedimenti riguardanti magistrati) (Cass. Sez. I, Cc. 14.5.1998/ dep. 6.6.1998/ n. 2739, Campigli, Rv. 210772; Cass. Sez. I, Cc. 12.5.1997/ dep. 6.6.1997/ n. 3308, Olivieri ed altri, Rv. 207757; Cass. Sez. I, c.c. 20.1.2004/ dep. 23.4.2004, n.19050, Piccolo, Rv. 228162);*

**Artt. 22, comma 1 (incompetenza dichiarata dal gip) e 54, comma 2, c.p.p. - Contrasto negativo di competenza – Applicabilità in caso di decisione del giudice – ambito di operatività – esclusione**

La trasmissione degli atti al P.M. ritenuto competente conseguente alla declaratoria della incompetenza territoriale del G.I.P. pronunciata, ai sensi dell'art. 22, co. 1 c.p.p., è un adempimento necessario esecutivo di un provvedimento giurisdizionale, che non può certamente essere invalidato, o contrastato, da un eventuale decreto, di natura amministrativa, emesso dall'autorità inquirente, priva di poteri giurisdizionali. Quel provvedimento può dar luogo - nel caso di un eventuale successivo provvedimento giurisdizionale di segno opposto, emesso dal giudice investito della competenza territoriale - ad una situazione di conflitto risolvibile con gli strumenti normativi approntati specificamente dall'ordinamento processuale vigente (artt. 28 e ss. c.p.p.).

Il P.M., nel caso di dichiarazione di incompetenza adottata dal giudice, ai sensi dell'art. 22, comma 1, c.p.p., come precisa la Corte Suprema (Cass. Sez. I, c.c. 19.02.1990, n. 406, dep. 14.3.1990, Facchineiri, Rv. 183662) rimane, sì, libero di proseguire le indagini preliminari, non essendo vincolato alla pronuncia del giudice, ma, *"qualora si trovi di fronte al diniego, per ragioni di competenza, dell'adozione di un provvedimento da parte del giudice, che egli ritenga irrinunciabile e necessario, è, allora, legittimato – anche in deroga alla designazione da parte dell'ufficio del P.M. sovraordinato, ai sensi dell'art. 54 c.p.p. – a rimettere gli atti all'ufficio del P.M. ritenuto competente, perché richieda al G.I.P. pres-*

so il quale svolge le sue funzioni, il provvedimento ritenuto necessario, non potendosi, infatti, non ravvisare in tale situazione una ragione legittima di deroga all'efficacia vincolante della designazione da parte del P.M. sovraordinato. L'accoglimento della richiesta del provvedimento da parte del diverso G.I.P. investito risolverà, almeno nella fase dello svolgimento delle indagini preliminari, il problema, mentre il diniego, in conseguenza di una dichiarazione di incompetenza, determinerà, invece, una situazione evidente di conflitto, la quale sarà rilevata dal giudice stesso, oppure denunciata dal P.M. per essere rimessa alla cognizione della Corte di cassazione, adempimento al quale il giudice è certamente obbligato" (in tal senso, in una fattispecie identica nella quale il GIP, richiesto di emettere ordinanza di custodia cautelare nei confronti degli indagati, dichiarava, con ordinanza ai sensi dell'art. 22 c.p.p., la propria incompetenza territoriale, indicando il diverso GIP territorialmente competente, v. anche Cass. Sez. I, c.c. 7.04.1999, n. 2828, dep. 7.06.1999, DI Lorenzo, Rv. 213491). Ciò, perché, in tema di conflitti di competenza, non è configurabile tra i casi analoghi cui fa riferimento l'art. 28, comma 2, c.p.p. un conflitto tra P.M. e Giudice, in quanto il conflitto di competenza è configurabile solo tra organi giurisdizionali (Cass. Sez. I, c.c. 10.05.1991, n. 2204, dep. 5.06.1991, Capriglione, Rv. 187396). "Ne consegue che il P.M. non può che prendere atto della decisione del Giudice in ordine alla competenza ed adeguarvisi, sino a quando non si determinino le condizioni di legge per la denuncia del conflitto" (Cass. Sez. I, c.c. 19.2.1990, cit., Rv. 183662. In senso conforme, v.: Cass. Sez. I, c.c. 7.4.1999, n. 2828, dep. 7.6.1999, Di Lorenzo ed altri, Rv. 213491 e Cass. Sez. V, c.c. 30.07.1991, n. 781, dep. 27.08.1991, Spezio, Rv. 189875, che distingue i due casi della declaratoria di incompetenza territoriale emessa con ordinanza ovvero con sentenza dal GIP; Cass. Sez. III, c.c. 11.1.2001, n. 5472, dep. 9.2.2001, Sardinias, Rv. 218323, quest'ultima riguardante l'ipotesi in cui il G.U.P. si sia dichiarato incompetente per territorio con sentenza, e Cass. Sez. I, c.c. 27.02.1996, n. 1299, dep. 17.04.1996, Ferraro ed altro, Rv. 204221, che si riferisce al caso della sentenza di incompetenza territoriale emessa dal GIP, ai sensi dell'art. 22, co. 3 c.p.p., dopo la chiusura delle indagini preliminari). E, pertanto, in siffatta situazione, caratterizzata dalla ripetuta decisione giurisdizionale (confermata ormai definitivamente dal Tribunale del Riesame) di incompetenza territoriale pronunciata dal G.I.P., con l'attribuzione della competenza territoriale di altro G.I.P., non sono ravvisabili i presupposti dell'ipotesi di contrasto negativo tra uffici del Pubblico Ministero, onde non può darsi luogo alla pronuncia prevista dall'art. 54, comma 2, c.p.p.

**Art. 54 c.p.p. (Contrasti negativi fra pubblici ministeri) – art. 146 DPR 237/1964 – renitenza alla leva – contrasto di giurisdizione e di competenza fra giudice ordinario e giudice militare – risoluzione – Compete alla Procura generale presso la Corte di cassazione.**

Per il reato di renitenza alla leva (di cui all'art. 135 D.P.R. 237/1964) l'interpretazione logico-sistematica della normativa vigente in tema di competenza e giurisdizione induce a ritenere applicabili le disposizioni di cui agli articoli 54 e seguenti c.p.p. anche a contrasti tra pubblici ministeri inerenti alla ripartizione e ai limiti della giurisdizione dei giudici ordinari e di quelli militari (il che appare anche coerente col complessivo assetto ordinamentale e processuale, nel quale si inquadrano la costituzione della Procura generale militare presso la Corte di cassazione, *ex art. 6 L. 180/1981*; la ricorribilità per cassazione delle sentenze dell'autorità giudiziaria militare, *ex art. 6 L. 180/1981*; l'attribuzione alla Suprema Corte della risoluzione dei conflitti di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice militare). La natura del reato ipotizzato e l'espresso dettato dell'art. 146 D.P.R. 237/1964 inducono, dunque, a ravvisare la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria: sicché nel caso in esame deve procedere il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario (pur in considerazione dell'esclusione della persistente illiceità penale della condotta, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 331/2000: cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, sent. n. 39294 del 2008, Rv. 241131).

**Decreto n. 229/09**

**Art. 54, comma 3bis, c.p.p. (Contrasti negativi fra pubblici ministeri)– ipotesi residuale - Misure di prevenzione – è tale - determinazione del luogo di pericolosità**

Un simile contrasto negativo tra pubblici ministeri, appartenenti a distretti diversi, rientra nell'ipotesi residuale prevista dall'art. 54, co. 3-bis c.p.p., che, pur non riguardando il caso tipico del contrasto negativo relativo alla conduzione delle indagini preliminari di un determinato procedimento penale, appartiene alla competenza di questo ufficio.

Va rilevato che, ai fini della determinazione della competenza per territorio in tema di misure di prevenzione, in considerazione dei presupposti e delle finalità della normativa in materia, la competenza per territorio a decidere spetta al Tribunale del capoluogo della provincia nella quale il proposto ha tenuto comportamenti significativi di pericolosità sociale e nel cui ambiente ha trovato stimolo e copertura omertosa per i propri comportamenti illeciti e pericolosi per la sicu-



rezza pubblica, al di là delle risultanze anagrafiche, del vivere abituale e dello svolgimento delle normali attività del soggetto proposto (Cass. Sez. I, c.c. 21.12.1992, n. 5248, dep. 19.1.1993, Palmieri, Rv. 192710; Cass. Sez. Un., c.c. 3.7.1996, n. 18, dep. 17.7.1996, Simonelli ed altri, Rv. 205259; Cass. Sez. I, c.c. 16.4.1996, n. 2531, dep. 6.6.1996, Biron ed altri, Rv. 204906; Cass. Sez. I, c.c. 4.3.1999, n. 1826, dep. 19.4.1999, Tedesco, Rv. 213064; Cass. Sez. I, c.c. 26.5.2000, n. 3837, dep. 26.6.2000, Mincuzzi, Rv. 216289; Cass. Sez. I, c.c. 4.7.2001, n. 29002, dep. 16.7.2001, Agostino, Rv. 219610; Cass. Sez. VI, c.c. 19.9.2002, n. 39588, dep. 22.11.2002, Pagnozzi, Rv. 222813; Cass. Sez. VI, c.c. 14.4.2003, n. 21710, dep. 15.5.2003, Buonanno, Rv. 225687; Cass. Sez. VI, c.c. 15.4.2004, n. 23090, dep. 17.5.2004, Alecci, Rv. 229955; Cass. Sez. I, c.c. 10.11.2006, n. 1281, dep. 18.01.2007, Zito, Rv. 235856).

#### **Decreto n. 100/08.**

**Art. 54, comma 3 bis, c.p.p. (Contrasti negativi fra pubblici ministeri) ipotesi residuale - Reati non ancora configurati - iscrizione del reato nel registro delle notizie di reato - necessità.**

Gli uffici territoriali del P.M. hanno talvolta sollevato contrasto negativo con riferimento a reati, che, ancorché ragionevolmente configurabili in una prospettiva di futuro sviluppo delle indagini, non erano stati tuttavia ancora iscritti nel registro delle notizie di reato.

In simili ipotesi questo ufficio ha ritenuto incongruo ancorare la competenza territoriale ad una dubbia configurabilità di fattispecie criminose.

La competenza territoriale, come è noto, viene determinata allo stato degli atti, intervenendo in una fase procedimentale dinamica per definizione, che non preclude – ed anzi sollecita – lo svolgimento di opportune indagini, al fine di verificare ed individuare il luogo di consumazione di eventuali altri e più gravi reati ovvero, se di pari gravità, reati cronologicamente precedenti; pertanto, non è possibile rifiutare l'investitura solo perché le ulteriori, pur doverose indagini potrebbero ipoteticamente portare a definire ulteriori, molteplici e diversificati reati commessi dalle stesse persone o da persone diverse ed in luoghi diversi.

#### **Decreto n. 154/08**

**Artt. 54, 663 e 665, comma 4, c.p.p. – art. 40, co. 3 d.l. n. 274/2000 – contrasto negativo di competenza in materia di esecuzione - atti relativi all'esecuzione di pene concorrenti – individua-**

### **zione del giudice – ultima sentenza irrevocabile – plurimi provvedimenti del giudice di pace e del giudice ordinario – competenza del giudice ordinario**

Il giudice competente a provvedere sull'esecuzione a carico di soggetto, raggiunto da più condanne emesse da giudici diversi, è quello che ha pronunciato la sentenza divenuta irrevocabile per ultima, ai sensi degli artt. 663 e 665, 4° comma, c.p.p.;

Tale principio regola la competenza del giudice dell'esecuzione nel caso di una pluralità di sentenze emesse da giudici ordinari diversi e, pertanto, la diversa ipotesi - oggetto del presente contrasto - prevista dall'art. 40, co. 3 d.l. n. 274/2000, di "provvedimenti emessi dal giudice di pace e dal giudice ordinario", è disciplinata da quest'ultima norma che attribuisce la competenza a conoscere l'esecuzione in ogni caso al giudice ordinario;

Pertanto, non potendo il giudice di pace provvedere all'esecuzione concernente più provvedimenti emessi da giudici ordinari diversi e dallo stesso giudice di pace, ancorché la sentenza emessa da quest'ultimo sia divenuta irrevocabile per ultima, la competenza a conoscere dell'esecuzione in questione appartiene al giudice ordinario che ha pronunciato la sentenza divenuta irrevocabile per ultima, tra quelle emesse dai diversi giudici ordinari.

#### **Decreto n. 226/08**

## **2. Singole fattispecie di reato**

### **Art. 319-321 c.p. (corruzione) – contrasto negativo di competenza - reato a schema duplice – momenti consumativi differenti – ricevimento dell'utilità – accettazione della promessa.**

Il delitto di corruzione, secondo l'orientamento ormai prevalente della Corte Suprema, si configura come "reato a duplice schema, principale e sussidiario. Secondo quello principale, il reato viene commesso con due essenziali attività, strettamente legate tra loro e l'una funzionale all'altra: l'accettazione della promessa e il ricevimento dell'utilità, con il quale finisce per coincidere il momento consumativo, versandosi in un'ipotesi assimilabile a quella del reato progressivo. Secondo lo schema sussidiario, che si realizza quando la promessa non viene mantenuta, il reato si perfeziona con la sola accettazione della promessa che identifica il momento della consumazione del reato" (Cass. Sez. VI, c.c. 9.07.2007, n. 35118, dep. 20.09.2007, Fezia, Rv. 237288; nello stesso senso v. anche Cass. Sez. VI, ud. 4.05.2006, n.

33435, dep. 5.10.2006, Battistella ed altri, Rv. 234360; Cass. Sez. VI, ud. 7.02.2003, n. 23248, dep. 17.05.2003, Zanotti ed altri, Rv. 225669; Cass. Sez. VI, ud. 30.01.2003, n. 13619, dep. 25.03.2003, Lodigiani ed altri, Rv. 224144); perciò, il reato di corruzione si consuma nel momento in cui viene raggiunto l'accordo, ma quando a questo segua, in logica successione temporale, la dazione effettiva del denaro e dell'utilità, il momento consumativo si sposta in avanti per coincidere con la dazione medesima (Cass. Sez. VI, ud. 4.05.2006, Il. 33435, dep. 5.10.2006, Battistella ed altri, cit.; Cass. Sez. VI, ud. 7.02.2003, n. 23248, dep. 17.05.2003, Zanotti ed altri, cit.);

**Decreto n. 176/08**

**Art. 326 c.p. (rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio) – Contrasto negativo di competenza – reato di pericolo – pregiudizio insito nella violazione dell'obbligo.** Ritenuto che il delitto previsto dall'art. 326 c.p. è un reato di pericolo, nel senso che non è richiesto per la sua configurazione un danno effettivo, ma soltanto la probabilità che esso si verifichi e che, quando è la legge a prevedere l'obbligo del segreto in relazione ad un determinato atto, deve ritenersi che la sua violazione realizzi già il pregiudizio, anche solo potenziale, richiesto, essendo tale pregiudizio insito nella stessa violazione dell'obbligo (Cass. Sez. VI, ud. 11.10.2005, n. 42726, dep. 25.11.2005, De Carolis, Rv. 232751).

**Decreto n. 6/09**

**Art. 334 c.p. (Sottrazione di beni in custodia) - Contrasto negativo di competenza – reato istantaneo – appropriazione del bene – irrilevanza - consumazione – luogo della rimozione o spostamento della cosa.**

Il concetto di sottrazione del bene in custodia di cui all'art. 334 c.p. non implica quello di appropriazione, bastando ad integrarlo il semplice spostamento della cosa effettuato senza preavviso all'ufficiale giudiziario; pertanto, il luogo di consumazione del reato deve ritenersi quello della rimozione o spostamento della cosa in sequestro.

**Decreto n. 163/08**

**Art. 368 c.p. (Calunnia) - Contrasto negativo di competenza – reato istantaneo e di pericolo – consumazione – comunicazione all'autorità della falsa incolpazione**

Il reato di calunnia, essendo reato istantaneo e di pericolo, si perfeziona, secondo il costante orientamento giurisprudenziale della

Corte di cassazione con la comunicazione all'autorità di una falsa incolpazione a carico di persona che si sa essere innocente.

**Decreto n. 34/08**

**Art. 368 c.p. (Calunnia) - Contrasto negativo di competenza – reato istantaneo e di pericolo – consumazione – reato commesso all'estero – criteri alternativi – prevalenza del criterio anagrafico**

Tuttavia, quando il reato si sia consumato all'estero, risultano applicabili i criteri sanciti dall'art. 10 c.p.p. e, primieramente, il criterio di residenza, dimora o domicilio, mentre solo successivamente può trovare applicazione quello del luogo dell'arresto o della consegna dell'imputato o ancora quello del luogo in cui si è proceduto a iscrivere per prima la notizia di reato.

**Decreto n. 58/08**

**Art. 385 c.p. - evasione – particolare ipotesi di evasione dagli arresti domiciliari – condotta omissiva – mancato rientro - configurabilità – momento consumativo**

Il reato di evasione è reato istantaneo con effetti permanenti; la condotta può concretizzarsi indifferentemente in una azione di tipo commissivo ovvero omissivo.

Deve riscontrarsi il carattere omissivo della condotta nel comportamento di chi non si sia presentato nel minor tempo possibile nel luogo degli arresti domiciliari.

La giurisprudenza di legittimità, occupandosi di casi simili, riguardanti il mancato rientro in carcere alla scadenza di un permesso, ha individuato la consumazione del reato nel momento e nel luogo del mancato rientro (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 5823 del 18/03/1982 Ud. (dep. 11/06/1982) Rv. 154190; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 3712 del 05/11/1996 Cc. (dep. 05/12/1996) Rv. 206728.

**Decreto n. 143/09**

**Art. 416 c.p. (Associazione per delinquere) - Contrasto negativo di competenza – luogo di costituzione ignoto – determinazione della competenza – luogo dei primi segni di operatività**

Nel caso in cui sia rimasto ignoto il luogo in cui l'associazione per delinquere sia stata costituita, occorre individuare il luogo in cui i primi segni dell'operatività dell'associazione per delinquere (reato più grave) si sono concretamente manifestati. Tale criterio in difetto della conoscenza del luogo della genesi del reato associativo, vale a determinare la competenza territoriale secondo il costante indirizzo giuri-

sprudenziiale della Suprema Corte (Cass. Sez. VI, n. 26010, 23.4.2004-9.6.2004, Rv. 229972, Loccisano; nello stesso senso Cass. Sez. VI, n. 22286, 2.3.2006-23.6.2006, Rv. 234722, Savino; Cass. Sez. IV, n. 35229, 30.9.2005, Rv. 232081, Mercato Varquez).

**Decreto n. 76/08, fra gli altri**

**Art. 416 bis. c.p. - art. 74 dpr. 309/90 (associazione di tipo mafioso ed associazione finalizzata al traffico di stupefacenti) - Contrasto negativo di competenza – luogo di costituzione ignoto – determinazione della competenza – luogo dei primi segni di operatività – legge istitutiva della Direzione Nazionale Antimafia – deroga alle regole sulla competenza territoriale – art. 51 bis c.p.p. - vis *attractiva***

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale ormai affermatosi (Cass. Sez. VI, ud. 30.09.2003, n. 4345, dep. 4.02.2004, Arone ed altri, Rv. 228675; Cass. Sez. VI, ud.4.12.2003, n. 2850, dep. 27.01.2004, Odigie Ogneide ed altri, Rv. 229767) deve precisarsi che l'art. 51, co. 3 bis c.p.p. prevede, limitatamente ai reati ivi contemplati, una deroga assoluta ed esclusiva alle regole sulla competenza per territorio, anche fuori dagli ambiti distrettuali, e stabilisce la "vis *attractiva*" di essi nei confronti dei reati connessi, che esulano dalla previsione normativa, anche se si palesino di maggiore gravità (nella fattispecie, il reato associativo *ex art. 74 dpr n. 309/1990* era connesso con il più grave reato *ex artt. 73 e 80, co. 2 dpr cit.*, commesso in altro distretto). Tale decisione spiega che, con la legge istitutiva della Procura Nazionale Antimafia e delle sue articolazioni (DDA) – la quale attribuisce la competenza funzionale, per alcuni reati (tra cui l'art. 74 cit), a norma dell'art. 51, co. 3 c.p.p., all'ufficio del pubblico ministero presso il Tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente – si è introdotta una deroga alla competenza per territorio all'interno del distretto in favore del Tribunale del capoluogo del distretto stesso. Ma – aggiunge la Corte nella citata sentenza – la portata applicativa del principio ad essa sotteso è ben più ampia: nel senso che, per i reati in essa (art. 51, co. 3 c.p.p.) contemplati, la norma prevede, in sostanza una deroga assoluta ed esclusiva alle regole sulla competenza per territorio, anche fuori dagli ambiti distrettuali, e stabilisce una "vis *attractiva*" di essi (reati) nei confronti dei reati connessi, che esulino dalla previsione normativa, anche se si palesino di maggiore gravità. Pertanto, è necessario aver riguardo al luogo del commesso reato associativo (art. 74 dpr n. 309/1990), che da solo incardina la competenza funzionale della DDA.

Di conseguenza, assume rilievo il fatto che, registrandosi una deroga assoluta all'art. 16 c.p.p., il giudice naturale deve essere individuato in base al criterio principale dell'art. 8 c.p.p. e, se tale criterio si riveli inapplicabile, in base ai criteri sussidiari previsti dall'art. 9 c.p.p.

Dunque, il reato associativo in questione è un reato permanente e quindi la regola generale e principale da applicare è contenuta nell'art. 8, co. 3 c.p.p., secondo cui è competente il giudice del luogo in cui ha avuto inizio la consumazione. In difetto di elementi storicamente certi in ordine alla genesi del vincolo associativo, soccorrono (secondo la stessa giurisprudenza di legittimità) criteri presuntivi che valgono a radicare la competenza territoriale nel luogo in cui il sodalizio criminoso si manifesti, per la prima volta, all'esterno ovvero si concretino i primi segni della sua operatività, ragionevolmente utilizzabili come elementi sintomatici della genesi dell'associazione nello spazio. In tal senso le informative della polizia giudiziaria, le richieste di autorizzazioni e decreti per le intercettazioni, il capo di imputazione possono offrire elementi di valutazione congrui e convergenti per ritenere che i primi sintomi della genesi del reato permanente associativo si siano disgelati in un determinato luogo e quindi in un determinato circondario.

#### **Decreto n. 234/09, fra gli altri**

**Art. 468, 469 c.p. (contraffazione di sigilli o altri strumenti destinati alla certificazione, ovvero di impronte di pubblica certificazione) – concorso con i delitti di falso documentale – possibilità – Contrasto negativo di competenza – luogo e momento della creazione del falso strumento.**

I reati di contraffazione di sigilli o altri strumenti destinati alla certificazione, ovvero di impronte di pubblica certificazione (artt. 468/469 c.p.) possono concorrere con i delitti di falso documentale. Invero i beni tutelati e le condotte punite sono diversi, in quanto i delitti di contraffazione, tutelando direttamente la fede pubblica in relazione ai mezzi dei quali si serve la pubblica amministrazione per attestare la provenienza dell'atto, prescindono dalla sussistenza del falso documentale e si perfezionano al momento della creazione del falso strumento, il cui uso è oggettivamente destinato alla produzione di una serie indefinita di atti falsi; i delitti di falso documentale, invece, pur diretti alla tutela della fede pubblica, hanno riferimento alle attestazioni di verità di fatti giuridicamente rilevanti, come evidenziati nel falso documento (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 7553 del 01/03/1999 Ud., dep. 11/06/1999, Rv. 213781, Pavan C.).

**Art. 474 c.p. (Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi) - Contrasto negativo di competenza – introduzione nello Stato di prodotti con segni falsi - reato di pericolo – contro la fede pubblica – luogo in cui il bene risulta introdotto**

Il reato di introduzione nel territorio dello Stato di prodotti con segni falsi, previsto dall'art. 474 c.p., è reato di pericolo, volto a tutelare non la libertà di determinazione dell'acquirente, ma la pubblica fede, intesa come affidamento dei consumatori nei marchi, quali segni distintivi della particolare qualità e originalità dei prodotti messi in circolazione (Cass. Sez. V, c.c. 20.9.2004, n.40835, dep. 20.10.2004, Chianella, Rv. 230913); quindi, il delitto si consuma nell'area doganale ove sono pervenute, introdotte nel territorio dello Stato per farne commercio, le calzature con il marchio contraffatto.

**Decreto n. 139/08**

**Artt. 477, 482 c.p. ( Falsità materiale in certificati o autorizzazioni amministrative commessa dal privato) - Contrasto negativo di competenza - reato istantaneo – uso di atto falso – esclusione**

In un caso di falsità materiale in patente di guida e carta d'identità (artt. 477 e 482 c.p.) questo ufficio, precisando che il reato è istantaneo e non richiede per la sua consumazione anche l'uso dell'atto falso, ha segnalato che esso si perfeziona nel momento e nel luogo in cui sia stata compiuta la falsificazione. Quando non risulta accertato il luogo della consumazione non può aversi riguardo al criterio previsto dall'art. 8 comma 1, c.p.p., né al criterio sussidiario di cui all'art. 9, comma 1, c.p.p., in quanto deve escludersi la possibilità di considerare "parte dell'azione" la protrazione degli effetti del reato istantaneo e, quindi, attribuire la competenza, per tale via, al giudice del luogo in cui la detenzione e l'uso della *res* siano stati accertati. Pertanto, deve necessariamente aversi riguardo, trattandosi di indagato noto, al criterio sussidiario, dettato dall'art. 9, comma 2, c.p.p., del luogo di residenza domicilio o dimora dell'indagato, trattandosi di indagato ignoto, al criterio di cui all'art. 9 comma 3 c.p.p.

**Decreto n. 27/08, fra gli altri**

**Art. 483 c.p. (Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico) - Contrasto negativo di competenza – dichiarazioni doganali - false attestazioni – momento percettivo della falsa dichiarazione - necessità – rilevanza**

Ricorre l'ipotesi di cui all'art. 483 c.p. nelle false attestazioni fatte nella dichiarazione doganale perché sia il registro delle operazioni che

le bollette doganali sono documenti pubblici; nell'ipotesi di cui all'art. 483 c.p. il momento consumativo coincide con la percezione della falsa dichiarazione da parte del pubblico ufficiale, non già con il momento in cui il privato forma la falsa dichiarazione, e quindi la competenza territoriale va determinata nel luogo in cui la falsa attestazione del privato perviene al pubblico ufficiale.

**Art. 485 c.p. (Falsità in scrittura privata) – Contrasto negativo di competenza – uso di atto falso – necessità – primo atto di uso del documento – rilevanza**

Poiché il reato di falsità in scrittura privata richiede per la sua consumazione anche l'uso della scrittura falsificata, si è precisato, in linea con la giurisprudenza affatto costante, che il reato si perfeziona con il primo atto di uso del documento falso.

Si è altresì precisato che, conseguentemente, il reato di falso materiale si consuma nel momento in cui il documento esce dalla disponibilità dell'agente, producendo i suoi effetti giuridici all'esterno nei confronti dei terzi. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità si è più volte pronunciata nel senso sopra indicato, in particolare con riferimento alla falsità materiale in titoli di credito (cambiali), disciplinata dall'art. 485 c.p., espressamente richiamato dall'art. 491 c.p., che regola diversamente soltanto la misura della pena (cfr. Cass. Pen., Sez. V, 4.12.2002, n. 3925 (dep. 27.1.2003, Rv. 224275), affermando che la consumazione avviene nel momento (e quindi anche nel luogo) di negoziazione del titolo falso; o, nel caso di sua spedizione per posta, nel momento e nel luogo in cui esso perviene al destinatario (Cass. Pen. Sez. V, n. 10699/1979, Rv. 143663);

**Decreto n. 35/08, fra gli altri; v. da ultimo decreto n. 201/09**

**Art. 485 c.p. (Falsità in scrittura privata) – Contrasto negativo di competenza – titoli di credito – uso di atto falso – necessità – luogo di prima negoziazione - irrilevanza**

Ma, in caso di negoziazione di assegno, il luogo della prima negoziazione può costituire circostanza rilevante agli effetti della identificazione del luogo di consumazione del reato solo se essa è riferibile al presunto autore del reato, mentre rimane del tutto irrilevante se attribuibile indifferentemente ad uno dei giranti e presentatori, anche in buona fede del titolo.

**Art. 515 c.p. (frode nell'esercizio del commercio) e 56 c.p. (tentativo) – Contrasto negativo di competenza – atto della conse-**



**gna della merce – atto della produzione della merce – esistenza di contrasto giurisprudenziale – momento consumativi secondo l'ufficio di Procura generale**

Sul momento e sul luogo di consumazione del reato di frode in commercio la Corte di cassazione ha in tempi assai risalenti prodotto due indirizzi giurisprudenziali, mai ricomposti ad unità. Secondo il primo indirizzo, *“In sede penale, al fine di determinare il luogo di commissione di un reato, appare fallace avere riguardo ad eventuali criteri civilistici, essendo necessario fare riferimento a quella che è la materialità del reato descritta dalla legge. Ora, l'art. 515 C.P., nel delineare il fatto tipico del delitto, dà rilevanza soltanto all'atto concreto della consegna all'acquirente, atto che da vita all'eventuale inadempimento, nel quale consiste il comportamento tipico sanzionato dalla norma. È, infatti, al momento suddetto che l'acquirente, ottenuta la disponibilità della cosa, viene a trovarsi nella possibilità di verificare la corrispondenza di essa a quella pattuita o dichiarata dal venditore”* (v. Cass., Sez. 6, sent. n. 5166 del 23.5.1984, Audisio; Sez. 6, sent. N. 4897 del 18.1.1983, Mastromau-ro; Sez. 1, sent. n. 1597 del 22.4.1970, Franco; Sez. 1, sent. n. 2631 dell'11.12.1967; e soprattutto Cass. Sez. 1, Sentenza n. 8383 del 30/01/2003 Cc. (dep. 19/02/2003) Rv. 223297, Confl. in proc. Galvispe-na). Secondo altro indirizzo, *“Il reato è di carattere commissivo istantaneo, perché l'interesse tutelato dalla norma resta lesa in modo definitivo all'atto della produzione della merce destinata al commercio. Il momento consumativo pertanto è quello del luogo e tempo di produzione”* (Cass. Sez. VI, Sentenza n. 163 del 16/12/1981 Ud. (dep. 09/01/1982) Rv. 151514, Sgambaro).

Questo ufficio ha ritenuto di dover condividere il primo e prevalente orientamento, secondo cui il luogo della consumazione si identifica nel luogo in cui si verifica il passaggio del bene dal venditore all'acquirente (il secondo indirizzo giurisprudenziale su indicato è invece assai risalente, è rimasto sostanzialmente isolato ed appare espresso in modo acritico).

Conseguentemente, quando si versi in ipotesi di delitto tentato, il luogo che incardina la competenza territoriale deve essere individuato in quello della offerta al pubblico del prodotto.

**Decreto n. 14/09**

**Art. 572 c.p. (Maltrattamenti) - Contrasto negativo di competenza – maltrattamenti – permanenza – esclusione - abitualità – consumazione – ultimo atto**

Con riferimento al reato di maltrattamenti si è precisato che il

reato di maltrattamenti è reato abituale poiché è caratterizzato dalla sussistenza di una serie di fatti i quali, isolatamente considerati, potrebbero anche non costituire delitto, ma che rinvergono la ratio dell'antigiuridicità penale nella loro reiterazione, che si protrae nel tempo, e nella persistenza dell'elemento intenzionale; pertanto, poiché i fatti debbono essere molteplici e la reiterazione presuppone un arco di tempo che può essere più o meno lungo, ma comunque apprezzabile, la consumazione del reato si perfeziona con l'ultimo di questa serie di fatti (cfr. Cass. Sez. 6, Sentenza n. 3032 del 16/12/1986 Ud. (dep. 13/03/1987) Rv. 175315; Nenna; nella specie la suprema Corte ha disatteso la tesi, sostenuta dal ricorrente, relativa al rinvenimento della competenza per territorio nel luogo ove aveva avuto inizio la consumazione, motivata dalla assimilabilità del reato abituale a quello permanente; v. anche mass n. 135000; n. 115743; n. 113944).

**Decreti n. 96/08; n. 90/09**

**Art. 589 c.p. (omicidio colposo) - Contrasto negativo di competenza – criterio residuale del luogo della prima iscrizione della notizia di reato, in difetto di conoscenza dell'indagato o indagati (ignoti), dell'unicità ovvero della pluralità delle azioni causali indipendenti.**

Quando non sia noto né conoscibile il luogo oppure i luoghi dove, ai sensi dell'art. 8, co. 2 c.p.p., è avvenuta la condotta attiva o omissiva che ha dato origine alla malattia dalla quale è derivata la morte (intervenuta in luogo diverso, Perugia) occorre indagare circa i luoghi in cui sono state realizzate eventuali colpose condotte causali indipendenti, commesse da soggetti distinti in luoghi diversi, le quali hanno determinato la morte (ipotesi di cui agli artt. 12, co. 1 lett. a) c.p.p. e 16, co. 2 c.p.p.). Ma, se neppure tali luoghi appaiono conoscibili, la competenza territoriale a procedere per il reato ipotizzato di omicidio colposo non può essere determinata né ai sensi dell'art. 8, co. 2 c.p.p., né ai sensi degli artt. 16, co. 2 c.p.p. in relazione all'art. 12 lett. a) c.p.p., né ai sensi dell'art. 9, co. 1 e 2 c.p.p., non essendo state individuate, neppure in parte, l'azione o l'omissione dalle quali è derivata la morte della persona offesa e trattandosi di procedimento contro ignoti. L'unico criterio suppletivo applicabile ai fini della determinazione della competenza territoriale è, pertanto, quello previsto dall'art 9, co. 3 c.p.p., riferito al luogo ove ha sede l'ufficio del p.m. che ha provveduto ad iscrivere per primo la notizia di reato nell'apposito registro.

**Decreto n. 218/08**

**Art. 590 c.p. (Lesioni colpose) - Contrasto negativo di competenza – concetto di malattia – stress logorante – depressione psichica - operazione chirurgica non necessaria - momento consumativo.**

Il reato di lesioni personali colpose è reato istantaneo che si verifica nel momento della insorgenza della malattia. In sintonia con la dottrina e con la giurisprudenza di legittimità, può affermarsi che la malattia giuridicamente rilevante cui fa riferimento l'art. 582 c.p. (e di riflesso l'art. 590 c.p. nella forma colposa), se non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica (che possono anche mancare) contempla tuttavia quelle alterazioni da cui deriva una limitazione funzionale o un significativo processo patologico o una compromissione, anche non definitiva, ma significativa, di funzioni dell'organismo. In particolare, "Per malattia nella mente ai fini del delitto di lesioni, non si intende soltanto offuscamento o disordine totale o parziale, ma rilevante, bensì anche indebolimento, eccitamento, depressione o inerzia dell'attività psichica, con effetto permanente o temporaneo, pure brevissimo. Pertanto, anche il cosiddetto shock ed il semplice svenimento debbono considerarsi malattia nella mente" (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 8483 del 04/12/1974, dep.04/09/1975, Rv. 130726).

L'insorgenza della sintomatologia da stress logorante e depressione psichica, perdurata per lungo periodo determina il luogo (ed il momento) della consumazione.

**Decreto n. 251/09**

**Art. 590 c.p. (Lesioni colpose) - Contrasto negativo di competenza – lesioni colpose nel Palazzo di Giustizia- lavoratore non dipendente - infortunio sul lavoro – configurabilità – criterio di competenza dettato dall'art. 11 c.p.p.**

In materia di responsabilità per l'igiene e la sicurezza dei luoghi di lavoro relativi agli uffici giudiziari, il dovere di sicurezza incombe (oltre al titolare del potere di spesa, spettante all'organo del comune (sindaco o assessore delegato al patrimonio immobiliare o direttore dell'ufficio tecnico dotato di poteri decisori) anche sul titolare del potere di controllo, attribuito dall'art. 2 del d.lgs. 19.03.1996 n. 242 e, sulla base di questo, dal decreto del Ministro della Giustizia del 18.11.1996 di attuazione, ai capi degli uffici giudiziari, che, in tal modo hanno assunto la qualità di datori di lavoro, ai sensi dell'art. 2, co. 1 letto b) del d.lgs. 19.09.1994, n. 626 in relazione all'art. 30 d.lgs. n. 242/1996 e art. 1 lett. g) D. M. 18.11. 1996 (Cass. Sez. 3, ud. 2.03.2001, n. 20904, dep. 23.05.2001, Rv. 219010; nello stesso senso v.

anche Cass. Sez. III, ud. 16.12.1999, n. 2080, dep. 23.02.2000, Rv. 215525). Inoltre, in tema di lesioni e di omicidio colposo, perché possa ravvisarsi l'ipotesi del fatto commesso con violazione delle norme dirette a prevenire gli infortuni sul lavoro, è sufficiente che sussista tra siffatta violazione e l'evento dannoso un legame causale, il quale non può ritenersi escluso solo perché il soggetto colpito da tale evento non sia un lavoratore dipendente o soggetto equiparato, in quanto le norme antinfortunistiche tutelano anche il soggetto passivo estraneo all'attività e all'ambiente di lavoro, purché la presenza di tale soggetto nel luogo e nel momento dell'infortunio non abbia i caratteri di anormalità, atipicità ed eccezionalità da far ritenere interrotto il nesso di causalità tra l'evento e la condotta inosservante (Cass. Sez. IV, ud. 10.11.2005, n. 11360, dep. 31.03.2006, Rv. 233662). La competenza a procedere in ordine all'ipotesi di reato sopra descritta e consumata nel Palazzo di Giustizia appartiene al P.M. presso il Tribunale competente ai sensi dell'art. 11 c.p.p., potendo emergere a carico dei magistrati capi degli uffici giudiziari elementi di responsabilità.

**Art. 594 c.p. (Ingiuria) e art. 612 c.p. (Minaccia) - Contrasto negativo di competenza – reato commesso a mezzo di posta elettronica – consumazione nel luogo in cui il soggetto passivo percepisce le espressioni ingiuriose o minacciose.**

I reati di ingiuria e minaccia si consumano nel momento e nel luogo in cui il soggetto passivo percepisce le espressioni ingiuriose e minacciose; nella specie, tale luogo è quello ove risiede la persona offesa, che ha percepito dette espressioni attraverso la lettura dei messaggi pervenuti sulla sua casella di posta elettronica.

**Decreto n. 150/08**

**Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione a mezzo stampa – determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri – deposito presso la Prefettura – esclusione – verifica del luogo in cui è stata confezionata la pubblicazione - legatoria ed incellophanatura - necessità**

Il reato di diffamazione a mezzo stampa si consuma nel luogo e nel momento in cui ha avuto diffusione la notizia di stampa ritenuta lesiva, la quale di solito coincide con il luogo della stampa, nella ragionevole presunzione che, una volta uscito lo stampato dalla tipografia, si verifica l'immediata possibilità che esso venga letto da altre persone e, quindi, la diffusione dello stesso in senso potenziale ( Cass. Sez. V,

26 novembre 2002, Calabrese, Rv. 222722; Sez., I, 14 giugno 2007, Filippi, Guida Dir. 2007, n. 38, p. 96). Per stabilire il momento consumativo del reato, alcuni provvedimenti di questa Procura e talune decisioni della Corte di cassazione avevano individuato la prima diffusione dello stampato nel deposito obbligatorio presso gli uffici di Prefettura. Sennonché, a seguito dell'entrata in vigore del D.P.R. 3 maggio 2006, n. 252, è venuto meno l'obbligo di deposito preventivo delle pubblicazioni presso la Prefettura. Tale deposito può oggi avvenire entro 60 giorni dalla pubblicazione e, quindi, non appare più utile per determinare il momento della diffusione.

Si impone, quindi, il ritorno al criterio generale che rimanda all'accertamento del luogo di stampa. Tuttavia, si è registrato che alcuni giornali vengono sottoposti ad una particolare procedura industriale di "incellophanatura". Così, ad esempio, il settimanale "L'Espresso" presenta una peculiare procedura di allestimento, diversa rispetto ai normali quotidiani, venendo allestito, dopo la stampa, da una legatoria sita in Ariccia (RM), e venendo ancora successivamente incellophanato da ditta operante in Pavona, frazione del Comune di Albano Laziale (circondario di Velletri). Tenuto conto delle modalità di confezionamento della rivista, questo ufficio ha ritenuto che la prima diffusione avviene subito dopo la incellophanatura, allorquando il settimanale è pronto per essere distribuito ai rivenditori, con immediata possibilità, quindi, che esso venga letto da persone estranee al procedimento di redazione e stampa.

**Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione via internet – consumazione -determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri – impossibilità di individuare il luogo e il momento in cui i terzi percepiscono l'offesa – criterio generale – esclusione – criteri sussidiarii – luogo di residenza domicilio o dimora – necessità**

L'inserimento di frasi offensive o di immagini denigratorie nella rete telematica (internet) dà luogo ad un reato di evento (diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, co. 3 c.p. attesa la particolare diffusività del mezzo utilizzato) che si consuma, secondo le ordinarie norme (mancando una disposizione derogatoria della competenza come quella prevista dalla legge 6.08.1990 n. 223) sulla competenza, nel momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono l'espressione ingiuriosa (in tal senso v. Cass. Sez. V, c.c. 17.11.2000, n. 4741, dep. 27.12.2000, Rv. 217745). In particolare, la Corte Suprema ha precisato che: *"La diffamazione è un reato di evento, inteso quest'ultimo come*

*avvenimento esterno all'agente e casualmente collegato al comportamento di costui. Si tratta di un evento non fisico, ma per così dire psicologico, consistente nella percezione del terzo (rectius terzi) della espressione offensiva. Il reato, dunque, si consuma non al momento della diffusione del messaggio offensivo, ma al momento della percezione dello stesso da parte di soggetti che siano "terzi" rispetto all'agente ed alla persona offesa. Nel caso in cui l'offesa venga arrecata tramite internet l'evento appare temporalmente, oltre che concettualmente, ben differenziato dalla condotta: in un primo tempo, si avrà l'inserimento in "rete" da parte dell'agente degli scritti offensivi e/o delle immagini denigratorie, e solo in un secondo tempo, i terzi, connettendosi con il "sito" e percependo il messaggio, consentiranno la verifica dell'evento" (Cass. Sez. V, c.c. 17.11.2000, n. 4741. Nello stesso senso v. Cass. Sez. V, ud. 21.06.2006, n. 25875, dep. 25.07.2006, Rv. 234528). Del resto, tale orientamento giurisprudenziale è conforme alla natura eccezionale e speciale delle norme di cui all'art. 30 legge n. 223/1990, che, in quanto tali, non possono essere suscettibili di interpretazione estensiva o analogica e, quindi, valgono esclusivamente, in tema di trattamento sanzionatorio e di competenza territoriale, per il reato di diffamazione con attribuzione di fatto determinato, commesso attraverso trasmissioni radiofoniche e/ o televisive.*

Peraltro, quando non sono noti né il luogo in cui le espressioni, inserite nella rete telematica, lesive della reputazione della persona offesa, sono state percepite da terzi (art. 8 c.p.p.), né il luogo in cui l'agente ha immesso le stesse nel relativo "sito" web, condotta che costituisce una parte dell'azione (art. 9, co. 1 c.p.p.) per la consumazione del delitto de quo, deve farsi ricorso al criterio suppletivo di cui all'art. 9, co. 2 c.p.p., cioè al luogo di residenza, domicilio o dimora dell'indagato, ovvero ancora al criterio suppletivo di cui all'art. 9, comma 3 c.p.p..

#### **Decreti n. 1 e 2/08, fra gli altri**

**Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione via internet – consumazione -determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri – impossibilità di individuare il luogo e il momento in cui i terzi percepiscono l'offesa – criterio generale – esclusione – criteri sussidiarii – luogo di residenza domicilio o dimora - necessità**

Seguendo lo stesso indirizzo, in alcuni casi riguardanti diffamazione via internet l'ufficio ha altresì ritenuto che il delitto - reato di evento - si consuma nel luogo e nel momento in cui i terzi percepiscono l'espressione ingiuriosa, non in quello in cui la persona offesa ha

contezza dell'avvenuta offesa alla sua reputazione. Trovandosi nell'impossibilità di individuare le persone che sono venute a conoscenza della pubblicazione delle notizie, non possono quindi trovare applicazione le regole dell'art. 8, bensì quelle suppletive dell'art. 9, ed in particolare la regola che attribuisce rilevanza al luogo di residenza, dimora o domicilio dell'imputato, e, se l'imputato è ancora ignoto, la regola di cui al comma 3, secondo cui la competenza si radica nell'ufficio del P.M. che per primo ha iscritto la notizia di reato nel registro *ex art. 335 c.p.p.* che, invero, il reato di diffamazione si consuma nel momento e nel luogo in cui si attua la comunicazione con più persone lesiva dell'altrui reputazione.

Nell'affermare tale principio si è richiamato quanto precisato dalla Corte Suprema, cioè che: *“La diffamazione è un reato di evento, inteso quest'ultimo come avvenimento esterno all'agente e casualmente collegato al comportamento di costui. Si tratta di un evento non fisico, ma, per così dire psicologico, consistente nella percezione del terzo (rectius terzi) della espressione offensiva; e, dunque, il reato si consuma non al momento della diffusione del messaggio offensivo, ma al momento della percezione dello stesso da parte di soggetti che siano “terzi” rispetto all'agente ed alla persona offesa. Nel caso in cui l'offesa venga arrecata tramite internet l'evento appare temporalmente, oltre che concettualmente, ben differenziato dalla condotta: in un primo tempo, si avrà l'inserimento in “rete” da parte dell'agente degli scritti offensivi e/ o delle immagini denigratorie, e solo in un secondo tempo, i terzi, connettendosi con il “sito” e percependo il messaggio, consentiranno la verifica dell'evento”* (Cass. Sez. V, c.c. 1 7.11.2000, n. 4741. Nello stesso senso v. Cass. Sez. V, ud. 21.06.2006, n. 25875, dep. 25.07.2006, Rv. 234528).

**Decreti n. 159/08, n. 211/08, n. 161/09**

**Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione via internet – tentativo - determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri – impossibilità di individuare il luogo e il momento in cui i terzi percepiscono l'offesa – criterio generale – esclusione – criteri sussidiari – luogo di residenza domicilio o dimora – esclusione – luogo di immissione nel web - necessità**

Nel ribadire il principio di cui sopra, si è altresì precisato che il diverso luogo nel quale risultano immesse nel web le espressioni ritenute lesive dell'altrui reputazione potrebbero venire in considerazione solo qualora mancasse l'effettiva percezione della notizia, e, quindi, nel caso di reato tentato.

**Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione a mezzo trasmissione televisiva – consumazione -determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri in deroga – luogo di residenza della persona offesa - necessità**

Il reato di diffamazione a mezzo di trasmissione televisiva si consuma nel momento e nel luogo in cui avviene la diffusione della trasmissione televisiva; l'art. 30 l. 223/90 deroga alla disciplina generale disponendo che, quando vi sia attribuzione di un fatto determinato, la competenza territoriale è determinata in base al luogo di residenza della persona offesa.

**Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione a mezzo trasmissione televisiva – consumazione -determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri in deroga – luogo di residenza della persona offesa – residenza estera – esclusione – ritorno ai criteri generali - necessità**

Tuttavia, in un caso in cui la persona offesa risultava risiedere all'estero, questo ufficio, ritenendo non più applicabile la disciplina derogatoria, ha determinato la competenza territoriale in base alla regola dell'art. 8 c.p.p. con riguardo al luogo di consumazione del reato, avvenuto in Roma negli studi RAI.

**Art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa – reato istantaneo di danno - consumazione – conseguimento di assegni bancari – messa all'incasso dei titoli**

Il reato di truffa – essendo reato istantaneo e di danno - si perfeziona, secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione (Cass. SS.UU. 16/12/1998 n. 17, Cellammare, Rv. 212080; Cass. SS.UU. 21.6.2000, n. 18, Franzo ed altri, Rv. 216429) nel luogo del conseguimento dell'effettivo profitto, con il contestuale concreto danno patrimoniale subito dalla parte offesa;

In particolare, si è affermato il principio secondo cui *“quando il reato abbia come oggetto immediato il conseguimento di assegni bancari, il danno si verifica nel momento in cui i titoli vengono posti all'incasso, ovvero usati come normali mezzi di pagamento, mediante girata a favore di terzi portatori legittimi”* (Cass. Se. II, 24.1.2002 n. 28928, Rv. 226745; id. sez. II del 28.10.1997, n. 1136, Rv. 209671; sez. VI, 24.5.2000, n. 10539, Rv. 217308); che, pertanto, nel caso di specie, il luogo di consumazione dell'ipotizzato reato di truffa in danno del que-



relante non è il luogo in cui sono stati consegnati gli assegni da parte del querelante, bensì il luogo in cui la persona ignota indagata ha posto all'incasso uno degli assegni intestati in suo favore.

**Decreto n. 105/08, fra gli altri**

**Art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa contrattuale – reato istantaneo di danno - consumazione – effettivo conseguimento del bene – luogo deputato al pagamento**

Confermando l'orientamento di cui sopra, si è in particolare ritenuto, in caso di truffa contrattuale, in cui l'agente (ditta committente di un appalto di opere edili) avrebbe posto in essere una condotta fraudolentemente volta ad accreditare la propria solvibilità, in modo da ottenere la prestazione d'opera dalla ditta appaltatrice (ristrutturazione di un immobile) senza adempiere alle proprie obbligazioni (S.A.L. e saldo finale), che il reato si consuma nel momento e nel luogo in cui si realizza l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente con correlativa definitiva perdita dello stesso da parte del raggirato; che, dunque, il danno si realizza nel luogo in cui il pagamento del saldo da parte della ditta committente si sarebbe dovuto perfezionare; che, in definitiva, deve aversi riguardo, nel particolare caso in esame, al luogo in cui i lavori sono stati eseguiti ed in cui l'appaltatore avrebbe dovuto ricevere il corrispettivo delle proprie prestazioni.

**Decreto n. 126/08**

Sviluppando il medesimo principio, si è sostenuto che nel caso di compravendita di cose mobili con consegna a mezzo vettore, laddove quest'ultimo abbia agito per conto del compratore, il reato si consuma nel luogo in cui la merce viene consegnata al trasportatore, attraverso il quale l'agente consegue la disponibilità giuridica e materiale dei beni.

**Decreto n. 234/08**

Pacifico essendo che nella truffa - e dunque anche in quella contrattuale - il momento e il luogo consumativo vanno identificati in quello in cui avviene il conseguimento del profitto e la contestuale diminuzione del patrimonio della p.o., si è ritenuto che nel caso di consegna al vettore, ai sensi dell'art. 1685 c.c., le cose restano nella disponibilità del mittente fino alla consegna al destinatario, momento in cui passano nella disposizione di questo. Il profitto viene dunque realizzato dall'indagato nel luogo in cui la merce fu consegnata e il profitto illecito conseguito.

**Decreto n. 112/09**

**Art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – particolare forma di truffa contrattuale – reato istantaneo di danno - consumazione – stipulazione dei nuovi accordi sui pagamenti già dovuti.**

Quando, la fattispecie sia individuata nell'artificio ed indebito conseguimento da parte delle persone sottoposte alle indagini (ben consapevoli della impossibilità di adempiere regolarmente l'obbligazione di pagamento dei titoli di credito ceduti in sostituzione di quelli in scadenza) della dilazione del pagamento a mezzo del rinnovo dei titoli di credito in precedenza rilasciati in pagamento e in scadenza, a tale figura criminosa non può riferirsi il criterio alla stregua del quale il danno rilevante per l'individuazione del luogo di consumazione del reato si verifica nel momento in cui i titoli vengono posti all'incasso; in caso di ri-negoziazione dei termini di adempimento di pregresse obbligazioni, ottenuto attraverso artifici e raggiri quanto alla solvibilità e attraverso il rilascio di titoli poi non onorati, il momento consumativo del reato non può essere posposto alla fase in cui i nuovi titoli sono stati messi all'incasso e protestati, dovendo bensì essere individuato già all'atto della stipulazione dei nuovi accordi sui pagamenti dovuti, funzionalmente alla quale venivano maliziosamente rilasciati i titoli in questione;

**Decreto n. 180/08**

**Art. 640 c.p. (Truffa) – Truffa contrattuale ai danni di una società di finanziamento per l'acquisto di auto – mutuo - reato istantaneo e di danno – momento consumativo - materiale erogazione del danaro.**

La truffa contrattuale si consuma non già quando il soggetto passivo assume per effetto di artifici e raggiri l'obbligazione della *datio* di un bene economico, ma nel momento in cui si realizza l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente e la definitiva perdita dello stesso da parte del raggirato.

In particolare, in tema di mutuo il reato si consuma con la consegna del danaro. Quindi, nel caso di finanziamento per l'acquisto di un'autovettura il reato si consuma non già nel momento in cui la società finanziatrice ha deliberato la concessione del finanziamento, bensì nel momento in cui il denaro è stato materialmente erogato al richiedente tramite il beneficiario concessionario; è infatti in tale momento che si ha l'effettiva *deminutio patrimonii* della p.o. e l'ingiusto profitto dell'agente.

**Decreto n. 193/08**

**Art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa ai danni di compagnia assicuratrice – reato istantaneo di danno - consumazione – effettivo conseguimento del bene – luogo deputato al pagamento**

Nel caso di truffa consumata in danno di una compagnia assicuratrice, il reato si consuma nel luogo e nel momento in cui l'agente ha ricevuto la polizza assicurativa nonché i relativi documenti assicurativi, a fronte del pagamento di un premio assicurativo corrisposto nella misura inferiore a quello che il cliente avrebbe dovuto versare se avesse prodotto una genuina e veridica documentazione in ordine all'effettivo luogo di residenza.

**Decreto n. 47/08**

**Art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa con carta Poste Pay - reato istantaneo di danno - consumazione – effettivo conseguimento del bene – luogo deputato al pagamento**

In caso di truffa commessa ricaricando una carta Poste Pay, la *de-minutio patrimonii* del soggetto passivo si realizza nel momento in cui viene compiuta l'operazione di ricarica e, quindi nel luogo in cui ha sede l'ufficio postale utilizzato; contestualmente con la disponibilità sulla carta della somma versata si verifica l'ingiusto profitto dell'agente a prescindere dal luogo in cui la somma viene effettivamente riscossa, giacché l'arricchimento è costituito dalla mera disponibilità, non già dall'effettiva spesa o prelievo della somma.

Registrando l'esistenza di numerosi contrasti sul punto, questo ufficio ha ritenuto di precisare che: 1) trattandosi di un reato di danno, i due elementi costitutivi dell'effettivo conseguimento dell'ingiusto profitto da parte dell'agente e del concreto e definitivo danno patrimoniale subito dal soggetto passivo non possono essere considerati, in modo separato e scollegato, in una sorta di successione cronologica, bensì vanno ritenuti - come sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. Un., ud. 22.03.1969, n. 2, dep. 26.05.1969, Rv. 111418; Cass. Sez. Un., ud. 30.11.1974, n. 307, dep. 16.01.1975, Rv. 128996) - due elementi tra loro collegati in maniera inscindibile da costituire i due aspetti di un'unica realtà; 2) ai fini della individuazione del momento consumativo ci si deve riferire al realizzarsi di quella "situazione che si verifica all'atto dell'effettiva prestazione del bene economico da parte del raggirato con conseguente definitivo passaggio dello stesso nella sfera di disponibilità dell'agente. L'applicazione di tale principio comporta che, in tema di truffa, la realizzazione del pro-

fitto e quella del danno debbono essere contestuali, trattandosi di dati fra loro collegati in modo da costituire due aspetti della stessa realtà”(Cass. Sez. II, ud.18.06.08, n. 27950, dep. 8.07.2008, Nardini, Rv. 240698). In tal senso è conforme la decisione della Corte di cassazione, quando afferma che il momento consumativo del delitto di truffa si verifica all’atto dell’effettiva prestazione del bene economico da parte del raggirato, con conseguente passaggio dello stesso nella sfera di disponibilità dell’agente” (Cass. Sez. I, c.c. 30.05.1997, n. 3869, dep. 30.06.1997, Petrone, Rv. 207988); 3) tale criterio interpretativo, seguito dal consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, si riscontra in altre significative affermazioni, nelle quali si afferma che “il momento consumativo della truffa va fissato all’atto della effettiva, concreta e definitiva lesione del bene tutelato” (Cass. Sez. II, ud. 28.10.1997, n. 1136, dep. 29.01.1998, Stabile, Rv. 209671) ovvero che “La truffa si perfeziona non con l’azione tesa al profitto, ma con la realizzazione del danno” (Cass. Sez. V, c.c. 7.04.1995, n. 6470, dep. 2.06.1995, Minicapelli, Rv. 201765); 4) Perciò, quando l’oggetto materiale della truffa consiste nella cosiddetta ricarica della carta di credito (*Postepay*), quella situazione - caratterizzata dal contestuale verificarsi della realizzazione dell’effettiva prestazione del bene economico da parte del soggetto raggirato e dell’immediato e definitivo passaggio dello stesso nella sfera di disponibilità dell’agente - si compie nello stesso momento e luogo del compimento dell’operazione, dando luogo alla consumazione del delitto di truffa.

**Decreti n. 29/08, n. 252/09**

E’ in applicazione del medesimo principio, sia pure con gli opportuni adattamenti al caso concreto, che questo ufficio ha anche affermato che, nel caso il pagamento avvenga *on-line*, tale luogo deve essere individuato nel luogo in cui fu impartito l’ordine telematico di pagamento, in quanto contestualmente con la disponibilità sulla carta della somma versata si verifica l’ingiusto profitto dell’agente a prescindere dal luogo in cui la somma viene effettivamente riscossa. Ed, infatti, seguendo il più aggiornato indirizzo giurisprudenziale, deve affermarsi che l’operazione effettuata dalla parte offesa (sia con il versamento del denaro presso l’ufficio postale, sia con l’ordine telematico di pagamento via internet) realizza contestualmente, nel luogo in cui essa avviene, il definitivo ed effettivo danno patrimoniale della persona offesa nonché l’ingiusto profitto del soggetto attivo del reato, a prescindere dal luogo in cui la somma di denaro viene, poi, riscossa dallo stesso soggetto attivo.

**Decreto n. 119/09**

Similmente, si è stabilito che, essendo un reato di danno, i due elementi costitutivi dell'effettivo conseguimento dell'ingiusto profitto da parte dell'agente e del concreto e definitivo danno patrimoniale subito dal soggetto passivo non possono essere considerati, in modo separato e scollegato, in una sorta di successione cronologica, bensì vanno ritenuti - come sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. Un., ud. 22.03.1969, n. 2, dep. 26.05.1969, Rv. 111418; Cass. Sez. Un., ud. 30.11.1974, n. 307, dep. 16.01.1975, Rv. 128996) - due elementi tra loro collegati in maniera inscindibile da costituire i due aspetti di un'unica realtà. E, pertanto, ai fini della individuazione del momento consumativo del delitto di truffa ci si deve riferire al realizzarsi di quella "situazione che si verifica all'atto dell'effettiva prestazione del bene economico da parte del raggirato con conseguente definitivo passaggio dello stesso nella sfera di disponibilità dell'agente. L'applicazione di tale principio comporta che, in tema di truffa, la realizzazione del profitto e quella del danno debbono essere contestuali, trattandosi di dati fra loro collegati in modo da costituire due aspetti della stessa realtà" (Cass. Sez. II, ud. 18.06.08, n. 27950, dep. 8.07.2008, Nardini, Rv. 240698). In tal senso è conforme anche la stessa decisione della Corte di cassazione, quando afferma che il momento consumativo del delitto di truffa si verifica all'atto dell'effettiva prestazione del bene economico da parte del raggirato, con conseguente passaggio dello stesso nella sfera di disponibilità dell'agente" (Cass. Sez. I, c.c. 30.05.1997, n. 3869, dep. 30.06.1997, Petrone, Rv. 207988).

Tale criterio interpretativo, seguito dal consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, si riscontra in altre significative decisioni, nelle quali si afferma che: "Il momento consumativo della truffa va fissato all'atto della effettiva, concreta e definitiva lesione del bene tutelato" (Cass. Sez. II, ud. 28.10.1997, n. 1136, dep. 29.01.1998, Stabile, Rv. 209671) ovvero che: "La truffa si perfeziona non con l'azione tesa al profitto, ma con la realizzazione del danno" (Cass. Sez. V, c.c. 7.04.1995, n. 6470, dep. 2.06.1995, Minicapelli, Rv. 201765). La particolarità della truffa che avviene con la ricarica della carta *Postepay* consiste nella contestualità della realizzazione del danno e del profitto, oltre che nel luogo in cui l'operazione di ricarica viene realizzata, in quanto alla perdita del bene economico subita dal soggetto passivo (somma di denaro pagata o accreditata) corrisponde l'acquisizione immediata e definitiva dello stesso bene passato nella concreta disponibilità dell'agente, a nulla rilevando, quindi, il luogo ed il momento in cui la carta di credito sia stata successivamente utilizzata con definitivo conseguimento del profitto del reato.

**Decreti n. 104/09; n. 180/09**

**Art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa consumata via internet a mezzo pagamento con bonifico bancario - reato istantaneo di danno - consumazione – effettivo conseguimento del bene – luogo deputato al pagamento**

In caso di truffa commessa via internet, con pagamento effettuato a mezzo bonifico bancario, la *deminutio patrimonii* del soggetto passivo si realizza nel momento in cui viene addebitata la somma nel conto corrente dell'acquirente e, quindi, nel luogo in cui ha sede lo sportello presso il quale è acceso il conto corrente bancario.

**Decreto n. 235/09**

**Art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa – reato istantaneo di danno - tentativo – ultimo atto dell'iter criminoso – spedizione di un messaggio – luogo di destinazione**

In tema di tentata truffa, competente a giudicare è il giudice del luogo in cui sia stato compiuto l'ultimo atto dell'*iter criminis* diretto a commettere il reato; che, pertanto, deve ritenersi tuttora prevalente l'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“Allorquando l'ultimo atto di esecuzione del delitto di tentata truffa consista nella spedizione di un messaggio, il luogo che viene in considerazione è quello in cui il proposito fraudolento raggiunge il destinatario del messaggio stesso, ossia dove sarebbe rimasto indotto in errore il soggetto passivo della truffa qualora l'evento consumativo si fosse verificato”* (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 2615 del 06/12/1967 Cc. (dep. 08/03/1968) Rv. 107113; Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 2548 del 28/11/1967 Cc. (dep. 05/02/1968) Rv. 106643).

**Decreto n. 9/08, fra gli altri**

**Art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa in danno della società autostrade – reato istantaneo di danno - consumazione – effettivo conseguimento del bene – luogo deputato al pagamento**

Nel fatto di chi prelevi due tagliandi di accesso autostradale invece di un solo biglietto e consegni uno dei due biglietti ad altro conducente di veicolo, traendo in tal modo un ingiusto profitto rappresentato dall'utilizzo del tagliando al casello d'uscita, con vantaggio patrimoniale costituito dal minor prezzo pagato rispetto al dovuto, questo ufficio ha ritenuto di configurare il reato di truffa, non già quello di furto, ravvisandosi nella condotta gli elementi costitutivi del primo reato;

Tanto premesso, si è ribadito che il reato di truffa – essendo reato istantaneo e di danno - si perfeziona, secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione (Cass. SS.UU.

16/12/1998 n. 17, Cellammare, Rv. 212080; Cass. SS.UU. 21.6.2000, n. 18, Franzo ed altri, Rv. 216429) nel luogo del conseguimento dell'effettivo profitto, con il contestuale concreto danno patrimoniale subito dalla parte offesa; che, in particolare, il prelievo del secondo biglietto non ha alcuna autonoma rilevanza, rappresentando unicamente la modalità con cui i conducenti degli automezzi, previo accordo fra loro, hanno ritenuto di poter trarre vantaggio a danno dell'ente autostradale; che il reato di truffa, come configurato, si consuma all'uscita del casello autostradale, ove l'ignoto conducente ha percepito l'ingiusto profitto del pagamento del prezzo inferiore commisurato ad un percorso più breve, con danno ingiusto per la società autostradale.

**Art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – reiterato transito senza tessera attraverso il varco riservato Viacard – connessione – qualificazione giuridica del reato (truffa o insolvenza fraudolenta in danno della società autostrade) – irrilevanza – luogo in cui si verifica il transito senza il contestuale pagamento – luogo deputato al pagamento**

Nel caso di reiterate condotte di transito autostradale senza pagamento del pedaggio, scontata la continuazione, si è ritenuto che, indipendentemente dalla configurazione della ipotesi di reato più aderente al caso concreto (si veda sul tema specifico: Cass. Sez. 2, Sentenza n. 26289 del 18/05/2007 Ud. (dep.06/07/2007) Rv. 237150, Piccoli e altro, secondo cui integra il delitto di truffa, per la presenza di raggiri finalizzati ad evitare il pagamento del pedaggio, la condotta di chi transita con l'autovettura attraverso il varco autostradale riservato ai possessori di tessera Viacard pur essendo sprovvisto di detta tessera) i reati in esame paiono avvinti da connessione, ricorrendo molteplici ipotesi contemplate nell'art. 12 c.p.p.; che, in presenza di reati connessi, per la determinazione della competenza per territorio, ove i reati siano di pari gravità occorre far riferimento al primo reato in ordine di tempo; che, invero, il reato di truffa - essendo reato istantaneo e di danno - si perfeziona, secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione (Cass. SS.UU. 16/12/1998 n. 17, Cellammare, Rv. 212080; Cass. SS.UU. 21.6.2000, n. 18, Franzo ed altri, Rv. 216429) nel luogo del conseguimento dell'effettivo profitto, con il contestuale concreto danno patrimoniale subito dalla parte offesa; che il reato di insolvenza fraudolenta si consuma per giurisprudenza costante nel momento in cui si verifica l'inadempimento.

**Decreto n. 168/08**

Approfondendo la questione riguardante la qualificazione giuridica della condotta, questo Ufficio non ha mancato di rilevare che essa fu risolta dalle Sezioni Unite con riferimento a un contrasto tra Sezioni semplici che tuttavia non concerneva direttamente tale questione (pacificamente risolta in passato nel senso della riconduzione della condotta alla fattispecie di insolvenza) ma quella del permanere della ipotesi incriminante, pur dopo la previsione di uno specifico illecito amministrativo. La Corte di cassazione ebbe modo di esaminare il reato di cui all'art. 641 c.p., enucleandone anche gli aspetti che lo distinguono da quello di truffa (*"L'insolvenza fraudolenta si distingue dalla truffa perché la frode non viene attuata mediante i mezzi insidiosi dello artificio o del raggirio ma con un inganno rappresentato dallo stato di insolvenza del debitore e della dissimulazione della sua esistenza finalizzato all'inadempimento dell'obbligazione, in violazione di norme comportamentali."*) e sottolineando la rilevanza dell'impossibilità ad adempiere ai fini della completa integrazione della fattispecie. Ne consegue la conferma del costante orientamento giurisprudenziale secondo cui *"l'inadempimento [è] un elemento costitutivo del reato il quale si consuma non nel momento in cui viene posta in essere l'obbligazione o in quello in cui viene a manifestarsi lo stato di insolvenza bensì in quello dell'inadempimento, che costituisce l'ultima fase dell'iter criminoso"*. Tuttavia una recente decisione della Suprema Corte (Sez. 2, Sentenza n. 26289 del 18/05/2007) ha ritenuto che l'accesso al casello riservato ai titolari di carta Viacard o similari, pur senza esser in possesso di tale titolo di pagamento, integri il delitto di truffa e non di insolvenza fraudolenta, in quanto *"in tale comportamento deve ravvisarsi una consapevole condotta raggirante finalizzata in maniera inequivoca a sottrarsi al pagamento del pedaggio dovuto"*.

Sembrerebbe dunque doversi distinguere tra le ipotesi in cui l'inadempimento consegue a una mera dichiarazione di non poter adempiere da quello in cui - in alternativa o in aggiunta ad essa - vi è il consapevole utilizzo di un mezzo di adempimento per il quale non si ha titolo.

Va, però, conclusivamente rilevato che il luogo di consumazione del delitto è comunque quello coincidente col casello di uscita, ove si verifica l'inadempimento e dunque si consuma l'ipotesi di insolvenza fraudolenta, oppure si realizzano i raggiri, nell'ipotesi che si acceda all'impostazione segnalata da ultimo.

#### **Decreto n. 182/08**

**Art. 640 bis c.p. (Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) – Mandati di pagamento – luogo di riscossione – luogo di emissione - influenza**



Il reato di cui all'art. 640 bis c.p. si consuma nel momento e nel luogo in cui vengono materialmente riscossi, mediante messa all'incasso, i mandati di pagamento. Se tale luogo non è noto, non potendo sopperire alla verifica effettiva un mero giudizio di verosimiglianza, è influente il luogo in cui sono stati emessi i mandati di pagamento, perché è solo con la loro riscossione che si consuma il reato.

**Decreto n. 121/08**

**Art. 640 ter c.p. (frode informatica) – reato a forma libera – truffa - momento consumativo – caratteri differenziali.**

Secondo il tradizionale, costante orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione (Cass. SS.UU. 16/12/1998 n. 17, Cellammare, Rv. 212080; Cass. SS.UU. 21.6.2000, n. 18, Franzo ed altri, Rv. 216429) il reato di truffa - essendo reato istantaneo e di danno - si perfeziona, nel luogo del conseguimento dell'effettivo profitto, con il contestuale concreto danno patrimoniale subito dalla parte offesa.

Tuttavia, non sempre gli accadimenti del mondo reale fanno coincidere temporalmente profitto e danno: le truffe consumate per il tramite dei moderni sistemi informatici - a causa della fisica lontananza fra il soggetto agente ed il soggetto passivo - fanno sovente apparire immateriale o comunque indefinibile il luogo della consumazione e sembra scompongano il momento consumativo in due tempi differenti: il tempo in cui matura il danno e quello in cui l'agente consegue il profitto.

La modalità telematica, tuttavia, non muta la sostanza dell'operazione che viene posta in essere: la giurisprudenza si è da tempo orientata nel senso di ricondurre ad unità logica l'apparente scomposizione temporale degli eventi. Così, in caso di truffa commessa ricaricando una carta Poste Pay, questo ufficio ha affermato che la *deminutio patrimonii* del soggetto passivo si realizza nel momento in cui viene compiuta l'operazione di ricarica e, quindi, nel luogo in cui ha sede l'ufficio postale utilizzato. Si è anche precisato che contestualmente con la disponibilità sulla carta della somma versata si verifica l'ingiusto profitto dell'agente, a prescindere dal luogo in cui la somma viene effettivamente riscossa, giacché l'arricchimento è costituito dalla mera disponibilità non già dall'effettiva spesa o prelievo della somma.

Né il ricorrere ad una delle molteplici modalità di pagamento approntate dal sistema bancario comporta una modificazione della sostanza dell'operazione: in caso di truffa consumata con pagamento effettuato a mezzo di bonifico bancario, si è similmente affermato che la *deminutio patrimonii* del soggetto passivo si realizza nel momento in cui viene addebitata la somma nel conto corrente del soggetto pas-

sivo e, quindi, nel luogo in cui ha sede lo sportello presso il quale è acceso il conto corrente bancario dell'acquirente della merce compravenduta. Ben vero che, in simili casi, la reale disponibilità del danaro nel conto corrente accreditato avviene in lieve successione temporale rispetto alla *deminutio patrimonii* del conto addebitato, ma ciò avviene solo per le concrete esigenze operative dell'istituto bancario (oltre che per il mero calcolo contabile della valuta), mentre è pur sempre dall'operazione bancaria, completa e perfetta nel momento in cui il titolare del conto corrente sottoscrive la sua disposizione di volontà, che consegue direttamente la messa a disposizione della somma di danaro in favore del beneficiario.

Ebbene, il reato di frode informatica - norma a tutela della riservatezza, della regolarità dei sistemi informatici, oltre che del patrimonio altrui - contempla anch'esso un evento che consiste nel conseguimento da parte del soggetto attivo di un ingiusto profitto con altrui danno. Si tratta di un reato a forma libera, che prevede alternativamente una condotta consistente nell'alterazione del funzionamento del sistema informatico o telematico, ovvero in un intervento non autorizzato (che è possibile effettuare con qualsiasi modalità) sui dati, informazioni e programmi ivi contenuti. E pertanto, per la giurisprudenza di questa Corte, il reato di frode informatica presenta la medesima struttura e gli stessi elementi costitutivi della truffa, con l'unica differenza che non viene indotta in errore la persona del soggetto passivo, ma viene posta in essere una attività fraudolenta che investe il sistema informatico riferibile al soggetto passivo (Cass. Sez. 6, Sentenza n. 3065 del 04/10/1999 Cc. (dep. 14/12/1999) Rv. 214942).

Tutto ciò premesso, anche per la frode informatica, perfezionata con un ordine di bonifico bancario non riferibile al titolare del conto corrente gravato, il momento consumativo non può non coincidere con il momento in cui la somma viene prelevata dal conto corrente addebitato per essere versata nel conto corrente del beneficiario. Il materiale avvio dell'operazione di trasferimento del danaro può partire soltanto dallo sportello bancario presso il quale è acceso il conto corrente addebitato.

#### **Decreto n. 241/09**

#### **Art. 641 c.p. (insolvenza fraudolenta) – momento consumativo – momento dell'adempimento**

Il reato ipotizzato si perfeziona nel momento e nel luogo in cui doveva essere adempiuta l'obbligazione (Cass. Sez. II, ud. 28.1.1986, dep. 6.6.1986, n. 5196, Negrini, Rv. 173034; Cass. Sez. Un., ud. 9.7.1997,

dep. 31.7.1997, Gueli, in Cass. pen., 1998, p. 421, m. 207), giacché, per costante giurisprudenza, l'inadempimento è un elemento costitutivo del reato, il quale si consuma non già nel momento in cui viene posta in essere l'obbligazione o in quello in cui viene a manifestarsi lo stato di insolvenza, bensì in quello dell'inadempimento, che costituisce l'ultima fase dell'iter criminoso.

**Decreto n. 26/09**

**Art. 642, comma 2, c.p. (fraudolento danneggiamento di beni assicurati) – configurabilità del reato – consumazione – circostanza aggravante.**

Il reato di cui all'art. 642, co. 2 c.p. è reato speciale rispetto al delitto di truffa (Cass. Sez. VI, ud. 13.11.2003, n. 2506, dep. 24.01.2004, Piccino ed altri Rv. 227890), in quanto l'elemento specializzante è costituito dal fine di tutela del patrimonio dell'assicuratore, ed è un reato a consumazione anticipata, che è perfetto e punibile come fine a se stesso, anche se dall'azione criminosa non derivi alcun concreto vantaggio al soggetto agente (Cass. Sez. II, ud. 5.05.1975, n. 13233, dep. Il.12.1976, Grassini, Rv. 134921; Cass. Sez. I, ud. 19.05.1998, n. 8064, dep. 7.07.1998, Baldassarre, Rv. 211759), di talché la realizzazione del fine costituisce una circostanza aggravante e non già un elemento costitutivo di un'autonoma figura criminosa.

**Decreto n. 8/2009**

**Artt. 640 e 642 c.p. (truffa e fraudolento danneggiamento di beni assicurati) – momento consumativo del fraudolento danneggiamento - caratteri distintivi con il reato di truffa – terzo estraneo al rapporto assicurativo – configurabilità del tentativo di truffa.**

Il reato di fraudolento danneggiamento di beni assicurati è a consumazione anticipata e si perfeziona nel momento in cui si pone in essere la condotta incriminata, cioè la denuncia di un sinistro non accaduto. Tale condotta si realizza nel momento e nel luogo in cui perviene alla compagnia di assicurazione la richiesta di indennizzo.

**Decreto n. 1/2009**

Il delitto richiede quale presupposto che tra agente e parte offesa sussista un valido contratto di Assicurazione per cui l'Azione del primo induca l'assicuratore a risarcirgli il danno. Ove un terzo, estraneo al rapporto assicurativo, all'insaputa dell'assicurato commetta una simulazione di infortunio al fine di conseguire il prezzo dell'Assicurazione, risponde di truffa, consumata o tentata, nei confronti del-

l'assicurato e non già del delitto di cui all'art 642 c.p. essendo egli del tutto estraneo al rapporto assicurativo (Cass. Sez. I, Sentenza n. 361 del 07/03/1967 Ud. (dep. 02/08/1967) Rv. 105163). Per altro verso, il reato di fraudolenta distruzione (di cui all'art. 642 c.p.) costituisce ipotesi speciale rispetto al reato di truffa, recando gli stessi elementi caratterizzanti la truffa ed in più, come elemento specializzante, il fine di tutela del patrimonio dell'assicuratore.

In ragione di tali principi si è rappresentato che, nel caso la denuncia di sinistro risulti presentata da terzi estranei al rapporto assicurativo (presunti danneggiati dal sinistro), debba essere correttamente configurata la fattispecie astratta della truffa, piuttosto che quella del fraudolento danneggiamento dei beni assicurati; e che, in considerazione del mancato conseguimento del profitto, debba essere configurata l'ipotesi della tentata truffa.

**Decreto n. 204/08; decreto n. 199/09**

**Art. 642, comma 2, c.p. (fraudolento danneggiamento di beni assicurati) -terzo estraneo al rapporto assicurativo - configurabilità del reato - momento consumativo.**

Quando, invece il denunciante sia l'assicurato, nelle condotte descritte dal comma secondo dell'art. 642 c.p., come novellato dall'art. 24 della legge 12 dicembre 2002 n. 273, occorre distinguere diverse fattispecie. Quella oggi in esame è integrata dalla condotta di chi "denuncia un sinistro non accaduto". Tale condotta si consuma dunque non con la materiale predisposizione di un atto ma con la condotta tipica costituita dal denunciare il sinistro non verificatosi. Tale condotta è diversa da quella di chi cagioni a se stesso lesioni a fini risarcitori, oppure distrugga, falsifichi, alteri elementi di prova o documenti, con la medesima finalità. E' evidente che la denuncia, proprio per la sua finalità di portare a conoscenza di terzi circostanze rilevanti ai fini della determinazione di effetti giuridici, si perfeziona nel momento in cui - uscita dalla sfera del denunciante - perviene in quella del destinatario. Sul punto soccorre peraltro giurisprudenza di legittimità in materia di concorso tra diverse ipotesi di calunnia (diretta e indiretta o materiale) che, pur risalente (3225/85) e avente riguardo a ipotesi di reato ben diversa, ben si attaglia alle distinte fattispecie descritte nell'art. 642, 2° comma c.p..

**Decreto n. 185/08**

**Art. 642, comma 2, c.p. (fraudolento danneggiamento di beni assicurati) -alterazione del contratto assicurativo - configurabilità del reato - momento consumativo.**

In un caso in cui era rimasta accertata una alterazione del contratto assicurativo per ottenere il premio relativo ad un incidente realmente accaduto, questo ufficio ha ritenuto che tale condotta si consuma con la materiale attivazione della richiesta di copertura assicurativa dell'infortunio: la denuncia, proprio per la sua finalità di portare a conoscenza dell'assicuratore circostanze rilevanti ai fini della determinazione di effetti giuridici, si perfeziona nel momento in cui - uscita dalla sfera del denunciante - perviene in quella del destinatario. Sul punto soccorre peraltro giurisprudenza di legittimità in materia di concorso tra diverse ipotesi di calunnia -diretta e indiretta o materiale- che, pur risalente (3225/85) e avente riguardo a ipotesi di reato ben diversa, si attaglia ciò non di meno alle distinte fattispecie descritte nell'art. 642, 2° comma c.p.

#### **Decreto n. 136/09**

#### **Art. 644 c.p. (usura) - Contrasto negativo di competenza – usura – reato a condotta frazionata o a consumazione prolungata - consumazione**

In ordine al reato di usura si è richiamata costante giurisprudenza, secondo cui il delitto rientra nella categoria dei reati a condotta frazionata o a consumazione prolungata, in cui i pagamenti effettuati dalla persona offesa, in esecuzione del patto usurario, compongono il fatto lesivo penalmente rilevante, di cui segnano il momento consumativo sostanziale.

#### **Decreto n. 3/08**

Successivamente, si è ulteriormente precisato che il reato di usura si perfeziona, secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione (cfr. fra le altre, Cass. Sez. 2, Sentenza n. 10126 del 27/05/1992 Ud. (dep. 22/10/1992) Rv. 192854, Di Puccio) nel momento in cui l'agente si fa dare o promettere gli interessi o gli altri vantaggi usurari ed è al momento della conclusione di tale specifico patto che deve farsi riferimento per accertare la sussistenza degli estremi del reato.

In un caso in cui il patto di natura usuraria si sia perfezionato prima con un collaboratore di una società di finanziamento e poi con la sottoscrizione del contratto da parte del responsabile della società finanziatrice, si è precisato che l'usura, in effetti, si presenta come un reato a schema duplice, costituito da due fattispecie - destinate strutturalmente l'una ad assorbire l'altra con l'esecuzione della pattuizione usuraria - aventi in comune l'induzione del soggetto passivo alla pattuizione di interessi od altri vantaggi usurari in corrispettivo di una

prestazione di denaro o di altra cosa mobile, delle quali l'una è caratterizzata dal conseguimento del profitto illecito e l'altra dalla sola accettazione del sinallagma ad esso preordinato. Nella prima il verificarsi dell'evento lesivo del patrimonio altrui si atteggia non già ad effetto del reato, più o meno esteso nel tempo in relazione all'eventuale rateizzazione del debito, bensì ad elemento costitutivo dell'illecito il quale, nel caso di integrale adempimento dell'obbligazione usuraria, si consuma con il pagamento del debito, mentre nella seconda, che si verifica quando la promessa del corrispettivo, in tutto o in parte, non viene mantenuta, il reato si perfeziona con la sola accettazione dell'obbligazione rimasta inadempita (così Cass. Sez. II, Sentenza n. 11837 del 10/12/2003 Ud. (dep. 11/03/2004) Rv. 228381). Si è, pertanto, concluso che il luogo di consumazione del reato di usura, così ipotizzato, è il luogo in cui si è perfezionato l'accordo di tipo usurario, non il luogo in cui risulta apposta la definitiva firma del responsabile sulla modulistica approntata per la domanda di finanziamento.

**Art. 646 c.p. (Appropriazione indebita) - Contrasto negativo di competenza – reato istantaneo di mera condotta - luogo e momento dell'interversione del possesso - consumazione – conoscenza del fatto da parte della persona offesa – rilevanza ai soli fini della querela**

Con riguardo al reato di appropriazione indebita, in presenza di un contrasto giurisprudenziale emerso nella recente giurisprudenza di legittimità, l'ufficio della Procura generale si è attestato sul principio, nettamente prevalente, secondo cui *“Il delitto di appropriazione indebita si consuma nel momento e nel luogo in cui interviene l'interversione del possesso della cosa, cioè in cui l'agente tiene consapevolmente un comportamento oggettivamente eccedente la sfera delle facoltà ricomprese nel titolo del suo possesso ed incompatibile con il diritto del proprietario. L'appropriazione, pertanto, si verifica immediatamente per effetto del mutamento del titolo del possesso e il reato è istantaneo e di mera condotta, non richiedendosi la produzione di un effetto ulteriore né un elemento che lo perfezioni, e si consuma nel luogo in cui la cosa si trova e nel tempo in cui l'interversione del possesso si verifica in conseguenza dell'atto di disposizione compiuto dall'agente in contrasto con il diritto del proprietario. La conoscenza del fatto, che può coincidere con il compimento da parte dell'agente dell'atto incompatibile col diritto del proprietario, è condizione per la proposizione della querela - quanto meno fino alla scadenza del termine per l'usucapione, che segna l'acquisizione di un nuovo titolo di possesso legittimo, in sostituzione di quello originario nomine*

*alieno - ma non rileva in ordine alla sussistenza del reato*" (Cass. Sez. VI, Sentenza n. 39873 del 16/11/2006 Cc. (dep. 01/12/2006) Rv. 235234; P.G. in proc. Junevicius; cfr. anche Cass. N. 12096 del 1986 Rv. 174174; N. 1824 del 1997 Rv. 209926; N. 26440 del 2002 Rv. 222657).

**Decreto n. 158/08; decreto n. 53/09**

**Art. 646 c.p. (Appropriazione indebita) - Contrasto negativo di competenza - locazione finanziaria - reato istantaneo di mera condotta - luogo e momento dell'interversione del possesso - consumazione - conoscenza del fatto da parte della persona offesa - rilevanza ai soli fini della querela**

In applicazione di tale principio si è ritenuto che in caso di locazione finanziaria (autovetture concesse in locazione e non restituite all'atto della risoluzione del contratto) la competenza per territorio andasse stabilita in relazione al luogo in cui ha sede il locatario dei beni, ivi essendo esercitato il possesso dei medesimi ed ivi dovendosi pertanto ritenere consumata la pretesa condotta appropriativa, con inversione del titolo del possesso; per contro, si è ritenuto che nessuna rilevanza decisiva può essere attribuita al luogo in cui il bene avrebbe dovuto essere restituito e non lo è stato, dovendosi attribuire all'omissione valenza meramente sintomatica di un comportamento illecito attribuibile appunto alla mancata restituzione dei beni nel termine prescritto e nel luogo a ciò deputato.

**Art. 648 c.p. (ricettazione) - Contrasto negativo di competenza - ricettazione - ignoti - impossibilità di accertare il luogo del commesso reato - reato istantaneo - luogo della detenzione - irrilevanza - criterio sussidiario ex art. 9 comma 3, c.p.p.**

Occorre distinguere il caso dell'indagato ignoto di ricettazione il cui luogo di consumazione non risulta accertato, da quello in cui il delitto, ancorché commesso in luogo non accertato, risulta tuttavia commesso da un indagato noto.

Nel primo caso, poiché trattasi di reato istantaneo, che si perfeziona all'atto della ricezione della cosa proveniente da delitto, a nulla rilevando il luogo in cui viene accertata la detenzione della *res* (Cass. Sez. I, c.c. 12.6.1997, n. 4127, Rv. 208400, Sivari; Cass. Sez. II, 23.1.1997, n. 1312, Rv. 207124, Mazza), non può aversi riguardo al criterio previsto dall'art. 8, comma 1, c.p.p., né può farsi riferimento al criterio sussidiario di cui all'art. 9, comma 1, c.p.p., in quanto deve escludersi la possibilità di considerare "parte dell'azione" la protrazione degli effetti permanenti del reato istantaneo e, quindi, attribuire la

competenza, per tale via, al giudice del luogo in cui la detenzione della res è stata accertata (Cass. Sez. I, c.c. 24.2.2004, n. 24934, Rv. 228778, Bujar). E', dunque, doveroso in via residuale applicare la regola suppletiva dell'art. 9, comma 3, (giudice del luogo in cui ha sede il p.m. che ha provveduto per primo ad iscrivere la notizia di reato nel registro previsto dall'art. 335).

Nel secondo caso, invece, può applicarsi il criterio residuale di cui al secondo comma dell'art. 9 (residenza, dimora o domicilio).

**Decreti n. 5, 16, 59, 64, 75, 88, 111/08, fra gli altri**

**Art. 660 c.p. (Molestia o disturbo alle persone) - Molestie con messaggi telefonici sms su utenza mobile – impossibilità di individuazione del luogo in cui la persona offesa riceve le molestie – criterio sussidiario della residenza dell'indagato.**

E' pacifico che il reato di molestie commesse a mezzo del telefono si consumi nel momento e nel luogo in cui il destinatario riceve la comunicazione e dunque la persona offesa subisce l'azione molesta. Tale criterio consente di vincere la presunzione di incertezza del luogo di ricezione, derivante dall'uso del telefono mobile.

**Decreto n. 30/2009**

Ben vero che il reato ipotizzato, di cui all'art. 660 c.p., si consuma nel luogo in cui la persona offesa subisce l'azione molesta. Tuttavia, quando le telefonate ed i messaggi telefonici SMS sono pervenuti alla persona offesa esclusivamente sulla sua utenza telefonica mobile e, quindi, essi non sono dimostrativi, in assenza di altri elementi, del luogo in cui i ripetuti episodi di molestia si sono realizzati, non può essere applicato il criterio previsto dall'art. 8, co. I c.p.p. e neppure quello dettato dall'art. 9, co. I c.p.p., bensì bisogna aver riguardo alla regola suppletiva di cui all'art. 9, co. 2 c.p.p., cioè al luogo di residenza della persona indagata.

**Decreto n. 145/08**

### **3. Altre figure speciali di reato**

**Art. 171 comma 1, lett. a-bis, legge 22.4.1941, n. 633; art. 171 ter, comma 2, lett. a-bis legge n. 633/1941, attribuito a IGNOTI - siti localizzati in territorio straniero – agevolazione avvenuta in Italia – concorso di persone nel reato – irrilevanza ai fini della determinazione della competenza – applicazione dei criteri sussidiari.**



Il reato ipotizzato si perfeziona - atteso il tenore letterale della condotta prevista nelle due norme incriminatrici - nel momento e nel luogo in cui vengono immesse nella rete internet le opere di ingegno protette dal diritto d'autore e, nel caso in esame, le immagini di eventi sportivi di cui la "Sky Italia s.r.l." detiene i diritti di esclusiva. Tale criterio di individuazione del momento consumativo risulta, del resto, condiviso da univoche decisioni della Corte Suprema a proposito di analoghe fattispecie criminose, quali quelle di messaggi o notizie diffuse in rete, ovvero di materiale pedopornografico divulgato per via telematica, decisioni nelle quali si afferma che, quando vengono immesse nella rete internet notizie o immagini, si deve presumere la diffusione delle stesse, in quanto l'immissione implica di per sé la fruibilità da parte di un numero indeterminato di utenti (Cass. Sez. V, c.c. 17.11.2000, n. 4741, cit.. Nello stesso senso v. Cass. Sez. V, ud. 21.06.2006, n. 25875, dep. 25.07.2006, Cicino ed altro, Rv. 234528; Cass. Sez. V, ud. 4.04.2008, n. 16262, dep. 17.04.2008, Tardivo, Rv. 239832; Cass. Sez. III, c.c. 21.06.2005, n. 25232, dep. 12.07.2005, Brancato, Rv. 231814; Cass. Sez. III, c.c. 2.12.2004, n.8296, dep. 3.03.2005, Ongari, Rv. 231244).

Nel caso in cui risulta che la condotta di abusiva immissione è avvenuta da parte di siti internet insistenti sul territorio straniero, mentre il sito localizzato nel territorio dello Stato italiano ha agevolato la pubblicizzazione e la diffusione delle stesse immagini, la condotta può integrare gli estremi di un'attività di concorso nel reato (come prospettato dalla Corte Suprema nella sentenza Cass. Sez. III, n. 752 del 4.07.2006 c.c., Bracchi ed altro); tuttavia ciò non altera il criterio di individuazione del momento consumativo del reato stesso, coincidente con l'abusiva immissione, nella rete internet di immagini tutelate dal diritto d'autore, in modo da renderle disponibili al pubblico.

Esaurendosi in tale momento la condotta integrante il reato in questione, deve ritenersi ignoto sia il luogo in cui è avvenuta l'immissione nella rete (art. 8 c.p.p.), sia l'ultimo luogo in cui può essersi realizzata una parte dell'azione (art. 9, comma 1, c.p.p.), dal momento che, per un verso, le immagini degli eventi sportivi erano disponibili, in quanto inserite nella rete internet, ad ogni pubblico ed in qualsiasi parte territoriale e, quindi, anche del territorio italiano e che, per l'altro verso, la condotta agevolativa del sito italiano, nel facilitare la connessione e la sincronizzazione con l'evento sportivo, se può essere apprezzata sotto il profilo del concorso nel reato, è del tutto irrilevante agli effetti della individuazione dei criteri di attribuzione della competenza territoriale alla autorità giudiziaria.

Inoltre, non può aversi riguardo neppure al criterio di cui all'art.

9, comma 2, c.p.p., trattandosi di procedimento penale contro ignoti. E dunque, l'unico criterio residuo di attribuzione della competenza territoriale può essere individuato in quello previsto dall'art. 9, comma 3, c.p.p., cioè il luogo in cui ha sede l'ufficio del Pubblico Ministero che ha provveduto per primo ad iscrivere la notizia di reato nell'apposito registro.

**Decreto n. 48/09**

**Artt. 110, 483 c.p. e 287, 292, 293, 295 lett. c) e d) d.p.r. 23.01.1973 n. 43 - Violazioni finanziarie - luogo di effettuazione della verifica.**

Ai fini della determinazione della competenza per territorio, nel caso di reato finanziario, ai sensi dell'art. 21, ult. comma, legge 7.1.1929, n. 4, per "luogo dove il reato è stato accertato" deve intendersi quello in cui gli ufficiali ed agenti di polizia tributaria hanno proceduto alle opportune indagini in funzione della scoperta del reato nella sua materialità ed alla raccolta delle relative prove". Pertanto - come afferma la Suprema Corte "nell'ipotesi di omesso versamento di tributi doganali, poiché la relativa constatazione non può che essere frutto di una verifica e, quindi, di un "accertamento" ad opera degli organi di controllo dell'amministrazione finanziaria, la competenza per territorio deve essere necessariamente determinata con riferimento al luogo di effettuazione di detta verifica, da cui è emersa la violazione" (Cass. Sez. I, c.c. 17.6.2003, n. 29667, dep. 16.7.2003, Prevosti, Rv. 226141; in senso conforme, v.: Cass. Sez. III, ud. 28.6.1991, n. 8419, dep. 30.7.1991, Faccenda ed altri, Rv. 188009).

**Decreto n. 49/09**

**Art. 73 DPR 309/90 – legge sugli stupefacenti – trasporto nell'ambito di un progetto unitario di spaccio – determinazione del momento consumativo**

In tema di competenza territoriale nel settore dei reati riguardanti sostanze stupefacenti, in presenza di delitti di detenzione e trasporto, senza soluzione di continuità, da inquadrare nel contesto di un unitario progetto di spaccio, in località diversa dal luogo di deposito, in più dosi e in tempi differenziati, la competenza va determinata in relazione al luogo ove ha avuto inizio la prima delle condotte addebitate, essendo ravvisabile una pluralità di azioni illecite nell'ambito di un solo reato, in una sorta di progressione criminosa. Va ricordato che la competenza territoriale a conoscere del delitto di cui all'art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990 si radica nel luogo d'ingresso delle sostanze entro il confine dello Stato, ove tale luogo sia accertato, altrimenti ap-

partiene alle autorità giudiziarie dei luoghi in cui le condotte penalmente rilevanti successive all'importazione (detenzione e trasporto) sono poste in essere. Ma allorché si accerti che la condotta criminosa tesa all'importazione della droga sul territorio nazionale sia iniziata prima del concreto ingresso della sostanza nel Paese, l'inizio della condotta medesima va anticipato temporalmente e il luogo di inizio di essa va individuato in relazione a tale anticipazione.

**Decreto n. 214/09**

**Art. 74 DPR 309/90 – legge sugli stupefacenti – associazione finalizzata al traffico di stupefacenti ed altro – pluralità di reati associativi – connessione – competenza per territorio – deroga assoluta ed esclusiva ai criteri ordinari – Direzione distrettuale antimafia – natura permanente del reato – individuazione del luogo ove si manifestano i primi sintomi.**

In caso di plurimi reati di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, e vari reati-fine, commessi in varie località italiane ed anche all'estero, pur sussistendo ragioni di connessione, l'art. 51, co. 3 bis c.p.p. prevede, secondo l'indirizzo giurisprudenziale ormai affermatosi (Cass. Sez. VI, ud. 30.09.2003, n. 4345, dep. 4.02.2004, Arone ed altri, Rv. 228675; Cass. Sez. VI, ud.4.12.2003, n. 2850, dep. 27.01.2004, Odigie Ogneide ed altri, Rv. 229767), una deroga assoluta ed esclusiva alle regole sulla competenza per territorio, anche fuori dagli ambiti distrettuali, e stabilisce la "vis attractiva" di essi nei confronti dei reati connessi, che esulano dalla previsione normativa, anche se si palesino di maggiore gravità (nella fattispecie, il reato associativo ex art. 74 dpr n. 309/1990 connesso con il più grave reato ex artt. 73 e 80, co. 2 dpr cit., commesso in altro distretto). Pertanto, è necessario aver riguardo al luogo del commesso reato associativo (art. 74 dpr n. 309/1990), che da solo incardina la competenza funzionale della DDA.

Di conseguenza, assume rilievo il fatto che, registrandosi una deroga assoluta all'art. 16 c.p.p., il giudice naturale deve essere individuato in base al criterio principale dell'art. 8 c.p.p. e, se tale criterio si riveli inapplicabile, in base ai criteri sussidiari previsti dall'art. 9 c.p.p.

Il reato associativo è un reato permanente e quindi la regola generale e principale da applicare è contenuta nell'art. 8, co. 3 c.p.p., secondo cui è competente il giudice del luogo in cui ha avuto inizio la consumazione. In difetto di elementi storicamente certi in ordine alla genesi del vincolo associativo, soccorrono (secondo la stessa giurisprudenza di legittimità) criteri presuntivi che valgono a radicare la competenza territoriale nel luogo in cui il sodalizio criminoso si manifesti,

per la prima volta, all'esterno ovvero si concretino i primi segni della sua operatività, ragionevolmente utilizzabili come elementi sintomatici della genesi dell'associazione nello spazio. In tal senso le informative della polizia giudiziaria, le richieste di autorizzazioni e decreti per le intercettazioni, il capo di imputazione possono offrire elementi di valutazione congrui e convergenti per ritenere che i primi sintomi della genesi del reato permanente associativo si siano disvelati in un determinato luogo e quindi in un determinato circondario.

**Decreto n. 234/09**

**Art. 41, 186, comma 2, cod. strad. (d. Lgs.. 30 aprile 1992, n. 285) – guida in stato di ebbrezza – luogo dell'inizio della consumazione ignoto – luogo dell'incidente – rilevanza.**

Quando non è noto il luogo in cui l'indagato si è posto alla guida del veicolo in stato di ebbrezza alcolica, con la conseguenza che non è individuabile il luogo dell'inizio della consumazione del reato, ai sensi dell'art. 8, co. 3 c.p.p., è certamente noto l'ultimo luogo in cui è avvenuta una parte della condotta, che corrisponde al luogo in cui è stato rilevato il sinistro stradale nel quale è rimasto coinvolto il veicolo guidato, in stato di ebbrezza. Nel caso di specie, può essere utilizzato il primo criterio suppletivo previsto dall'art. 9, co. 1 c.p.p., al fine di determinare la competenza per territorio, prima ancora di ricorrere alla seconda regola sussidiaria, di cui all'art. 9, co. 2 c.p.p., del luogo di residenza, dimora o domicilio del soggetto indagato, onde la competenza a procedere nelle indagini preliminari in ordine al reato di cui all'art. 186, co. 2 Cod. Strad. appartiene alla Procura della Repubblica presso il Tribunale del luogo in cui è avvenuto il sinistro.

**Decreto n. 222/08**

**Art. 132, comma 1 TUB (d. Lgs.. 385/1993) - Polizze fideiussorie – reato istantaneo – reati di pari gravità – luogo di consumazione del primo reato – coincidenza con il luogo del rilascio della polizza fideiussoria**

Il reato in esame è reato istantaneo, che si perfeziona nel luogo di rilascio delle polizze fideiussorie;

poiché trattasi di una pluralità di reati avvinti da plurime ragioni di connessione soggettiva, ai sensi dell'art. 12 comma 1, letto a) e b) c.p.p., deve aversi riguardo al reato di maggiore gravità e, in caso di pari gravità, deve aversi riguardo al luogo di consumazione del primo reato, che coincide con il luogo in cui è avvenuto il primo rilascio.

**Decreto 123/08**

**Artt. 4, 10 e 10 quater d. Lgs. 10.3.2000 n. 74 (occultamento delle scritture e documenti contabili) — reato più grave permanente – consumazione – luogo e momento dell’ispezione**

E’ principio giurisprudenziale ormai consolidato che: “L’occultamento - che consiste nella temporanea o definitiva indisponibilità della documentazione da parte degli organi verificatori - costituisce un reato permanente che si consuma al momento dell’ispezione, e cioè nel momento in cui gli agenti chiedono di esaminare la documentazione” (Cass. Sez. III, ud. 7.3.2006, n. 13716, dep. 19.4.2006, Rv. 234239; nello stesso senso v. Cass. Sez. 11I, ud. 14.11.2007, n. 3055, dep. 21.1.2008, Rv. 238612), luogo che generalmente coincide con il luogo ove ha sede amministrativa ed operativa la Società. In caso di plurime violazioni degli artt. 4, 10 e 10 quater d. Lgs. 10.3.2000 n. 74, si versa in ipotesi di connessione, onde la competenza territoriale va determinata, ai sensi dell’art. 16, comma I, c.p.p., in base al luogo di consumazione del reato più grave, che, nella specie, è rappresentato dal delitto di cui all’art. 10 d.lgs. n. 74/2000, sotto il profilo dell’ “occultamento delle scritture e dei documenti contabili”.

**Decreto n. 135/08**

**Art. 10 bis D. Lgs. 10 marzo 2000 n. 74 (omesso versamento di ricevute certificate) – reato istantaneo a condotta omissiva – luogo in cui l’agente viene meno al dovere di versamento**

considerato che il reato in esame è istantaneo ed a condotta omissiva, esso si consuma nel momento e nel luogo in cui l’agente è venuto meno, nel termine riconosciutogli, al suo dovere di versamento. Tale luogo coincide con quello in cui la società ha sede legale, in quanto è in quel luogo che la società ha l’obbligo di adempiere gli oneri tributari, mentre le sedi secondarie e institorie non assumono rilievo ai fini della competenza territoriale.

**Decreto n. 125/08**

**Art. 2621 c.c. (come sostituito dall’art. 1 d. Lgs. 11 aprile 2002 n. 61) – false comunicazioni sociali – nuova formulazione - consumazione – momento e luogo in cui si riunisce l’assemblea**

Il reato di false comunicazioni sociali previsto dall’articolo 2621 cod. civ. si consuma nel luogo e nel momento in cui si riunisce l’assemblea ed il bilancio viene illustrato ai soci, e, pertanto, è con riferimento a tale luogo che si radica la competenza per territorio, non rilevando, ai predetti fini, il momento (e il luogo) di deposito degli atti presso la Camera di Commercio. (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 2160 del 05/04/2000 Cc. (dep. 02/05/2000) Rv. 216884).

La nuova formulazione dell'art. 2621 c.c. non ha modificato in alcun modo il principio di competenza territoriale già accolto sotto il vigore della precedente normativa dalla Corte di cassazione, di guisa che non si rinvergono ragioni valide per giustificare un cambiamento di orientamento.

**Decreto n. 203/08**

**Art. 167 d.lgs.. 30.06.2003, n. 196 - trattamento dei dati sensibili – luogo del commesso reato – individuazione di parte dell'azione.**

In caso di trattamento illecito dei dati personali, tenuto conto che per giurisprudenza costante di legittimità (Cass. Sez. III, ud. 5.03.2008, n. 16145, dep. 17.04.2008, Rv. 239898; Cass. Sez. III, ud. 26.03.2004, n. 28680, dep. 1.07.2004, Rv. 229465) le condotte di “comunicazione” e “diffusione” dei dati sensibili sono ora ricomprese nella più ampia nozione di “trattamento”, deve affermarsi che, quando il luogo di consumazione sia ubicato all'estero, vale la regola dell'art. 6, co. 2 c.p., per cui deve essere individuata una parte dell'azione eseguita nel territorio dello Stato. E pertanto, la competenza per territorio va determinata a norma degli artt. 8 e 9 c.p.p., come appunto stabilito dall'art. 10, co. 3 c.p.p.

**Decreto n. 97/09**

**Art. 258, comma 4, d. Lgs.. N. 152 del 2006 e art. 483 c.p. - Trasporto di rifiuti pericolosi e falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico – carattere permanente dei reati più gravi – consumazione – luogo in cui essa ha inizio**

In un caso relativo al trasporto di rifiuti pericolosi e falso ideologico la competenza territoriale è stata determinata con riferimento al luogo in cui ha avuto inizio la consumazione del reato più grave, ritenuto il reato che ha riguardato la gestione dei rifiuti pericolosi, che ha carattere permanente.

**Decreto n. 114/08.**

**Artt. 260 d.lgs. 3.04.2006 n. 152 – rifiuti in genere – reato di pericolo presunto – pluralità di condotte violative della medesima norma – momento consumativo.**

Quando la contestazione di tale fattispecie criminosa - alla quale deve riconoscersi la natura di reato di pericolo presunto e non di danno (Cass. Sez. III, 16.12.2005, n. 4503, Rv. 233294) - riguarda sostanzialmente una attività di gestione abusiva di ingenti quantitativi di rifiuti, organizzata attraverso una pluralità di operazioni finalizzate e

strumentali a realizzare, con il fine di conseguire un ingiusto profitto, tale traffico illecito di rifiuti, si versa nell'ipotesi di una pluralità di azioni illecite nell'ambito di un solo reato (art. 260, d.lgs. n. 152/2006), nel contesto di un unitario progetto di gestione e smaltimento illeciti di rifiuti. In tali casi la competenza territoriale va determinata in relazione al luogo ove ha avuto inizio la prima condotta addebitata (v., in una analoga fattispecie, Cass. Sez. I, c.c., 12.5.2004, n. 36130, dep. 9.9.2004, Tornassi ed altro, Rv. 229535).

### **Decreto n. 51/09**

**Artt. 124, 137, 256 d. Lgs. n. 152 del 2006 e art. 734 c.p. – Smaltimento rifiuti – nuova competenza regionale della Procura di Napoli – competenza derogativa dell'art. 3 D.L. 90/08 esclusivamente per l'individuazione dei siti di stoccaggio - irrilevanza per lo smaltimento di rifiuti commesso da privati- reato permanente – criteri generali**

Le espressioni generali dell'art. 3 D.L. 90/08 (reati riferiti alla gestione dei rifiuti) vanno interpretate con riferimento alle finalità della nuova legge e segnatamente alle specifiche funzioni pubbliche attribuite alla figura del sottosegretario all'uopo nominato, di tal che dovranno essere prese in considerazione, ai fini della competenza derogativa di cui all'art. 3, solo quelle condotte amministrative da considerarsi essenziali o connesse all'attività di gestione dei rifiuti nella Regione Campania e quegli illeciti ambientali idonei ad assumere rilievo ai fini degli interventi necessari per affrontare l'emergenza rifiuti in Campania. Tale approdo interpretativo, già di per sé condivisibile, ha trovato conferma nella legge di conversione del 14/07/2008 n. 123, entrata in vigore in data odierna, ove il testo dell'art. 3 viene integrato dall'espressione limitativa (riferita ai reati in tema di rifiuti e ambientali) "attinenti alle attribuzioni del Sottosegretario di Stato, di cui all'art. 2 del presente decreto". Le attribuzioni di tale organo riguardano esclusivamente l'individuazione di siti di stoccaggio pubblici e l'acquisizione di impianti per lo smaltimento dei rifiuti da attivare per far fronte all'emergenza rifiuti in Campania, sicché alla luce di tali attribuzioni va interpretato (e limitato) il criterio derogativo della competenza territoriale fissata dall'art. 3.

Ne consegue che il reato che abbia in concreto come oggetto lo smaltimento illecito dei rifiuti provenienti dall'industria conserviera commesso da privati non rientra, alla luce dei criteri sopraesposti, nella competenza regionale della Procura di Napoli, e ha natura permanente, atteso che è punita la protrazione della specifica condotta di

trasporto senza l'osservanza delle prescrizioni di legge, onde la condotta che ne integra gli estremi si protrae nel tempo durante tutto il periodo del trasporto (Cass. Sez. III, ud. 14.04.2005, n. 16890, dep. 05.05.2005, Gallucci ed altro, in Rv. 231649); perciò, deve aversi riguardo, agli effetti della individuazione della competenza territoriale, al criterio di cui all'art. 8, comma 3, c.p.p., cioè al luogo in cui ha avuto inizio la consumazione del reato, e, quindi, al luogo in cui ha avuto inizio il trasporto illecito dei rifiuti.

**Decreto n. 169/08**

**Art. 55 co. 9 D.Lvo 231/07 - art. 615 ter c.p. – criterio differenziale - carta clonata – momento consumativo**

Quando non risulta esservi stata introduzione o alterazione di un sistema informatico, bensì verosimilmente il mero utilizzo di una carta “clonata”, nella fattispecie deve configurarsi il reato previsto e punito dall'art. 55 co. 9 D.Lvo 231/07 e non già dall'art. 615 ter c.p. Così configurato il reato, esso si consuma nel luogo in cui avviene l'indebita utilizzazione della carta e, dunque, nel luogo in cui sono stati effettuati i prelievi.

**Decreto n. 71/2009**

**Art. 9 L. 27 dicembre 1956, n. 1423 – obblighi inerenti alla sorveglianza speciale – inosservanza – allontanamento dal luogo di dimora – reato permanente - momento consumativo.**

Il reato di allontanamento arbitrario dal comune di dimora da parte della persona sottoposta alla sorveglianza speciale di p.s. ha natura permanente sia che si tratti di soggiorno obbligato, sia che si tratti di dimora prescelta dallo stesso interessato, ma con l'obbligo di non allontanarsene senza il preventivo avviso all'autorità di p.s. (Cass. Sez. I, c.c. 27.01.1986, n. 468, dep. 11.03.1986, Albanesi, Rv. 172097; Cass. Sez. I, ud. 21.02.1995, n. 3376, dep. 28.03.1995, Gullo, Rv. 200697). E, pertanto, tale reato si consuma, ai sensi dell'art. 8, co. 3 c.p.p., nel momento e nel luogo in cui l'autore si allontani dal luogo di dimora (independentemente dal diverso luogo in cui il sorvegliato speciale venga, poi, rintracciato o arrestato) (Cass. Sez. I, ord. c.c. 28.03.1977, n. 791, dep. 14.05.1977, Iori, Rv. 135878), senza l'autorizzazione dell'autorità di p.s. competente ovvero (come nella specie) senza rispettare i limiti e le prescrizioni contenuti nell'autorizzazione stessa, comportando tale ultima violazione la inefficacia e l'invalidità della autorizzazione medesima, pur inizialmente rilasciata.

**Decreto n. 82/09**





## PARTE III

Le requisitorie penali



# LE REQUISITORIE PENALI

## Introduzione alla lettura

La parte penalistica del lavoro risulta divisa, come nella scorsa edizione, in due parti: la prima dedicata al diritto sostanziale, la seconda al diritto processuale.

All'interno di ciascuna parte si è seguita, in linea di massima, la successione normativa codicistica, esponendo nello stesso paragrafo, in successione alfabetica, le diverse occasioni nelle quali la Procura generale si è occupata del tema in questione.

Nell'ambito del diritto sostanziale le questioni di legislazione speciale sono poste in calce a quelle codicistiche; così come nella parte di diritto processuale per le questioni relative al gratuito patrocinio, alla individuazione degli atti "abnormi", ed al mandato di arresto europeo.

In ciascuna delle due parti la indicazione del procedimento, onde consentire un eventuale approfondimento sulle posizioni delle altre parti, e del Procuratore d'udienza, sono riportate in nota nella parte iniziale; mentre la decisione della Corte di cassazione, ove già presente, viene indicata con nota in calce alla requisitoria.

\*\*\*

## **A) Diritto penale**

### **1. Il regime delle attenuanti**

L'esame delle questioni poste dal regime delle attenuanti si è posto in due rilevanti occasioni.

Nella prima di queste è stato trattato il tema della **rilevanza dell'attenuante del risarcimento del danno** (art. 62 n. 6 c.p.) **in caso di reato continuato** in quanto era stata proposta alle Sezioni Unite la questione se, con riferimento alla circostanza del risarcimento del danno ex art. 62 n. 6, si dovesse avere riguardo al danno provocato da ciascuno dei distinti reati riuniti in continuazione od invece al danno provocato complessivamente da tutti i reati. In proposito la Procura generale<sup>70</sup> ha sostenuto che le considerazioni che in proposito si possono fare, peraltro, hanno una valenza generale, con riferimento alle

---

<sup>70</sup> Proc. N. 1548/2008, ric, Chiodi, P.G. G. Palombarini.

diverse circostanze previste in relazione all'entità del danno patrimoniale o al risarcimento del danno stesso. Le conclusioni debbono essere unitarie tenuto conto del fatto che il giudice ha tutti gli strumenti per valutare la condotta dell'imputato ai fini della determinazione sia della pena base, sia degli aumenti per i reati in continuazione. Del fatto che i danni prodotti dai singoli reati in continuazione siano stati o meno risarciti, o del fatto che sommandoli si raggiungerebbe un danno di particolare gravità, il giudice può tenere conto negli aumenti di pena disposti per i singoli reati. Se si tiene presente questo, non si comprende perché il risarcimento del danno debba essere integrale laddove l'unificazione *ex art. 81 c.p.* è soltanto una finzione giuridica *quoad poenam* con la quale viene cioè stabilito un limite legale al cumulo materiale. L'ordinanza della Seconda Sezione accenna alle scarse argomentazioni che accompagnano spesso anche questa tesi, che sembrano ugualmente argomentazioni decisive. Dall'esame della giurisprudenza delle S.U., in particolare Ronga del 1999, che sintetizza ed ulteriormente sviluppa i principi già posti da precedenti sentenze, emerge che **il reato continuato non ha natura giuridica unitaria ma pluralistica**. La tesi della unitarietà non ha sostegno normativo; l'applicazione dell'istituto della continuazione è preordinata a garantire un trattamento favorevole al reo – e il principio del favor rei è richiamato anche dalla Corte Costituzionale nelle pronunce che riguardano il reato continuato - con la conseguenza che eventuali conseguenze sfavorevoli sono *contra legem*. Queste affermazioni condizionano la disciplina giuridica dei reati in continuazione anche per quel che concerne il regime delle circostanze.

Certo, come ricorda l'ordinanza di rimessione, a conclusioni diverse sono giunte alcune sentenze. Peraltro, queste conclusioni sono in contrasto con i principi posti dalle Sezioni Unite citate, le quali, svalutata la rilevanza del problema della natura della continuazione, ribadiscono a più riprese che "l'unificazione legislativa dei reati deve affermarsi là dove vi sia una disposizione apposita in tal senso o dove la soluzione unitaria garantisca un risultato favorevole al reo, non dovendo e non potendo dimenticarsi che il trattamento di maggior favore per il reo è alla base della *ratio*, della logica, appunto, del reato continuato". Appaiono dunque convincenti quelle sentenze, le quali affermano che "il reato continuato... è considerato unitariamente dal legislatore per la presenza del vincolo dell'unica ideazione criminosa, che avvince tra loro le distinte ipotesi. Tale legame, però, non elimina l'autonoma configurazione dei singoli illeciti, che, pur confluendo in un medesimo contesto, presentano pur sempre l'individualità necessaria

per l'accertamento degli elementi costitutivi e delle circostanze specificamente contestate e ritenute in sentenza con riferimento ad ogni delitto. La presenza o l'esclusione della circostanza (aggravante o attenuante) incide sulla determinazione della pena. Innanzi tutto, le circostanze possono comportare l'indicazione di un reato in luogo di altro come più grave e, quindi, come reato base per il computo della pena complessiva. Operata quest'individuazione, soltanto le circostanze considerate applicabili in relazione al reato più grave devono essere valutate ai fini del calcolo concreto della pena. Le circostanze relative ai reati minori, detti satelliti, hanno rilievo unicamente per graduare la gravità dell'illecito e la quantità d'aumento, da apportare alla pena base. Ne deriva che, per applicare una circostanza attenuante, non è necessario che questa sia presente in ciascun delitto". Dunque, per queste considerazioni e con riferimento a questo specifico motivo di ricorso, la sentenza impugnata dev'essere annullata con rinvio (mentre nel resto veniva richiesta la dichiarazione di inammissibilità).<sup>71</sup>

**b)** In una seconda occasione le Sezioni Unite sono state chiamate, a seguito dell'ordinanza n. 43446 del 16 ottobre 2008 della seconda sezione, a valutare il quesito "*se in tema di applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6) c.p., (che, come è noto, attribuisce natura di diminvente al comportamento consistente "nell'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni"), l'avvenuto risarcimento integrale del danno da parte di uno dei coimputati, determinando la conseguente estinzione dell'obbligazione risarcitoria, giovasse o meno anche agli altri coimputati*". Si trattava di una questione che investiva quella ulteriore circa la natura oggettiva ovvero soggettiva dell'attenuante in questione. Sul punto la Procura generale ha svolto le seguenti considerazioni<sup>72</sup>: sul tema dell'individuazione della natura e della *ratio* dell'attenuante, si registra un contrasto nella giurisprudenza della Suprema Corte, valorizzandosi in chiave "oggettivistica", soprattutto nelle pronunce più recenti, la esegesi della disposizione normativa offerta dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 133 del 1998 che riconosce apertamente la necessità di attribuire all'attenuan-

---

<sup>71</sup> Le SS. UU. hanno sul punto affermato il principio di diritto per il quale "nel caso di reato continuato, ai fini della applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 7 e delle attenuanti di cui all'art. 62 n. 4 e 6 c.p., il danno, per la determinazione della pena per il reato ritenuto più grave e dell'aumento di pena per i reati posti in continuazione, deve essere valutato in relazione ad ogni singolo reato".

<sup>72</sup> R.G. N. 4016/04, Andrea Pagani + 1, udienza 22 gennaio 2009, P.G. G. Palombarini.

te *de qua* natura “oggettiva” onde consentire una interpretazione conforme a Costituzione ed attualizzata alla luce del mutato quadro normativo – sociale conseguente all’incremento delle responsabilità da attività rischiose. Con la sentenza citata la Corte costituzionale ha evidenziato come la giurisprudenza di legittimità avesse nel tempo mutato orientamento affermando l’esigenza di svincolare l’attenuante del risarcimento del danno dalla sua tradizionale collocazione nel novero delle attenuanti soggettive e di ritenerla tale solo quanto agli effetti, ai sensi dell’art. 70 cod. pen., ma non anche ai fini del suo contenuto, l’analisi del quale dovrebbe invece indurre a qualificarla come essenzialmente oggettiva. Secondo la Corte costituzionale, “a favore della qualificazione dell’attenuante in senso oggettivo, sotto l’aspetto contenutistico, depongono concordi argomenti testuali, logici e sistematici”. In effetti è vero che: a) dal punto di vista testuale, nessun elemento, nella formulazione legislativa, conduce a ritenere che il legislatore abbia assunto come fine dell’attenuante il ravvedimento del reo; b) dal punto di vista logico, il fatto che il risarcimento debba essere integrale e che non sia quindi ammessa una riparazione parziale è indice non solo della irrilevanza degli stati psicologici o dell’atteggiamento interiore del reo, ma del preminente risalto che si intende dare alla figura della persona offesa. E tuttavia a me pare che nel caso di specie non si possa intanto trascurare il fatto che già la Relazione ministeriale al Codice Rocco del 1930 definiva soggettiva la circostanza, fatto indicativo non solo di un’astratta intenzione di corretta qualificazione, ma anche di una precisa volontà del legislatore, essendo chiaro che le conseguenze ben possono divaricarsi a seconda della qualificazione adottata. Peraltro, osservo sotto un altro profilo, se la circostanza in questione viene considerata di natura oggettiva e soggettiva soltanto quanto agli effetti, già per questo non può essere valutata a favore dell’agente (in questo caso il Pagani), per effetto della previsione di cui all’art. 59, n. 1, c.p., in quanto rientrerebbe nella definizione dell’art. 70, n. 2, che considera circostanze soggettive, fra le altre, i rapporti fra il colpevole e l’offeso. Tali rapporti comprendono anche il risarcimento del danno prodotto dal primo al secondo? In realtà, a ben guardare, non pare che la sentenza 138/98 della Corte Costituzionale, che in definitiva definisce la circostanza di cui all’art. 62, n. 6, c.p. come attenuante essenzialmente oggettiva e soggettiva solo relativamente agli effetti, possa modificare nella sostanza il contenuto della decisione adottata in proposito dalla Corte d’appello di Roma. Quella sentenza, infatti, ha riguardato un caso nel quale il problema era costituito dalla rilevanza che ai fini dell’attenuante poteva o no avere il risarcimento del danno opera-

to dall'istituto assicuratore. Orbene è evidente che un'intenzione positiva del responsabile era comunque individuabile nel comportamento finalizzato, attraverso l'assunzione dell'onere del pagamento dei premi, ad assicurarsi il risultato del risarcimento dei danni eventualmente prodotti in futuro con un comportamento colposo. Il soggetto, stipulando il contratto di assicurazione, si è positivamente premunito in virtù dell'intenzione di mettersi in condizione di risarcire, ove l'esigenza dovesse manifestarsi. Del tutto diverso è, all'evidenza, il caso in cui uno solo dei correi provveda con le proprie sostanze a riparare interamente il danno, così determinando l'estinzione dell'obbligazione; risarcitoria. Non a caso una sentenza della Prima Sezione penale, la n. 4177 del 2004, pure citata nell'ordinanza di rimessione, ha ritenuto che allorquando solo uno dei correi abbia provveduto all'integrale risarcimento, un altro concorrente che voglia usufruire dell'attenuante deve dimostrare la sua reale volontà di riparazione, se non nei confronti della parte lesa, attraverso il rimborso della propria quota percentuale al complice più diligente che ha provveduto. C'è una ragione in questo. E' sicuramente riscontrabile un carattere di oggettività, legato alla necessità imposta dalla legge che il risarcimento sia pieno: ma questo carattere sembra riguardare essenzialmente la persona offesa. Vanno tenuti distinti, a me pare, l'aspetto civilistico, per il quale tutti i corresponsabili sono tenuti al risarcimento del danno nei confronti della parte lesa con conseguenti possibilità di rivalsa interna, e quello delle valutazioni penali, con riferimento in particolare al riconoscimento di un'attenuante. Questa lettura della norma consente di superare il rilievo - che si porrebbe inevitabilmente per effetto dell'estensione a tutti i correi di un'attenuante considerata a ogni effetto oggettiva - della sostanziale ingiustizia di un trattamento paritario quanto alla misura della pena fra chi ha riparato e chi, pur avendone la possibilità, non ha però avuto l'intenzione di provvedere in tal senso. Per queste considerazioni è stato conseguentemente richiesto il rigetto del ricorso del Pagani<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Le Sezioni Unite hanno anch'esse ritenuto che non può farsi esclusivo riferimento alla sussistenza dell'evento, ma deve prevedersi una volontà di riparazione, ovvero che l'intervento risarcitorio sia "comunque riferibile all'imputato". Ciò comporterà che nei reati colposi sarà sufficiente anche avere stipulato un'assicurazione o avere rispettato gli obblighi assicurativi per salvaguardare la copertura dei danni derivati dall'attività pericolosa; diversamente nei reati dolosi l'estensione dell'attenuante al colpevole non può discendere dal semplice soddisfacimento dell'obbligazione risarcitoria ad opera del coobbligato solidale, ma occorrerà quella riferibilità soggettiva di cui sopra (Sez. Un., 11 febbraio 2009 (p.u. 22 gennaio 2009) n.5941).



## **2. L'aggravante speciale di cui all'art. 7 d.l. n. 152/1991**

Con ordinanza del 1 luglio 2008, la quinta sezione penale aveva disposto la rimessione del ricorso alle Sezioni unite, sul rilievo della "esistenza di un risalente contrasto giurisprudenziale a proposito della circostanza aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152/1991". Secondo alcune pronunce della Corte la condizione per l'applicabilità di detta circostanza, costituita dal fatto che si tratti di delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo sarebbe mancata per il solo fatto che il delitto era astrattamente punibile con la pena dell'ergastolo, a nulla rilevando che questa, di fatto, non fosse stata applicata; per altre pronunce la stessa condizione risultava soddisfatta quando, pur essendo astrattamente prevista, per il delitto del quale si veniva riconosciuti colpevoli, la pena dell'ergastolo, questa non fosse stata, di fatto, applicata, per effetto di circostanze attenuanti.

La Procura generale<sup>74</sup> ha sostenuto che: alla questione per la quale il presente ricorso è stato rimesso all'esame delle Sezioni Unite, a cagione del contrasto emerso nella giurisprudenza della suprema Corte, debba essere data risposta negativa, nel senso che l'astratta punibilità del reato con l'ergastolo non precluda la contestazione dell'aggravante in questione. In realtà il contrasto, effettivamente emerso tra il 2002 ed il 2003 allorché ad una prima decisione conforme all'orientamento qui sostenuto (Sez. I, 10 gennaio 2002, Ferraioli, m. 221443, per la quale il termine "punibile" va inteso come punibilità in concreto), ne seguirono due di segno opposto (Sez. I, 14 maggio 2002, Erra, m. 222119 e Sez. I, 7 marzo 2003, Benigno, m. 224084), è da ritenere attualmente superato. Infatti il problema è stato nuovamente affrontato nel 2006 con un'articolata ed approfondita decisione, la quale ha affermato che "l'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991, nel prevedere che la pena sia aumentata da un terzo alla metà per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo, non intende escludere l'applicabilità di essa ai reati puniti con l'ergastolo, ma semplicemente quantificare l'aumento di pena applicabile in presenza della suddetta aggravante; sicché essa può essere contestata anche nel caso di omicidio premeditato, anche se la contestazione svolgerà i suoi effetti solo nel caso di esclusione della premeditazione, conseguendo invece da tale circostanza aggravante l'ergastolo" (Sez. I, 17 gennaio 2006, La Fratta, m. 234054). Con tale decisione la Corte ha ribadito un orientamento (sent. Ferraioli) dal quale non si è più discostata (v., da ultimo, Sez. II, 13 marzo 2008, Angelino, m. 239759; Sez. I, 4 marzo 2008, Abbrescia, m. 240115). La

---

<sup>74</sup> P.G. G. Ciani, proc. 4463/2008.

Procura ritiene che l'orientamento prevalente debba essere avallato dalle Sezioni Unite per le molteplici ragioni letterali e sistematiche indicate nelle sentenze riconducibili all'orientamento in esame ben noto; d'altro canto la sentenza impugnata non adduce argomenti che non siano già stati valutati e criticati dalla giurisprudenza prevalente. Ci si limiterà a ribadire alcuni che appaiono decisivi: ove fosse disattesa l'ermeneusi proposta potrebbe pervenirsi all'assurda conclusione – anche in considerazione della particolare disciplina prevista dal legislatore per l'aggravante in questione –: *a)* di punire con una pena più grave un reato meno grave; *b)* di rendere inoperante nei confronti di reati particolarmente gravi perché punibili con l'ergastolo, in astratto suscettibili di essere aggravati ai sensi del citato art. 7, il particolare regime processuale per essi previsto dal legislatore (ad esempio, le condizioni per disporre le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, la proroga delle indagini preliminari, la presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare), applicabile, invece, a reati meno gravi per i quali l'aggravante è contestata; *c)* consentire all'autore di quello più grave di avvalersi di benefici penitenziari di cui non può godere l'autore del delitto meno grave<sup>75</sup>.

### **3. La confisca per equivalente**

Le Sezioni Unite sono state chiamate a giudicare il caso nel quale il Tribunale del Riesame aveva confermato il decreto con il quale il GIP aveva disposto la confisca per equivalente di beni e somme di denaro in relazione alla contestata ipotesi di reato di peculato. Il ricorrente lamentava l'inosservanza della legge penale in quanto non sarebbe stata correttamente applicata la normativa vigente in merito alla confisca per "equivalente" disciplinata dall'art. 322 ter c.p., avendo il Tribunale, con ragionamento deduttivo, esteso l'applicabilità della confisca di beni per valore equivalente a quello del profitto derivante dal reato, così come disciplinata dall'art. 322 ter comma 2 c.p., anche alla fattispecie di peculato, che invece non rientrava tra le specifiche ipotesi delittuose per le quali il legislatore, con espressa disposizione normativa, consente la confisca obbligatoria.

Nella propria requisitoria il Procuratore generale<sup>76</sup> ha ricordato in

---

<sup>75</sup> Le Sez. Un., 9 gennaio 2009 (p.u. 18 dicembre 2008) n. 337, hanno conformemente affermato che "La circostanza aggravante prevista dall'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 è applicabile ai delitti punibili astrattamente con la pena dell'ergastolo, anche se in concreto viene inflitta una pena detentiva diversa dall'ergastolo".

<sup>76</sup> Proc. n. 35608/2008, Caruso, P.G. G. Palombarini.

primis gli orientamenti della giurisprudenza: un primo, largamente prevalente, che, con riferimento ai casi dell'art. 322 *ter* c.p., ha limitato la confisca per equivalente al solo *tantundem* del prezzo del reato. La Corte di cassazione, in alcune sentenze, ha ritenuto del «tutto insostenibile» che il legislatore avesse usato il termine “prezzo” in senso atecnico, così da includere qualsiasi utilità connessa al reato, essendo le nozioni di prezzo e di profitto nettamente distinte nell'art. 240 c.p. e non potendosi pensare che si sia voluto derogare sul punto con l'art. 322 *ter* c.p. In ordine all'iter parlamentare della L. n. 300 del 2000, la Corte ha definito «chiara... la volontà del legislatore nel senso di escludere, al di fuori delle ipotesi di cui al secondo comma, il profitto del reato da tale ipotesi di confisca», che - non essendo qualificabile in sé come irrazionale od illogica - veniva a costituire esercizio della potestà discrezionale del legislatore. Né, tale scelta poteva dirsi contrastante con le norme pattizie internazionali, atteso che le stesse avevano ad oggetto esclusivamente ipotesi riconducibili, nel diritto interno, alle fattispecie della corruzione e della concussione e non già a quella del peculato. Quanto al contrario orientamento, ha ricordato la sentenza 27 gennaio 2005, Baldas, della Sesta Sezione, con la quale la Corte, nell'esaminare fattispecie relative all'applicazione dell'art. 322 *ter*, comma 1 c.p. nelle quali l'oggetto del provvedimento di sequestro preventivo o di confisca era rappresentato dall'equivalente del profitto del reato, ha affermato, che sono assoggettabili a confisca, in forza dell'art. 332 *ter* c.p., beni nella disponibilità dell'imputato per un valore corrispondente a quello relativo al profitto o al prezzo del reato di peculato. Questo secondo orientamento, pur se minoritario, è stato giudicato maggiormente convincente per le seguenti ragioni: intanto, per quel che concerne la lettura del 1° comma dell'art. 322 *ter* c.p., l'espressione conclusiva del comma, “valore corrispondente a tale prezzo” sembra volersi riferire, letteralmente, al valore dei beni ai quali si fa riferimento nella prima parte della norma. Proprio il fatto che non si usino le parole “al prezzo”, puramente e semplicemente (nel qual caso la volontà del legislatore sarebbe stata chiarissima), ma “a tale prezzo”, induce a ritenere che si sia così usata una formula omnicomprensiva riconducibile e al profitto e al prezzo dei quali si è prima parlato. Dunque, la tradizionale lettura della lettera della disposizione non è affatto pacifica. Ma poi, la ragione per cui detta lettura del 1° comma viene contestata dal ricorrente andrebbe individuata – secondo quanto illustrato a pag. 9 del ricorso – nel fatto che nella disposizione del 2° comma dell'art. 322 *ter* l'equivalente del profitto è parametrato a estremi di raffronto (laddove si specifica che il valore dei beni confiscati non può

essere comunque inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse) che ineriscono specificamente ed esclusivamente ai delitti di cui agli artt. 321 e 322-bis c.p. in detto comma espressamente indicati. Ebbene, la tesi non pare condivisibile intanto perché è in contrasto con la *ratio* della intera norma. Infatti, escludendo il profilo più importante e più ampio riguardante il profitto del reato, la tesi svuoterebbe di rilevanza pratica, come è evidente, l'estensione al delitto di peculato, che pure il legislatore ha voluto per un più efficace contrasto al fenomeno criminoso della indebita percezione di fondi, del nuovo istituto della confisca per equivalente. Inoltre, la tesi non appare giustificata sotto il profilo tecnico/giuridico. Il fatto che il comma 2 dell'art. 322 *ter* contenga, ai fini della determinazione dei beni confiscabili, anche un riferimento a un termine di raffronto, il denaro o altra utilità dati o promessi per realizzare la corruzione, estraneo alla fattispecie di cui all'art. 314 c.p., non si vede perché debba impedire l'applicazione a tale delitto della parte della norma funzionale al suo principale obiettivo, che è quello di rendere suscettibili di confisca beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a quello del profitto del reato commesso. Questo scopo può essere ottenuto a prescindere dalla operatività della disposizione secondo cui tale valore non deve comunque essere inferiore a quello individuabile solo mediante il suddetto termine di raffronto. Questa scelta interpretativa sembra trovare sostegno in un elemento ulteriore. Infatti un dato significativo nell'interpretazione dell'art. 322 *ter* c.p., è che la legge 29 settembre 2000 n. 300, nel delegare al Governo l'emanazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, ha indicato, tra i principi e i criteri direttivi, quello della previsione, in relazione agli stessi reati, della «*confisca del profitto o del prezzo del reato, anche nella forma per equivalente*». Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, contenente la disciplina della responsabilità dell'ente in ordine a taluni delitti, per lo più coincidenti con quelli richiamati dagli artt. 322 *ter* e 640 *quater* c.p., ha poi previsto in via generale all'art. 19, in caso di condanna, la confisca obbligatoria nei confronti dell'ente del prezzo o del profitto del reato e, nel caso non sia possibile la sua esecuzione, la confisca di «*somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato*». Quindi, accedendo all'interpretazione tradizionale dell'art. 322 *ter* c.p., mentre per le persone fisiche condannate per i delitti richiamati dal primo comma di tale disposizione non potrebbe farsi luogo alla confisca per equivalente del profitto, ciò sarebbe invece ammesso nei confronti dell'ente eventualmente coinvolto in relazione agli stessi fatti. La diversità non ha alcuna logica spie-

gazione. Negli stessi lavori parlamentari non si traggono elementi giustificativi di tale disparità di trattamento. Anzi, il ricorso alla misura della confisca per equivalente è stata presentata nella Relazione illustrativa del Governo come lo strumento atto ad evitare, in vista di una più efficace azione di contrasto contro la «*criminalità del profitto*», il godimento illegittimo da parte dell'ente «*dei proventi del reato ormai indisponibili per un'apprensione con le forme della confisca ordinaria*». Giustificazione, questa, in realtà estensibile, per identità di *ratio*, anche alla misura della confisca da attuare nei confronti della persona fisica. La lettura della lettera del 1° comma dell'art. 322 *ter* che si è prima proposta trova dunque conferma negli ulteriori elementi che si sono ricordati, così che l'ordinanza del Tribunale del riesame appare pertanto, sotto ogni profilo, corretta.<sup>77</sup>

#### **4. La violazione di sigilli**

A fronte di una remissione alle Sezioni Unite della questione «*Se si configuri il reato di violazione di sigilli quando la condotta atipica abbia riguardo a sigilli apposti esclusivamente per impedire l'uso illegittimo della cosa e non anche per assicurarne la conservazione o l'identità*», il Procuratore generale<sup>78</sup> ha sostenuto: il ricorrente sostiene che, ai fini della affermazione della penale responsabilità, l'apposizione del sigillo sul bene assume il rilievo di presupposto del delitto in questione solo laddove lo stesso sia stato apposto per una delle finalità tassative indicate nell'art. 349 c. p., ovvero assicurare la conservazione o l'identità della cosa. Per tale ragione, a suo giudizio non sussiste il reato nel caso in cui siano stati violati i sigilli apposti ad un negozio per attestarne l'inagibilità o per impedire il proseguimento dell'attività commerciale o, come nel caso di specie, di una attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande senza la prescritta autorizzazione.

Con riferimento a tale tematica sussiste indubbiamente un contrasto di giurisprudenza. La Sezione rimettente, in particolare, nella sin-

---

<sup>77</sup> Le Sezioni Unite, con la decisione depositata il 6 ottobre 2009, n. 38691, hanno condiviso l'orientamento già prevalente, sostenendo che in tema di peculato, il sequestro preventivo, funzionale alla confisca "per equivalente" disciplinata dall'art. 322 *ter*, comma primo c.p., può essere disposto, in base al testuale tenore della norma, soltanto per il prezzo e non anche per il profitto del reato. Inoltre la stessa decisione ha escluso che la disciplina in tema di confisca contenuta nella decisione-quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 possa essere utilizzata per estendere la confisca per equivalente di cui all'art. 322 *ter* primo comma cod. pen. anche al profitto del reato.

<sup>78</sup> In proc. n. 26977/2008, P.G. G. Palombarini.

tetica ordinanza di rimessione, enuncia i contrapposti orientamenti giurisprudenziali formatisi nel corso dell'esegesi applicativa della fattispecie incriminatrice dell'art.349 cod. pen. Il primo, sostenuto da una giurisprudenza minoritaria e alla quale si richiama la ricorrente nel proprio atto di impugnazione, è ancora al dato letterale l'interpretazione della norma incriminatrice, affermando il principio secondo il quale non ricorre il delitto di violazione di sigilli quando il sigillo non è apposto "al fine di assicurare la conservazione o l'identità di una cosa" ma solo per la finalità, considerata diversa e tipicamente sanzionatoria, di impedirne l'uso. Il secondo invece, sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità maggioritaria, ritiene invece che « l'oggetto del delitto di violazione di sigilli va individuato nella tutela della intangibilità della cosa rispetto ad ogni atto di disposizione o manomissione, dovendosi ricondurre alla finalità di assicurare la conservazione della cosa anche la interdizione dell'uso disposta dall'autorità senza che rilevino le finalità o le ragioni del provvedimento limitativo. L'orientamento della giurisprudenza maggioritaria, appare condivisibile. Infatti, il delitto previsto dall'art. 349 cod. pen., è inserito tra i delitti contro la pubblica amministrazione, dato non trascurabile nell'interpretazione della norma. Il bene giuridico tutelato è individuato di conseguenza nel buon andamento dell'attività amministrativa, che trova un preciso referente di rango costituzionale nell'art. 97 della Costituzione, un bene configurabile anche con riferimento all'attività di custodia svolta su cose sottoposte a vincoli cautelari. Non a caso, tradizionalmente, per "violazione dei sigilli" viene intesa una qualsiasi condotta che, pur senza comportarne la manomissione, ne elude la funzione di custodia. La norma tutela, infatti, non tanto l'integrità materiale quanto quella strumentale e funzionale del sigillo, che, in quanto costituisce più che altro "segno" della volontà della P.A. di assicurare la cosa soggetta a vincolo cautelare, può non essere idoneo ad impedire l'"accesso" alla cosa. Ebbene, se la violazione dei sigilli dolosa (art. 349 c.p.) o colposa (art. 350 c.p.) non è reato che ha per oggetto la tutela dell'integrità fisica della cosa, ma vuole garantire con una sanzione penale il rispetto dovuto al particolare stadio di custodia nel quale determinate cose vengono a trovarsi per volontà degli organi dello Stato; questo rispetto è dovuto anche quando con la custodia si vuole impedire l'uso della cosa. E' evidente la finalità "preventiva" del sequestro e della conseguente apposizione dei sigilli. Il reato di cui all'art. 349 cod. pen. presuppone infatti l'applicazione dei sigilli per disposizione di legge o per ordine delle autorità competenti (anche se non giudiziarie). I sigilli sono il mezzo assicurante - così è scritto in una

sentenza della Suprema Corte – con il quale la pubblica amministrazione manifesta la sua volontà di assicurare determinate cose contro ogni atto di disposizione da parte di colui che ne avrebbe il diritto, ma che di questo diritto non può fare uso perché gli è stato interdetto. Si noti, sia detto per inciso, che nel caso di specie non è stata contestata la legittimità dell'interdizione. Dunque, questo è il fine che la norma in esame vuole esprimere allorché sembra limitare la sua particolare tutela ai sigilli apposti per assicurare la conservazione o l'identità di una cosa. *Conservare una cosa, in realtà, significa mantenerla nello stato in cui attualmente si trova: e quindi sottrarla all'esercizio di ogni facoltà altrui compresa quella di farne uso.* Quando dunque si tratta di sigilli apposti per il fine suddetto, la violazione di essi, come appunto è nel caso di specie, può configurare il reato in esame, ovviamente ove ne ricorrano gli altri estremi. Con riferimento a tali rilievi si è osservato in dottrina che <<*le finalità indicate dalla norma non sono di per sé escluse dalla eventuale compresenza di altri fini ed obiettivi, ulteriori rispetto alla conservazione o all'identità della cosa che si vogliono strumentalmente garantire*>>. Fini ulteriori, a me pare, che rientrano comunque nella conservazione della cosa. In quest'ottica, si può affermare che l'interdizione all'uso può essere ricondotta o comunque ricollegata al concetto di conservazione.<sup>79</sup>

### **5. Fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali (art. 495 ter c.p.)**

La Procura generale<sup>80</sup>, letti gli atti relativi al ricorso proposto avverso l'ordinanza con la quale il G.I.P. del Tribunale di Torino aveva convalidato l'arresto eseguito dalla polizia giudiziaria nei confronti del ricorrente, ha osservato che il cittadino extracomunitario era stato sottoposto a fermo di polizia giudiziaria per reati in materia di sostanze stupefacenti. Stante la pessima qualità delle impronte digitali rilevate all'atto del fermo, soltanto nei giorni successivi la polizia scientifica riusciva a comparare utilmente i precedenti dattiloscopici del soggetto (nel frattempo ristretto in carcere per i reati in tema di droga, riguardo ai quali era stata emessa ordinanza di convalida del fermo e di applicazione della misura cautelare custodiale). La polizia giudiziaria – constatato che il prevenuto aveva alterato parti del suo corpo me-

---

<sup>79</sup> Le SS. UU., con decisione assunta nell'udienza del 26 novembre 2009, ed in corso di deposito, ha condiviso la soluzione sostenuta dalla Procura generale.

<sup>80</sup> In proc. n. 33561/2008, P.G. A. Mura.

dianche “*consumazione del piano tattile dei polpastrelli, allo scopo di non consentire l'accertamento della sua identità personale*” e che in passato egli aveva fornito in più occasioni, quale persona sottoposta ad indagini, generalità diverse – dichiarava in arresto il predetto per violazione degli articoli 495-ter (“*fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali*”) e 495 (“*falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri*”) del codice penale. Riguardo ad entrambi detti reati, aggravati *ex* articolo 61 n. 11-*bis* c.p., il G.I.P. accoglieva la richiesta del pubblico ministero di convalida dell'arresto ed emanava l'ordinanza di cui in epigrafe, della quale la difesa dell'odierno ricorrente lamenta l'illegittimità e chiede l'annullamento.

In merito la requisitoria riteneva: tra le fattispecie delittuose per le quali è stato eseguito l'arresto del quale qui si discute, la prima ad essere fatta oggetto di riflessione da parte del G.I.P. è quella prevista e punita dall'articolo 495-ter c.p., introdotto dalla legge 24 luglio 2008 n. 125, la quale ha convertito – con modificazioni – il decreto-legge 23 maggio 2008 n. 92 ed è entrata in vigore il 26 luglio 2008. Al riguardo, il Giudice piemontese premette notazioni sulla collocazione sistematica della nuova norma in tema di fraudolente alterazioni fisiche finalizzate ad impedire l'identificazione e tratta, altresì, dell'oggetto giuridico dei reati contro la fede pubblica, del carattere pluri-offensivo di essi, della “*sorta di ibridazione concettuale e giuridica tra una falsità materiale (...) e una falsità personale*” ravvisabile nella nuova ipotesi di reato, del quale definisce quindi l'oggetto della tutela: *trattazione accurata e in linea di massima condivisibile, pur non risultando essa rilevante ai fini del decidere. Quando, però, affronta gli “aspetti classificatori del nuovo titolo di reato”, il giudicante afferma trattarsi di “delitto permanente (od eventualmente permanente, allorché è soltanto possibile lo sfasamento tra realizzazione e consumazione del reato)”, argomentando tale asserzione in base alla “circostanza che, per effetto della fraudolenta mutilazione o alterazione del corpo viene a crearsi una situazione di pericolo per il bene giuridico protetto suscettiva di protrarsi continuativamente per un apprezzabile spazio di tempo (l'abrasione del piano tattile, ad esempio, è situazione in grado di impedire, ostacolare o rendere più difficoltosa l'identificazione fisica del soggetto per tutto il tempo in cui la modificazione somatica indotta dalla condotta abrasiva si mantiene e si manifesta), dall'altro, dal fatto che, una volta scientificamente accertato che l'impronta papillare abrasa è suscettibile di ricomposizione per effetto dei naturali processi di rigenerazione cellulare del derma, la condotta omissiva del reo (che ponga fine ad atti di ripetuta*



*abrasione dei polpastrelli) unitamente all'inevitabile decorso del tempo sono fattori codeterminanti in grado di interrompere la lesione (messa in pericolo) del bene protetto, quale effetto ricollegabile anche alla volontà del soggetto attivo (art. 41 comma 1 c.p.)". L'estensore ritiene, quindi, di prevenire possibili obiezioni alla sua tesi mediante una "attenta considerazione della singolare struttura del reato in discorso", in base alla quale afferma che "almeno nei casi di alterazione reversibile delle creste papillari (come si riscontra nel caso di specie) la protrazione dell'offesa al bene protetto avviene per effetto di una volontaria opera dell'agente che continua a contrastare la inevitabile quanto fisiologica "ricrescita" del polpastrello abraso con successivi e ripetuti atti commissivi di cancellazione, contribuendo così in prima persona al permanere della situazione antiggiuridica, che è in grado di far cessare astenendosi da periodiche raschiature obliterate. Ovviamente," – si legge ancora nell'ordinanza – "proprio la peculiarità della fattispecie in cui deve tenersi conto anche della eventuale reazione fisiologica ed incontrollabile dell'organismo alle volontarie pratiche alteranti, impone di calibrare la soluzione circa la natura del reato ai casi concreti di volta in volta esaminati. Trattandosi di reato permanente, da un lato, deve ritenersi che il tempus commissi delicti coincida con la cessazione della condotta e, quindi, con la cessazione della permanenza ai fini della successione delle leggi penali nel tempo (art. 2 c.p.) e, quindi, anche ai fini dell'operatività del divieto di retroattività della legge penale incriminatrice, dall'altro, va rilevato che, alla luce della disposizione di cui all'art. 382 comma 2 c.p.p., lo stato di flagranza deve considerarsi sussistente nel momento in, all'atto dell'accertamento, l'impronta papillare (o la mutilazione od alterazione di altra parte del corpo utile all'identificazione o all'accertamento di qualità) risulti ancora alterata (continuando a mettere a repentaglio il bene protetto), ad esempio perché, in tutto o in parte, abrasa, e quindi sussista ancora una condizione di permanenza del reato".*

La Procura generale ha dissentito dall'argomentare testé richiamato e dalle conclusioni cui, in base ad esso, perviene il G.I.P. torinese ritenendo fondate, in proposito, le deduzioni della difesa ricorrente. Tanto la definizione normativa della condotta incriminata, quanto i caratteri concreti della fattispecie in esame inducono ad escludere che il delitto p. e p. dall'articolo 495-ter c.p. possa definirsi permanente. Trattasi, invero, di condotta che si esaurisce istantaneamente, nonostante ne derivino effetti dannosi o pericolosi atti a perdurare per un certo lasso di tempo. Ne offre riprova la constatazione che il protrarsi di detti effetti sfugge interamente al controllo – e, dunque, alla volontà – dell'autore, il quale non è in grado di determinarne la cessa-

zione o di influire sulla stessa: al potere di instaurare la situazione anti-giuridica non corrisponde anche quello di rimuoverla, che è tipico del reato permanente, nel quale rileva non solo l'attività iniziale (la quale realizza la lesione/compressione del bene), ma anche quella successiva di volontario mantenimento. E' fallace l'argomento sviluppato dal giudicante quando invoca la circostanza che *"la condotta omissiva del reo (che ponga fine ad atti di ripetuta abrasione dei polpastrelli) unitamente all'inevitabile decorso del tempo sono fattori codeterminanti in grado di interrompere la lesione (messa in pericolo) del bene protetto, quale effetto ricollegabile anche alla volontà del soggetto attivo (art. 41 comma 1 c.p.)"*. Quella c.d. *"condotta omissiva"* è, in realtà, la non reiterazione dell'azione criminosa (una o più volte posta in essere in precedenza): cioè la non commissione di un ulteriore, omologo delitto. Ma tale presupposto nulla ha a che fare con la categoria dogmatica del reato permanente: altrimenti – portando alle estreme conseguenze il ragionamento del G.I.P. – dovrebbe dirsi permanente il delitto di lesioni personali realizzato vibrando una pugnalata non mortale al corpo della vittima, perché anche in tal caso *"la condotta omissiva del reo"* (che non reiteri l'accoltellamento) *"unitamente all'inevitabile decorso del tempo"* sarebbero *"fattori codeterminanti in grado di interrompere la lesione (messa in pericolo) del bene protetto"*. Ma la fallacia della tesi sviluppata nell'ordinanza risalta con chiarezza anche esaminandone le conseguenze da ulteriori angoli di visuale. Infatti, qualunque sia l'atteggiamento psicologico dell'agente successivamente all'alterazione irreversibile dei polpastrelli realizzata con dolo specifico, egli non è in grado di far cessare il danno (o il pericolo) per la fede pubblica, la causazione del quale la norma incriminatrice intende sanzionare: soltanto i processi rigenerativi naturali e le cure mediche rilevano in tale prospettiva. Nel caso di specie, inoltre, la stessa ordinanza dà atto di *"un progressivo miglioramento del pavimento papillare dovuto alla rigenerazione cellulare delle papille nell'intertempo in cui l'indagato si trovava ristretto in carcere e, quindi, si trovava impossibilitato a praticare le continue e/o periodiche alterazioni (raschiature) funzionali all'occultamento e al non rilevamento della sua identità fisica"*. E il Procuratore della Repubblica di Torino, nella richiesta di convalida dell'arresto indirizzata al G.I.P. il 7 agosto 2008, afferma che è possibile *"collocare con certezza l'epoca della fraudolenta mutilazione per cui si procede oggi tra il 13 maggio ed il 24 luglio 2008"*. Dunque, si ammette che Mboup MOR – dal 24 luglio 2008 (giorno del fermo per reati concernenti sostanze stupefacenti) – non si attivò in alcun modo per alterare la cute dei suoi polpastrelli: non pose in essere, quindi, dopo quel-

la data, la condotta sanzionata dall'articolo 495-ter del codice penale. Posto che questa norma incriminatrice è entrata in vigore il successivo 26 luglio, non pare in alcun modo ravvisabile la violazione di essa da parte dell'odierno ricorrente, il quale non risulta avere posto in essere – nella vigenza della disposizione penale – la condotta vietata. Tanto meno può parlarsi di flagranza. L'ordinanza di convalida dell'arresto, per quanto inerisce all'articolo 495-ter c.p., risulta dunque illegittima.

Peraltro nell'occasione si è ulteriormente argomentato: nonostante la condivisibilità delle deduzioni svolte dalla difesa, la cui fondatezza emerge dalla trattazione sinora svolta, non sembra che il ricorso possa trovare accoglimento e sfociare nell'annullamento dell'ordinanza impugnata. E' vero che, ove questa avesse avuto ad oggetto soltanto la convalida dell'arresto per il delitto previsto e punito dall'articolo 495-ter c.p., la conclusione coerente con le premesse enunciate nella presente requisitoria sarebbe stata l'annullamento senza rinvio. Tuttavia si deve rilevare che il provvedimento di convalida inerisce pure all'altra fattispecie criminosa rubricata a carico (delitto p. e p. dagli articoli 61 n. 11-bis e 495 c.p.) e che rispetto ad essa non risultano enunciati specifici motivi di ricorso. Sulla base di tali presupposti, non è dato in questa sede discutere in ordine alla legittimità della convalida dell'arresto per detta ipotesi delittuosa, che esula dall'impugnazione devoluta alla Corte di cassazione. L'ordinanza impugnata – seppure anche al riguardo motivata in modo assai opinabile per varie ragioni, sul piano della legittimità – è, per il profilo ora menzionato, intangibile: insuscettibile, dunque, di annullamento. Né pare doversi addivenire ad un annullamento parziale (limitatamente alla convalida dell'arresto inerente all'articolo 495-ter c.p.), che avrebbe valore meramente formale perché inidoneo a riverberarsi in concreto sulla posizione dell'impugnante. In conclusione, si ritiene conforme al diritto sollecitare la reiezione del ricorso, con contestuale precisazione da parte della Suprema Corte delle correzioni degli errori di diritto nella motivazione dell'ordinanza di convalida dell'arresto emessa dal G.I.P. del Tribunale di Torino in data 8 agosto 2008, alla luce dei rilievi sviluppati nei motivi d'impugnazione e nella presente requisitoria.<sup>81</sup>

## **6. Cessione di stupefacenti e morte dell'assuntore (art. 586 c.p.)**

Con ordinanza n. 41026 del 3 novembre 2008 la quarta sezione

---

<sup>81</sup> Con sintetica motivazione la Sez. V ha condiviso la principale argomentazione della Procura generale (sentenza 31202/2009).

aveva richiesto l'intervento delle Sezioni Unite sulla questione che si poneva al fine dell'accertamento della responsabilità penale dello spacciatore di sostanze stupefacenti per la morte del soggetto acquirente, decesso avvenuto in conseguenza della cessione o di più cessioni intermedie della sostanza stupefacente risultata letale per l'assuntore; ovvero se fosse sufficiente o meno la prova del nesso di causalità materiale fra la precedente condotta di cessione e l'evento morte, diverso ed ulteriore, o se non dovesse essere anche dimostrata la sussistenza di un profilo colposo per non avere preveduto l'evento.

Nella propria requisitoria il Procuratore generale<sup>82</sup>, ha preso atto che la difesa affermava che l'evento letale occorso all'assuntore fosse stato erroneamente addebitato all'imputato sulla base del mero nesso di causalità materiale, che la fattispecie disciplinata dall'art. 586 c.p. rientra tra i casi che sogliono ricondursi al c.d. decorso causale atipico, connotato da una successione degli eventi che fuoriesce dagli schemi di ordinaria prevedibilità. Relativamente a tali casi il rapporto di causalità sussiste tutte le volte in cui non è improbabile che l'azione produca l'evento. Pertanto il giudizio di probabilità si appunta necessariamente sulle circostanze presenti al momento dell'azione conoscibili *ex ante* dal soggetto agente. In risposta al quesito proposto sul punto alle Sezioni Unite ha pertanto osservato: intanto va ricordato che nella *Relazione ministeriale* al codice del 1930 si osservava che "mentre l'art. 587 del progetto preliminare puniva il fatto predetto a titolo di responsabilità obiettiva, nel progetto definitivo la disposizione venne modificata in correlazione con l'art. 86 [poi divenuto art. 83] del progetto medesimo, per il quale gli eventi, diversi da quelli voluti dall'agente, sono punibili a titolo di colpa, se la legge li prevede tra i delitti colposi. L'art. 586 non è, pertanto, che una conferma e una particolare applicazione di questo principio generale, e trova la sua ragione nel fatto che viene stabilito un aumento di pena per l'omicidio e le lesioni personali colposi". Nella giurisprudenza costituzionale, poi, pur non essendo mai stato affrontato esplicitamente il tema della legittimità della disciplina dettata dall'art. 586 c.p., è ormai consolidato l'orientamento che esclude l'ammissibilità di ipotesi di responsabilità oggettiva. Già da un ventennio, infatti, la Corte Costituzionale ha seguito la tesi della costituzionalizzazione del principio di colpevolezza. Ad esempio, con la sentenza n. 364 del 1988 la Corte Costituzionale, sulla base di una approfondita esegesi dell'art. 27 Cost. (impernata sul

---

<sup>82</sup> P.G. G. Palombarini, udienza 22 gennaio 2009, R.G. 40644/2003.

collegamento tra il principio di personalità della responsabilità penale e la funzione rieducativa della pena), è giunta ad identificare la “responsabilità personale”, richiesta da tale norma, con la “responsabilità per fatto proprio colpevole”, ed ha affermato che “il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere almeno la colpa dell’agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica”. Con la successiva sentenza n. 1085 dello stesso anno, la Corte Costituzionale ha precisato che “perché l’art. 27, primo comma, Cost., sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all’agente (siano, cioè investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili”. In questo contesto non appare condivisibile l’orientamento giurisprudenziale che ritiene sufficiente e decisiva la sussistenza del nesso di causalità materiale. Certo, lo ricorda l’ordinanza di rimessione, in tema di determinazione del criterio di imputazione dell’evento morte e dell’evento lesione, vi è un indirizzo giurisprudenziale che costruisce il rapporto tra delitto di base ed evento non voluto in termini di pura e semplice causalità materiale - purché non interrotto ai sensi dell’art. 41 c.p.v. cod. pen. da eccezionali fattori eziologici sopravvenuti - fra la precedente condotta dolosa e l’evento diverso ed ulteriore, senza necessità di espletare in ordine a quest’ultimo alcuna indagine relativa all’elemento psicologico (v., fra le tante: Cass. Sez. 2<sup>^</sup>, 15/12/1996 n. 6361, Caso; Cass. Sez. 2<sup>^</sup>, 14/02/1990 n. 7778, Bevilacqua; Cass. Sez. 6<sup>^</sup>, 04/03/1989 – 02/04/1990 n. 183885, Bodini; Cass. Sez. 4<sup>^</sup>, 19/10/1989 n. 3474, Angelelli). E però, per le considerazioni che ho prima ricordato con riferimento in particolare alle sentenze del Giudice delle leggi, appare maggiormente convincente - perché ancorato all’infettibile principio di colpevolezza in sintonia con la tendenza dell’ordinamento verso il superamento delle forme di responsabilità oggettiva - l’orientamento del giudice di legittimità che collega la punibilità per il delitto *ex art. 586* cod. pen. alla prevedibilità della morte o delle lesioni derivate dal delitto doloso, delineando, su tali basi, una forma di responsabilità per colpa (Cass. Sez. 1<sup>^</sup>, 14/11/2002 – 10/01/2003 n. 2595, Solazzo; Cass. Sez. 1<sup>^</sup>, 22/10/1998 n. 11055, D’Agata). D’altro lato, l’art. 586 c.p. realizza una forma aggravata della previsione di cui all’art. 589: dunque, un nesso psichico deve essere configurabile. Orbene, nel caso di specie la Corte d’Appello di Roma, pur non aderendo esplicitamente al primo, diverso orientamento, lo

ha tuttavia fatto sostanzialmente proprio. Ha infatti detto, a sostegno dell'affermazione di responsabilità, che il delitto di cui all'art. 586 c.p. "non è caratterizzato da mera responsabilità oggettiva", ma ha poi individuato l'elemento colpa di una generica, generale prevedibilità, in relazione all'attività di spaccio di sostanze stupefacenti, dell'evento morte in considerazione della "non infrequente circostanza che l'assunzione di sostanza stupefacente ... possa subire conseguenze dannose o letali dal suo uso". A mio giudizio, attraverso tale affermazione si finisce per ricollocarsi nell'ambito della responsabilità oggettiva. Invece il giudice di merito, anziché presupporre o presumere una generale pericolosità in quanto tale sempre percepibile da chiunque e in ogni circostanza, è tenuto a verificare, anche attraverso l'esame delle deduzioni difensive, la prevedibilità in concreto dell'evento morte caso per caso, attraverso la attenta analisi degli aspetti concreti della specifica vicenda. Il che, nel caso di specie, non è avvenuto. La verifica dovrà essere effettuata da altro giudice di merito<sup>83</sup>.

## **7. La colpa professionale medica**

Nel corso dell'anno è stata affidata alle SS. UU. la risoluzione del quesito se avesse o meno rilevanza la condotta del sanitario che, in assenza di consenso informato del paziente, avesse sottoposto il paziente stesso ad un determinato trattamento chirurgico nel rispetto delle regole dell'arte e con esito fausto, e, nel caso di risposta affermativa, quale ipotesi delittuosa si dovesse configurare.

In questo caso il Procuratore generale<sup>84</sup>, dopo avere ritenuto meritevole di accoglimento la violazione di legge denunciata dall'imputato con il primo motivo di ricorso concernente la ritenuta prevalenza dell'applicazione della prescrizione su una formula di prosciogli-

---

<sup>83</sup> Le SS. UU., con decisione 29 maggio 2009 (p.u. 22 gennaio 2009) n. 22676, Ronci, hanno affermato il principio per il quale nell'ipotesi di morte verificatasi in conseguenza dell'assunzione di sostanza stupefacente, la responsabilità penale dello spacciatore ai sensi dell'art. 586 cod. pen. per l'evento morte non voluto richiede che sia accertato non solo il nesso di causalità tra cessione e morte, non interrotto da cause eccezionali sopravvenute, ma anche che la morte sia in concreto rimproverabile allo spacciatore e che quindi sia accertata in capo allo stesso la presenza dell'elemento soggettivo della colpa in concreto, ancorata alla violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma penale che incrimina il reato base) e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità in concreto del rischio per il bene della vita del soggetto che assume la sostanza, valutate dal punto di vista di un razionale agente modello che si trovi nella concreta situazione dell'agente reale ed alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale.

<sup>84</sup> Proc. n. 20486/2008, P.G. G. Ciani.

mento nel merito ha comunque osservato sulle questioni controverse: occorre prendere le mosse dall'individuazione del fondamento di liceità dell'attività medico chirurgica. Tale fondamento è stato individuato in alcune scriminanti codicistiche – per lo più il consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) – ovvero in scriminanti tacite. Sembra preferibile, tuttavia, l'orientamento, di cui vi è traccia anche nella giurisprudenza della Cassazione, che fa leva sull'autolegittimazione dell'attività medica, legittima in quanto volta alla tutela di un bene costituzionalmente garantito: la salute (v. Sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2041; Sez. IV, 16 gennaio 2008, Huscer, m. 238967, 238968). Peraltro, ciò non significa irrilevanza del consenso del paziente; l'attività medica per potersi concretamente espletare richiede il consenso del paziente, che costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico, come si legge nella sentenza Firenzani. Tuttavia, dalla mancanza del consenso ovvero di un consenso non valido in quanto non preceduto da una completa informazione dell'intervento e delle sue possibili implicazioni ed evoluzioni non può farsi necessariamente derivare una responsabilità del medico a titolo di dolo. Ciò vale soprattutto in casi quale quello in esame nel quale la paziente ha prestato un valido consenso all'intervento programmato, una laparoscopia operatoria, ma non anche alla salpingectomia (asportazione della tuba) effettuata alla luce del quadro infiammatorio apprezzato *de visu*, con una scelta corretta in quanto priva di alternative, secondo la *lex artis* e con competenza superiore alla media, come è stato accertato, in punto di fatto, dai giudice di merito. Ciò premesso, è da rilevare che in tal caso manca nel soggetto agente l'elemento psicologico del delitto di cui all'art. 582 c.p., da ravvisare nella produzione di una menomazione dell'integrità fisica del paziente non necessaria (v. Sez. IV, 9 marzo 2001, Baresi, m. 22579); agisce, invece, per una finalità terapeutica, incompatibile con il dolo di lesioni (Sez. IV, 24 giugno 2008, Rocco, m. 24692, 240693). Ma è da escludere anche che si sia in presenza di una malattia, secondo la nozione che se ne ricava dall'art. 582 c.p.. Sembra, invero, preferibile, rispetto alla nozione, che si ricollega alla relazione ministeriale, secondo cui è malattia qualsiasi alterazione dell'organismo anche solo anatomica, l'orientamento più restrittivo, del quale vi è traccia anche nella giurisprudenza più recente, secondo cui può parlarsi di malattia solo in presenza di alterazioni funzionali dell'organismo. Conseguenza di tale orientamento è che, in caso di intervento riuscito, purché non vi sia stato dissenso espresso o implicito del paziente, dallo stesso deriva non

già l'insorgenza, ma la eliminazione di una malattia e l'attività strumentale a tale risultato è priva di una propria autonomia essendo un passaggio obbligato verso il raggiungimento dello scopo costituito dalla liberazione del paziente dal male che lo affligge (v. Sez. V, 21 aprile 1992, Massimo, m. 190113; Sez. IV 9 marzo 2001, Barese, m. 222579; da ultimo, Sez. IV, 19 marzo 2008, Pagnani, m. 239541). Neppure è configurabile nella specie, ad avviso della Procura generale, il delitto di cui all'art. 610 c.p., come è stato ritenuto dalla sentenza impugnata e, sotto vari profili, da alcune decisioni della Corte di cassazione e da autorevoli studiosi. Difetta, per rimanere alla fattispecie in esame, l'elemento oggettivo del reato, costituito, esclusa la minaccia, dalla violenza al fine di costringere altri a fare, tollerare o omettere qualche cosa. Ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata, il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione e di azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica propria, che si esplica direttamente nei confronti della vittima o di violenza impropria, che si attua attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui impedendone la libera determinazione (Sez. V, 27 febbraio 1998, Piccinin, m. 211230; conf. Sez. V, 7 ottobre 1980, Ferretti, m. 146278). Orbene, se tale è la nozione di violenza non si vede come possa la stessa ravvisarsi nell'omissione di una, sia pur doverosa, informativa.<sup>85</sup>

## **8. Il dolo eventuale nella ricettazione**

A fronte di un ricorso nel quale il ricorrente lamentava che la sentenza impugnata avesse basato la dichiarazione di colpevolezza sulla configurabilità del dolo eventuale nel delitto di ricettazione in contrasto con l'insegnamento della giurisprudenza della Corte di cassazione, su conclusioni contrarie del procuratore d'udienza, la seconda sezione aveva rimesso l'esame della questione alle Sezioni Unite. Nel conse-

---

<sup>85</sup> le Sezioni Unite, con decisione 21 gennaio 2009 (p.u. 18 dicembre 2008) n. 2437, hanno affermato il principio per il quale ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento, anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art. 582 cod. pen., che sotto quello del reato di violenza privata, di cui all'art. 610 cod. pen.



guente giudizio la Procura generale<sup>86</sup>, dopo avere premesso di ritenere provata la sussistenza del dolo diretto, ha giudicato che l'elemento psicologico della ricettazione può essere integrato anche dal dolo eventuale, ossia dall'accettazione del rischio che la cosa acquistata o ricevuta sia di provenienza delittuosa, provenienza in ordine alla quale l'agente si sia trovato in condizione di dubbio. Il dolo eventuale, infatti, è figura generale dell'elemento psicologico del delitto. Che l'agente preveda un evento quale possibile conseguenza del proprio comportamento azzardato, ovvero consideri come ragionevolmente possibile che la propria condotta integri la realizzazione ulteriore di un'attività illecita immediatamente precedente, con ciò è in ogni caso integrato l'elemento psicologico del reato.

Per altro verso, l'art. 712 cod. pen. punisce non chi ha acquistato o ricevuto cose di cui "sospetti" la provenienza da reato, ma chi quelle cose ha acquistato o ricevuto quando "*si abbia motivo di sospettare*" la suddetta provenienza (di qui la considerazione che la contravvenzione incrimina *la mancanza di diligenza nel verificare la provenienza della res quando vi sia una oggettiva ragione di sospetto in ordine a detta provenienza*). Confrontando il tenore testuale delle due norme incriminatrici – art. 648 e art. 712 – non emerge affatto che il dolo di ricettazione non possa sussistere se non quando vi sia la soggettiva certezza dell'illecita provenienza della *res*, sicché mancando questa si verterebbe automaticamente nella minore e diversa ipotesi di cui all'art. 712 cod. pen. La previsione di tale norma è quella che ho appena ricordato: si tratta di un reato colposo legato alla mancanza di diligenza. Nel delitto di ricettazione è invece ravvisabile la figura del dolo eventuale, consistente nell'atteggiarsi della coscienza e volontà del soggetto attivo, il quale accetti il rischio della provenienza illecita della cosa, e cioè quando all'acquirente si presentino in alternativa le due possibilità, ossia che la merce sia di origine lecita ovvero illecita. In tal caso l'evento è realizzato attraverso la consapevole accettazione della situazione di eventuale illecita provenienza della *res*. Come appunto è avvenuto nel caso di specie. Innanzi alla Sezione remittente, il P.G. d'udienza aveva chiesto la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso che è stata dunque in questa sede rinnovata.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Proc. n. 668/2007, P.G. G. Palombarini.

<sup>87</sup> Le Sezioni Unite, nell'udienza del 26 novembre 2009, e con motivazione in corso di deposito, hanno affermato la configurabilità del dolo eventuale nel delitto di ricettazione.

## 9. La legislazione speciale

### 9.1 In tema di diritto d'autore

La seconda sezione penale aveva rimesso alle Sezioni Unite, con ordinanza del 21 aprile 2009, la decisione che riguardava la duplicazione e commercializzazione, in videocassette, di opere cinematografiche prodotte della *Walt Disney* (oggi *Disney Enterprises*), in quanto preliminare era risultata la risoluzione della questione relativa alla applicabilità o meno del termine di durata dei diritti di utilizzazione economica delle opere cinematografiche alle opere già di pubblico dominio al momento di entrata in vigore delle nuove disposizioni in tema di diritto di autore, che hanno fissato in cinquanta anni la durata di tali diritti. Inoltre, trattandosi di autori statunitensi si poneva l'ulteriore problema se nel computo dei termini di durata di tali diritti occorresse o meno tenere conto della proroga della sospensione che era stata prevista nel periodo post bellico (e sino alla entrata in vigore del Trattato di Parigi). Affrontando la questione proposta alle Sezioni Unite della Seconda Sezione penale il Procuratore generale<sup>88</sup> ha rilevato come nel merito – lo aveva già osservato la Corte d'Appello di Milano nell'impugnata sentenza – il principale argomento proposto con le impugnazioni degli imputati riguarda la durata del diritto d'autore; e quella Corte ha aggiunto in proposito “che se fosse fondato l'assunto dell'appellante verrebbe a cadere la parte principale dell'impianto accusatorio, non vi sarebbero cioè né truffa, né violazioni del diritto d'autore”. Ai fini della soluzione delle questioni si è sostenuto: pare convincente la giurisprudenza della Terza Sezione penale, come espressa con la sentenza n. 1917 del 27 giugno 2007 senza indugiare sulle argomentazioni poste a sostegno dell'annullamento senza rinvio della sentenza di condanna di S. M. per fatti analoghi a quelli di cui si discute oggi. Può ricordarsi soltanto in sintesi, che, dissociandosi dalla giurisprudenza civile di questa Corte, la Terza penale ne ha puntualmente contestato le relative motivazioni, in particolare affermando l'**irrilevanza** della circostanza che le due disposizioni (D. Lgs. Lgt. n. 440 del 1945 e Allegato 15, lett. A) n. 3 del Trattato di pace) abbiano durata diversa, si riferiscano a soggetti diversi, usino termini diversi (proroga e sospensione o estensione). Su questo piano, infatti, la diversità tra le due disposizioni è ancor più radicale perché la prima fa parte dell'ordinamento giuridico italiano mentre la seconda fa parte

---

<sup>88</sup> P.G. G. Palombarini, proc. 27790/2004, ud. 24 settembre 2009.

dell'ordinamento internazionale. **Questi rilievi non sono però decisivi.** Il fatto è che le finalità dichiaratamente perseguite dall'Allegato 15 del Trattato di pace e lo stesso tenore testuale delle sue disposizioni non richiedevano affatto che ai cittadini delle potenze alleate ed assimilate vincitrici fosse riservato - in ordine alla durata dei diritti di autore in generale, e delle opere cinematografiche in particolare - una protezione privilegiata e più ampia rispetto a quella accordata ai cittadini italiani, essendosi anzi espressamente escluso che, per effetto delle disposizioni stesse, potesse derivare ai cittadini delle potenze alleate un trattamento più favorevole degli uni rispetto agli altri. L'unico effetto che la disposizione di cui al citato n. 3 dell'Allegato 15 voleva perseguire era che, nel calcolo dei *termini normali* di validità dei diritti di autore "che erano in vigore in Italia allo scoppio della guerra" ed appartenenti ai cittadini delle potenze alleate, non si sarebbe dovuto tener conto del periodo di tempo intercorso durante la guerra, e che di conseguenza la "durata normale" di tali diritti sarebbe stata automaticamente estesa per il tempo di durata della guerra. Dunque, già secondo il suo tenore testuale la disposizione del trattato si riferiva esclusivamente ai termini normali di validità, vigenti in Italia allo scoppio della guerra, ed alla durata normale dei diritti di autore.

Pertanto è evidente che la disposizione del trattato, nel prevedere l'estensione del termine, non ha inteso riferirsi al termine comprensivo anche della proroga stabilita col D. Lgs. Lgt. n. 440 del 1945 (già vigente al momento della stipulazione del trattato), che non costituiva il termine *normale* di protezione, ma un termine *speciale* applicabile solo alle opere di alcuni autori, e che comunque non era in vigore al momento dello scoppio della guerra. Lo scopo perseguito dalla disposizione era chiaramente proprio quello di *estendere ai cittadini delle potenze alleate il beneficio già concesso ai cittadini italiani ed assimilati* dal D. Lgs. Lgt. n. 400 del 1945 (e di cui era, quanto meno, incerta l'applicabilità agli stranieri o ad alcuni stranieri), senza la creazione di ingiustificate posizioni di privilegio. Una disposizione razionale, finalizzata a ottenere un risultato di giustizia con riferimento agli effetti della guerra sul godimento dei diritti d'autore. È inoltre evidente che, se si dovesse ritenere inserita nell'ordinamento una norma che avesse l'effetto di accordare ai cittadini delle potenze alleate, per compensarli del mancato esercizio dei diritti di autore durante la guerra, un diverso termine di 11 anni, 10 mesi e 8 giorni, anziché quello normale di sei anni previsto per i cittadini italiani, si sarebbe in presenza di una norma, di dubbia costituzionalità, che avrebbe attribuito inspiegatamente ai detti cittadini un trattamento privilegiato e più favorevole,

*ne'imposto ne'giustificato* dalle disposizioni del trattato. Per effetto dell'ordine di esecuzione del trattato, deve dunque ritenersi immessa nell'ordinamento interno una norma che attribuiva ai cittadini delle potenze alleate vincitrici sostanzialmente lo stesso termine già attribuito ai cittadini italiani per neutralizzare gli effetti negativi determinati dallo stato di guerra sull'esercizio dei diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno, impedito durante il periodo bellico. Si può dunque affermare che i giudici di merito hanno erroneamente ritenuto la persistenza dei diritti d'autore sulle opere in oggetto, in quanto deve ritenersi inapplicabile, alla durata dei diritti di utilizzazione, pari a trentasei anni, la proroga prevista dal Trattato di pace di Parigi, giacché con tale ultima disposizione si veniva in realtà ad applicare anche ai cittadini dei paesi alleati ed associati un trattamento (quello, appunto di proroga) che il d.lgt. n. 440 del 1945 aveva previsto per i soli cittadini italiani ed equiparati. In definitiva, quindi, allorquando con il d.p.r. n. 19 del 1979, è stato stabilito il termine di cinquant'anni per la durata dei diritti, la validità dei diritti d'autore relativi alle opere della Walt Disney (di durata, appunto, trentaseiennale) era già venuta meno con conseguente insussistenza dei reati attribuiti ai M.

Quanto al problema ***dell'applicabilità del nuovo termine cinquantennale alle opere già cadute in pubblico dominio***, premesso che, secondo l'art. 11 preleggi *la legge non dispone che per l'avvenire, essa non ha effetto retroattivo*, va osservato che nel D. Lgs. n. 19 del 1979 non vi è una norma nel senso che i nuovi termini di durata della protezione delle opere cinematografiche debbano applicarsi anche alle opere già in precedenza cadute in pubblico dominio. Ricorda la sentenza 1917 della 3<sup>a</sup> sezione che ho già citato, che quando il legislatore ha voluto dare efficacia retroattiva ai nuovi termini di durata della protezione ed in particolare ha voluto estenderli alle opere già cadute in pubblico dominio, lo ha espressamente previsto, ponendo altresì una disciplina transitoria in ordine ai contratti stipulati ed ai rapporti sorti in relazione al lecito esercizio del diritto di sfruttamento dell'opera caduta in pubblico dominio da parte di soggetti diversi dall'originario titolare. Infine – mi riferisco a quei capi d'imputazione nei quali non è indicata con precisione la data del fatto, ma si usa la formula “fino al”, con una indicazione che potrebbe quindi riferirsi anche a un tempo antecedente al 1979 – non va trascurata la circostanza che l'applicabilità del nuovo termine alle opere già cadute in pubblico dominio, se interpretata retroattivamente, potrebbe in definitiva avere riflessi sui principi di cui all'art. 2 c.p. in tema di successione di leggi penali. Di qui, appunto, la conclusione che l'estensione da 30 a

50 anni del termine di protezione per le opere cinematografiche operata dal D. Lgs. n. 19 del 1979 non riguardi i film che erano in precedenza già caduti appunto in pubblico dominio. Dunque, per effetto di queste considerazioni si possono formulare le prime conclusioni. La insussistenza dei reati concernenti le violazioni del diritto d'autore e quelli di cui all'art. 640 c.p. va pronunciata nei confronti di S.M., mentre per la posizione di I.M. va pronunciato l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata essendo i reati estinti per morte del reo. Tra l'altro – dico ciò del tutto incidentalmente in quanto la circostanza non incide sulle mie conclusioni – dovendosi tenere conto della prima proiezione del filmato, che per "I tre porcellini" è del 1933 (la decorrenza da tale momento è prevista dall'originario art. 32 della legge n. 633 del 1941), se si computano 35 anni e 9 mesi (ovvero la sola proroga del 1945) il termine è scaduto nel settembre del 1968; se si calcolano 41 anni e 9 mesi (ovvero entrambe le proroghe) il termine è scaduto nel settembre 1974 e quindi in ogni caso, prima del D.p.r. del 1979<sup>89</sup>.

## **9.2 La falsa dichiarazione per l'ammissione al gratuito patrocinio**

La quarta sezione della Corte, chiamata a valutare se il reato di cui all'art. 95 del d.p.r. n. 115 del 2002 sussistesse anche nel caso di c.d. falso innocuo, cioè di non superamento da parte dell'istante dei limiti reddituali che consentono l'ammissione al gratuito patrocinio, aveva ritenuto di dovere rimettere la questione all'esame delle Sezioni Unite stante l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto<sup>90</sup>.

Il Procuratore generale ha rilevato che a fronte dell'ampio indirizzo secondo il quale il reato in esame non sussiste, laddove la condotta non si sostanzia nella falsa dichiarazione di avere un reddito inferiore a quello fissato quale soglia di ammissibilità dell'istanza, (in proposi-

---

<sup>89</sup> La decisione, assunta nell'udienza del 24 settembre 2009, non risultava ancora depositata al momento della redazione del presente volume, anche se dall'esame del dispositivo si può ricavare una risposta negativa ad entrambe le questioni sottoposte dalla sezione remittente.

<sup>90</sup> L'art. 95 prevede che "La falsità o le omissioni nella dichiarazione sostitutiva di certificazione, nelle dichiarazioni, nelle indicazioni e nelle comunicazioni previste dall'articolo 79, comma 1, lettere b), c) e d), sono punite con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 309,87 a euro 1.549,37. La pena è aumentata se dal fatto consegue l'ottenimento o il mantenimento dell'ammissione al patrocinio; la condanna importa la revoca, con efficacia retroattiva, e il recupero a carico del responsabile delle somme corrisposte dallo Stato".

to Cass. V, 12.5.2006, n. 16338), la Corte di Palermo ha ritenuto il ragionamento seguito da questa sentenza e da altre della Cassazione non convincente, “poiché trascura di considerare che la norma incriminatrice prevede espressamente un aumento della pena ove, grazie alla falsa dichiarazione, si sia riusciti ad ottenere l’ammissione, e prevede inoltre la revoca, con effetto *ex tunc*, del relativo provvedimento”, sostenendo che l’argomento appariva insuperabile per le seguenti ragioni: infatti qui vi è una distinzione significativa, secondo questa sentenza della Corte di Palermo, che è impossibile trascurare. Proprio il fatto che scatta l’aggravante se il falso non è innocuo lascia intendere che comunque il falso è punito. In proposito appare convincente il diverso orientamento pure riscontrabile nella giurisprudenza della Suprema Corte. L’ordinanza di rimessione cita fra le altre una recente decisione della Quinta Sezione, 24 gennaio 2008, n. 13309, Marino, rv. 239387, secondo cui il reato delineato dall’art. 95 d.P.R n. 115 del 2002 punisce le false dichiarazioni circa le condizioni reddituali, a prescindere dall’incidenza che possano avere avuto sull’ammissione al patrocinio, tanto che è previsto un aggravamento di pena per il caso in cui la falsità sia stata decisiva ai fini dell’ammissione. Infatti la norma stabilisce che le dichiarazioni sostitutive delle certificazioni sulle condizioni di reddito vanno fatte ai sensi della legge sulle autocertificazioni, che dà rilevanza penale alle dichiarazioni non veritiere in genere. L’obbligo di dichiarazione veritiera – ricorda puntualmente l’ordinanza della Quarta Sezione, richiamando l’orientamento fatto proprio dalla Corte di Palermo - discende anche dalla previsione di cui all’art. 96 d.P.R n. 115 del 2002, secondo cui il magistrato, chiamato a valutare l’istanza di ammissione al patrocinio, deve respingerla se vi sono fondati motivi per ritenere che l’interessato non versi nelle condizioni di cui agli artt. 76 e 92 del medesimo decreto, che fissano i limiti di reddito; e dalla previsione dell’art. 98, che stabilisce che l’ufficio finanziario verifica l’esattezza dell’ammontare del reddito attestato, nonché la compatibilità dei dati indicati con le risultanze dell’anagrafe tributaria, e può disporre la verifica della posizione fiscale dell’istante e degli altri soggetti indicati nell’art. 76. Tutto ciò conferma che il fine della norma è quello di ammettere al patrocinio solo i soggetti che hanno un reddito, effettivo e non solo dichiarato, compreso nei limiti di legge. Da qui l’obbligo per l’interessato di rendere dichiarazioni genericamente veritiere anche per consentire l’accertamento secondo quanto previsto dalla legge. Correttamente si può concludere che non si può ritenere che la parte precettiva della norma contenuta nell’art. 95 richieda un *quid pluris* rispetto alla parte precettiva della norma

dell'art. 483 c.p., che punisce qualsiasi infedele attestazione, e cioè l'affermazione, contraria al vero, di avere un reddito inferiore a quello fissato dal legislatore quale soglia di ammissibilità, poiché qualsiasi elemento indicativo di reddito, anche inferiore a quello significativo ai fini del superamento della soglia, deve essere dichiarato per consentire la valutazione ai sensi degli artt. 96 e 98 d.P.R. n. 115. Va aggiunta poi una considerazione relativa alla previsione delle ipotesi di revoca dell'ammissione al patrocinio, di cui all'art. 112 d.P.R. n. 115 del 2002. Data la tassatività dei casi di revoca - costituiti dall'omessa comunicazione nei termini di eventuali variazioni dei limiti di reddito, dalla variazione dei limiti di reddito, come da comunicazione, in misura da escludere l'ammissione, dall'omessa produzione nei termini della certificazione dell'autorità consolare, dal raggiungimento della prova della mancanza, originaria o sopravvenuta, delle condizioni di reddito per l'ammissione al patrocinio - si avrebbe la paradossale conclusione, se si accedesse alla tesi dell'irrilevanza delle false dichiarazioni prive di incidenza effettiva sull'ammissibilità al patrocinio, che la revoca dovrebbe essere adottata in presenza di un'omessa comunicazione delle variazioni del reddito, anche se ininfluyente rispetto al superamento della soglia di legge, e non anche in caso di originaria inveritiera dichiarazione, pur essa ugualmente ininfluyente.<sup>91</sup>

### 9.3 Reati fallimentari

Il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di appello aveva proposto ricorso sul presupposto che la sentenza impugnata non avesse applicato la circostanza aggravante prevista dall'art. 219 legge fall. e, pertanto, in luogo di procedere a giudizio di comparazione tra le concesse circostanze attenuanti generiche e detta aggravante, avesse, nel caso di specie, irrogato un aumento di pena *ex art.* 81 c.p.v. c.p., avendo stimato i reati *de quibus* unificati sotto il vincolo della continuazione.

Il Procuratore generale<sup>92</sup> ha in merito sostenuto: è noto che l'art. 219 comma II n. 1 della legge fall. prevede che l'aumento di pena deve essere applicato "se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in *ciascuno*" degli artt. 216 e 217 della stessa legge; in altri termi-

---

<sup>91</sup> Le Sezioni Unite (27 novembre 2008 - 16 febbraio 2009 n. 6591) hanno affermato sul punto: Il reato di cui all'art. 95 del d.p.r. n. 115 del 2002, falsità od omissioni nelle dichiarazioni relative alle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio, si configura anche se il reddito accertato non supera la soglia minima prevista.

<sup>92</sup> Proc. n. 3240/2009, P.G. L. Riello.

ni, detta norma contiene una disciplina alternativa a quella del concorso di reati e della continuazione, dato che prevede un'aggravante nel caso in cui una persona commetta più fatti di bancarotta. Tuttavia, non sfugge al deducente che - sia in giurisprudenza che in dottrina - c'è contrasto sull'ambito di applicabilità della disposizione, perché quest'ultima, secondo un orientamento, riguarderebbe solo la commissione di più fatti previsti dallo stesso articolo (vale a dire di più fatti di bancarotta fraudolenta oppure di più fatti di bancarotta semplice) mentre, secondo l'altro orientamento, dovrebbe riguardare anche la commissione di fatti previsti da diversi articoli. Più in particolare, è stato ritenuto - cfr. Cass. sez. V, sent. n. 48282/2004 - che "in tema di reati fallimentari, poiché *la legge limita la considerazione unitaria della bancarotta alla sfera interna di ciascuno degli artt. 216 e 217 legge fallimentare, deve ritenersi possibile il concorso cosiddetto "esterno" tra la bancarotta fraudolenta e la bancarotta semplice*, fattispecie di reato fra loro completamente autonome; *può dunque ammettersi, sulla base di tale principio, la continuazione tra fatti di bancarotta fraudolenta e fatti di bancarotta semplice*, allorché le fattispecie materiali delle singole ipotesi di bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta si identifichino o comunque siano le une riconducibili alle altre" (cfr. Cass. Sez. 5<sup>^</sup>, 7.6-1996 n. 8041, D'Angelo e altro). A contrario, si è argomentato da parte di altra giurisprudenza che l'operatività della disciplina del concorso di reati e della continuazione rimarrebbe di diritto esclusa anche nel caso, come quello in esame, in cui vengano dalla stessa persona commessi sia fatti di bancarotta fraudolenta, sia fatti di bancarotta semplice. "La lettera della norma - si è rilevato - non è univoca e la questione si intreccia con quelle, sulle quali pure c'è contrasto, relative alla c.d. concezione unitaria del reato di bancarotta e al ruolo che rispetto alla struttura di questo reato svolge il fallimento", così pervenendo alla conclusione che "il fallimento abbia nei reati di bancarotta una funzione tendenzialmente unificante, dimostrata, oltre che dalla disposizione del comma 2, n. 1, dell'art. 219, da quelle dei commi 1 e 3 dello stesso articolo (i quali danno rilevanza al danno complessivamente cagionato da tutti i fatti di bancarotta e non a quello cagionato dai singoli fatti)", con la puntualizzazione che <<l'argomento che appare decisivo per far ritenere applicabile l'aggravante dell'art. 219 comma 2, n. 1, ed escludere la continuazione nel caso di commissione di fatti di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice, è quello, evidenziato in dottrina, che "certo non sarebbe ragionevole punire con maggiore asprezza chi abbia commesso un fatto di bancarotta fraudolenta e un fatto di bancarotta semplice, ri-



spetto a chi abbia commesso più fatti di bancarotta fraudolenta". È un argomento – si è concluso – che esprime, oltre a un'evidente esigenza di equità, anche un'indicazione costituzionalmente orientata perché sarebbe fonte di una irragionevole disparità di trattamento, in contrasto con l'art. 3 Cost., una interpretazione che escludesse la continuazione nel caso di concorso di fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale e con fatti di bancarotta fraudolenta documentale e la ritenesse invece operante in casi, come quello in esame, in cui la bancarotta fraudolenta si trovasse a concorrere con fatti, assai meno gravi, di bancarotta semplice documentale>>. A giudizio di chi scrive, il primo degli orientamenti rispetta maggiormente la lettera della legge che – non può ritenersi a caso – ha adoperato non l'espressione "se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti dagli artt. 216 e 217" L.F., ma quella, significativamente diversa, "se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in *ciascuno*" degli artt. 216 e 217" cit..Peraltro, la scelta di una soluzione "costituzionalmente orientata", come è noto, deve essere effettuata allorché una norma offra, sullo stesso piano, una pluralità di interpretazioni, di guisa che l'interprete deve "scegliere" quella in sintonia con il dettato costituzionale; ma nella fattispecie, appare chiaro il dettato normativo e, quindi, la scelta del legislatore che, in ogni caso, non sembra essere affatto irrazionale o discriminante, in considerazione della eterogeneità delle condotte di cui ai reati contestati, sotto il profilo oggettivo e soggettivo (distrazione di risorse, irregolare tenuta di libri e scritture contabili etc.), alla stregua di quanto emerge dalla copiosa giurisprudenza in materia. L'applicazione dell'istituto della continuazione non appare, quindi, affetto da vizi. Inoltre, vertendosi in tema di "patteggiamento", non va dimenticato, sia pure "*ad abundantiam*", il principio giurisprudenziale più volte affermato da codesta Corte, secondo cui l'oggetto del controllo sulla pena, affidato al giudice, riguarda la pena finale concordata, indipendentemente dagli eventuali errori nei calcoli intermedi, avendo le parti vincolato il loro consenso alla misura della pena finale e non ai calcoli intermedi.

#### **9.4 La guida in stato di ebbrezza**

Come è intuibile la Corte è stata chiamata più volte ad occuparsi di questioni collegate all'accertata guida in stato di ebbrezza, o di rifiuto di sottoporsi al test alcolemico.

In ricorso in cui l'imputato si doleva, da un lato, dell'applicazione della misura della *confisca dell'autovettura in sequestro* - sul presupposto che siffatta misura non era prevista all'epoca del reato

(2.9.2007) – e, dall’altro, del fatto che la statuizione in parola fosse stata assunta senza alcuna motivazione, con particolare riferimento alla pericolosità dell’agente al momento del fatto, vertendosi in tema di misure di sicurezza, il Procuratore generale<sup>93</sup> ha osservato: ritenuto che la legge n. 125 del 2008 (art. 4) dispone che, nel caso di condanna per il reato di guida in stato di ebbrezza alcolica a seguito dell’accertamento di un valore di tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro, *è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato, ai sensi dell’art. 240 c.p., comma 2* (“anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena” - art. 2, comma 4, v. anche art. 2 *quater* -, e “salvo che il veicolo appartenga a persona estranea al reato”), di tal che appare chiaro l’intendimento del legislatore di qualificare detta misura nell’ambito delle misure di sicurezza patrimoniali e quale *confisca obbligatoria*; rilevato che la giurisprudenza di legittimità è conforme nel qualificare la confisca come una misura fondata sulla pericolosità derivante dalla disponibilità di una cosa utilizzata per commettere il reato, nel senso che l’istituto come tale ha carattere cautelare e non punitivo, in quanto tende a prevenire la commissione di nuovi reati; ritenuto che parimenti conforme è l’avviso secondo cui il principio di irretroattività della legge penale, sancito dall’art. 2 c.p. e art. 25 Cost., comma 2, è operante nei riguardi delle norme incriminatrici e non anche rispetto alle misure di sicurezza, sicché la confisca può essere disposta anche in riferimento a reati commessi nel tempo in cui non era legislativamente prevista ovvero era diversamente disciplinata quanto a tipo, qualità e durata, (v. Cass. 8-11-2007 n. 7116 e, in particolare, da ultimo, proprio con specifico riferimento all’ipotesi di reato in questione, Cass. n. 9986/2009); ritenuto, indi, che sotto altro profilo, va detto – sempre in conformità con la richiamata giurisprudenza di codesta Corte - che la Corte Europea dei diritti dell’uomo ha espresso una giurisprudenza cauta e non univoca in tema di interpretazione dell’art. 7 della C.E.D.U. (“nessuna pena senza legge”) e di qualificazione delle misure di sicurezza; ritenuto che - come è noto - “le relative norme non hanno efficacia diretta nel nostro ordinamento e l’eventuale contrasto tra la norma interna e quella della C.E.D.U., così come interpretata dalla Corte Europea, potrebbe solo comportare, sussistendone le condizioni, *il che non si profila nel caso in esame*, l’insorgenza di una questione di costituzionalità della norma nazionale (v. Corte Costit. 24-10-2007 n. 349)” - così, espressa-

---

<sup>93</sup> in proc. 22204/2009, P.G. L. Riello

mente, la sentenza n. 9986/2009 cit.; ritenuto, infine, quanto alla dedotta carenza motivazionale relativa alla pericolosità del prevenuto, che si è specificato che la disposizione dell'art. 186 C.d.S., comma 2, lett. c), là dove contempla che sia sempre disposta, con la sentenza di condanna o con quella di applicazione della pena a richiesta delle parti, la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato "ai sensi dell'art. 240 c.p., comma 2", richiama quest'ultima disposizione *non con l'intenzione di affermare che il caso disciplinato rientri tra quelli che detta disposizione contempla, ma semplicemente al fine di rimarcare l'obbligatorietà della confisca*, sempre che il veicolo non appartenga a persona estranea al reato; che, in assenza di una norma siffatta, il veicolo con il quale è commessa la contravvenzione in esame andrebbe ricondotto, seguendo le linee tracciate dall'art. 240 c.p., nel novero delle cose, indicate nel primo comma di detto articolo, soggette a confisca facoltativa, *mentre la confisca è, invece, obbligatoria proprio perché così ha voluto, in deroga all'art. 240 c.p., il legislatore del codice della strada* (Cass. n.13831/2009; v. anche Cass. n. 36822/2008); ritenuto che – secondo quanto si è puntualmente argomentato è rispondente alla *ratio legis* interpretare il richiamo, contenuto nell'art. 186, all'art. 240 c.p., comma 2, non come riferimento alla natura ed alle caratteristiche delle cose ivi elencate, bensì, appunto, nel senso della previsione della obbligatorietà della confisca per il veicolo condotto da soggetto in stato di ebbrezza ai sensi dell'art. 186 C.d.S., comma 2, lett. c, (ovvero da soggetto che si è rifiutato di sottoporsi all'accertamento), nel senso che "il veicolo non è *ex se* una *res* tale da non poter restare in circolazione prescindendo dal soggetto che ne aveva la disponibilità e dall'esito del giudizio, ma una *res* da considerarsi *pericolosa solo in relazione a quel soggetto trovato in (grave) stato di ebbrezza* (o che si è rifiutato di sottoporsi all'accertamento in tal modo impedendo di fatto il controllo delle sue condizioni di idoneità alla guida), ed ovviamente all'esito dell'accertamento giudiziale della attribuibilità di quel fatto-reato al soggetto cui è stata sottratta la disponibilità della *res* con il sequestro"; ritenuto che siffatta interpretazione, tra l'altro, si pone assolutamente in sintonia con i principi che le Sezioni Unite di codesta Corte (cfr. S.U. Carlea ed altri) enunciarono allorquando furono chiamate ad esaminare una analoga questione con riferimento alla confisca prevista dall'art. 722 c.p. ("è sempre ordinata la confisca") per il denaro esposto nel gioco d'azzardo e per gli arnesi od oggetti ad esso destinati;

ritenuto che siffatte argomentazioni (che rendono chiara la *ratio* della norma e le ragioni concrete della scelta del legislatore) valgono altresì a superare – e a stimare manifestamente infondata – la questio-

ne di illegittimità costituzionale dell'art. 186 comma 2, lettera c), cod. strad., sollevata dall'imputato ricorrente in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., in ragione della pretesa illegittimità dell'equiparazione dei veicoli guidati in stato di (grave) ebbrezza alle cose per le quali l'art. 240 c.p.v. c.p. prevede la confisca obbligatoria, in luogo della previsione della facoltatività della confisca, da applicarsi solo sul presupposto di una accertata, attuale pericolosità del reo, nonché della violazione dei "diritti inviolabili" della persona umana, in conseguenza di una misura qualificata "abnorme", ossia sproporzionata alla natura del fatto-reato; ritenuto che la scelta normativa, se può ovviamente essere oggetto di divergenti opinioni in termini di opportunità, si sottrae alle censure sollevate, non ledendo la norma gli invocati parametri costituzionali, rientrando di certo nel potere del legislatore operare una scelta di rigore, nel senso e per le ragioni ricordate, estendendo il regime dell'obbligatorietà al di fuori delle specifiche ipotesi contemplate dall'art. 240 c.p.v. c.p., senza che ciò possa dirsi in contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) - rientrando tra i poteri discrezionali del legislatore medesimo la determinazione di applicare obbligatoriamente una misura di sicurezza ad ipotesi diverse da quelle scolpite nella norma generale (art. 240 c.p.v. c.p.), in ragione di una valutazione di gravità ed allarme sociale di particolari condotte (è significativo, in tale ottica, l'aver circoscritto la misura in discussione ai casi in cui il tasso alcolemico sia superiore a 1,5 g/l) - ovvero con i "diritti inviolabili" dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. (segnatamente richiamati, con riferimento al fatto dell'essere l'autovettura confiscata unico mezzo di locomozione, come tale necessario alla famiglia dell'imputato ed a quest'ultimo per recarsi al lavoro), essendo ben evidente che i valori che la norma di cui all'art. 186 cod. strad. intende tutelare (la sicurezza stradale e, quindi, la vita umana di fronte a violazioni gravi che le pongono in pericolo) sono obiettivamente sovraordinati rispetto alle esigenze personali o familiari dell'autore di siffatte violazioni, il ricorso va respinto.

### **9.5 Il fenomeno della violenza in occasione di competizioni sportive**

Anche nel corso del 2009 sono stati trattati numerosi procedimenti relativi alla valutazione delle misure urgenti adottate per prevenire i fenomeni di violenza in occasione di competizioni sportive, ed in questi, oltre a ribadire le posizioni già espresse in merito (vedi Relazione per l'anno 2008), si è avuto modo di precisare:

-in tema di *garanzie difensive*, in ricorso avverso il decreto del

Gip con il quale, dopo l'annullamento del precedente provvedimento di convalida per violazione dei termini a difesa, era stato convalidato il provvedimento del questore che imponeva al ricorrente la presentazione presso l'ufficio di polizia del luogo di residenza in occasione degli incontri sportivi, si sosteneva la assenza di *un termine congruo per l'esercizio del diritto di difesa*, non concesso dal Gip, il Procuratore generale<sup>94</sup>, premesso che si tratta di misure che la giurisprudenza e la dottrina qualificano nell'ambito delle misure di prevenzione pur se con caratteri tipici; basti ricordare quanto contenuto nella decisione delle *Sezioni Unite 27 ottobre 2004, n. 44273, Labbia*, che, in relazione alla previsione di cui all'art. 6, comma 2, così argomenta: "sotto diverso profilo conferma la natura di misura di prevenzione di questi provvedimenti la considerazione che si tratta di provvedimenti che prescindono dalla consumazione di un reato e dal suo accertamento definitivo e ciò porta ad escludere con certezza che si tratti di una misura di sicurezza", (così come in precedenza si erano espresse, fra le tante Cass. Sez. VI 20 marzo 1996, Valbusa, n. 1155, rv. 205661, per la quale "l'art. 6 della legge 13 dicembre 1989 n. 401 ha introdotto nell'ordinamento una misura di prevenzione, sia pure atipica, che presenta analogie con l'obbligo o il divieto di soggiorno previsti dall'art. 5 della legge 27 dicembre 1956 n. 1423", nonché Cass. Sez. I 24 marzo 1998, n. 1739, Amici, rv. 210345, che la qualifica quale misura assimilabile a una misura di prevenzione); osservato come sul tema dei provvedimenti in materia sia più volte intervenuta la Corte Costituzionale, che già con la decisione n. 143 del 1996 (in Foro it., 1996, I, 2620) qualificava il provvedimento previsto dall'art. 6, comma 2, della legge 401 del 1989 quale misura restrittiva della libertà personale del soggetto tenuto a comparire presso l'ufficio di polizia; che successivamente, con decisione n. 144 del 1997 (in Riv. dir. sportivo, 1997, 723) ha sottolineato come l'adozione di tali provvedimenti debba essere accompagnata da garanzie idonee ad operare un controllo sul provvedimento da parte del giudice; che successivamente, con decisione n. 512 del 20 novembre 2002 (in Giur. it., 2003, 2001) operando una ricostruzione del quadro normativo e costituzionale di riferimento, ha ricordato come "la natura di atto suscettibile di incidere sulla libertà personale impone che il giudizio di convalida effettuato dal g.i.p. non possa limitarsi ad un mero controllo formale, bensì debba essere svolto in modo pieno"; ricordato l'ulteriore arresto giurisprudenziale delle citate Se-

---

<sup>94</sup> In proc. n. 11297/2009, P.G. A. Montagna.

zioni Unite 12 novembre 2004 n. 44273, *Labbia*, che hanno condiviso una interpretazione costituzionalmente orientata dell'assetto normativo osservando come vada sottolineata la natura del provvedimento emesso dal questore, provvedimento che obbligando alla presentazione presso l'ufficio di polizia incide sulla libertà dell'individuo, così che da tale presupposto non può che derivare che il controllo di legalità devoluto al giudice della convalida debba essere esteso alla verifica dell'esistenza di tutti i presupposti previsti dalla legge, non potendosi ridurre alla verifica formale del provvedimento, in quanto così facendo si attribuirebbe all'autorità amministrativa il potere di limitare la libertà personale in assenza di un controllo effettivo da parte del giudice (tra l'altro in presenza di oggettive limitazioni all'esercizio del diritto di difesa che la esclusiva possibilità di produrre memorie e documenti al giudice della convalida, in un contraddittorio esclusivamente cartolare, già fa emergere);

rilevato come nel ricorso si lamentasse *l'assenza di un termine congruo per l'esercizio del diritto di difesa* da parte del soggetto destinatario della misura prima della convalida da parte del Gip, atteso che *dopo l'annullamento da parte della Corte di cassazione nessun avviso è stato inviato all'interessato, per cui il diritto di difesa non risulterebbe soddisfatto*; ricordato come il comma 2 bis dell'art. 6 prevede che *“La notifica di cui al comma 2 deve contenere l'avviso che l'interessato ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice competente per la convalida del provvedimento*; ricordato come la citata decisione delle Sezioni Unite n. 44273/2004 ha affermato, relativamente al diritto di difesa, la necessità che il soggetto destinatario della misura di prevenzione possa interloquire nel procedimento presentando memorie e deduzioni, e come in particolare questi debba potere esaminare la documentazione rilevante al fine dell'adozione della misura, ossia quella che il questore è tenuto a trasmettere (“immediatamente”) al Procuratore della Repubblica all'atto della comunicazione della misura di prevenzione adottata (e poi notificata all'interessato) e che a sua volta il Pubblico Ministero, che ritenga di chiedere al G.I.P. la convalida della misura entro quarantotto ore dalla notifica del provvedimento (e comunque solo dopo tale notifica), è tenuto a trasmettere a quest'ultimo, che, a sua volta, è tenuto a provvedere nelle quarantotto ore successive, tenendo conto delle eventuali memorie o deduzioni presentate dal destinatario del provvedimento restrittivo personalmente o a mezzo di difensore; rilevato che questo diritto di difesa che si esprime nella possibilità di un contraddittorio meramente cartolare ed in tempi ristrettissimi soffre dell'insufficiente

definizione della scansione temporale dei termini quale posta dall'art. 6 cit. soprattutto per la mancanza di un espresso termine dilatorio in favore della difesa, ma anche per il mancato raccordo con la richiesta di convalida del Pubblico Ministero (con contestuale trasmissione della documentazione rilevante), di cui non è prevista alcuna comunicazione all'interessato, pur se il controllo pieno del G.I.P. sull'ordine del questore, la cui convalida è chiesta dal P.M., implica anche che il soggetto destinatario della misura di prevenzione possa esaminare la documentazione rilevante, ovvero quella che il P.M. è tenuto a trasmettere all'atto della richiesta di convalida, così che deve condividersi l'affermazione delle Sezioni Unite per la quale "la possibilità di presentare memorie o deduzioni sarebbe vanificata dalla mancata conoscenza degli atti e la possibilità di interloquire, già sensibilmente ridotta per l'adozione di un contraddittorio solo cartolare e consentito in termini temporali assai ristretti, sarebbe sostanzialmente elusa"; ritenuto in sintesi che la garanzia del contraddittorio cartolare prevista dall'art. 6 cit. debba avere il contenuto di una effettiva possibilità per il destinatario di una misura di prevenzione incidente sulla sua libertà personale (quale è appunto l'ordine di presentarsi alla Polizia) di interloquire sulla legittimità del provvedimento mediante la presentazione, personalmente o a mezzo di difensore, di memorie o deduzioni al G.I.P. competente per la convalida, il quale delle stesse deve tenerne conto nel motivare il suo provvedimento (in termini Cass. Sez. III 11 dicembre 2007, dep. 17 gennaio 2008, n. 2472, Vallini); ritenuto conclusivamente come il Gip debba preliminarmente verificare l'osservanza del diritto di difesa come sopra ricostruito, non potendo adottare il provvedimento di convalida prima che sia decorso il termine di 48 ore dalla notifica del provvedimento del questore; ritenuto che nel caso in cui l'ordinanza di convalida del provvedimento del Questore venga annullata dalla Corte di cassazione per inosservanza del termine di quarantotto ore, decorrente dalla notifica del provvedimento stesso e finalizzato a consentire la presentazione di memorie e deduzioni, **il giudice di rinvio è tenuto a restituire nel predetto termine l'interessato, non potendo decidere prima che lo stesso sia nuovamente decorso**, ha concluso affinché il ricorso fosse accolto con conseguente annullamento con rinvio.

- sul tipo di annullamento da parte della Corte la Procura generale<sup>95</sup> ha sostenuto: la vicenda pone poi un ulteriore problema, ovvero

---

<sup>95</sup> Nel proc. n. 37697/2009, P.G. A. Montagna

quello relativo al **tipo di annullamento** che deve essere disposto, ovvero se con rinvio o senza rinvio. In proposito le sezioni Unite, con due decisioni analoghe del **29 novembre 2005**, dep. 3 febbraio 2006 n. **4443 e 4444**, **Spinelli e Ghezzi**, hanno affermato che in caso di accoglimento del ricorso l'ordinanza del giudice che, in sede di convalida del provvedimento emesso dal questore ai sensi dell'art. 6, comma secondo, legge 13 dicembre 1989 n. 401 e succ. mod., limitandosi ad un controllo meramente formale, *ometta di motivare in ordine all'esistenza dei presupposti* legittimanti l'adozione da parte dell'autorità amministrativa della misura limitativa della libertà personale andasse annullata con rinvio. La stessa decisione ha aggiunto che il problema relativo alla determinazione del tipo di annullamento (con o senza rinvio) da disporre in caso di vizio dell'ordinanza del GIP è connesso a quello inerente agli eventuali effetti che a tale vizio si ricolleghino. Così per i cc.dd. *errores in iudicando* e, in particolare, per i vizi di motivazione, non essendo in discussione l'esistenza dei presupposti per il legittimo passaggio all'esame del merito, essendo così tale esame validamente intrapreso, anche se poi, nel suo concreto svolgimento ed esito, si è rivelato viziato, l'esame in questo caso andrebbe certamente rifatto, nell'alveo di un fisiologico prosieguo di una procedura ritualmente sviluppatasi, non così dovrebbe avvenire per l'assenza dei presupposti per l'esame del merito. La formula **dell'annullamento senza rinvio**, oltre ad essere pacificamente adottata dalla S.C. in presenza di profili di illegittimità afferenti direttamente al provvedimento del questore o nei casi di convalida intervenuta tardivamente<sup>96</sup>, ricorre prevalentemente anche in presenza di vizi relativi alla procedura o al provvedimento di convalida. Per quanto riguarda i vizi della procedura, tale formula è stata costantemente pronunciata con riferimento ad un provvedimento di convalida adottato da giudice incompetente<sup>97</sup>; ovvero *in violazione dei diritti di difesa* (si è ravvisato in tal caso una nullità assoluta dell'ordinanza di convalida per violazione dell'art. 178, comma 1, lett. c, c.p.p.)<sup>98</sup>. In particolare in alcune di queste ultime de-

<sup>96</sup> Sez. VI, 23/10/1998, dep. 19/11/1998, n. 3195, ric. Azzolin; Sez. I, 22/3/1999, dep. 10/5/1999, n. 2401, ric. Cori; Sez. I, 15/6/2004, dep. 2/7/2004, n. 29113, ric. Arnese

<sup>97</sup> Sez. 28/11/1995 - 20/12/1995, n. 3874, ric. Tortora; Sez. I, 23/09/1996 - 04/10/1996, n. 4688, ric. De Risi; Sez. I, 5/10/2004, dep. 2/11/2004, n. 42584, ric. Del Zoppo; Sez. I, 22/9/2004, dep. 30/9/2004, n. 38661, ric. Buono.

<sup>98</sup> Sez. I, 16/11/1998, dep. 15/1/1999, n. 5624, ric. Piscitelli; Sez. I, 15/3/1999, dep. 10/5/1999, n. 2158, ric. Smeragliuolo; Sez. I, 22/4/1999, dep. 15/6/1999, n. 3215, ric. Furnari; Sez. I, 28/1/2000, dep. 6/3/2000, n. 686, ric. Bucciarelli; Sez. I, 6/10/2000, dep. 29/11/2000, n. 5566, ric. Cacciotti; Sez. III, 10/12/2001, dep. 16/1/2002, n. 1671, ric. Car-



cisioni si fa osservare che l'annullamento dell'ordinanza impugnata «non può che essere disposto senza rinvio, non potendo la convalida stessa più essere validamente rinnovata», essendo ormai spirato il termine perentorio previsto dalla legge, a pena di inefficacia del provvedimento stesso. Pur tuttavia all'interno della più recente giurisprudenza della terza sezione si rinvencono pronunce con la formula dell'*annullamento con rinvio*<sup>99</sup>, nel caso in cui non siano stati sforati i termini di 48 ore concessi al P.M. e successivamente al Gip, essendo l'ordinanza intervenuta nel rispetto dei suddetti termini massimi, ma in violazione del termine minimo concesso all'intimato. La considerazione che accompagna tale impostazione è quella che in tal modo si “permetterebbe al giudice di rimediare alla commessa violazione del diritto di difesa senza travolgere il provvedimento questorile”, così come si impedirebbe una esecutività del provvedimento pur in assenza di regolare convalida (ovviamente del solo provvedimento che impone la firma e non di quello di accesso ai luoghi) in considerazione della precisazione operata dalle SS. UU. Spinelli “che il provvedimento impugnato non è eseguibile nel periodo intercorrente fra l'annullamento e l'adozione del nuovo provvedimento in sede di rinvio”, stante la distinzione fra ordinanza di convalida e provvedimento originario. Una soluzione che appare maggiormente condivisibile anche in considerazione della ulteriore problematica che si apre a seguito dell'annullamento del provvedimento di convalida, ovvero sulla necessità o meno che contrasta l'arresto *in sede di rinvio* venga concesso un *termine di 48 ore* per la presentazione di documenti e memorie (si rinvia in merito al precedente punto). Una soluzione che richiede una ultima precisazione relativamente agli effetti dell'annullamento con rinvio dell'ordinanza di convalida, che secondo alcune recenti pronunce della terza sezione non comporterebbe la perdita d'efficacia delle prescrizioni imposte con il provvedimento annullato, obbligando il destinatario alla loro osservanza medio tempore. Una affermazione che contrasta il *dictum* della citata decisione delle S U. Spinelli, che disponendo l'annullamento con rinvio per consentire una nuova deliberazione, diretta a correg-

---

lomagno; Sez. I, 23/10/2002 - 21/11/2002, n. 39340, ric. Alunni; Sez. I, 27/10/2004 - 22/11/2004, n. 45183, ric. Faustini; Sez. I, 5/11/2003, dep. 30/1/2004, n. 3851, ric. Ecchili; Sez. I, 15/6/2004, dep. 20/7/2004, n. 31571, ric. Coppari; Sez. I, 27/10/2004, dep. 22/11/2004, n. 45184, ric. Martinello; Sez. I, 2/11/2004, dep. 26/11/2004, n. 46032, ric. Ranno; Sez. I, 25/1/2005, dep. 22/2/2005, n. 6783, ric. Purpura.

<sup>99</sup> In tal senso Sez. III 15 aprile 2008 n. 26136, Senatore; Sez. III 6 maggio 2008 n. 27727, Mazzei, *citata*; Sez. III 16 dicembre 2008 n. 377/2009, D'Onorio.

gere i vizi del provvedimento annullato, ha fatto riferimento alla *ricostituzione di un titolo* valido e operativo; aggiungendo che *il provvedimento impugnato non è eseguibile nel periodo intercorrente fra l'annullamento e l'adozione del nuovo provvedimento in sede di rinvio*. A fronte di ciò la giurisprudenza ora richiamata fa leva sul fatto che comunque una decisione sarebbe intervenuta nel termine complessivo assegnato al giudice (96 ore), per cui non si sarebbe avuta decadenza della misura, pur se il relativo provvedimento viene poi annullato in sede di legittimità per violazione di legge o altro. Una scelta che, pur sostenuta da argomentazioni degne del massimo rispetto, richiederebbe probabilmente una soluzione da parte delle Sezioni Unite.

### **9.6 La confisca di prevenzione**

Il tema della confisca in materia di prevenzione è stato affrontato<sup>100</sup> osservando che: il sindacato di legittimità sui provvedimenti in materia di prevenzione, coerentemente alla natura e funzione del procedimento, è limitato alla violazione di legge e quindi non si estende ad un controllo sull'adeguatezza e coerenza logica dell'iter giustificativo della decisione (per tutte Cassazione Sez. I sent. 11.10.2000, Nicoletti). Considerato che tale limitazione è stata riconosciuta dalla Consulta (sent. n. 321/2004) non irragionevole stante la peculiarità del procedimento di prevenzione sia sul terreno processuale che su quello sostanziale; Considerato comunque che, pur non essendo obbligata costituzionalmente una lettura dell'art. 4 comma 11, l. n. 1423/1956 ammissiva del sindacato di legittimità *ex art. 606 lett. e) c.p.p.*, ove, sulla base di un'interpretazione diacronica di detto art. 4 attenta al suo riferimento all'allora vigente art. 524 c.p.p. 1930, si ritenesse praticabile un sindacato sulla motivazione sarebbero insuperabili i confini dettati dalle Sezioni Unite Penali (per tutte sent 24.9.2003, Petrella) e per tal verso dovrebbe ritenersi il provvedimento impugnato sorretta da una motivazione corretta e correlata alle risultanze in atti, valutata nel quadro di principi normativi esattamente interpretati ed applicati; Considerato in particolare che i limiti del devoluto non vengono superati quando, immutato l'assetto della prevenzione patrimoniale, se ne argomenta, come nella specie, in maniera diversa la giustificazione. Considerato comunque che siffatta motivazione era superflua, dovendosi ritenere che l'irrelevanza della inclusione del bene confiscato nel perimetro cronologico di accertata pericolosità del proposto ha avuto

---

<sup>100</sup> Proc. n. 2010/2009, P.G. G. Izzo.

un significativo avallo dalla legge n. 125/2008, di immediata applicazione nelle procedure in corso, per più volte a tradurre in norma specifici orientamenti di legittimità; Considerato in proposito che l'applicazione disgiunta delle misure patrimoniali prevista dal nuovo comma 6 *bis* dell'art. 2 *bis* l. 575/1965 (d'ora in poi sottintesa quando si cita solo l'articolo), da non ritenere quale inutile ripetizione del disposto *ex art. 2 ter* comma 6 disciplinante la c.d. confisca successiva, non esclude la necessità di un accertamento, quantomeno in via incidentale, della pericolosità personale del soggetto nella cui disponibilità è (o è stato quando alla confisca si proceda in applicazione dell'art. 2 *ter* ultimo comma ovvero per equivalente *ex art. 2 ter* comma 10) il bene da confiscare; Considerato che con la suddetta novella si dà copertura normativa al principio, già affermato dalla Consulta nella sentenza n. 335/1996, per il quale lo scopo proprio della confisca va al di là dell'esigenza di prevenzione personale nei confronti del soggetto pericoloso, mirando a sottrarre definitivamente il bene di provenienza illecita al circuito criminale di origine per inserirlo in un altro esente da condizionamenti criminali; Considerato dunque che persiste, pur in caso di applicazione disgiunta, un nesso di presupposizione tra il suddetto accertamento (si ripete quantomeno incidentale) della pericolosità personale e la confisca, che resta meccanismo di aggressione di beni di illecita provenienza a causa del rapporto con soggetti socialmente pericolosi in grado di disporne e quindi avvantaggiarsi del loro impiego; Considerato peraltro che è evidente come il regime di applicazione disgiunta non esaurisce i suoi effetti né nel tradurre in norma positiva la praticabilità della confisca in caso di morte del proposto, già permessa dal diritto vivente, né nel dare copertura normativa ai casi di mancanza di nesso tra misure patrimoniali e personali quali sono quelli già iscritti nel diritto positivo *ex art. 2 ter* commi 7 e 8, ma, rendendo autonoma l'azione di prevenzione reale da quella personale, consente di ricorrere alla confisca indipendentemente dalla persistenza delle condizioni personali per la sua applicazione (e così ad esempio potrà essere attivata la procedura di confisca su beni già nella disponibilità del mafioso diventato successivamente collaboratore di giustizia con inequivoci segni del recesso dal sodalizio criminoso); Considerato che per tal verso non si è introdotta una sorta di *actio in rem* contro beni ritenuti in sé pericolosi, pervenendo quindi ad una oggettivizzazione del procedimento patrimoniale antimafia (ed altre ipotesi criminose *ex* nuovo art. 1), ma si è dato avallo all'orientamento giurisprudenziale richiamato dal giudice a quo ed attestato su un'operatività della confisca contro beni la cui acquisizione non coincide con

il perimetro cronologico di accertata pericolosità personale del soggetto che ne ha (o ne ha avuta: si pensi alla procedura di confisca attivata nei confronti degli eredi nei limiti del quinquennio *ex art. 2 ter* comma 11) la disponibilità, dovendosi ritenere che il positivo accertamento (si ripete anche solo incidentale) di pericolosità personale imprime ai beni nella disponibilità di tali soggetti uno stigma di pericolosità quando, per ciascuno di essi, siano dimostrati la sproporzione rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero la natura di frutto o reimpiego di attività illecita; Considerato che coerentemente con tale scelta normativa si è gravata "la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento" (e dunque anche le persone diverse dal soggetto pericoloso che siano state onerate dalla procedura ablativa) dell'onere di giustificare la legittima (non solo lecita) provenienza del bene quando l'accusa abbia assolto al suddetto onere dimostrativo di disponibilità, sproporzione, origine illecita; Considerato che in tale modo si è rafforzato, con puntuale riferimento al momento applicativo della confisca, l'onere di allegazione mirato a sminuire od elidere la situazione probatoria a proprio carico, onere già in precedenza ritenuto sussistente dalla giurisprudenza di legittimità (per tutte sent. 4044/2006); Considerato che dalla previsione del suddetto onere giustificativo risulta coonestata la tesi della sentenza Failla (n. 21717/2008) valorizzante il contesto di affinità e parallelismi tra la portata dell'art. 12 *sexies* legge n. 356/1992 e quella dell'art. 2 *ter*, dal momento che il lessico adoperato richiama quello proprio dell'art. 12 *sexies* per il quale si dà corso alla confisca quando non sia "giustificata" la provenienza lecita del bene e tale "giustificazione", secondo le Sezioni Unite Penali (sent. 920/2004), deve essere "credibile", tanto da richiedere, ad esempio, per gli acquisti a titolo negoziale un'esauriente spiegazione in termini economici e non giuridico-formali della provenienza del bene da attività consentite dall'ordinamento, statuto giustificativo che è senz'altro comune alla materia della prevenzione reale; Considerato in definitiva che l'illustrata opzione normativa attesta il sistema della prevenzione sulla possibile adozione della confisca quando "esista un coerente fascio di risultanze deduttive (peraltro originate da acquisizioni obiettive) atte a rendere fortemente sospetta l'accumulazione patrimoniale in ragione delle condizioni personali del proposto indiziato di appartenenza al sodalizio criminoso" (Cassazione sent. n. 7616/2006); Considerato che detto approdo del legislatore è conforme agli orientamenti della Corte di Strasburgo in tema di confisca di prevenzione ritenuta compatibile: con l'art. 1 del primo Protocollo addizionale della CEDU; con l'art. 7 della CEDU per averne esclu-

sa la natura di sanzione penale sulla base dei classici parametri: della qualificazione nel diritto interno; della natura della infrazione e della severità e proporzionalità della sanzione (conclusione questa particolarmente importante ai fini della applicabilità retroattiva delle misure in discorso); e soprattutto con l'art. 6 della CEDU e dunque con la presunzione di innocenza, in base alla considerazione che sono garantiti i diritti di difesa, potendo l'indiziato rigettare la presunzione relativa di illiceità del bene fornendo prove contrarie ( per tutte cifra Corte di Strasburgo, Raimondo c/Italia sent. 22.2.1994; Arcuri c/Italia, sent. 5.7.2001; Riela c/Italia, sent. 4.8.2001; Madonia c/Italia sent. 25.3.2006); Considerato quindi che ha copertura convenzionale il complessivo appesantimento degli oneri giustificativi gravanti sull'indiziato (o sui terzi onerati dalla procedura), onere in parte controbilanciato dal dovere dell'accusa di far "risultare" la disponibilità e gli indici di illiceità del bene, effetto di una novella che, si ripete, avvalorava la tesi espressa dalla richiamata sentenza Failla di un allineamento della dimensione garantista della confisca di prevenzione a quella della confisca allargata *ex art. 12 sexies* legge n. 356/1992, allineamento che non può ritenersi precluso dalla diversità di presupposti (la condanna per la confisca allargata e l'accertamento di pericolosità per quella di prevenzione) dal momento che è l'intero procedimento di prevenzione ad essere connotato da un autonomo statuto probatorio, rispetto a quello proprio del processo penale, della cui costituzionalità non si ha ragione di dubitare (Cassazione sent. n. 2186 del 5.8.1992), sicché neppure può dubitarsi della ragionevolezza di presupposti disomogenei, fermo restando che il massimo rigore garantistico deve assistere il doveroso accertamento della pericolosità personale.

## **B) Diritto processuale**

### **1. L'iscrizione dell'indagato nel registro notizie di reato**

Con ordinanza del 10 giugno 2009, depositata il 24 giugno successivo, la Sesta sezione della Corte, assegnataria del procedimento, aveva rimesso la decisione del ricorso alle Sezioni Unite, rilevando un contrasto di giurisprudenza in ordine alla questione se la tardiva iscrizione del nome dell'indagato nel "registro delle notizie di reato" consentisse al giudice (nella specie: al tribunale del riesame) di rideterminare la data in cui si sarebbe dovuto effettuare l'iscrizione, cioè ai fini della inutilizzabilità degli atti compiuti oltre la scadenza del termine di durata massima delle indagini, in tal modo ridefinita.

Il Procuratore generale<sup>101</sup> ha rilevato che il ricorrente, affermando la nullità dell'ordinanza per violazione degli artt. 309 e 606 lett. b) c.p.p. in relazione all'art. 292 lettera c) c.p.p. e artt. 335 e 407 comma 3 c.p.p., rilevava che il P.M. aveva provveduto a richiedere l'iscrizione nel registro generale delle notizie di reato ben tre anni dopo le prime dichiarazioni accusatorie, ritenendo in primis: che anche in questa occasione si ponga intanto la questione della specificità dei motivi. Quali sono gli atti affetti dal vizio denunciato e quindi inammissibili, e inoltre, sono stati trasmessi al giudice di legittimità? Dovrebbe essere il ricorrente a fornire queste indicazioni. Non rientra, infatti, tra i compiti del giudice quello di individuare le emergenze probatorie che si assume essere inutilizzabili. Comunque, al di là di questo rilievo, ove la Corte lo ritenga irrilevante o infondato, ritiene la Procura generale che non sussistano valide ragioni per discostarsi dall'orientamento prevalente nella giurisprudenza della Cassazione - avallato anche da una precedente decisione delle Sezioni Unite (21 giugno 2000, Tammaro) - secondo cui il momento in cui il pubblico ministero provvede all'iscrizione nel registro degli indagati non è sindacabile dal giudice.

Ciò per molteplici ragioni di ordine letterale, logico e sistematico, la prima delle quali riguarda proprio il ricorso de quo. Infatti con riferimento a questa specifica vicenda va fatta una prima osservazione. E' paradossale che le ultime dichiarazioni del 23 ottobre del Costanzo vengano definite dal ricorrente "fondamentali ai fini della formulazione della gravità indiziaria", in quanto il dichiarante, in quella occasione, avrebbe fornito una serie di dettagli non riferiti nel 2005. Si tratta, a ben vedere, di un'ammissione della ragionevolezza, e quindi della

---

<sup>101</sup> P.G. G.Palombarini, proc. 14547/2009.

correttezza, della scelta del P.M., che solo in un determinato momento ha potuto, nell'esercizio della sua discrezionalità, ritenere sussistenti i presupposti dell'iscrizione. Ci si potrebbe anche fermare qui. Peraltro, ancora. L'art. 405, comma 2, c.p.p., àncora il termine entro il quale il p.m. deve chiedere il rinvio a giudizio ad un preciso *dies a quo*: "la data in cui il nome della persona alla quale è attribuito il reato è iscritto nel registro delle notizie di reato"; non, eventualmente, anche quella in cui tale nome "avrebbe" dovuto essere iscritto. L'obbligo di iscrizione - in quanto legato all'emergere di elementi indizianti e non di meri sospetti - è suscettibile di valutazione non inequivoca da parte di soggetti diversi. Però *solo il pubblico ministero* in questa fase procedimentale è in grado di compiere una valutazione complessiva delle risultanze processuali e di stabilire quando i sospetti si sono trasformati in elementi indizianti. Del tutto inappropriata e fuorviante sarebbe una valutazione fatta *ex post* del materiale acquisito da parte di un soggetto (il giudice) che è rimasto estraneo alle dinamiche dell'indagine. E' escluso che questa valutazione possa farla il giudice del riesame che non dispone di tutti gli atti del procedimento e che non può pretendere, da parte del p.m., una *discovery* totale finalizzata esclusivamente all'accertamento del momento in cui il nome della persona indagata avrebbe dovuto essere iscritto nel registro delle notizie di reato. In una materia quale quella in esame occorre certezza; certezza che verrebbe meno se il termine finale delle indagini preliminari potesse essere posto in discussione senza limiti temporali, financo in cassazione, denunciando l'inutilizzabilità di atti che si sostiene essere stati assunti dopo la scadenza del relativo termine. Si pensi, poi, agli effetti che una tale possibilità avrebbe su eventuali proroghe delle indagini, che potrebbero essere considerate *tamquam non essent* in conseguenza della diversa data di iscrizione stabilita - magari in appello - dal giudice. E' un elemento di contenzioso, questo, che potrebbe emergere in qualunque momento del processo, con elementi di incertezza in punto di inutilizzabilità delle prove, e quindi con effetti devastanti sul processo stesso. Un controllo del tipo di quello auspicato dalla giurisprudenza minoritaria presenterebbe poi profili di marcata asistematicità risolvendosi nel sindacato di un atto (amministrativo) del pubblico ministero fuori dei casi in cui un tal sindacato è previsto; necessiterebbe, inoltre, di una rigorosa proceduralizzazione e dovrebbe avvenire non oltre la fase delle indagini preliminari. Va, infine, rilevato che dallo stesso codice emerge che non tutte le violazioni delle norme che disciplinano il processo sono assistite da sanzioni processuali. Significativo in proposito è l'art. 124 c.p.p.; mentre è pacifico in giurispru-

denza che la violazione di tali norme può dare origine a responsabilità disciplinare e/o penale (con riferimento alla specifica questione in esame, v. la sent. Tammaro). Una conferma indiretta della prospettiva ermeneutica qui sostenuta la si rinviene nel recente d.d.l. n. 1440 approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 6 febbraio 2009 e presentato al Senato il 9 marzo. Il disegno prevede, all'art.6, comma 1, lett. a) n. 2, la modifica dell'art. 405, comma 2, c.p.p., nel seguente senso : *“Salvo quanto previsto dall'articolo 415 bis, il pubblico ministero richiede il rinvio a giudizio entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale è attribuito il reato è iscritto nel registro delle notizie di reato ovvero dalla data in cui risulta il nome della persona alla quale il reato è attribuito, ai sensi dell'articolo 335, comma 1. A tal fine il giudice verifica l'iscrizione operata dal pubblico ministero e determina la data nella quale essa doveva essere effettuata, anche agli effetti dell'articolo 407, comma 3”*. Tale proposta di modifica sta a significare che il sistema attualmente vigente non consente un sindacato sull'iscrizione nel registro delle notizie di reato e che a ciò si vuole ovviare. Della stessa va segnalato, altresì, il tentativo di procedimentalizzazione che introduce: il potere di “retrodatazione” del giudice viene apparentemente collocato (stando almeno alla lettera della seconda parte della norma, caratterizzata dall'incipit “a tal fine”) in un apposito spazio processuale qual è quello della richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero. A dimostrazione della necessità, ove mai una norma del genere venisse approvata, di stabilire almeno un momento certo del controllo del giudice.<sup>102</sup>

## **2. La ricusazione**

La Corte è stata chiamata a giudicare su ricorso proposto dalla persona offesa “già costituitasi parte civile” avverso l'ordinanza emessa dalla Corte di Appello, con la quale veniva dichiarata inammissibile l'istanza di ricusazione presentata dalla predetta nei confronti del giudice per le indagini preliminari.

Il Procuratore generale<sup>103</sup> ha ritenuto che i motivi dell'impugnazione fossero inammissibili in quanto: da un lato va osservato che il

---

<sup>102</sup> Le Sezioni Unite, con decisione 20 ottobre 2009 (c.c. 24 settembre 2009) n. 40538, hanno conformemente stabilito che il termine per le indagini preliminari decorre dalla data in cui il pubblico ministero ha provveduto ad iscrivere, nel registro delle notizie di reato, il nominativo della persona alla quale il reato è attribuito, senza che al giudice sia consentito di stabilire una diversa decorrenza.

<sup>103</sup> Proc. n. 6790/2009, P.G. L. Riello.



procedimento *de quo* si trova nella fase delle indagini preliminari, di guisa che la costituzione di parte civile non può ancora spiegare i suoi effetti in quanto il termine iniziale per detta costituzione non può precedere l'esercizio dell'azione penale (arg. *ex art.* 78 lett. *b* ove si fa riferimento all'imputato e, quindi, al momento successivo alla assunzione, da parte dell'indagato, di siffatta qualità *ex art.* 60 c.p.p.: (cfr. Cass. n. 4695/1997; cfr. altresì, Cass. n. 47803/2008 che, pur riflettendo una peculiare fattispecie, contiene principi ed argomenti utili anche ai fini che qui interessano), con la conseguenza che il ricorrente deve considerarsi parte offesa, con tutte le limitazioni che ciò comporta (cfr. Cass. n. 36579/2008 in cui si ricorda che le garanzie accordate alla persona offesa non possono estendersi alla dichiarazione di ricusazione, posto che l'art. 37 c.p.p., comma 1, è perentorio nella determinazione dei soggetti legittimati a proporla, cioè esclusivamente le "parti" in senso tecnico, senza alcun riferimento espresso ad una facoltà della persona offesa dal reato; cfr. sent. n. 2853/1997 in cui si afferma che al privato danneggiato dal reato è assegnato un potenziale ruolo processuale, con facoltà di costituzione di parte civile, *soltanto quando il procedimento sia pervenuto alla fase indicata dall'art. 79 cod. proc. pen. e non nel corso delle indagini preliminari*); ritenuto che, dall'altro, va osservato che comunque – secondo quanto correttamente si argomenta nell'impugnata ordinanza – l'incompatibilità ha come esclusivo termine di riferimento il giudizio vero e proprio, ossia l'accertamento di merito della responsabilità dell'imputato, mentre tale non può considerarsi la decisione del giudice per le indagini preliminari in tema di archiviazione; in proposito, va richiamata la sentenza n. 15861/2001 di codesta Corte in cui si afferma, tra l'altro, che "è vero che oggi, con il comma 2-bis dell'art. 34, il legislatore ha introdotto una ulteriore figura di incompatibilità che prescinde dalla natura di decisione di merito della funzione pregiudicata e che la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 ha inserito nella Carta i principi del giusto processo e, in particolare, quello della imparzialità e terzietà del giudice", ma ciò non può consentire di condividere, in base a tali nuove realtà dell'ordinamento, il passaggio ulteriore del ricorrente secondo cui oggi, specialmente alla luce della normativa sul giusto processo (nuovo art. 111 cost.), potrebbero individuarsi, in via di interpretazione analogica (v. anche pag. 1 istanza di ricusazione), nuove attività pregiudicate, in quanto non avrebbe più carattere eccezionale la situazione di incompatibilità, rispetto alla nuova regola dell'art. 111 cost., secondo cui ogni processo si svolge davanti a un giudice "terzo e imparziale", con la conseguenza che dovrebbe essere ricompresa nel novero delle fun-

zioni pregiudicate anche quella del giudice del procedimento incidentale di; che, quindi, “l’art. 111 Cost. impone al legislatore di assicurare alle parti la garanzia di un giudizio da parte di un giudice terzo e imparziale, non diversamente, del resto, da quanto previsto dall’art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, recepita nel nostro ordinamento con la legge 4 agosto 1955, n. 848; *garanzia comunque limitata alla sede processuale, e non estesa alla fase delle indagini preliminari*”, di tal che può dirsi che “la riforma costituzionale ha avuto la funzione di stimolare il legislatore a una maggiore attenzione ed a una maggiore cura di tale interesse coesistente alla giurisdizione; ma nulla autorizza a ritenere che la nuova norma costituzionale abbia rivoluzionato i principi giurisprudenziali (costituzionali e di legittimità) anteriori, giungendo a far sì che l’incompatibilità del giudice non sia più l’eccezione rispetto alla regola della compatibilità” che, in definitiva, “il sistema giudiziario deve presumersi improntato al principio secondo cui a ciascuno è assicurato un giudice terzo e imparziale” e che “per questo deve concludersi che l’imparzialità del giudice è garantita dalle disposizioni di legge che prevedono le singole cause di incompatibilità e che queste ultime abbiano rappresentato in passato e continuamente a rappresentare oggi l’eccezione rispetto alla regola, con la conseguenza che deve essere riaffermato, a maggior ragione nella vigenza della nuova norma costituzionale, il divieto di interpretazione analogica, nel senso che *non è dato all’interprete creare nuove funzioni processuali pregiudicate e nuove funzioni pregiudicanti*”; il tutto con l’ulteriore puntualizzazione che “tali conclusioni si basano oltre che sui principi sopra richiamati anche su quello del giudice naturale” e che “un’indagine che approdasse a risultati diversi aprirebbe una tale breccia nel principio costituzionale del giudice naturale che lo stesso ne risulterebbe irrimediabilmente compromesso”; che, infine, “si deve, quindi, riconoscere che l’assetto attuale dell’art. 34 c.p. prevede, senza possibilità di estensione in via analogica, le cause di incompatibilità, tra le quali non è compresa quella del giudice del procedimento incidentale di archiviazione, funzione che non può ritenersi pregiudicata, proprio in ragione del divieto di applicazione analogica di norme eccezionali, da attività del giudice svolte in precedenza”; ciò con la precisazione che l’ordinanza n. 152/1999 della Corte costituzionale, menzionata in ricorso (cfr. pag. 2), riguardava pur sempre la questione di legittimità costituzionale dell’art. 34 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede l’incompatibilità ad esercitare *le funzioni di giudice del dibattimento* del giudice per le indagini preliminari che abbia in precedenza

pronunciato nei confronti dei medesimi imputati decreto di archiviazione “parziale” ai sensi dell’art. 411 cod. proc. pen. in relazione ad alcuni reati “concorrenti”, questione questa ritenuta non fondata sul presupposto che “la mera conoscenza degli atti del medesimo procedimento, non accompagnata da una valutazione contenutistica, di merito, sui risultati delle indagini, non ha effetti pregiudicanti sulla funzione di giudizio.

### **3. La restituzione nel termine**

In ricorso avverso l’ordinanza con la quale la Corte d’appello aveva rigettato la richiesta di restituzione nel termine per vizio nascente dal (preteso) difetto di notificazione della sentenza contumaciale di condanna il Procuratore generale<sup>104</sup> ha osservato: invero tutte le ipotesi di restituzione nel termine - tanto quelle contemplate al primo quanto quelle contemplate al secondo comma dell’art. 175 c.p.p. - sono accomunate dal presupposto che si sia in presenza di una notificazione ritualmente avvenuta (*ex pluribus*, Cass. SS.UU. 9.7.03, Mainente) e nonostante la quale il termine, stabilito a pena di decadenza, non si sia potuto osservare a causa di cogenti necessità la cui ricorrenza soltanto abilita chi le invochi a presentare l’istanza restitutoria. Diversa, invece, l’ipotesi in cui si contesti l’avvenuta rituale notificazione, nel qual caso -proprio per ciò- non decorre il termine per proporre impugnazione e non si forma il titolo esecutivo, sul punto si è chiarito infatti che in tal caso, proprio per l’asserita ricorrenza della nullità che si invoca, non si è verificata la decadenza del termine, del quale pertanto non può essere disposta la restituzione. In tal caso, semmai, andrà proposta “impugnazione tardiva”, sorretta dalla prova che il termine per impugnare non è decorso a causa della nullità della notificazione dell’atto dalla cui data il termine stesso avrebbe dovuto aver decorrenza. Tale conclusione non sembra contraddetta dalle modificazioni apportate all’art. 175 comma 2 c.p.p. dalla legge n. 60/05. Questa infatti -limitatamente alla sentenza contumaciale e al decreto penale di condanna- si è limitata ad introdurre una sorta di *presunzione di non conoscenza* in favore dei soggetti che ne risultino attinti, ponendo a carico del giudice l’onere di accertare se il condannato che allega la propria ignoranza, nonostante l’avvenuta notificazione nei suoi confronti, abbia avuto davvero ed effettivamente conoscenza del procedimento e abbia rinuncia-

---

<sup>104</sup> In proc. n. 19922/2009, P.G. V. Geraci.

to volontariamente a comparire. La tutela rafforzata apprestata nei confronti del contumace e del destinatario del decreto penale di condanna, insomma, non vale a superare il dato dell'avvenuta rituale notificazione, ribadito dalla citata sentenza Mainenti quale presupposto su cui si fonda l'istituto di cui all'art. 175 c.p.p. Da ciò discende l'improprietà di un'impugnazione avverso un provvedimento reiettivo della richiesta di restituzione nel termine per proporre impugnazione, motivata con riferimento a ragioni di nullità procedurali estranee alla fisionomia dell'istituto di cui all'art. 175 c.p.p., e perciò costituenti motivo di impugnazione non consentito. Come si è detto, tuttavia, la previsione di cui all'art. 627 co. 4 c.p.p. è di ostacolo alla rilevabilità nel presente giudizio di rinvio di tale inammissibilità. Epperò il ricorso risulta ugualmente inammissibile sotto altro profilo: quello della manifesta infondatezza dell'invocata *non conoscenza della sentenza emessa dal GIP senza fissazione dell'udienza ex art. 447 c.p.p.* Premesso che l'art. 175 co. 2 c.p.p. fa riferimento alternativo alla conoscenza del *procedimento* o del *provvedimento*, sicché basta la (provata) conoscenza dell'uno o dell'altro, nella ricorrenza delle altre condizioni richieste, per negare accesso all'istituto, va rilevato che nella specie il provvedimento impugnato ha messo in evidenza come l'accordo recepito dal GIP fosse promanato dall'iniziativa del difensore di fiducia-procuratore speciale del ricorrente, il quale pertanto, oltre che di quest'ultimo, fu perfettamente consapevole anche del procedimento cui esso ineriva. La mancata contestazione di tale circostanza da parte del ricorrente, che infatti insiste solo sulla mancata conoscenza della sentenza, vale dunque a consolidare il provvedimento impugnato circa l'afferzata conoscenza da lui avuta del procedimento. Sul punto la sentenza non viene contraddetta, con la conseguenza che il ricorso, privo di correlazione con la *ratio decidendi* del provvedimento impugnato, finisce col difettare del requisito della specificità, occorrente perché non ne venga dichiarata l'inammissibilità.

#### **4. Il regime delle nullità**

**a)** Una prima occasione per affrontare il tema delle nullità (tali o presunte) si è avuta in procedimento nel quale il giudice ha adottato la declaratoria di *nullità della richiesta di rinvio a giudizio*, sul presupposto che non tutti gli atti delle indagini preliminari fossero stati ritualmente depositati dal PM contestualmente alla spedizione dell'avviso di conclusione delle indagini ai sensi dell'art. 415 *bis* c.p.p.

Ciò posto, il Procuratore generale<sup>105</sup> ha convenuto con il P.M. ricorrente laddove questi ha dedotto che la pressoché unanime giurisprudenza di questa Corte Suprema è nel senso di non ritenere, in tal caso, la ricorrenza di alcuna nullità. Si è in merito argomentato: la stessa giurisprudenza, semmai, è nel senso di ritenere l'inutilizzabilità degli atti non depositati (in tal senso, oltre ai precedenti citati dal ricorrente, Sez. II, 7.7.06, Amato; Sez. I, 11.2.04, Nicosia). La stessa sentenza di questa Terza Sezione (n. 44422 del 15.10.03) che pure ha escluso l'abnormità del provvedimento dichiarativo della nullità adottato dal giudice a causa del rilevato mancato deposito integrale degli atti, ha tuttavia riconosciuto che, in tal caso, non si verte in ipotesi di nullità, sibbene di inutilizzabilità. Senonché, ove si convenga sulla non ricorrenza della nullità, non sembra condivisibile la conclusione adottata da quest'ultima pronuncia circa l'esclusione dell'abnormità del provvedimento a cagione del fatto che esso costituisce pur sempre espressione di un potere che l'ordinamento riconosce al giudice del dibattimento. Questa Corte, infatti, ha ritenuto che la dichiarazione di una nullità non prevista dalla legge rende *indebita* la regressione processuale che essa determina, perché oltre alla violazione del principio di tassatività delle nullità (art. 177 c.p.p.) si compromette l'ordinato corso del procedimento, costretto alla regressione (*ex pluribus*, Cass. Sez. VI, 26.10.05, n. 41229). La stessa Corte, poi, si è costantemente espressa nel senso che *l'indebita regressione* costituisce sintomo di abnormità dell'atto (Cass. SS.UU. 29.5.02, p.m. in proc. Manca; 31.1.01, p.m. in proc. Fasano; 9.7.97 Baldan; 18.6.93, Garonzi).

Tale conclusione risulta avvalorata dalla statuizione della Corte Costituzionale - ord. 236/05- secondo cui *il sistema è complessivamente improntato, per esigenze di speditezza ed economia, al principio di non regressione del procedimento*, nonché dalla pronuncia di queste Sezioni Unite (sent. 20.12.2007, Battistella) che, in tema di indeterminatezza dell'imputazione rilevata in sede di udienza preliminare e di abnormità del conseguente provvedimento restitutorio adottato *ex abrupto* dal giudice, ha sottolineato che *la soluzione restitutoria comportante la regressione del procedimento si prefigura come estrema ratio, in perfetta coerenza, d'altra parte, con le esigenze di economia e di "ragionevole durata" del processo, le quali, pure nel corretto temperamento fra il valore dell'efficienza e le garanzie del "giusto processo", entrambi presi in considerazione dal novellato art. 111 della Costituzione, pretendono co-*

---

<sup>105</sup> Proc. n. 7042/2009 P.G. V. Geraci.

*munque la razionalizzazione dei tempi e dell'organizzazione del processo.....* A tal punto, se si considera che questa Corte ha pure chiarito che la regressione dalla fase dibattimentale a quella precedente (conclusa con l'emissione del decreto di citazione a giudizio), è *indebita* quando non sia giustificata da invalidità incidenti sulla stessa regolarità di costituzione del rapporto giuridico processuale e che, per esser tali, debbono consistere in nullità di ordine generale, assolute ed insanabili, si ha definitivo motivo per ritenere abnorme la pronuncia impugnata.

**b)** In altra occasione il giudice aveva disposto la ***revoca della dichiarazione di nullità del decreto di citazione*** a giudizio, ed in proposito la Procura generale<sup>106</sup> ha ritenuto che il ricorso fosse fondato, osservando che: non sembra dubitabile l'estraneità al sistema del provvedimento *de quo*, emesso quando il giudice si era ormai spogliato degli atti. Invero i provvedimenti impugnabili (che non decidano questioni provvisorie e contingibili) non possono essere revocati dallo stesso organo che li ha emessi perché, in tal caso, la competenza per la revisione spetta all'organo competente sull'impugnazione (Cass. Sez. IV, 2.3.06, Mancuso; Sez. IV, 30.10.02, Cascio). Per converso è revocabile ogni provvedimento non impugnabile. A tal punto va considerato che la giurisprudenza di legittimità è nel senso della ricorribilità del provvedimento -sotto il profilo della sua abnormità- quante volte la regressione da esso determinata risulti *indebita*, (v. Cass. SS.UU. citate, ed altre). Ciò risulta avvalorato dalla statuizione della Corte Costituzionale - ord. 236/05 - secondo cui *il sistema è complessivamente improntato, per esigenze di speditezza ed economia, al principio di non regressione del procedimento*, nonché dalla pronuncia di queste Sezioni Unite (Battistella cit.) che, in tema di indeterminatezza dell'imputazione rilevata in sede di udienza preliminare e di abnormità del conseguente provvedimento restitutorio adottato *ex abrupto* dal giudice, ha sottolineato che *la soluzione restitutoria comportante la regressione del procedimento si prefigura come estrema ratio, in perfetta coerenza, d'altra parte, con le esigenze di economia e di "ragionevole durata" del processo, le quali, pure nel corretto temperamento fra il valore dell'efficienza e le garanzie del "giusto processo", entrambi presi in considerazione dal novellato art. 111 della Costituzione, pretendono comunque la razionalizzazione dei tempi e dell'organizzazione del processo.....* Se ne deve concludere che se il PM, stimolatore dell'odierna re-

---

<sup>106</sup> Proc. n. 1204/2009 P.G. V. Geraci.

voca, avesse rilevato profili di abnormità nel precedente provvedimento restitutorio, avrebbe potuto proprio per ciò impugnarlo. Il non averlo per tempo fatto, ha finito col consolidare il provvedimento dichiarativo della nullità, sottraendolo alla possibilità della revoca ora intervenuta e, *re melius perpensa*, fondata su ragioni che denotano esse stesse l'originaria *indebita regressione*. In tal senso è stata ritenuta abnorme la revoca di un provvedimento non impugnato nonostante l'esperibilità del relativo rimedio (Cass. Sez. VI, 12.10.01, n. 42804) e, come si è visto, altrettanto abnorme è stato ritenuto il provvedimento di *autoannullamento* emesso dal giudice spogliatosi del procedimento.

**c)** La **nullità della sentenza** era stata sostenuta in ricorso nel quale si eccepiva la nullità della sentenza di primo grado per violazione degli art. 426 comma 2 (richiamato dall'art. 442 comma 4) e 125 comma 3 c.p.p, poiché la motivazione non era stata redatta dal giudice che aveva deliberato il dispositivo e di conseguenza si lamenta una violazione di legge in cui sarebbe incorsa la Corte d'Appello, che avrebbe dovuto dichiarare la nullità della sentenza di primo grado.

Il Procuratore generale<sup>107</sup> ha ritenuto che le argomentazioni della Corte di appello, che aveva ritenuto infondato il motivo d'appello, non fossero convincenti, rilevando: secondo la Corte anche in relazione alla sentenza emessa nel giudizio abbreviato esiste una specifica disposizione – l'art. 442 co. 4 c.p.p. che rinvia all'art. 426 co. 2 c.p.p. – la quale prevede la sostituzione del giudice per la redazione della sentenza in caso di impedimento. A stretto rigore, dunque, secondo la Corte non ricorrevano neppure i presupposti per una applicazione analogica delle norme previste per il giudizio dibattimentale e per il giudice monocratico (così come si evince dal tenore del provvedimento presidenziale di designazione del magistrato incaricato per la stesura della motivazione). Peraltro, l'inesatto richiamo alle norme che consentivano la sostituzione non incide sulla sostanza del provvedimento (prevedendo le disposizioni citate la medesima soluzione). Quanto poi ai presupposti per addivenire all'applicazione della norma a giudizio della Corte di appello appariva adeguato e sufficiente il richiamo nel provvedimento presidenziale al ricovero ospedaliero in atto da tempo, situazione che esprimeva appunto sia la gravità dell'impedimento per motivi di salute che l'incertezza sulla durata ed esito (fortunatamente favorevole) della malattia del giudice, tutelando nel contempo correttamente la riservatez-

---

<sup>107</sup> In proc. n. 1533/2008, P.G. G. Palombarini.

za della persona con l'omissione di maggiori dettagli sulla patologia e prognosi. Dunque è stata considerata infondata la doglianza concernente i vizi di motivazione del provvedimento suddetto che - a garanzia della sua serietà e fondatezza - implicava comunque l'assunzione di responsabilità da parte del firmatario, quanto meno sul piano disciplinare. Ciò detto, a giudizio della Corte di Venezia appaiono infondate le argomentazioni difensive svolte a sostegno della dedotta impossibilità per il presidente del Tribunale di designare un giudice per la redazione della motivazione della sentenza il cui dispositivo è stato letto in udienza da altro giudice poi impedito. Gli argomenti esposti a sostegno di tale tesi della impossibilità confonderebbero il momento del giudizio con quello della pubblicazione della motivazione, che è finalizzata a spiegare e sostenere il giudizio già emesso. Secondo la Corte veneta il momento decisivo risiede infatti nella pronuncia del dispositivo e non vi è dubbio alcuno che esso non possa essere formulato da altri che dal giudice al quale è stato sottoposto il materiale probatorio per la sua finale e complessiva valutazione. Diverso sarebbe il regime della motivazione. Queste argomentazioni non sembrano convincenti, alla luce di due norme del codice di procedura penale, l'art. 546 relativo ai "requisiti della sentenza", e il 585, che regola i "termini per l'impugnazione". In particolare la prima norma - alla quale corrisponde sostanzialmente il dettato dell'art. 426 c.p.p. - è chiara. Con indicazione analitica dei requisiti richiesti. Si stabilisce che la sentenza contiene: a) l'intestazione «in nome del popolo italiano» e l'indicazione dell'autorità che l'ha pronunciata; b) le generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità delle altre parti private; c) l'imputazione; d) l'indicazione delle conclusioni delle parti; e) la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie; f) il dispositivo, con l'indicazione degli articoli di legge applicati; g) la data e la sottoscrizione del giudice.

Ciò stabilito, la norma aggiunge che la sentenza emessa dal giudice collegiale è sottoscritta dal presidente e dal giudice estensore. Se, per morte o altro impedimento, il presidente non può sottoscrivere, alla sottoscrizione provvede, previa menzione dell'impedimento, il componente più anziano del collegio; se non può sottoscrivere l'estensore, alla sottoscrizione, previa menzione dell'impedimento, provvede il solo presidente. Questa disposizione, così come quella di cui all'art.426, richiamata dal 4° comma dell'art. 442, da un lato richiede che la sentenza, necessariamente, comprenda il requisito della moti-



vazione, dall'altro detta una norma che riguarda esclusivamente, stando alla lettera di entrambe le disposizioni, e il dato letterale non può di certo essere trascurato, l'ipotesi della impossibilità di sottoscrivere – essendo il giudice impedito – la sentenza già redatta, cioè un provvedimento nel quale al dispositivo si accompagna l'esposizione dei motivi che hanno giustificato la decisione sintetizzata in tale dispositivo. Gli estremi della decisione già sussistono tutti. Le norme dettate dal codice di procedura per provvedere all'ipotesi dell'impossibilità per un giudice di sottoscrivere la sentenza, non possono estendersi al caso di impedimento del magistrato alla redazione della motivazione, essendo motivazione e sottoscrizione due requisiti diversi.

Una diversa conclusione non sembra potersi trarre, anzi al contrario, dalla giurisprudenza che s'è formata in ordine all'art. 154 delle norme di attuazione. Com'è noto, a proposito della redazione non immediata dei motivi della sentenza e della relativa sottoscrizione, tale norma stabilisce che nei casi previsti dall'articolo 544 commi 2 e 3 del codice il presidente provvede personalmente alla redazione della motivazione o designa un estensore tra i componenti del collegio. L'estensore consegna la minuta della sentenza al presidente il quale, se sorgono questioni sulla motivazione, ne dà lettura al collegio, che può designare un altro estensore. La minuta, sottoscritta dall'estensore e dal presidente, è consegnata alla cancelleria per la formazione dell'originale. Il presidente e l'estensore, verificata la corrispondenza dell'originale alla minuta, sottoscrivono la sentenza. Ebbene questa Suprema Corte, con sentenza dell'11 giugno 1998, dopo avere detto, a proposito del trasferimento del presidente del collegio che questi può redigere personalmente la motivazione della sentenza o designare un estensore tra i componenti del collegio e che tale potere gli deriva dalla sua qualità nell'ambito del collegio giudicante, indipendentemente dalle funzioni che svolge nell'ufficio giudiziario al quale appartiene il collegio che ha emesso la decisione, ha aggiunto che il trasferimento ad altro ufficio, dopo la lettura del dispositivo e prima della sottoscrizione della sentenza, non fa venir meno il potere di redigere personalmente la motivazione o di designare un estensore tra gli altri componenti del collegio. Ma questo dipende dal fatto che questa funzione è connessa alla qualità di presidente del collegio, che permane fino al deposito della sentenza, indipendentemente dal perdurare dell'appartenenza all'ufficio giudiziario. Il presidente è colui che in tale qualità aveva partecipato alla formazione della decisione; e la motivazione è riconducibile alla volontà collegiale. Il solo dispositivo pur letto in udienza e sottoscritto dal magistrato, dunque, non è da solo la sentenza. Tale atto, secondo le previsioni del

codice di procedura è costituito da una serie di elementi, fra i quali vi è il dispositivo. Ma la sentenza necessita anche di un ulteriore requisito, cioè della motivazione, dalla quale decorrono tra l'altro i termini di impugnazione. In mancanza di questo elemento essenziale si deve ritenere la nullità della sentenza. Non si può trascurare la rilevanza della seconda norma che ho citato. Il fatto che i termini per l'impugnazione di una sentenza, nell'articolazione delle previsioni del 2° comma dell'art. 585 c.p.p., decorrono pur sempre dalla motivazione, conferma l'essenzialità di questa per potersi configurare una sentenza esistente. Dunque, le norme che regolano l'ipotesi dell'impossibilità della sottoscrizione non possono estendersi alla motivazione. D'altro lato, appare doverosi escludere la possibilità di considerarsi sanata la nullità della sentenza di primo grado per effetto dell'intervenuta sentenza del giudice d'appello. Il potere di questo giudice, infatti, è da ritenersi limitato ai capi di necessaria integrazione o di correzione della motivazione, e non esteso all'ipotesi di redazione di una motivazione del tutto mancante. Certo questa interpretazione a mio modo di vedere necessitata, per le ragioni esposte, delle norme di cui al 2° comma dell'art. 546 c.p.p. e al 2° comma dell'art. 426 c.p.p. evidenzia una carenza di normazione a proposito dell'impossibilità di redigere la motivazione da considerarsi non del tutto in linea con la previsione costituzionale della ragionevole durata del processo. Ciò consente, a mio avviso, una sollecitazione al legislatore per l'adozione di una regolamentazione adeguata ed esplicita della questione oggi all'esame delle Sezioni Unite.

Intanto, nella vicenda de qua, la sentenza di primo grado è da considerarsi nulla, ai sensi dell'art. 125, 3° comma, c.p.p.; e, di conseguenza, occorre dichiarare la nullità della sentenza della Corte di Venezia. La declaratoria della nullità inevitabilmente investe non solo le statuizioni di carattere penale, ma anche quelle di natura civilistica. Gli atti devono essere trasmessi al primo giudice per un nuovo giudizio.<sup>108</sup>

## 5. Arresto e convalida

a) Il procedimento nel quale, a fronte di un provvedimento emesso in sede di giudizio direttissimo (art. 449 c.p.p.), il Tribunale aveva negato la convalida dell'arresto sul presupposto che *non* fosse stata *ac-*

---

<sup>108</sup> Le Sezioni Unite hanno affermato, con decisione **23 gennaio 2008 (p.u. 27 novembre 2008) n. 3287**, che il potere sostitutivo attribuito al presidente del tribunale dagli artt. 426, comma 2, e 599, comma 4, c.p.p. non attiene soltanto alla sottoscrizione ma deve ritenersi esteso alla redazione integrale della motivazione della sentenza decisa da un giudice monocratico.

*certata la maggiore età dell'arrestato* (e dovendosi presumere quella minore), originandone l'immediata liberazione, nonché disponendo la restituzione degli atti alla Procura «affinché eseguiti gli accertamenti oggettivi sull'età dell'imputato, procedesse nelle forme opportune» ha consentito alla Procura generale<sup>109</sup>, a seguito di impugnazione da parte del Pubblico Ministero, di affermare quanto segue: Non è trascurabile – e va anzi sottolineata innanzi tutto con vigore - la centralità precettiva della coppia normativa composta dagli artt. 67 c.p.p. (significativamente collocato nel contesto di altre specifiche disposizioni volte all'identificazione non soltanto anagrafica dell'imputato) e dell'art. 8 c.p.p.m.: non solo la competenza del Giudice specializzato è rilevabile fino al giudicato ogni qual volta sia possibile “ritenere” che l'imputato sia minore; non solo poi, in caso di persistente incertezza, sul piano strumentale s'impone l'accertamento peritale (in particolare, esame radiografico delle ossa carpali) ad opera esclusivamente del Giudice minorile<sup>110</sup>; ma viene perfino dettata una regola finale di giudizio, alla cui stregua l'età non meglio accertata ed accertabile è parificata all'età minore «ad ogni effetto»<sup>111</sup>. Tra le due alternative logiche - procedere (in ipotesi erroneamente) nei confronti di un maggiore d'età con il rito minorile ovvero procedere (in ipotesi erroneamente) nei confronti di un minore con il «rito degli adulti» - l'opzione che sembra meno grave al legislatore è la prima, qualora non si riesca ad uscire dalla strettoia del dubbio: tale la *ratio* senza sforzo ricavabile dalle ricordate disposizioni; che d'altronde e coerentemente vogliono assicurare (a fronte del rito ordinario per i non minori) l'effettività e l'indefettibilità del rito minorile, in rapporto alla sua intrinseca specialità, siccome segnata dall'esigenza (costituzionalmente protetta dall'art. 31 Cost.) di contemperare (per dirla in breve) le linee del «processo sull'autore» con quelle del «processo sul fatto». Tra i profili fondamentali dello statuto processuale del minore

---

<sup>109</sup> Proc. n. 43693/2008; P.G. R. Russo

<sup>110</sup> Sez. 1, Sentenza n. 32810 del 11/07/2007 Cc.: «In caso di dubbio sull'età dell'imputato spetta al giudice minorile e non al giudice ordinario il relativo accertamento, all'esito del quale occorre valutare la questione di competenza. (La Corte ha precisato che, di fronte a risultanze documentali univoche e a precedenti giudicati che hanno stabilito la maggiore età dell'imputato, l'accertamento peritale si rivela superfluo)».

<sup>111</sup> In dottrina si afferma altresì, così 'esportandosi' il principio nell'ambito del diritto sostanziale (art. 97 c.p.), che analogamente la menzionata presunzione opera, in caso di persistente dubbio, anche per stabilire se l'imputato sia (non solo infradiciotenne, ma anche) infraquattordicenne.

qui intanto torna utile rammentare che la disciplina non solo delle misure cautelari (art. 19 c.p.p.m.) ma anche di quelle precautelari (artt. 16 - 18 *bis* c.p.p.m.) subisce per i minori (cioè, dopo quanto detto, per i non maggiori) una non secondaria curvatura, rispetto agli analoghi istituti del diritto processualpenale generale, con riferimento non soltanto alla competenza dell'autorità giudiziaria abilitata a procedere, ma anche a presupposti, modalità ed effetti delle singole misure; così, per esempio, non solo viene elevata la soglia della pena edittale dell'arresto e del fermo, in ogni caso facoltativi (artt. 16-18 c.p.p.m.), ma è altresì previsto alternativamente l'accompagnamento a seguito di flagranza (art. 18 *bis* c.p.p.m.). Il rapporto tra regola ed eccezione, o se si vuole tra norma generale e norma speciale, si rifrange ovviamente sull'interpretazione del rinvio operato dalle disposizioni "speciali" (artt. 18 e 18 *bis* c.p.p.m.) agli artt. 389, 390 e 391 c.p.p. e fa optare per una integrazione normativa contenuta nei limiti della compatibilità: così la tempistica, per altro governata dall'art. 13 Cost., è certamente trasferibile dal giudizio ordinario a quello minorile<sup>112</sup>, ma sarebbe assurdo solo immaginare che il rinvio operato dalla norma speciale valga ad impedire l'applicazione della medesima. Non par dubbio perciò che la decretata suvalenza «ad ogni effetto» del rito ordinario rispetto a quello minorile, normativamente "significa" che detti istituti processuali "devono" (con la loro specifica prevalente disciplina) applicarsi all'imputato (minore) anche quanto non sia certo e (scientificamente) accertato o accertabile che egli sia realmente minore; mentre per converso la disciplina comune dovrà applicar-

---

<sup>112</sup> La tensione ermeneutica tra le discipline emerge per altro dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte: così per esempio Sez. 5, Sentenza n. 1342 del 22/10/1991 Cc. ha statuito che «La previsione, sancita dal comma secondo dell'art. 121 disp. att. cod. proc. pen., secondo cui anche nell'ipotesi di liberazione dell'arrestato o del fermato da parte del P.M. a seguito della riconosciuta non necessità di richiedere l'applicazione di misure coercitive, il giudice deve comunque fissare l'udienza di convalida e darne avviso, senza ritardo, anche alla persona liberata, non trova applicazione nei casi di arresto o fermo di minorenni ovvero di accompagnamento a seguito di flagranza, previsti rispettivamente dagli artt. 18 e 18 bis d.P.R. n. 448 del 1988, posto che tali norme richiamano, al comma quinto, gli artt. 389, 390 e 391 cod. proc. pen., ma non il succitato art. 121. Ne consegue che nel caso in cui il P.M. - a norma dell'art. 18, comma terzo D.P.R. n. 448 del 1988 (richiamato anche dal comma quinto del successivo art. 18 bis) - disponga la liberazione del minore non ritenendo di dover richiedere l'applicazione di una misura cautelare, non occorre far luogo a convalida, dovendosi ritenere che il legislatore abbia voluto evitare la celebrazione dell'udienza di convalida quando il minore è ormai in libertà.». Ma v. contra, con motivazione degna di consenso, Cass. sent. n. 10041 del 2002 su cui, per altri aspetti, v. infra *sub* nota n. 114.

si ogni qual volta sia certa la maggiore età. E, come mezzo al fine, una disciplina così rigorosa e puntuale sembra impegnare all'immediato e preventivo accertamento (non solo dell'identificazione fisica, anagrafica e personale, *ex artt.* 66, 66 *bis*, 68 e 69 c.p.p., ma anche) della minore età dell'imputato nei modi, e ad opera delle autorità, previsti dagli artt. 67 c.p.p. e 8 c.p.p.m.; il tutto con i seguenti esiti procedurali: l'iniziale incertezza sull'età impone da subito il trasferimento del giudizio al giudice minorile; e questi, se non riesca, con l'ausilio della scienza medico-legale, ad acclarare (positivamente) la maggiore età dell'imputato, dovrà applicare il rito minorile in tutte le sue sfaccettature ed in tutte le sue fasi.

Su ben altro versante, la disciplina 'comune' della convalida delle misure precautelari detta anch'essa una regola speciale di competenza territoriale nel momento in cui, quale che sia il giudice competente per il merito, assegna il relativo giudizio al G.I.P. del luogo ove la misura sia stata posta in essere (art. 390 c.p.p.). Di certo la *ratio* della disposizione è collegata ad esigenze di speditezza, scaturenti dalla eccezionalità della misura (perciò) cronologicamente contingentata (art. 13 Cost.), che impongono di fare capo per la convalida al Giudice più prossimo all'imputato arrestato o fermato (di tal che l'art. 123 *att.* c.p.p. statuisce il 'trasferimento' dell'Ufficio nel luogo della custodia). E, d'altra parte, la strumentalità della misura precautelare (strumentalità che ne costituisce la ragion d'essere) rispetto a quella (propriamente) cautelare rende ragione del fatto che nel medesimo contesto il giudice della convalida così territorialmente individuato possa e debba giudicare anche sulla richiesta della misura cautelare avanzata dal Pubblico Ministero. Ma la divaricazione tra giudice competente sulla convalida (art. 390 c.p.p.) e giudice competente (sul merito e) sulla misura cautelare (propria: art. 291 c.p.p.) esige, a pena d'inefficacia, la "convalida" da parte del secondo giudice ai sensi degli artt. 27 e 291 c.p.p.<sup>113</sup>, sicché la misura cautelare disposta da organo incompetente (pur competente sulla convalida della misura precautelare) è destinata ad atteggiarsi intanto a misura cautelare "provvisoria" (cioè non convalidata), prima di diventare ordinaria, o convalidata, e perciò efficace. Così schematicamente ricostruito il sistema, si tratta allora di verificare se lo

---

<sup>113</sup> Sez. U, Sentenza n. 17 del 14/07/1999 Cc. : «Quando il luogo dell'arresto o del fermo sia diverso da quello della commissione del reato, l'ordinanza coercitiva emessa dal giudice per le indagini preliminari competente per la convalida ha efficacia provvisoria a norma dell'art. 27 cod. proc. pen.».

speciale titolo di competenza previsto per la convalida delle misure precautelari (art. 390 c.p.p.) deroghi a qualsiasi altro profilo di competenza (sul merito e sulle misure cautelari), ovvero se esso debba arrestarsi e perciò cedere rispetto al rito minorile. Optando per la prima alternativa, il giudice non specializzato (G.I.P. o, come avviene nel giudizio direttissimo e nella presente fattispecie, giudice del dibattimento) resta competente comunque a giudicare sulla convalida della misura cautelare e, salva successiva ratifica, sulla misura cautelare richiesta; d'altra parte tale opzione incide non soltanto sulla competenza a decidere (sulla convalida e sulla misura cautelare), ma sulla stessa disciplina della misura precautelare e cautelare adottanda o adottata. Se invece si ritenga suvalente il rito ordinario rispetto al rito minorile, il giudice non specializzato dovrà dichiarare *tout court* la propria incompetenza *ex art. 67 c.p.p.* ogni qual volta non risulti positivamente dimostrata la maggiore età dell'imputato; e per necessario e pratico corollario, resterà "conformato" *ab ovo usque ad mala* tutto il procedimento anteriore all'udienza di convalida, nel senso che, certa non essendo la maggiore età dell'imputato, lo stesso arresto o fermo (ove non si voglia adottare la misura di cui all'art. 18 *bis* c.p.p.m.) dovrà avvenire ai sensi della disciplina speciale dei minori. *Ab ovo*, cioè, e fino alla fine, diventa rilevante e decisivo stabilire, con le regole somministrate dagli artt. 67 c.p.p. e 8 c.p.p.m., se si debba applicare lo statuto dell'imputato adulto ovvero quello minorile. Ma allora diventa evidentissimo che, più che in termini di competenza, il dibattito reale ruota intorno alla contrapposizione di "blocchi normativi", quali sottesi e linguisticamente riassunti dai precedetti "statuti"; ed emerge solo occasionalmente (e forse anche impropriamente) a proposito della convalida delle misure precautelari.

L'esperienza giurisprudenziale dimostra che il problema del conflitto di competenza si è infatti presentato per tempo. In una fattispecie in cui, attesa l'incertezza sull'età dell'imputato, il giudice non specializzato si era dichiarato incompetente sulla convalida, sicché per un verso il P.M. minorile aveva dovuto procedere alla scarcerazione, essendo decorso il termine di 48 ore e, per altro verso, il G.I.P. minorile aveva sollevato il conflitto negativo, la Suprema Corte ha dichiarato la competenza del G.I.P. del tribunale ordinario, assumendo (in motivazione) che «in considerazione della natura perentoria dei brevissimi termini della procedura per la convalida del fermo con la conseguente sanzione d'inefficacia della misura precautelare in caso d'inosservanza delle relative prescrizioni (art. 390, commi 1 e 3, c.p.p.),

lineari esigenze logico-sistematiche comportino che l'ipotesi di competenza funzionale stabilita da questa norma in relazione al luogo di esecuzione del fermo di persona asseritamente maggiorenne prevalga - limitatamente alla procedura di convalida - rispetto ad ogni diverso criterio determinativo della competenza, ivi compreso quello che prescrive il trasferimento della competenza al giudice minorile in caso di dubbio sulla minore età dell'imputato»<sup>114</sup>. Sulla scia di detta pronuncia, e sempre in tema di conflitto, si è collocata altra decisione della Suprema Corte, con cui per altro si è precisato (in motivazione) che, soltanto dopo il giudizio di convalida ad opera del G.I.P. non specializzato, «potrà trovare applicazione l'art. 67 c.p.p.»<sup>115</sup>. La svolta sembra segnata, piuttosto, da una successiva sentenza con cui, in una fattispecie caratterizzata dalla documentata (e quindi certa) età minore del prevenuto, il giudice della direttissima aveva negato la convalida, ordinando l'immediata liberazione e trasmettendo gli atti al Tribunale minorile. Chiamata a decidere sul ricorso del Pubblico Ministero, la Corte ha ravvisato la denunciata abnormità del provvedimento negativo della convalida, statuendo che «Non è illegittimo il provvedimento con cui il giudice (g.i.p. o del giudizio direttissimo) dichiara la propria incompetenza funzionale a conoscere della richiesta di convalida dell'arresto o del fermo di un minorenni, qualora l'autorità giudiziaria minorile possa disporre di un adeguato lasso temporale per provvedere nei termini di legge», ma che «È abnorme, in quanto si pone in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento processuale, il provvedimento di non convalida dell'arresto in flagranza, adottato nel giudizio direttissimo in base alla motivazione che, per prova raccolta in udienza, risulta che l'arrestato è minorenni. Al giudice non è consentito, da un lato, di riconoscersi erroneamente la competenza funzionale quando invece gli è possibile trasmettere gli atti all'autorità giudiziaria minorile, e, dall'altro, di procedere all'interrogatorio dell'arrestato e poi non convalidarne l'arresto solo perché questi è un minorenni».

---

<sup>114</sup> La Suprema Corte tiene a precisare che, anche se il prevenuto non è più *in vinculis*, resta necessaria la procedura di convalida del fermo.

<sup>115</sup> Cassazione penale, sez. I, 08 luglio 2004, n. 36262: «Appartiene al g.i.p. del tribunale ordinario in relazione al luogo dove è stato eseguito l'arresto di persona asseritamente maggiorenne la competenza a provvedere alla convalida dell'arresto anche nel caso in cui, nel corso dell'udienza camerale, sorga incertezza sulla minore età dell'arrestato, in considerazione della natura perentoria dei brevi termini stabiliti dalla legge, per la convalida e della sanzione dell'inefficacia della misura precautelare prevista nell'ipotesi di loro violazione.».

Quest'ultimo indirizzo merita di esser approfondito. Prendendo posizione sull'alternativa sopra prospettata in termini problematici, appare pienamente condivisibile (come specificato nella più recente delle ricordate decisioni) che il giudice non specializzato, investito del giudizio di convalida di un soggetto di cui non sia acclarata la maggiore età, non possa fare altro che dichiarare la propria incompetenza in ossequio agli artt. 67 c.p.p. e 8 c.p.p.m., sicché diventa *absurdissimum* che a tale declaratoria di incompetenza faccia seguito la negazione della convalida. Ben vero l'art. 390 c.p.p. crea sì un titolo di competenza speciale (rispetto alla competenza per il merito e per la misura cautelare) nell'ambito del rito degli adulti, ma non v'è ragione alcuna per dedurre che esso prevalga addirittura sulla competenza e sullo speciale regime minorile, fino a renderli inapplicabili. Ma proprio per questo tale incompetenza va rilevata – sembra doversi aggiungere - in ogni caso, anche qualora cioè l'autorità giudiziaria minorile non «possa disporre di un adeguato lasso temporale per provvedere nei termini di legge». Non solo, infatti, valutazioni del genere (in concreto inesigibili) si prestano ad ogni arbitrio, ma soprattutto qui è in gioco innanzi tutto la corretta applicazione dell'intero statuto dell'imputato minorene; che non può certo essere segmentato (come invece sembra pretendere la seconda delle decisioni sopra citate) in fasi, talune delle quali (per esempio, la convalida della misura cautelare, e perciò i presupposti di questa stessa misura) affidate al giudice non specializzato sol perché a lui per primo (ed erroneamente) viene chiesta la convalida ed altre successive fasi assegnate invece alla competenza del giudice minorile. Quel che importa cioè non è che comunque un giudice "qualsiasi" «abbia il tempo» di convalidare una misura precautelare, ma piuttosto che siano rispettati tanto il principio del giudice naturale (art. 25 Cost.) quale concretamente e coerentemente delineato dai due codici di rito processualpenale (comune e minorile), quanto la disciplina delle misure cautelari e precautelari. Come si è visto, in quanto il dubbio sull'età minore del prevenuto deve essere addirittura sciolto dal giudice minorile, la relativa verifica deve rigorosamente avvenire fin dall'inizio del procedimento, in uno alle altre connesse indagini sulla identificazione anagrafica e personale del prevenuto, sicché, persistendo il dubbio, anche l'arresto ed il fermo saranno disciplinate (quanto a presupposti, modalità ed effetti) secondo lo speciale regime minorile (artt. 16 - 18 *bis* c.p.p.m.) ed apparirà - allora - del tutto ovvio che alla susseguente convalida debba provvedere soltanto il giudice specializzato. Il legittimo timo-



re che venga negata la convalida delle misure precautelari, perciò foriere di riparazione<sup>116</sup>, deve essere esorcizzato con la puntuale e totale applicazione degli artt. 67 c.p.p. e 8 c.p.p.m., e non avallando una deformazione (a torto ritenuta salvifica o necessitata) dei corrispondenti principi. Può darsi che dalla rigorosa applicazione di tali principi in qualche caso scaturisca in fatto la mancata convalida delle misure precautelari, ma tale esito sarà addebitabile non ai principi stessi, sibbene alla loro violazione.

Nella fattispecie in esame perciò il Tribunale, seriamente dubitando della maggiore età dell'arrestato, non era legittimato a negare la convalida, dovendo piuttosto dichiarare la propria incompetenza e trasmettere gli atti alla procura presso il Tribunale minorile; trasmissione cui, dopo aver cassato *in parte qua* il provvedimento impugnato, dovrà provvedere la Suprema Corte giacché, anche se il prevenuto è stato liberato, è necessaria comunque la convalida della misura cautelare.

b) In altra occasione, a fronte di un ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica avverso: a) l'ordinanza in data 15/12/2008, con la quale il Tribunale di quel capoluogo, in composizione monocratica, investito della richiesta di convalida dell'arresto eseguito dalla polizia giudiziaria nei confronti di I.S., ha ordinato la restituzione degli atti al pubblico ministero, ritenendo la mancata presentazione in udienza dell'arrestato (perché ricoverato in ospedale) ostativa alla celebrazione dell'udienza di convalida; b) l'ordinanza in data 17/12/2008, con la quale il G.I.P. del medesimo Tribunale ha rigettato la richiesta di convalida dell'arresto riproposta dal pubblico ministero, ritenendola tardiva in considerazione (non dell'ora di trasmissione via fax alla cancelleria, antecedente allo scadere delle 48 ore dall'arresto, bensì) dell'ora di deposito della richiesta medesima in origi-

---

<sup>116</sup> Corte costituzionale, 2 aprile 1999, n. 109: «È costituzionalmente illegittimo l'art. 314 comma 2 c.p.p., nella parte in cui non prevede che lo stesso diritto nei medesimi limiti spetta al prosciolto per qualsiasi causa o al condannato che nel corso del processo sia stato sottoposto ad arresto in flagranza o a fermo di indiziato di delitto quando, con decisione irrevocabile, siano risultate insussistenti le condizioni per la convalida (la Corte ha rilevato che nei casi in cui l'arresto o il fermo siano seguiti da sentenza irrevocabile di proscioglimento con le formule di cui all'art. 314 comma 1 c.p.p., ovvero, anche se seguiti da sentenza di condanna o di proscioglimento per qualsiasi causa, non siano stati convalidati, o ancora siano seguiti da provvedimento di archiviazione o da sentenza di non luogo a procedere, sussistono presupposti analoghi a quelli che hanno condotto il legislatore a qualificare come ingiusta e suscettibile di riparazione la detenzione conseguente a misura cautelare)».

nale. La Procura generale<sup>117</sup> ha ritenuto la fondatezza delle deduzioni svolte dal P.M. ricorrente, con illegittimità di entrambe le ordinanze impugnate, osservando: per quanto attiene al primo provvedimento, che – a fronte del noto contrasto giurisprudenziale anche in seno alla Suprema Corte – è meritevole di condivisione l’indirizzo (di recente riconfermato: Cass., Sez. III, 28/5/2008 n. 27128, ric. P.M. in proc. Pape, Rv. 240250) secondo il quale “in tema di giudizio di convalida dell’arresto e di contestuale giudizio direttissimo, la mancata presenza dell’arrestato all’udienza dovuta a legittimo impedimento non osta a che il giudice, nella sussistenza dei requisiti di legge, provveda alla convalida, essendo la possibile non comparizione dell’arrestato evenienza contemplata dall’art. 391, commi terzo e settimo, cod. proc. pen., come richiamati dall’art. 449 cod. proc. pen. (Nella specie la Corte ha annullato con rinvio l’ordinanza con cui il giudice, preso atto dell’assenza dell’arrestato, non aveva convalidato l’arresto disponendo la trasmissione degli atti al P.M.)”: trattasi di soluzione coerente tanto con il dato normativo, analizzato nella sentenza citata, quanto con i basilari principi che regolano la materia, alla stregua dei quali l’ordinamento richiede che il giudice decida sempre, in via primaria, – positivamente o negativamente – sulla legittimità dell’arresto anche qualora reputi insussistente taluno dei presupposti per l’instaurazione del giudizio direttissimo (e ciò anche nel caso in cui l’arrestato non possa essere interrogato per forza maggiore); ritenuta la fondatezza anche della doglianza che il ricorrente formula nei confronti della successiva ordinanza, emessa dal G.I.P. di Firenze, in quanto la presentazione via fax della richiesta di convalida dell’arresto da parte del P.M. è stata pienamente tempestiva, risultando rituale il mezzo utilizzato ed irrilevante che al momento la cancelleria del Tribunale fosse o meno aperta al pubblico: la giurisprudenza ha avuto modo più volte di rimarcare che la presentazione della richiesta di convalida dell’arresto non rientra fra gli adempimenti previsti dall’art. 172, comma 6, c.p.p. (caratterizzati dal comune presupposto di una necessaria contestuale attività positiva da parte del personale dell’ufficio ricevente), sicché – tenuto anche conto della commisurazione in ore del termine per la presentazione della richiesta previsto dal successivo art. 390, comma 1 – deve escludersi la tardività di una richiesta di convalida pervenuta oltre l’orario di chiusura dell’ufficio ma entro il termine di legge di quarantotto ore dall’arresto (cfr. Cass., Sez. VI, 11/5/1998 n. 1712, ric.

---

<sup>117</sup> Proc. n. 43750/2008, P.G. A. Mura.

P.M. in proc. Desire, Rv. 211134; Sez. IV, 17/5/2007 n. 26468, Beben, Rv. 236994; per l'affermazione della ritualità anche di una richiesta di convalida pervenuta al tribunale via fax in giorno festivo, e dunque nell'ufficio deserto, v. altresì Sez. IV, 16/1/2004 n. 7299, ric. P.M. in proc. Minutillo ed a., Rv. 227350, che ha ribadito che l'organizzazione amministrativa interna dell'ufficio giudicante non può ridondare negativamente a carico dell'organo dell'accusa il quale abbia esercitato tempestivamente la sua funzione). La Procura generale ha ritenuto che, conseguentemente, occorresse – previo annullamento di entrambe le ordinanze impugnate – reinvestire il Tribunale, perché si pronunciasse tenendo presenti i richiamati principi di diritto.<sup>118</sup>

c) Sempre in occasione della convalida di arresto ed in un procedimento nel quale motivo del contendere era la rilevanza o meno della recidiva reiterata nel computo della pena edittale ai fini della verifica della facoltatività dell'arresto in flagranza, il Procuratore generale<sup>119</sup> ha argomentato: la sanzione per il delitto tentato ascritto al prevenuto (artt. 56 e 110 c.p. e 6 lett. a) D.L. n. 172 del 2008, conv. con legge n. 210 del 2008) raggiunge la soglia che legittima l'intervento pre-cautelare (definita dall'art. 381, comma 1, c.p.p.) soltanto se nel calcolo si tiene conto della recidiva reiterata, la quale – a norma dell'art. 99, comma 4, c.p. (come novellato dalla legge n. 251 del 2005) – comporta un aumento della metà della pena edittale. Nel provvedimento impugnato il predetto fattore di aumento è, appunto, considerato nel computo della pena in quanto l'art. 278 c.p.p. (applicabile in tema di arresto in flagranza per effetto dell'art. 379 del medesimo codice di rito) sancisce che si deve tenere conto delle circostanze c.d. a effetto speciale: qual è, appunto, la recidiva reiterata (perché, ai sensi dell'art. 63, comma 3, c.p., essa importa una maggiorazione della pena superiore ad un terzo). Ad avviso del ricorrente, invece, tale aumento non è operabile agli effetti del citato art. 381, comma 1, in quanto l'art. 278 stabilisce che nella determinazione della pena edittale del reato “non si tiene conto ... della recidiva”. Né essa potrebbe rilevare quale circostanza “ad effetto speciale” (categoria espressamente dichiarata rilevante dallo stesso art. 278 per il computo della pena edittale), trattandosi piuttosto – ad avviso del ricorrente – di “circostanza inerente alla persona del colpevole (art. 70 c.p.)”, della quale nessuna disposizione prevede la considerazione ai fini in parola.

---

<sup>118</sup> La Sez V, con decisione n. 24612/2009, ha disposto l'annullamento con rinvio.

<sup>119</sup> In proc. n. 42266/2009, P.G. A. Mura.

Ad avviso di questa Procura generale il ricorso è infondato e l'ordinanza impugnata è, pertanto, esente dal denunciato vizio di legittimità. La diversa classificazione delle circostanze della quale qui si discute – “ad effetto speciale” e “inerenti alla persona del colpevole” – è operata dal legislatore in rapporto a due distinti parametri di riferimento: da un lato, l'entità dell'aumento (o eventualmente della diminuzione) della pena edittale comminata per il reato (art. 63, comma 3, c.p.); dall'altro, la natura – oggettiva o soggettiva – della circostanza (art. 70 c.p.). A ciò consegue che le due qualificazioni operano su piani distinti e non sono incompatibili l'una rispetto all'altra. Sicché la recidiva – circostanza certamente inerente alla persona del colpevole, per definizione normativa espressa –, se riguardata nella prospettiva dell'effetto modificativo della pena edittale, è pure suscettibile di classificazione tra le circostanze ad effetto speciale quando (come nel caso in esame: recidiva reiterata) determini un aumento della pena superiore ad un terzo (nella specie: un mezzo). Una conferma dell'assunto può rinvenirsi nell'interpretazione data dalla giurisprudenza all'art. 157, comma 2, c.p., ai fini dell'individuazione della pena edittale del reato che rileva per determinare i termini di prescrizione. La norma impone che nel computo si tenga conto delle aggravanti “ad effetto speciale”: e la Corte di cassazione ha definito tale proprio la recidiva reiterata, in ragione dell'entità del suo effetto modificativo dell'ordinaria sanzione edittale (Sez. V, n. 22619 del 24/3/2009, Rv. 244204; Sez. II, n. 19565 del 9/4/2008, Rv. 240409; Sez. II, n. 40978 del 21/10/2008, Rv. 242245; cfr. pure la motivazione dell'ordinanza n. 34 del 2009 C. Cost.). Sulla base delle considerazioni esposte, può concludersi che la pena edittale relativa al reato tentato rubricato a carico del ricorrente legittimava l'arresto operato nei suoi confronti.

## **6. La custodia cautelare**

**a)** La Procura generale nel corso dell'anno si è occupata del tema della durata della *custodia cautelare in caso di condanna per reato continuato* evidenziando come la questione all'attenzione della Corte fosse indubbiamente di grande delicatezza, in considerazione del fatto che il contrasto di giurisprudenza proposto dalla Seconda Sezione riguardava un problema concernente la libertà personale.

Sul tema l'Ufficio<sup>120</sup> ha ritenuto: pare del tutto corretta la decisione del Tribunale del riesame secondo il quale non risulta caducata la

---

<sup>120</sup> In proc. 31120/2008, Vitale, P.G. G. Palombarini.

misura ai sensi dell'art. 300, 4° co., c.p.p.. In caso di condanna per reato continuato, ai fini della determinazione della durata della custodia cautelare, secondo il Tribunale si deve fare riferimento alla pena che sarebbe stata irrogata per il reato per cui è in corso la misura, se per detto reato non fosse stato stabilito un semplice aumento della pena base fissata per altro reato in virtù della continuazione. La soluzione adottata dal Tribunale trova intanto un sicuro appiglio normativo nell'art. 278 c.p.p., la cui portata generale lo rende applicabile anche dopo la sentenza di condanna. Ma poi a me pare che sia improprio, con riferimento al caso di specie, sia richiamare la giurisprudenza secondo la quale non può tenersi conto della condanna inflitta per l'intero reato continuato, sia invocare il principio del favor rei. Una cosa è infatti escludere la rilevanza della pena complessiva (cosa a mio giudizio del tutto corretta), altra cosa è considerare l'aumento di pena stabilito per la continuazione criminosa fra più reati come la pena "propria" di quel determinato reato per il quale è in atto la custodia. La continuazione determina appunto un aumento della pena inflitta per il reato più grave al solo fine di mitigare l'entità della pena nell'ipotesi di concorso materiale di reati, senza che sia prevista neppure una loro omogeneità!

Dunque, appare convincente la sentenza della Quinta Sezione, 12 gennaio 2006, n. 9499, Cadinu, citata nell'ordinanza di rimessione della 2<sup>a</sup> Sezione, che ha affrontato la questione, stabilendo che, per aversi una corretta lettura dell'art. 300, comma 4, c.p.p., occorre far riferimento alla disposizione dell'art. 533, comma 2 c.p.p.. Tale norma prevede che, quando la condanna riguarda più reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione. Sicché, dice questa sentenza, in relazione al reato continuato, "il giudice che pronuncia sentenza di condanna deve prima determinare la pena che sarebbe da irrogare per ciascuno dei delitti e solo successivamente applicare l'art. 81 c.p., con la determinazione degli aumenti da apportare per ciascuno dei reati satelliti alla pena irrogata per il reato più grave". La conclusione è ovvia: per "**entità della pena irrogata**" di cui all'art. 300, comma 4 c.p.p. deve intendersi l'entità della pena determinata per ciascun reato **prima dell'applicazione** "delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione", perché il cumulo giuridico o materiale delle pene può essere determinato anche in fase esecutiva, a norma degli artt. 663 e 671 c.p.p., ove si sia proceduto separatamente per ciascun reato; e **non sarebbe ragionevole far dipendere dall'occasionale scelta tra unità e**

**pluralità dei procedimenti la durata massima della custodia cautelare.** Dunque, quando il giudice che ha pronunciato la sentenza di condanna non ha correttamente applicato l'art. 533 comma 2 c.p.p., spetta al giudice dell'incidente *de libertate* determinare, ai soli fini della durata della misura cautelare, l'entità della pena riferibile al reato per il quale la misura è stata applicata. Questa sentenza, com'è noto, ha trovato conferma intanto nella sentenza della Sez. VI, 12 luglio 2007, n. 35831, Nino, con la quale si è stabilito appunto che, quando il giudice in sentenza si discosti dalla disposizione dell'art. 533, comma 2 c.p.p., e dopo aver individuato il reato più grave (determinando rispetto a questo la pena-base), si limiti a indicare per ciascun reato solo l'aumento per la continuazione, senza prima stabilire la pena per ciascun reato, correttamente il giudice *de libertate* determina la pena per il reato cui si riferisce la custodia, utilizzando se del caso come parametro la pena inflitta con la medesima sentenza a un coimputato per lo stesso reato, considerato come singolo. In tal caso, la Corte ha ritenuto del tutto incongrua la pena irrogata a titolo di aumento per la continuazione, di lunga inferiore al minimo edittale previsto per il reato per cui vi era l'unico titolo custodiale efficace.

Un'interpretazione della norma diversa da quella adottata dal Tribunale (e da alcune Sezioni della Corte di cassazione) non solo creerebbe la disparità di trattamento segnalata dal Tribunale, per effetto della scelta di trattare i vari reati in maniera unitaria o separata, ma porterebbe al paradosso del migliore trattamento che, a proposito della durata della custodia, verrebbe riservato a chi commette, oltre al reato per il quale è disposta la custodia, anche altri reati, rispetto a chi ha commesso solo quel reato, con violazione del principio di proporzionalità, principio richiamato anche dalla Corte Costituzionale. Appunto al **principio di proporzionalità** di cui all'art. 275, comma 2 c.p.p., si è richiamata espressamente Sez. F, 6 settembre 2007, n. 44988, Librato. La Corte, premessò che la diversa interpretazione dell'art. 303, comma 4 c.p.p. sarebbe premiante per i comportamenti illeciti più numerosi e gravi, rileva che l'istituto della continuazione - strutturalmente inteso a realizzare una più equa misura di pena a fronte di condanne per fatti diversi riconducibili ad un medesimo disegno criminoso - perderebbe tale funzione di adeguamento della pena ove fosse intesa come sistema premiale per i "complessi" di reati, unificati nel vincolo della continuazione, per ciascuno dei quali sia pur stata pronunciata misura custodiale, in antagonismo con i casi di contestazione o condanna per uno solo di quei reati (satelliti nell'ipotesi di continuazione tra più reati) per il quale sia stato pure applica-

ta misura cautelare. La sentenza, richiamando e facendo propria la motivazione della sentenza Cadinu, afferma che in tema di durata delle misure cautelari, qualora per il reato cui si riferisce la custodia cautelare sia irrogata una pena determinata, ai sensi dell'art. 81 c.p., in ragione della continuazione con altri delitti, la durata della misura e la perdita di efficacia della stessa *ex art. 300 comma 4 c.p.p.*, devono essere stabilite con riferimento alla pena che per quel reato **sarebbe stata irrogata** se non fosse stata riconosciuta la continuazione, pena che - in assenza dell'individuazione da parte del giudice di merito in violazione dell'art. 533, comma 2 c.p.p. - spetta al giudice "de libertate" determinare". (Nel caso di specie il permanere della custodia è giustificato dal semplice rilievo che la pena minima prevista dall'art. 416 bis c.p. è pari a cinque anni di reclusione (l'aumento per la continuazione è stato di due). Del resto, per concludere, il reato continuato va considerato quale fenomeno unitario solo per i limitati fini previsti espressamente dalla legge. Nel caso di specie il principio del favor rei è stato pienamente rispettato nel momento della determinazione della pena, e nessuna conseguenza sfavorevole è derivata all'imputato - per quanto si è detto - in conseguenza del calcolo del termine massimo di custodia adottato dal Tribunale di Napoli. Chiedo pertanto il rigetto del ricorso.<sup>121</sup>

**b)** Altro tema si è posto in un ricorso proposto avverso il provvedimento di arresti domiciliari, nelle more revocato per sopravvenuta cessazione delle esigenze cautelari, avente come motivo quello dell'asserita nullità per difetto di domanda, o per vizio di ultrapetizione, del provvedimento stesso, stante la **mancanza di assenso scritto del procuratore della Repubblica sulla richiesta di misura cautelare**

I vizi lamentati sarebbero derivati dal fatto che il Procuratore della Repubblica non aveva prestato per iscritto l'assenso, come previsto dalla recente riforma dell'ordinamento giudiziario, alla richiesta cautelare di arresti domiciliari ed aveva anzi specificato di dare l'assenso soltanto per la meno grave misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio. L'ordinanza di rimessione aveva messo in evidenza che la giurisprudenza di legittimità, di gran lunga

---

<sup>121</sup> La Corte ha affermato in proposito che in caso di condanna non definitiva per reato continuato, per valutare, a norma dell'art. 300 comma 4 c.p.p., l'entità della pena ai fini di un'eventuale dichiarazione di inefficacia della custodia cautelare applicata soltanto per il reato meno grave, occorre avere riguardo alla pena concretamente inflitta come aumento *ex art. 81 cpv. c.p.*

prevalente, era nel senso del riconoscimento dell'interesse all'impugnazione, pur quando nelle more del giudizio di impugnazione il provvedimento cautelare fosse stato revocato, a condizione che i vizi dedotti fossero quelli che legittimano l'esercizio del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione *ex art. 314, comma 2, c.p.p.*. Infatti la disposizione contenuta in detto articolo fa esclusivo riferimento, per definire l'illegittimità della detenzione, alle disposizioni di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p., sicché, questa la conclusione tratta dall'ordinanza di rimessione, l'estensione dell'ambito applicativo della disposizione anche al caso di illegittimità del titolo cautelare per difetto di domanda o vizio di ultrapetizione darebbe luogo ad un contrasto.

Il Procuratore generale<sup>122</sup> ha argomentato: si pongono nel caso di specie due questioni, da esaminare in ordine di successione, quella *dell'interesse a impugnare* e quella della ipotizzata **nullità assoluta** dell'ordinanza cautelare emessa nei confronti del ricorrente. Quanto alla prima, la Sesta Sezione, nell'investire della tematica le Sezioni Unite, s'è posta la domanda se il diritto vivente, come configurato dalla costante giurisprudenza di legittimità relativa alla tassativa formulazione del secondo comma dell'art. 314 c.p.p., non debba ormai misurarsi con le previsioni del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 19 dicembre 1966 (che agli articoli 5 e 9 prevede il diritto a un indennizzo in caso di detenzione illegale), alle quali il nuovo codice di procedura penale deve adeguarsi per effetto delle previsioni della legge delega, e con il succedersi di pronunce della Corte Costituzionale, alcune delle quali sono puntualmente elencate nell'ordinanza 3 ottobre 2008, che hanno esteso l'ambito di applicazione della norma a situazioni non previste dalla lettera dell'art. 314. In effetti, la giurisprudenza costituzionale è più volte intervenuta sull'art. 314 c.p.p., sia con pronunce di illegittimità costituzionale che con decisioni interpretative di rigetto, ed ha con tali sentenze esteso anche l'ambito applicativo dell'art. 314, comma 2. Ciò ha fatto in riferimento ai casi: a) di ordine di esecuzione erroneo (sentenza n. 310 del 1996); b) di ingiusta detenzione in conseguenza di arresto in flagranza o di fermo di indiziato di delitto quando siano risultate insussistenti le condizioni per la convalida (sentenza n. 109 del 1999); c) di ingiusta detenzione per ordine di carcerazione, inizialmente legittimo, ma poi, per fatto sopravvenuto, da revocare (sentenza n. 284 del 2003); d) di custodia cautelare superiore alla misura della pena infine

---

<sup>122</sup> Proc. n. 9856/2008, Novi, P.G. G. Palombarini.



irrogata (sentenza n. 219 del 2008); e) di ingiusta detenzione per titolo cautelare emesso per un fatto per il quale il destinatario sia stato in precedenza giudicato e abbia scontato la pena (sentenza n. 230 del 2004); f) di ingiusta detenzione nel caso di arresto provvisorio e di applicazione provvisoria di misura custodiale all'estraddando, su domanda dello Stato estero che si accerti carente di giurisdizione (sentenza n. 231 del 2004); g) di ingiusta detenzione nel caso in cui sia intervenuta archiviazione per morte del reo, ma successivamente sia stata pronunciata nei confronti dei coimputati, sulla base del medesimo materiale probatorio, sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste (sentenza n. 413 del 2004). Ebbene a me pare che il richiamo alle sentenze con le quali la Corte Costituzionale ha ampliato le previsioni dell'art. 314 c.p.p. e alle previsioni del Patto internazionale di New York, se giustifica una configurabilità astratta dell'interesse a impugnare nel caso di un'asserita nullità del provvedimento impositivo della custodia cautelare, non sembra che possa qui avere rilevanza decisiva. Le sentenze del Giudice delle leggi appena ricordate sono decisioni che hanno stabilito l'applicabilità della norma a casi nei quali comunque non conseguirebbe una condanna a pena eseguibile, nei quali cioè s'è scontata una carcerazione che non si sarebbe dovuta subire, al di là della questione indizi/esigenze cautelari. Ciò equivale a dire che se un interesse a impugnare è astrattamente configurabile in coerenza oltre che con la giurisprudenza della Corte Costituzionale anche con il Patto internazionale di New York del 1966, allorquando vi sia stata una ingiusta detenzione, va poi esaminato in concreto se questa privazione della libertà personale sia stata illegale. Di ciò appare consapevole l'ordinanza della Sesta sezione laddove, nel proporre alle Sezioni Unite la questione relativa alla configurabilità dell'interesse a impugnare, precisa che rimane "ferma e impregiudicata la fondatezza o meno della dedotta nullità assoluta dell'ordinanza cautelare". Ebbene, nel caso di specie, pur essendo in astratto configurabile l'interesse, tale nullità non sussiste e di conseguenza non si può ritenere che vi sia stata una ingiusta detenzione nella forma degli arresti domiciliari. Infatti, la seconda questione che si pone attiene alla possibile rilevanza processuale, sotto il profilo della nullità *ex artt.* 178, comma 1, lett. *b*) e 179 c.p.p., della mancanza di assenso scritto del procuratore della Repubblica sulla richiesta cautelare, come sarebbe imposto dall'art. 3, comma 2, D. Lvo n. 106 del 2006. Va intanto osservato che se sul punto specifico la giurisprudenza di legittimità, diversamente dalla dottrina, non ha avuto modo di pronunciarsi, ha invece esaminato altri aspetti di possibile interferenza tra legge ordinamentale e legge processuale.

Ad esempio ciò ha fatto con la sentenza Sez. Un., 30 ottobre 2003 n. 45276, Andreotti ed altro, che ha statuito come non assumano alcun rilievo esterno i criteri tabellari stabiliti per l'organizzazione dei servizi e la distribuzione delle incombenze negli uffici di Procura. Più in generale si può ricordare che questa pronuncia è stata preceduta e confermata successivamente da alcune decisioni che hanno escluso ogni rilievo processuale dell'illegittimità dei provvedimenti di delega per l'udienza dibattimentale, dinnanzi al pretore e poi al tribunale in composizione monocratica, di vice procuratori onorari e di altre figure onorarie abilitate allo svolgimento delle funzioni requirenti, per violazione della disposizione dell'art. 72 ord. giud. e dei limiti in essa fissati per la delega. Alcune di tali decisioni hanno esplicitamente motivato sul presupposto della irrilevanza processuale della violazione delle disposizioni ordinamentali volte all'organizzazione interna dell'ufficio inquirente (si veda Sez. VI, 3 luglio 1996 n. 8815, Bartolomei, rv. 205909). Consapevole di ciò la difesa del ricorrente si è soffermata anche nei motivi nuovi da un lato sui rapporti fra Procuratore della Repubblica e Sostituti, e dall'altro sull'incidenza nel processo delle scelte del primo, per affermare la rilevanza processuale dell'inosservanza di alcune norme ordinamentali. Ebbene, premesso in fatto che nel caso di specie vi è stata una regolare delega del Procuratore della Repubblica al Procuratore aggiunto e a due Sostituti; che a questa non è seguita alcuna revoca da parte del Procuratore capo, nemmeno quando questi aveva acquisito conoscenza delle richieste di misure cautelari che i magistrati del suo ufficio, compreso il Procuratore aggiunto, intendevano rivolgere al giudice; che la formula del "non assenso" non pare comunque idonea, in assenza di revoca, a paralizzare tale intenzione dei magistrati titolari del fascicolo, considerato che il parere del Procuratore capo si concludeva con la formula "visto si inoltri all'ufficio GIP"; che il GIP, senza sollevare problemi in ordine al "non assenso", ha adottato la misura restrittiva; rilevato inoltre che l'ordinamento vigente (art. 2, secondo comma, del D. Lgs. n.106/2006) prevede che se il magistrato Sostituto non si attiene ai criteri definiti con l'assegnazione o se insorge un contrasto circa le modalità di esercizio il Procuratore della Repubblica può con provvedimento motivato, e dunque assumendosene la responsabilità, revocare l'assegnazione, ma non imporre al Sostituto l'adozione di atti che questo magistrato non condivide (nella specie, una misura interdittiva); può già per queste considerazioni affermarsi che del tutto ritualmente i magistrati ai quali erano state affidate le indagini preliminari hanno avanzato le loro richieste al giudice competente a decidere e che quest'ultimo

non ha violato alcuna norma di legge adottando il provvedimento restrittivo nei confronti dell'indagato Giovanni Novi. In proposito si può *ad colorandum* aggiungere il rilievo che non risulta che il Procuratore della Repubblica di Genova abbia segnalato ai titolari dell'azione disciplinare una qualche scorrettezza dei magistrati del suo ufficio in relazione alla vicenda *de qua*. Ma, anche al di là di questi pur decisivi rilievi, dev'essere ribadito il principio secondo cui l'eventuale inosservanza di norme ordinamentali non può mai risolversi in nullità incidenti sul processo. In tal senso, come s'è detto, è la costante giurisprudenza di legittimità. E non a caso, in dottrina, la quasi totalità degli Autori che hanno esaminato le questioni poste dalla disposizione ordinamentale che impone l'assenso scritto del procuratore della Repubblica sulla richiesta cautelare, ha escluso ogni rilievo processuale alla mancanza dell'assenso scritto, confinando al piano delle eventuali sanzioni disciplinari le reazioni alla violazione di una disposizione che è vista unicamente come norma volta a regolare i rapporti interni tra i magistrati dell'Ufficio di Procura, anche e soprattutto in funzione dell'adozione da parte del dirigente dell'ufficio del provvedimento di revoca della designazione al procedimento. Revoca che nel nostro caso, come s'è detto, non vi è stata. Dunque, se pure va riconosciuto l'interesse a impugnare, il ricorso va comunque rigettato<sup>123</sup>.

c) In una terza occasione si è esaminata la questione della necessità o meno *dell'interrogatorio di garanzia* quando *l'ordinanza impositiva* della misura sia *emessa contestualmente o subito dopo la sentenza di condanna*. In realtà, come rilevato dal procuratore Generale<sup>124</sup>, nella vicenda posta alla attenzione delle Sezioni Unite il contrasto era solo potenziale, in quanto era la Sesta Sezione penale che riteneva e affermava il carattere necessitato dell'interrogatorio di garanzia quando l'ordinanza impositiva della misura sia emessa contestualmente o subito dopo la sentenza di condanna. A giudizio della Procura tale assunto era infondato in quanto: in primo luogo va rilevato che in sostanziale adempimento delle indicazioni contenute nella senten-

---

<sup>123</sup> Le Sez. Un., con decisione 24 febbraio 2009 (c.c. 22 gennaio 2009) n. 8388, Novi, hanno affermato che "l'assenso scritto del procuratore della Repubblica, previsto dall'art. 3 comma 2 del d.lgs. 20 febbraio 2006 n. 106, non si configura come condizione di ammissibilità della richiesta di misure cautelari personali presentata dal magistrato dell'ufficio del pubblico ministero assegnatario del procedimento, né di validità della conseguente ordinanza cautelare del giudice".

<sup>124</sup> In proc. n. 21243/2008, P.G. G. Palombarini.

za della Corte Costituzionale, 17 febbraio 1999, n. 32, il legislatore, col d.l. n. 29 del 1999, conv. in legge n. 109 del 1999, ha proceduto a indicare quale limite temporale di adempimento dell'interrogatorio la dichiarazione di apertura del dibattimento; e che con le ordinanze n. 230 del 2005e nn., 267 e 389 del 2008 la stessa Corte ha respinto le istanze finalizzate a estendere ulteriormente l'applicabilità dell'interrogatorio di garanzia oltre al limite già fissato dalla legge n. 109 del 1999. Va poi affermato, a fronte dell'assunto del ricorrente condiviso anche dalla Sesta Sezione secondo cui il contraddittorio del dibattimento non potrebbe in ogni caso riguardare l'aspetto delle esigenze cautelari, segnalare l'incidenza del fatto che, nella specie, l'ordinanza di custodia cautelare del 23 giugno 2007 risulta essere stata adottata in relazione ai reati di cui agli artt. 73 e 74 del Dr n. 309/90 commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* cod. pen. e dunque, sulla base dell'art.275, comma terzo, cod. proc. pen. (che, come noto, contempla una ipotesi di presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari a fronte di fattispecie delittuose particolarmente gravi). Ed infatti il Tribunale, nell'ordinanza di applicazione della misura di custodia cautelare in carcere del 9/7/2007 anche nei confronti del La Mari, cui, secondo la prospettazione difensiva, avrebbe dovuto seguire l'interrogatorio *ex art.* 294 cod. proc. pen., quanto alle esigenze cautelari di cui all'art.274, comma primo, lett. *b)* e *c)* cod. proc. pen., ha affermato che "le stesse devono ritenersi presunte, a norma dell'art. 275 co. 3", aggiungendo in ogni caso (evidentemente, quindi, *ad abundantiam*), ulteriori considerazioni in ordine all'entità della pena inflitta, ai gravi precedenti specifici e all'appartenenza, accertata in giudizio, ad una organizzazione criminale di stampo mafioso. Insomma, da alcuni si ipotizza una inidoneità del dibattimento - o più precisamente, con riferimento al caso di specie, della fase post-dibattimentale peraltro caratterizzata dalla adozione della misura a distanza di un solo giorno dalla pronuncia della sentenza di condanna - a garantire una adeguata verifica della legittimità dei presupposti custodiali o della permanenza degli stessi. Non pare che la preoccupazione concernente tale garanzia abbia ragione di essere. E' infatti evidente che le esigenze cautelari alla base del provvedimento possono essere solo quelle emerse dai fatti e dalle circostanze maturati sino al momento della adozione della misura. Rispetto all'emergere di tali esigenze cautelari, il contraddittorio rappresentato dalla già espletata istruzione dibattimentale inevitabilmente configura un eventuale successivo interrogatorio come una "duplicazione" della medesima garanzia. D'altro lato l'infondatezza della tesi secondo cui l'interrogatorio di garanzia sareb-

be in ogni caso necessario, anche nell'ipotesi di misura restrittiva emessa dal tribunale che ha pronunciato la sentenza di condanna, emerge dalla constatazione che, per logica conseguente, a tale interrogatorio dovrebbe provvedersi anche nel caso di misura emessa per la prima volta dalla corte d'appello dopo una eventuale nuova sentenza di condanna. Sull'applicazione delle misure, com'è noto, provvede il giudice che procede (artt. 275, 2-ter, e 279 c.p.p.). Chi dovrebbe provvedere a un interrogatorio di garanzia in un caso del genere? In realtà, una volta pronunciata una sentenza di condanna, il condannato raggiunto per la prima volta dalla misura restrittiva non rimane senza garanzie, ad esempio se intenda contestare la ricorrenza delle esigenze cautelari. Può infatti proporre, pur se è rimasto contumace o latitante, richiesta di riesame ai sensi dell'art. 309 c.p.p. per dimostrare l'esistenza di nuovi elementi - mi riferisco in particolare alla presunzione dell'art. 275, 3° co. - dai quali risulta che le esigenze cautelari non sussistono.<sup>125</sup>

**d)** Anche la questione delle *contestazioni a catena* si è riproposta all'attenzione delle Sezioni Unite con un ricorso nel quale si sosteneva che la seconda ordinanza custodiale, per cui pendeva il giudizio, si fondava su elementi indiziari e probatori conosciuti già nella fase delle indagini preliminari del primo processo per cui il ricorrente aveva riportato e scontato per intero la condanna definitiva.

Il Procuratore generale<sup>126</sup> ha sostenuto in proposito: l'appellante assumeva, come assume oggi, che nel caso di specie sarebbe applicabile la disciplina di cui all'art. 297 c.p.p. in quanto i fatti per cui è stato condannato l'odierno appellante sono scaturenti e direttamente derivanti da quelli per cui vi è stata la prima condanna. "Invero la continuazione è stata riconosciuta sia per l'evidente connessione oggettiva e soggettiva fra i reati oltre che perché coevi tra loro ed interdipendenti". Il Tribunale del riesame ha respinto l'appello. Quanto al motivo del ricorso, e alla questione proposta alle Sezioni Unite dalla Quinta Sezione - se ne tratta qui rapidamente, ma è poi da fare un rilievo comunque decisivo - è evidente la sua manifesta infondatezza. La disciplina di cui

---

<sup>125</sup> Le Sezioni Unite hanno affermato il principio di diritto per il quale non è necessario procedere all'interrogatorio di garanzia di cui all'articolo 294, comma I, c.p.p. dell'imputato nel caso in cui la custodia cautelare venga disposta per la prima volta dopo la sentenza di condanna, per ragioni di ordine sistematico e di ragionevole scelta da parte del legislatore, che non ha previsto l'interrogatorio di garanzia in una fase quale quella dibattimentale (decisione n. 18190 del 2009).

<sup>126</sup> Nel proc. n. 6180/2008, P.G. G. Palombarini.

all'art. 297 c.p.p. riguarda infatti solo il regime della custodia cautelare. Una pena espiata per effetto di una prima sentenza non può infatti essere calcolata come custodia cautelare in carcere disposta in relazione a un secondo reato. Nel caso di specie il ricorrente afferma di essere stato condannato per il reato di cui all'art. 416 bis c.p. per effetto della quale aveva già espiato la pena. Anche se la sentenza del Tribunale ha condannato il ricorrente per i reati del procedimento de quo in continuazione con quella prima condanna, non può perdere efficacia, per effetto dell'art. 297 3° co. c.p.p., la misura cautelare in atto, essendo irrilevante rispetto al calcolo dei termini di custodia una esecuzione di pena già realizzata. Diversa infatti è la natura delle due forme di carcerazione subite dal ricorrente. Dunque, pare convincente la giurisprudenza della Suprema Corte richiamata dal Tribunale. Nel nostro caso all'atto dell'emissione del secondo titolo "*non era più presente*" alcuna precedente misura cautelare, con la conseguenza che – non essendo mai esistita la contestualità delle misure ed essendo stato ovviamente computato il relativo "presofferto" nel primo processo ai fini della determinazione della pena da espiare irrogata con sentenza divenuta irrevocabile - non si poteva e non si può più procedere ad un "nuovo utilizzo cautelare" di tale custodia, neppure ai fini di cui all'art. 297, comma 3 c.p.p. L'ipotesi della pluralità delle ordinanze prevista da tale norma richiede, non solo l'autonomia dei provvedimenti cautelari, ma anche la "*pendenza*" della situazione cautelare relativa. La cessazione di efficacia del primo provvedimento per effetto della sentenza passata in giudicato e addirittura eseguita esclude la pendenza e la compresenza. Il tempo di esecuzione della pena non può valere come custodia cautelare. Ma si diceva che a parte queste rapide considerazioni in ordine alla questione proposta alle Sezioni Unite, vi è un rilievo preliminare in ordine al motivo di ricorso qui proposto, che appare decisivo. Nei motivi di gravame non vengono specificamente indicati – né risultano allegati al ricorso – gli atti del processo che dovrebbero dimostrare la fondatezza dell'assunto difensivo, in particolare per quel che concerne la coincidenza temporale delle acquisizioni probatorie e la desumibilità degli atti. Con riferimento a tutte le considerazioni prospettate con il ricorso, nessuna documentazione confermativa è stata offerta all'esame di questa Corte. Già questo rilievo consente di affermare l'inammissibilità del ricorso, e in tal senso è la mia richiesta.

## **7. L'archiviazione**

Anche nel corso del 2009 la procedura regolata agli artt. 408/411 c.p.p. in tema di archiviazione è stata oggetto di numerosi ricorsi, in

occasione dei quali si sono puntualizzati diverse questioni, e fra queste:

- in un caso nel quale il Gip, chiamato a decidere sulla istanza del Pubblico Ministero, e sull'opposizione della querelante, aveva disposto l'archiviazione degli atti nei confronti dell'indagato, ed **impon**eva al Pubblico Ministero di procedere, entro novanta giorni, **sia all'identificazione degli altri soggetti** che avevano posto in essere, in concorso, le condotte ipotizzate, **sia al compimento di ulteriori accertamenti** tecnici, da eseguire, con ogni garanzia per la difesa, mediante consulenti diversi da quelli già nominati, il pubblico ministero aveva ricorso per cassazione per la parte eccedente la semplice archiviazione di tale provvedimento, ritenuto abnorme per tale parte, il Procuratore generale<sup>127</sup> ha sostenuto: in proposito viene in considerazione il tema dei poteri del G.U.P. e più precisamente se detto giudice, all'esito dell'udienza camerale fissata a seguito dell'opposizione proposta dalla persona offesa avverso la richiesta di archiviazione, nell'accogliere richiesta siffatta possa imporre al Pubblico Ministero indagini a carico di persone fino a quel momento non indagate e possa disporre le modalità con cui effettuarle; quesito che, sebbene abbia dato spunto ad una decisione delle Sezioni Unite<sup>128</sup>, ha avuto la (non singolare) sorte di non chiudere il dibattito tra le Sezioni semplici, se è vero che non sempre esse vi hanno prestato ossequio; così criticamente riassunto lo stato dell'arte, la risposta positiva in ordine al prospettato quesito è suggerita dalla teoria generale, alla cui stregua tanto il monopolio (in linea generale) dell'azione penale quanto l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 cost.), al pari della funzione del Pubblico Ministero e del G.I.P., non costituiscono fini ultimi autoreferenziali, ma sono 'servi' di due padroni, e cioè (fuori di metafora) di due valori costituzionali: il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), secondo cui il processo penale tutela anche la (sedicente) persona offesa dal reato (non a caso chiamata ad interloquire sulla istanza di archiviazione), ed il principio di legalità (art. 25, 2° cost.), per cui (non ragioni di opportunità, decidibili dal Pubblico Ministero, ma) soltanto la legge stabilisce

---

<sup>127</sup> Proc. n. 16409/2009 P.G. R. Russo.

<sup>128</sup> Sez. U, Sentenza n. 22909 del 31/05/2005, per la quale "Non è abnorme, e pertanto non è ricorribile per cassazione, l'ordinanza con la quale il Gip, all'esito dell'udienza camerale fissata sull'opposizione della persona offesa per il mancato accoglimento della richiesta di archiviazione del P.M., ordini l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di altri soggetti mai prima indagati e per i quali il P.M. non abbia formulato alcuna richiesta, disponendo altresì la prosecuzione delle indagini, in quanto trattasi di decisione che rientra nei poteri di controllo a lui devoluti dalla legge sull'intera "notitia criminis".

chi deve essere punito e chi debba restare esente da sanzione penale; in tale più ampia, e meglio costituzionalmente orientata, ottica, allora, allorché il Pubblico Ministero postuli il «permesso di inazione» (Cordero), in cui si sostanzia l'archiviazione, il potere cognitivo del Giudice chiamato a decidere su di essa non può essere rattrappito da una concezione che veda limitato il necessario controllo dai (presunti) limiti devolutivi della domanda stessa (il che sarebbe coerente soltanto se il potere-dovere di azione penale fosse fine a se stesso), ma è destinato ad estendersi per impedire che il Pubblico Ministero eluda in qualsiasi modo il precetto che impone l'azione penale, e quindi la funzione di legalità alla cui (ri)affermazione è chiamato a concorrere in uno al Giudice; in altri termini, la concezione riduttiva del (raggio di azione del) sindacato del Giudice sulla domanda d'inazione formulata dal Pubblico Ministero è funzionale ad una visione monopolistica dell'azione penale, di cui resterebbe sovrano il Pubblico Ministero, a tal punto da imporre al suo legittimo 'controllore' la propria interpretazione penalistica della fattispecie, mentre la diversa e più ampia concezione del predetto potere, qui propugnata, assicura una più completa realizzazione della legalità dell'ordinamento (art. 25, 2° Cost.) ed una più completa tutela delle persone offese (che, in ipotesi non peregrina, non abbiano i mezzi per optare per la via civilistica); questa seconda scelta ermeneutica risulta conclamata da una remota decisione della Corte Costituzionale<sup>129</sup>, che ne chiarisce i risvolti teorici in modo

---

<sup>129</sup> Sentenza n. 478 del 30 dicembre 1993. Essa rappresenta il fondamento della rammentata decisione delle Sezioni Unite, che tuttavia non la citano espressamente. Per comodità se ne riportano i passi più significativi: L'assunto del giudice a quo si fonda su di una premessa che non può condividersi: quella di ritenere che la tipologia del "controllo" che il giudice è chiamato ad esercitare in sede di archiviazione e, quindi, la qualità e la quantità delle attribuzioni che l'ordinamento riserva al suo intervento, siano modellati in stretta aderenza alla specificità della richiesta che il pubblico ministero gli rivolge, quasi che la stessa integri una domanda a devoluzione rigorosamente circoscritta, che impedisce qualsiasi sconfinamento da quel particolare "tema" sul quale l'organo della giurisdizione viene ad essere investito e che il pubblico ministero sarebbe dunque libero di contrassegnare. Ma una corretta ricostruzione del sistema, quale si è venuto gradualmente a plasmare nella giurisprudenza di questa Corte, svela, però, l'infondatezza di un simile assunto. Al di là, infatti, di qualsiasi opzione dogmatica sulla natura del provvedimento di archiviazione e del tentativo, tutto teorico, che può essere compiuto per ricondurre ad uno schema unitario la varietà dei rapporti tra pubblico ministero e giudice, resta il fatto che, in tanto può correttamente analizzarsi la specificità dei poteri che contraddistinguono l'intervento dell'organo giurisdizionale, in quanto risulti chiara la funzione che quell'intervento è chiamato a soddisfare nell'ordinamento. Ciò posto, divengono allora ineludibili i dicta che promanano dalla giurisprudenza di questa Corte in tema di archiviazione: si è così affermato che il princi-



tanto esemplare quanto esaustivo, e corrisponde all'intento empirico visibilmente perseguito nella fattispecie dal G.U.P.: vero è che l'azione penale non deve essere esercitata nei confronti dell'indagato, ma la concreta fattispecie, e cioè l'intero materiale preistruttorio, esibiscono seri elementi indiziari a carico di altri soggetti, che vanno perciò adeguatamente coltivati in via investigativa nell'interesse della legge (che, con l'archiviazione, esclude soltanto il procedimento superfluo) e del concomitante interesse della persona offesa; diversamente l'ampiezza del controllo spettante, per quanto fin qui argomentato, al Giudice non giustifica invece che egli detti 'ordini' al Pubblico Ministero in ordine alle modalità, esecutive e temporali, con cui svolgere, o continua-

---

pio di legalità, "che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale". Il principio di obbligatorietà dell'azione penale esige, quindi, "che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice: ed in esso è insito, per ciò, quello che in dottrina viene definito *favor actionis*. Ciò comporta non solo il rigetto del contrapposto principio di opportunità che opera, in varia misura, nei sistemi ad azione penale facoltativa, consentendo all'organo dell'accusa di non agire anche in base a valutazioni estranee all'oggettiva infondatezza della notizia criminis, ma comporta, altresì, che in casi dubbi l'azione vada esercitata e non omessa". Il problema dell'archiviazione, dunque, "sta nell'evitare il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando caso per caso la legalità dell'inazione" (v. sentenza n. 88 del 1991). Se tale è l'ampiezza del controllo che il giudice è chiamato ad esercitare in sede di archiviazione, così da soddisfare integralmente la funzione di legalità che l'istituto svolge nel quadro dei richiamati principi di rango costituzionale, se ne possono allora agevolmente ricavare due corollari, fra loro intimamente connessi. Anzitutto, un siffatto potere di controllo non ammette differenze "qualitative" a seconda dei casi di archiviazione che il codice enumera, giacché, contrariamente a quanto mostra di ritenere il rimettente, "è proprio la finalità che accomuna tutte le varie ipotesi di archiviazione" a giustificare l'estensione della disciplina prevista per l'ipotesi base (archiviazione per infondatezza della notizia di reato) anche alle restanti ipotesi, così da "far emergere una figura di giudice per le indagini preliminari in grado di indicare al pubblico ministero gli approfondimenti non ancora compiuti" (v. sentenza n. 409 del 1990), senza restare quindi vincolato ad un diverso epilogo a seconda della particolare "formula" che lo stesso pubblico ministero ha ritenuto di enunciare nella richiesta. Sotto altro profilo, poi, dovendosi il controllo del giudice volgere a verificare se, alla stregua del materiale raccolto nel corso delle indagini, sia conforme a legalità "l'inazione" del pubblico ministero, il sindacato non potrà che riguardare la integralità dei risultati dell'indagine, restando dunque esclusa qualsiasi possibilità di ritenere che un simile apprezzamento debba invece circoscriversi all'interno dei soli confini tracciati dalla notizia criminis delibata dal pubblico ministero. Una volta formulata la richiesta di archiviazione, quindi, il *thema decidendum* che investe il giudice non si modella in funzione dell'ordinario dovere di pronunciarsi su di una specifica domanda, ma del ben più ampio potere di apprezzare se, in concreto, le

re a svolgere, le ulteriori investigazioni; dall'art. 409, 4° c.p.p. si deduce con facilità in che modo il legislatore abbia arbitrato due sottoprincipi che *in subiecta materia* potevano facilmente collidere (il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale e quello della separazione tra le funzioni): il Pubblico Ministero è vincolato al compimento delle indagini (per l'appunto coatte), ma è funzionalmente libero di stabilire il loro concreto svolgimento ed, all'esito, resta altresì responsabilmente libero di optare nuovamente per l'archiviazione; per questa parte, dunque, e soltanto per questa parte, il provvedimento impugnato si presenta veramente abnorme.

- in altra occasione la Procura generale<sup>130</sup> si è occupata del tema

---

risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari siano o meno esaurienti ai fini della legittimità della "inazione" del pubblico ministero. Ove si volesse pertanto invocare - come vorrebbe il giudice a quo - un qualche effetto devolutivo a seguito della richiesta, ciò sarebbe consentito solo nell'ipotesi in cui per oggetto di devoluzione si intendesse non la richiesta in quanto tale, ma la intera fase d'indagine che il pubblico ministero presuppone esaurita.

Risulta a questo punto evidente la non fondatezza delle censure che il giudice a quo solleva a margine della disposizione oggetto di impugnativa. Qualora, infatti, accanto ad una *notitia criminis* per la quale difetta una condizione di procedibilità, il giudice ritenga di ravvisare in sede di archiviazione una diversa fattispecie procedibile *ex officio* in ordine alla quale il pubblico ministero abbia omesso di compiere le necessarie indagini, nulla si oppone, alla luce dei riferiti rilievi, a che il giudice stesso - se dagli atti non risulti che il pubblico ministero procede separatamente - inviti il pubblico ministero medesimo a svolgere le ulteriori indagini che ritenga necessarie sulla diversa "regiudicanda", fissando il termine indispensabile per il compimento di esse. Ove così non fosse, d'altra parte, non sarebbe "l'inazione" del pubblico ministero a formare oggetto del controllo di legalità da parte del giudice, ma unicamente quella particolare ipotesi di non esercizio dell'azione penale che la stessa parte pubblica affida alla verifica del giudice, delegandosi per questa via all'arbitrio dell'organo assoggettato al controllo, il potere di ritagliare la quantità e la qualità dell'intervento dell'organo che quel controllo è istituzionalmente chiamato ad esercitare. Ma che una simile prospettiva non possa essere in alcun modo coltivata, lo si evince, con certezza, oltre che dalla ricostruzione del sistema dianzi delineata, anche da un ulteriore e conclusivo rilievo. Posto, infatti, che ove il giudice avesse ritenuto sufficienti gli elementi raccolti in ordine alla diversa ipotesi di reato, il relativo epilogo sarebbe stato quello di disporre la formulazione della imputazione; è di tutta evidenza, allora, che al medesimo giudice compete anche il potere di invitare il pubblico ministero a svolgere ulteriori indagini nell'ipotesi in cui queste siano risultate carenti ai fini delle scelte sull'esercizio o meno della azione penale, proprio perché i due poteri ("ordine" di formulare l'imputazione o invito a svolgere ulteriori indagini) si saldano specularmente all'interno della medesima funzione di controllo che il giudice svolge in sede di archiviazione: impedire, appunto, l'elusione del precetto che impone al pubblico ministero di esercitare l'azione penale, nei casi in cui il processo non appaia superfluo.->

<sup>130</sup> Proc. 14854/2009, ric. Pannella Marco, in proprio e quale rappresentante della Associazione Politica Nazionale Lista Marco Pannella, P.G. A. Montagna.

**dell'accesso allo strumento della opposizione alla richiesta di archiviazione.** Infatti il ricorrente si doleva del fatto che il Gip avesse disposto l'archiviazione del procedimento nonostante fosse stata proposta opposizione ai sensi dell'art. 410 c.p.p. ed omettendo ogni valutazione sulla propria opposizione, soffermandosi esclusivamente sulla infondatezza della notizia di reato, e ciò sul presupposto che risultasse "inammissibile la doglianza di non essere stato destinatario della richiesta di archiviazione". Il P.G. ha ritenuto di potere proporre una lettura diversa dell'istituto dell'accesso allo strumento della opposizione alla richiesta di archiviazione, in quanto in un recente precedente le Sezioni Unite si sono occupate del diverso tema delle condizioni per l'esercizio dell'azione da parte del difensore della parte offesa (le Sezioni Unite, risolvendo un contrasto giurisprudenziale sul tema dell'ammissibilità del ricorso per cassazione proposto dal difensore della persona offesa, iscritto all'Albo speciale, ma privo di una procura ad hoc hanno affermato che *il ricorso per cassazione avverso il provvedimento di archiviazione, proposto nell'interesse della persona offesa dal reato non deve essere necessariamente sottoscritto, a pena di inammissibilità, dal difensore munito di procura speciale ad hoc, ai sensi dell'art. 122 c.p.p., atteso che è sufficiente la nomina secondo le formalità di cui agli artt. 101, comma 1, e 96, comma 2, c.p.p.* (Sentenza 20 dicembre 2007 -c. c.. 27 settembre 2007- n. 47473, Lo Mauro), restando affidato all'interprete, senza la "vincolatività" dei *dicta* del massimo consesso, la ulteriore questione dei diritti della persona offesa (ed in seconda battuta del danneggiato); in proposito può facilmente ricordarsi come la esclusione della **persona offesa** (così come del danneggiato) dall'area delle garanzie di cui all'art. 408 c.p.p. rappresenta una scelta non pienamente comprensibile, come osservato da più autori in dottrina (Ubertis, *Per un effettivo rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1991, 1892; Kostoris, *sub art. 407/409*, in *Commentario al codice di procedura penale*, coordinato da Giarda, vol. III, 5; Viglietta, *Obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale tra realtà e apparenza*, in *CrD*, n. 4/5, 27), in un periodo storico nel quale il numero dei soggetti, anche solo esponenziali, ammessi ad intervenire nel procedimento penale va progressivamente estendendosi in una dimensione europea del problema, affrontato altresì dalla Decisione quadro 15 marzo 2001 n. 2001/220/GAI del Consiglio dell'Unione Europea sui diritti della vittima del reato; peraltro va osservato come la risposta più rigida adottata dalla giurisprudenza di legittimità si va sempre più accompagnando alla riproposizione della teoria della plurioffensività, così rimandando dal livello processuale a quello sostanziale la esatta

individuazione dei soggetti legittimati alla opposizione; è di questo percorso è riprova la scelta operata dalle *Sezioni Unite* con la decisione assunta nella camera di consiglio del 25 ottobre 2007, in proc. *Pasquini*, (dep. 18 dicembre 2007, n. 46982) in un procedimento relativo a reati di falso, nel quale si è ritenuto che i delitti contro la fede pubblica tutelino, oltre all'interesse pubblico, anche il soggetto sulla cui concreta posizione giuridica l'atto incida; da ciò la legittimazione a proporre opposizione contro la richiesta di archiviazione; la richiamata giurisprudenza delle *Sezioni Unite* sostiene altresì la censura sul mancato riconoscimento del privato quale persona offesa;

- le questioni connesse alla disciplina dell'archiviazione hanno portato la Corte ad occuparsi del **reclamo** del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale, ai sensi dell'art.70, 6 comma *bis*, r.d. n. 12 del 1941, **avverso il provvedimento** del Procuratore generale presso la Corte di appello, con il quale era stata disposta **l'avocazione, ai sensi dell'art.412 c.p.p.**, delle indagini preliminari. In questo caso la Procura generale<sup>131</sup> ha ritenuto che il reclamo fosse fondato e dovesse essere accolto, così argomentando: l'esame degli atti, al di là di alcune inesattezze riportate nei provvedimenti di avocazione e reclamo, consente di affermare che il provvedimento di avocazione risulta emesso solo formalmente in presenza di una mancata opzione tra esercizio dell'azione penale e richiesta di archiviazione. Invero la *ratio* dell'istituto dell'avocazione da parte del Procuratore generale è da rinvenirsi nell'esigenza di rimuovere eventuali inerzie dell'organo del Pubblico Ministero rispetto ad una notizia di reato; nella fattispecie, nessuna inerzia vi è stata giacché – come posto in evidenza dal Procuratore nel suo atto di reclamo – i due procedimenti che vedevano protagonista il xxx, rispettivamente quale parte offesa ed indagato, sono stati trattati in parallelo per l'indicata loro connessione e, una volta archiviato il procedimento originato dall'iniziale denuncia, il Pubblico Ministero ha prontamente notificato avviso all'indagato della conclusione delle indagini. La circostanza che l'indicato avviso sia stato emesso oltre il termine di durata delle indagini non assume rilievo atteso che nessuna indagine ulteriore è stata eseguita dopo la scadenza di detto termine. La struttura del processo penale prevede termini che hanno una funzione di carattere sollecitatorio dell'attività del pubblico ministero per evidenti ragioni di garanzia dell'indagato e nessun vantaggio può discendere, a tutela dell'interesse dell'indagato, da una avocazione che

---

<sup>131</sup> Proc. n. 220/2009, P.G. R. Fuzio.

finirebbe per sottrarre l'attività di indagine al pubblico ministero che già conosce gli atti con gli inevitabili effetti negativi sull'organizzazione e l'efficienza delle indagini.

#### **8. Il procedimento ex art. 444 c.p.p.**

- in ricorso del pubblico ministero avverso la sentenza emessa ex art. 444 c.p.p., e nel quale il ricorrente lamentava che fosse stata **omessa la motivazione in ordine alla valutazione della contestata recidiva reiterata**, il Procuratore generale<sup>132</sup> ha richiesto il rigetto del ricorso per le seguenti ragioni: rilevato come in caso di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., l'accordo intervenuto esonera l'accusa dall'onere della prova e comporta che la sentenza che recepisce l'accordo fra le parti sia da considerare sufficientemente motivata con una succinta descrizione del fatto (deducibile dal capo d'imputazione), con l'affermazione della correttezza della qualificazione giuridica di esso, con il richiamo all'art. 129 cod. proc. pen. per escludere la ricorrenza di alcuna delle ipotesi ivi previste, con la verifica della congruità della pena patteggiata ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 Cost.; ricordato come in tema di patteggiamento, l'obbligo di motivazione in ordine all'entità della pena debba essere ritenuto assolto da parte del giudice quando egli dia atto di avere positivamente effettuato la valutazione della correttezza della qualificazione giuridica del fatto, dell'applicazione e comparazione delle circostanze prospettate dalle parti e della congruità della pena; rilevato come la applicazione degli indicati principi possa essere utilmente rafforzata da alcune ulteriori considerazioni, in quanto deve sottolinearsi che sebbene l'obbligo della motivazione delle sentenze sia imposto dall'art. 111 Cost. e art. 125 c.p.p., tuttavia nelle sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti esso deve conformarsi alla particolarità dell'istituto del patteggiamento, rispetto al quale lo sviluppo dell'argomentazione è necessariamente correlato all'esistenza di un atto negoziale con cui l'imputato dispensa l'accusa dall'onere di provare i fatti dedotti nell'imputazione. In questo senso depono lo stesso richiamo all'art. 129 c.p.p. contenuto nell'art. 444 c.p.p., ed infatti la giurisprudenza, con riferimento alla differente problematica relativa al giudizio negativo circa la ricorrenza di una delle ipotesi previste dal citato art. 129 c.p.p., ritiene che questo deve essere accompagnato da una specifica motivazione soltanto nel caso in cui dagli atti o dalle deduzioni difensive emerga-

---

<sup>132</sup> Proc n. 36687/2009, P.G. A. Montagna.

no concreti elementi sulla possibile applicazione di una causa di non punibilità, mentre in caso contrario deve ritenersi sufficiente una motivazione che dia atto, anche implicitamente, dell'avvenuta verifica richiesta dalla legge, escludendo che ricorrano le condizioni per la pronuncia di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p. (Sez. un., 27 settembre 1995, n. 10372).

Un analogo ragionamento deve essere condotto riguardo alla motivazione circa l'esclusione, in sede di patteggiamento, dell'operatività della recidiva reiterata. Infatti, le regole secondo cui il giudice deve procedere al giudizio di bilanciamento solo quando ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede, mentre, in caso contrario, dovrà escludere qualunque giudizio di comparazione soggetto ai limiti di cui all'art. 69 c.p., comma 4, devono essere misurate con il ridotto obbligo motivazionale che incombe sul giudice in sede di "patteggiamento". In questo caso, infatti, il giudice non determina la pena, ma si limita ad un controllo sulla pena indicata dalle parti ed oggetto dell'accordo. Sotto questo profilo, l'art. 444 c.p.p. impone al giudice una semplice valutazione, sulla base degli atti, della correttezza circa l'applicazione e la comparazione delle circostanze così come prospettate dalle parti e solo a seguito di tale controllo potrà disporre con sentenza l'applicazione della pena enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta concordata. Ne consegue che l'adesione alla pena patteggiata da parte del giudice è indicativa del fatto che abbia valutato le ragioni per le quali le parti hanno escluso l'"operatività" della recidiva e le abbia condivise, seppure implicitamente. Non è necessaria una specifica motivazione sul punto, in quanto la ratifica dell'accordo presuppone e implica che il giudice abbia effettuato il controllo sulla correttezza delle prospettazioni delle parti, dovendo ritenersi sufficiente che nella sentenza si dia atto di ciò. Ritenuto pertanto che nel caso di specie risulti dal testo della gravata sentenza come sia stata effettuato un esame della proposta di definizione, con esito positivo per la ratifica del patto, così che l'obbligo di motivazione è stato dunque assolto, si chiede il rigetto del ricorso.

## **9. Le impugnazioni**

### **9.1 I limiti del potere di impugnazione**

I limiti del *potere di impugnazione da parte del Procuratore generale* presso la Corte di Appello sono stati affrontati in un caso nel quale il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Ap-

pello aveva impugnato per cassazione la sentenza di secondo grado, deducendo l'erronea applicazione dell'art. 420 ter co. 5 c.p.p. (in relazione agli artt. 484 co. 2 bis, 178, 179 c.p.p.) e la contraddittorietà della motivazione in ordine alle ragioni poste a fondamento della dichiarazione di nullità del giudizio svoltosi innanzi al Tribunale. In sede di giudizio innanzi alle Sezioni Unite la Procura generale<sup>133</sup> ha osservato che si poneva un problema pregiudiziale, ovvero il problema della ammissibilità o meno del ricorso per cassazione da parte del pubblico ministero (in particolar modo del Procuratore generale presso la Corte di Appello) e dello stesso imputato contro una sentenza, che - come quella oggetto della impugnazione - riveste un carattere meramente processuale, in un quadro nel quale la potestà di impugnare è sorretta dal principio di tassatività, espresso dal primo comma dell'art. 568 cod. proc. pen., sostenendone la inammissibilità. All'interno dello stesso articolo 568 c.p.p., infatti, la disposizione contenuta nel secondo comma ne attenua la portata in conformità al principio dettato dall'art. 111, settimo comma, della Costituzione, prevedendo che sono sempre soggetti al ricorso per cassazione, quando non altrimenti impugnabili, sia i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale che le sentenze, salvo quelle sulla competenza che possono dare luogo ad un conflitto di giurisdizione o di competenza. Il dettato dell'art. 111, settimo comma, della Costituzione è chiaro. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale (*Cost. 13*), pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge (*Cost. 137*). Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei Tribunali militari in tempo di guerra (*Cost. 103; disp. att. Cost. VI*). La disposizione di cui al secondo comma dell'art. 568 cod. proc. pen. riprende dunque il contenuto dell'art. 111, restringendo l'operatività del principio di tassatività, come limitativo della potestà di impugnare, alle impugnazioni diverse dal ricorso per cassazione ed ai provvedimenti non concernenti la libertà personale, mentre per quanto attiene ai ricorsi avverso le sentenze ed i provvedimenti *de libertate* - è stato detto - "il principio risulta sostanzialmente capovolto, dal momento che tassative appaiono le ipotesi di provvedimenti sottratti alla potestà d'impugnazione (in pratica, le sentenze sulla competenza suscettibili di dare luogo ad un conflitto)". Con riguardo alle sentenze, pertanto, l'art. 568, comma secondo, cod. proc. pen., esclude dalla generale ricorribilità solo quelle sulla

---

<sup>133</sup> Udienza 25 giugno 2009, proc. 23064/2006, De Marino, P.G. G.Palombarini.

competenza che possono dare luogo ad un conflitto a norma dell'art. 28 c.p.p., poiché per esse "la via alla Cassazione è già appositamente prevista attraverso il rito dei conflitti". Vero è che la pronuncia di annullamento non definisce il merito, nel senso che non statuisce sulla responsabilità dell'imputato e non equivale, in particolare, ad un proscioglimento "perché il fatto non sussiste", trattandosi di sentenza di carattere procedurale, ma ciò non toglie – ad avviso della pronuncia resa dalle SS.UU. n. 1474 del 24 novembre 1984 (ric. Alamia) - che si tratti di sentenza che definisce una fase del procedimento, e che, come tale, debba ritenersi soggetta al ricorso per cassazione secondo la regola generale. Sotto tale profilo – hanno affermato le Sezioni Unite – il ricorso per cassazione appare proponibile da tutte le parti legittimate (ivi compresi il P.M. e le parti private), "non potendosi revocare in dubbio l'interesse giuridico all'impugnazione, che, per quanto concerne la ricorribilità per cassazione, deve ricomprendersi nella stessa titolarità del relativo diritto (interesse al controllo di legittimità sulle sentenze, per l'eliminazione di eventuali vizi della decisione, con minor dispendio e lungaggini processuali) ". Viene così a trovare una soluzione positiva anche la questione della **legittimazione a ricorrere del P.G.**, nonché quella della configurabilità **dell'interesse ad impugnare**. Come è noto, la disposizione di cui all'art. 608 cod. proc. pen. delinea, da un lato, i provvedimenti ricorribili per cassazione dal P.M. e, dall'altro, i diversi organi dell'ufficio legittimati a proporre il ricorso. La disposizione or ora menzionata, secondo la giurisprudenza di legittimità, deve essere logicamente raccordata sia con la norma di cui all'art. 568, comma secondo, cod. proc. pen., sia con il principio generale dettato nell'art. 111, comma settimo, Cost., nel senso che non può ritenersi preclusa all'ufficio del P.M. la possibilità di ricorrere per cassazione avverso una sentenza dichiarativa di nullità del giudizio, che costituisce comunque un provvedimento di contenuto decisorio, sia pur non di merito ma di natura processuale. Una simile sentenza, infatti, non è un semplice atto ordinatorio di mero impulso processuale, con la conseguenza che non potrebbe ritenersi preclusa all'ufficio del P.M. la possibilità di ricorrere per cassazione; è invece un atto di contenuto decisorio. Anche la legittimazione ad impugnare del P.M., peraltro, è condizionata dalla sussistenza di un interesse concreto ed attuale. Giustamente l'ordinanza di rimessione mette in guardia contro il rischio di una lettura riduttiva dell'interesse a impugnare. Non sempre, infatti, come illustra la Sezione remittente, il carattere meramente processuale della sentenza è di per sé idoneo, per la sua ipotizzata neutralità, a vanificare ogni interesse della potenziale parte ricorren-



te. In coerenza, dunque, con la veste di organo di giustizia attribuita al pubblico ministero dall'art. 73 Ord. Giud., oltre che con la stessa natura di parte pubblica che ne caratterizza il ruolo nel nuovo contesto processuale (*ex art. 358 cod. proc. pen.*), l'interesse all'impugnazione viene in considerazione non solo quando egli miri ad ottenere una diversa pronuncia conforme alla tesi accusatoria, ma anche quando, indipendentemente dalle conseguenze favorevoli o sfavorevoli per l'imputato, ravvisi la violazione o l'erronea applicazione di una norma giuridica, sempre che in tal caso l'interesse presenti i caratteri della concretezza e dell'attualità, ossia che con il proposto gravame s'intenda perseguire un risultato non solo teoricamente corretto, ma anche praticamente favorevole, come appare nel caso di specie. Infatti l'impugnazione del Procuratore generale mira ad ottenere l'annullamento di una sentenza di secondo grado che, in violazione di legge e con una motivazione contraddittoria, ha annullato una sentenza di condanna dell'imputato, emessa dal Tribunale, così recuperando l'efficacia di questa sentenza. In conclusione veniva pertanto richiesto l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata<sup>134</sup>.

## 9.2 La rinuncia preventiva

Esaminando il ricorso proposto avverso l'ordinanza con la quale la Corte d'appello di Milano aveva dichiarato inammissibile l'appello presentato dal difensore nei confronti della sentenza di condanna emessa dal G.U.P. del Tribunale di Milano, la Procura generale<sup>135</sup> ha osservato: in data 15 luglio 2008 il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano emise nei confronti di L. P. la sentenza di condanna menzionata in epigrafe, riservandosi il termine di 90 giorni per il deposito della motivazione (poi effettivamente avvenuto l'11 ottobre 2008). Il 5 agosto dello stesso anno l'imputato, detenuto a Milano, presentò all'Ufficio matricola della Casa circondariale la dichiarazione della quale oggi si controverte, così articolata: "Rinuncio ai termini di legge e chiedo che la controscritta sentenza passi ingiudicata". Nell'estratto del "Mod. IP1" tale espressione è riportata sotto un'epigrafe che fa riferimento ad una sentenza emessa il 15 luglio 2008, nonché al nu-

---

<sup>134</sup> Le Sezioni Unite (p.u. 25 giugno 2009) n. 29529, De Marino hanno affermato che "è ammissibile il ricorso per Cassazione formulato dal pubblico ministero contro la sentenza con la quale il giudice d'appello abbia dichiarato la nullità di quella di primo grado e rinviato gli atti al tribunale per il nuovo giudizio, sempre che la parte che lo propone abbia un interesse concreto ed attuale.

<sup>135</sup> In proc. n. 11252/2009 R.G. Cass., P.G. A. Mura.

mero “1925/08 NR”. Successivamente, in data 27 novembre 2008, il difensore di fiducia proponeva appello avverso la citata sentenza del giudice dell’udienza preliminare del 15 luglio 2008. La Corte d’appello di Milano, con provvedimento del 7 gennaio 2009, ha dichiarato inammissibile detta impugnazione, ritenendo che la dichiarazione resa alla Casa circondariale dall’imputato inerisse proprio alla sentenza di condanna emessa dal G.U.P. e dovesse intendersi quale atto di “rinuncia” idoneo ad integrare una causa di inammissibilità dell’impugnazione, «... indipendentemente dalla valenza dell’enunciato precedente (“rinuncio ai termini di legge”), peraltro da intendersi come abdicazione dalla sospensione dei termini processuali in vigore nel periodo 1.8/15.9.2008».

Ad avviso di questa Procura generale, il ricorso per cassazione – che lamenta l’illegittimità della declaratoria d’inammissibilità dell’appello – è fondato nel senso appresso illustrato e deve trovare accoglimento. Alcune premesse possono sinteticamente formularsi: a) la dichiarazione resa il 5 agosto 2008 dal P. reca dati di riferimento – numerici e cronologici – tali da fondarne la rapportabilità alla sentenza di condanna oggetto del successivo appello del difensore; b) il tenore testuale della dichiarazione medesima rende opinabile la lettura data dalla Corte d’appello all’espressione “rinuncio ai termini di legge”; c) del tutto evidente è, in ogni caso, la volontà che emerge da quell’atto unilateralmente posto in essere dall’imputato, col quale è stata sostanzialmente esplicitata – sia pure in termini atecnici – l’intenzione di non avvalersi del possibile gravame avverso la statuizione di condanna. È noto, tuttavia, l’indirizzo giurisprudenziale alla stregua del quale, per la validità dell’acquiescenza (*sub specie* di rinuncia preventiva all’impugnazione) è necessario che il diritto di impugnazione sia già sorto. Invero – pur ove si riconosca all’istituto dell’acquiescenza alla sentenza carattere generale – correttamente si afferma comunque che “la rinuncia all’impugnazione formulata dall’imputato prima del deposito della sentenza, cioè prima dell’inizio della decorrenza del termine per impugnare, è invalida, con la conseguenza che non può precludere una successiva impugnazione proposta dallo stesso imputato o dal difensore abilitato” (Cass., Sez. VI, n. 3775/98, Rv. 214758). Peraltro, della rinuncia “preventiva” all’impugnazione diverse pronunce contestano addirittura la compatibilità con il sistema normativo (cfr., ad es., Cass., Sez. I, n. 3798/95, Rv. 202256, e Sez. VI, n. 10880/95, Rv. 203187). In ogni caso, entrambe le predette prospettive dogmatiche inducono al medesimo risultato nella fattispecie oggetto del ricorso in esame, in quanto la cronologia sopra richiamata rende comunque evi-

dente l'inidoneità della dichiarazione resa da L. P. prima del deposito alla sentenza di condanna ad inficiare l'atto di appello tempestivamente proposto dal suo difensore di fiducia. Sulla base delle considerazioni esposte e visti gli artt. 611 e 620 c.p.p., è stato pertanto richiesto che la Corte di cassazione annullasse l'ordinanza impugnata e disponesse la trasmissione degli atti alla competente Corte d'appello per l'ulteriore corso.<sup>136</sup>

## **10. Il patrocinio dei non abbienti**

a) In un procedimento nel quale il difensore ha impugnato per cassazione il provvedimento con cui il G.I.P. ha dichiarato estinto per prescrizione presuntiva il diritto al compenso, deducendo, con due censure, l'abnormità della decisione impugnata e la violazione degli artt. 2938 e 2957 c.c., la Procura generale<sup>137</sup> ha sostenuto che qualsiasi questione sulla debenza o sulla quantificazione del diritto al compenso professionale ha per oggetto il preteso corrispondente diritto soggettivo vantato dal professionista e, come tale, è di natura schiettamente civilistica, quale che sia il procedimento (civile o penale) in cui si innesti. Aggiungendo così: in sede civile è abbastanza incontrovertito che «La speciale procedura di liquidazione dei compensi per le prestazioni giudiziali degli avvocati in materia civile, regolata dagli artt. 28 e seguenti della legge 13 giugno 1942, n. 794, può essere proposta soltanto quando vi sia controversia tra l'avvocato ed il cliente sulla misura del compenso, ma non quando sia in discussione la sussistenza stessa del diritto al compenso. Ne consegue che ove il giudice, adito con ricorso ai sensi dell'art. 28 della legge citata, pronunci ordinanza con la quale statuisca sia sulla misura del compenso, sia sulla sua spettanza, tale provvedimento ha natura di sentenza e deve, perciò, essere appellato e non impugnato come ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma settimo, Cost. (come, invece, verificatori nella fattispecie, con conseguente declaratoria di inammissibilità del formulato ricorso)». Perciò allorché il tribunale adito *ex art.* 29 della legge 13 giugno 1942, n. 794, si sia pronunciato sulla spettanza del diritto al compenso, decisione siffatta non è immediatamente ricorribile per cassazione *ex art.* 111 Cost., ma è soltanto appellabile, secondo la disciplina comune; il che significa che lo speciale procedimento anzidetto (che costituisce deroga al principio del doppio grado) è prati-

---

<sup>136</sup> La sesta sezione, con sentenza n. 38983/2009, ha deciso in conformità.

<sup>137</sup> Proc. n. 2561/2008, P.G. R. Russo.

cabile soltanto se sia (e resti anche a seguito dell'opposizione o delle eccezioni del cliente) in questione soltanto la mera quantificazione (in base alla tariffa) del chiesto compenso professionale. Il rito speciale infatti non è altro che un processo semplificato che consente al professionista di pervenire speditamente alla determinazione quantitativa del compenso 'dovutogli'. A differenza di quel che avviene nel rito civile, in quello penale la decisione sulla spettanza e sulla quantificazione del diritto al compenso del difensore del non abbiente ammesso al patrocinio 'passa' per la necessaria decisione del giudice competente *ex art. 83 D.P.R. n. 115 del 2002*. Soltanto contro il «decreto di pagamento» (immediatamente esecutivo) da tale giudice emesso, attraverso il rinvio operato dall'art. 84 D.P.R. cit., è prevista l'opposizione *ex art. 170 D.P.R. cit.*, che richiama l'anzidetto rito speciale disciplinato dalla legge professionale degli avvocati. Se invece il giudice adito per la liquidazione nega il postulato diritto e perciò il conseguente pagamento, non sembra che si possa e si debba fare ricorso alla speciale procedura, prevista soltanto per l'opposizione al decreto di pagamento (v. art. 84 e 170 D.P.R. cit.), e cioè alla mera quantificazione, anche perché – come dianzi non a caso segnalato – il rito speciale degli artt. 29 e 30 della l. n. 794 del 1942 di per sé non ha, e non può avere, per oggetto la controversia sulla spettanza del compenso. Perciò sia la dizione letterale degli artt. 84 e 170 D.P.R. cit. sia la considerazione sistematica e la natura del rito speciale previsto dalla legge professionale sembrano escludere (l'ammissibilità e) la necessità dell'opposizione *ex art. 170 D.P.R. cit.* avverso il provvedimento che abbia negato l'*an debeat* della richiesta di pagamento avanzata dal difensore. A queste conclusioni era pervenuta, con indirizzo costante, la Suprema Corte con riferimento alla previgente disciplina, quasi sovrapponibile sul punto a quella vigente ed applicabile *ratione temporis*; sicché rimane del tutto isolata una divergente decisione, secondo cui «Il diritto di proporre opposizione, a norma degli artt. 82 e 170 d.p.r. 115 del 2002, contro il provvedimento di pagamento del compenso al difensore di soggetto ammesso al gratuito patrocinio dinanzi allo stesso giudice che lo ha emesso, va riconosciuto, per identità di "ratio", anche nei confronti di quello reiettivo della richiesta»: decisione che non sembra condivisibile a volere considerare che tanto la *ratio* (ricostruita nell'ambito di una valutazione sistematica, quale sopra tentata) quanto la dizione letterale delle disposizioni di riferimento non sembrano coonestare la predicata identità di *ratio*. Così stando le cose, unico rimedio avverso il provvedimento reiettivo resta il ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.*, giacché altrimenti il rifiuto del chiesto pagamento del

compenso adottato dal giudice competente inciderebbe in modo definitivo (e non altrimenti rimediabile) sul diritto soggettivo vantato dal professionista. E l'impugnazione così ammessa non soffre limite alcuno, a seguito del novellato art. 360, ultimo comma c.p.c., essendo ormai consentita la deduzione degli stessi vizi prospettabili in caso di ricorso ordinario, pertanto parificato a tutti gli effetti a quello (ormai invano chiamato) straordinario. Una recente decisione della Suprema Corte non ha mancato di avvertire le difficoltà che si incontrano inevitabilmente ogni qual volta si tenti di 'importare' nell'ambito delle obbligazioni facenti capo alle pubbliche amministrazioni la categoria civilistica delle prescrizioni presuntive: «Ritiene la Corte che sia necessario premettere alcuni brevi cenni sull'istituto della prescrizione presuntiva, disciplinato negli artt. 2954 c.c. e ss., e - per quanto interessa nel presente giudizio - nell'art. 2956 c.c., comma 1, n. 2), a tenore del quale si prescrive in tre anni "il diritto dei professionisti, per il compenso dell'opera prestata e per il rimborso delle spese correlative"; ai sensi del successivo art. 2957 c.c., comma 2, "Per le competenze dovute agli avvocati, ai procuratori e ai patrocinatori legali il termine decorre dalla definizione della lite, dalla conciliazione delle parti o dalla revoca del mandato; per gli affari determinati, la prescrizione decorre dall'ultima prestazione". Come è noto, le prescrizioni presuntive hanno fondamento, natura e disciplina radicalmente differenti dalla prescrizione estintiva, in quanto, mentre quest'ultima è una vicenda estintiva del diritto, che consegue al mancato esercizio del diritto stesso per un determinato periodo di tempo, le prescrizioni presuntive, invece, hanno tutt'altra struttura, in quanto si fondano, appunto, sulla presunzione che un determinato credito sia stato pagato, o che si sia comunque estinto per difetto di qualsiasi altra causa. In sostanza, la prescrizione estintiva è essa stessa una causa di estinzione del diritto, mentre nella prescrizione presuntiva la legge presume che si sia verificata una diversa causa estintiva, e tale diverso istituto si fonda sulla considerazione che vi sono rapporti della vita quotidiana nei quali l'estinzione del debito avviene di regola contestualmente all'esecuzione della prestazione e senza che il debitore abbia cura di richiedere e, soprattutto, di conservare, una quietanza che gli garantisca la possibilità di provare, anche a distanza di tempo, di avere già provveduto ad estinguere il debito, come si da, ad esempio, in ordine alla somministrazione di cibi al ristorante (art. 2954 cod. civ.), al compenso delle lezioni impartite da un insegnante ad un allievo, al prezzo delle merci vendute al dettaglio o dei medicinali venduti dai farmacisti (art. 2595 c.c.). In tali casi, di normale pronta estinzione del debito relativo al

compenso, la legge, trascorso un breve periodo (sei mesi, un anno o tre anni secondo i casi: artt. 2954, 2955 e 2966 c.c.), presume - presunzione iuris tantum vincibile peraltro dal creditore, il quale abbia lasciato imprudentemente decorrere l'intero periodo prescrizione senza pretendere il pagamento, non già con l'uso di qualsiasi mezzo di prova, bensì soltanto ottenendo dal debitore la confessione che il debito, in realtà, non è stato pagato ovvero l'ammissione in giudizio che l'obbligazione non è stata estinta (art. 2959 cod. civ.), occorrendo altrimenti deferire all'altra parte il giuramento decisorio (art. 2736 c.c.) - che il suddetto debito si sia già estinto (il debito in realtà non si estingue, ma si presume che si sia estinto), con la conseguenza che il debitore, ove intenda avvalersi della prescrizione e la invochi per rifiutare l'adempimento del debito, è esonerato dall'onere di fornire in giudizio la prova dell'avvenuta estinzione (per esempio fornendo quietanza di pagamento), come altrimenti dovrebbe in base alla regola generale (art. 2697 c.c., comma 2). Se questi sono, dunque, i tratti caratteristici della prescrizione presuntiva, risulta evidente la difficoltà sotto il profilo logico-giuridico di applicare tale istituto in sede di decisione sulla richiesta di liquidazione dei compensi avanzata dal difensore di soggetto ammesso al patrocinio a spese dello Stato. Il credito in questione in tanto può, invero, essere riconosciuto e soddisfatto in quanto sia stata presentata, ed accolta, una richiesta di liquidazione che va rivolta ad un giudice (quello del procedimento nel quale la prestazione professionale, della quale viene richiesto il compenso, è stata svolta), sicché detto particolare credito professionale presenta pertanto una specifica connotazione che è tale da sottrarlo ragionevolmente dal novero di quelli che di regola vengono soddisfatti contestualmente alla effettuazione della prestazione e che proprio per tale ragione sono assoggettati alla prescrizione presuntiva. A parte tale rilievo, va ulteriormente osservato che la prescrizione presuntiva deve, per trovare applicazione, essere eccepita dal debitore (nel caso di specie da individuarsi nello Stato) mentre nella specie non risulta che la prescrizione presuntiva sia stata opposta dal "debitore" interessato. Ma anche a dover prescindere dai rilievi sin qui svolti - resi necessari dal trattarsi di assorbente questione di diritto, che il giudice di legittimità deve considerare, pertanto, a prescindere dalle deduzioni della parte ricorrente - si dovrebbe comunque ritenere che il giudice della opposizione è comunque incorso in errore laddove ha affermato l'intervenuto decorso del termine triennale per avanzare la richiesta di liquidazione di compensi e spese effettuata dal difensore del soggetto ammesso al patrocinio a spese dello Stato». La menzionata «questione di diritto» si rive-

la veramente dirimente ed assorbente perché: a fronte di una obbligazione pecuniaria nascente da provvedimento (quello che viene chiesto al giudice competente *ex art. 83 D.P.R. cit.*), qual è quella qui considerata, non è applicabile la prescrizione presuntiva, perché «La presunzione di pagamento prevista dagli articoli 2954, 2955 e 2956 cod. civ. va applicata solo a quei rapporti che si svolgono senza formalità, in relazione ai quali il pagamento suole avvenire senza dilazione ne rilascio di quietanza scritta e non opera quando il diritto, di cui si chiede il pagamento, scaturisce da un contratto stipulato per iscritto. Di conseguenza esula dalla previsione della norma di cui all'art. 2956 n. 2 cod. civ. il credito verso un Comune nascente da contratto scritto, atteso che detto ente, a norma degli artt. 324 e 325 del R.D. 3 marzo 1934 n. 383 può effettuare pagamenti soltanto mediante mandati, tramite il proprio tesoriere, che esige quietanza per ogni pagamento.». Inoltre si è osservato che essendo quella di prescrizione eccezione propria (e quindi nella disponibilità esclusiva del debitore), essa non può essere d'ufficio rilevata dal giudice (art. 2938 c.c.) senza deflettere dalla sua posizione di terzietà (art. 111 Cost.); che i rimedi apprestati dall'ordinamento per superare la presunzione di pagamento, e specialmente il deferimento del giuramento (art. 2960 c.c.) non sono praticabili, *melius* neppure immaginabili, nel procedimento di liquidazione del compenso. Ed è su questi presupposti il Pubblico Ministero ha richiesto l'accoglimento del ricorso.

b) Anche la questione della *revocabilità d'ufficio dell'ammissione al patrocinio* è stata trattata nel corso dell'anno dalla Procura generale<sup>138</sup>, che si è così espressa:

i termini del *thema decidendum* sono così riassumibili: se l'art. 99 D.P.R. cit. prevedeva e prevede l'impugnazione del provvedimento di rigetto originario dell'istanza, l'art. 112 D.P.R. cit. nel testo originario elencava le ipotesi in cui il provvedimento ammissivo era successivamente revocabile: talune (art. 112, 1° lett. *a-b-c* D.P.R. cit.) di tali ipotesi si rivelano meramente formali, collegate come sono all'adempimento di oneri informativi e documentali; altre ipotesi (art. 112, 1° lett. *d* D.P.R. cit.) hanno invece natura sostanziale: sia che si scopra il difetto originario dei requisiti di legge sia che essi siano successivamente venuti meno, il beneficio deve essere revocato su richiesta dell'ufficio finanziario (art. 112 D.P.R. cit.); a questa fattispecie ne veniva

---

<sup>138</sup> In proc. n. 17350/2009, P.G. R. Russo.

riciondotta un'altra analoga (art. 112, 2° D.P.R. cit.): nel rigoroso termine imposto dall'art. 96 D.P.R. cit., il giudice adito aveva riconosciuto il beneficio, ma nel frattempo non aveva mancato di disporre gli accertamenti di cui al secondo e terzo comma della medesima disposizione; se il loro esito risultava negativo per il postulante (già provvisoriamente ammesso al patrocinio), il magistrato 'può'(ma in realtà 'deve') revocare l'ammissione; gli effetti della revoca erano disciplinati dall'art. 114 D.P.R. cit., nel senso che essi decorrevano *ex tunc* al di fuori dei casi di revoca per ragioni formali (casi elencati dall'art. 112 1° lett. *a-b-c* D.P.R. cit.); il regime impugnatorio era definito dall'art. 113 D.P.R. cit., alla cui stregua era ammesso il ricorso per cassazione contro il provvedimento di revoca per motivi sostanziali, quelli cioè previsti dall'art. 112, 1° lett. *d* e dall'art. 112, 2° D.P.R. cit. Ciò premesso, l'accennata questione nacque su un più preciso versante, non esplicitamente considerato dalla riassunta disciplina, e precisamente sul riconoscimento del diritto-dovere del magistrato competente di accertare e valutare autonomamente, senza cioè il supporto e l'intervento dell'ufficio finanziario, le condizioni economiche dell'imputato e di revocare (quindi) d'ufficio il provvedimento ammissivo: in un caso giurisprudenziale, per esempio, il tribunale aveva (negato la liquidazione del compenso e) revocato l'ammissione tenendo conto delle risorse economiche dell'imputato quali accertate (dal medesimo tribunale) nel corso del dibattimento. Tanto la Corte Costituzionale<sup>139</sup> quanto le Sezioni Unite<sup>140</sup> decisamente negarono tale estensione applicativa e il Giudice di legittimità non mancò di statuire che per annullare la revoca officiosa illegittimamente pronunciata doveva ritenersi consentito il rimedio di cui all'art. 99 D.P.R.: come dire che, se l'art. 112, 1° lett.

---

<sup>139</sup> Ord. n. 144 del 22 aprile 1999.

<sup>140</sup> Sez. U, sentenza n. 36168 del 14/07/2004: «Il provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, previsto dall'art. 112 d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), è adottato di ufficio dal giudice solo nei casi di cd. "revoca formale" indicati dalle lettere a), b) e c) del comma 1, mentre nel caso di cui alla successiva lettera d), concernente la mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni di reddito stabilite dalla legge, non può essere disposto senza la tempestiva richiesta dell'ufficio finanziario competente, al quale soltanto è attribuito il potere-dovere di persistente verifica e controllo della sussistenza di tali condizioni, interdetto al giudice dopo l'assunzione del provvedimento di ammissione. (Nell'enunciare il principio, la Corte ha affermato che il provvedimento di ammissione ha natura giurisdizionale e che l'ordinamento preclude in via generale al giudice, ad eccezione delle ipotesi tassativamente previste, di riesaminare autonomamente i propri provvedimenti definitivi per i quali sia prevista espressamente una procedura di revoca)».



d) D.P.R. cit. non prevedeva la revoca d'ufficio nel senso anzidetto, neppure l'art. 113 D.P.R. poteva contenere tale previsione e perciò l'interprete doveva trovare altrove (e precisamente nell'art. 99 D.P.R. cit.) il necessario rimedio. Con la novella del 2005, smentendo così autorevoli *dicta*, con un tratto di penna (aggiungendo cioè l'inciso 'd'ufficio'all'*incipit* dell'art. 112, 1° lett. *d* D.P.R. cit.) il legislatore (art. 9 *bis* della L. 168 del 2005, conv. del D.L. n. 115 del 2005) ha introdotto la (legittimità della) revoca ufficiosa (nel preciso senso sopra descritto) del provvedimento di ammissione al patrocinio; ma ha anche (conseguentemente) novellato l'art. 113 D.P.R. cit.; ben vero il ricorso per cassazione, prima ammesso «contro il decreto che decide sulla richiesta di revoca proveniente dall'ufficio finanziario», ora è previsto «contro il decreto che decide sulla richiesta di revoca ai sensi della lettera d), comma 1, dell'art. 112».

Se è vero che la revoca d'ufficio è esattamente l'opposto (concettuale e lessicale) della revoca su richiesta, resta il fatto che: la modifica normativa sarebbe priva di (utilità e di) senso comune se l'immediato ricorso per cassazione, consentito soltanto nei casi indicati dalla previgente disposizione, fosse invece inibito nel caso di revoca d'ufficio da ultimo introdotto; d'altronde nessuna ragione giustifica (anche *ex art. 3 Cost.*) una differente disciplina per i casi in cui alla revoca si pervenga su richiesta dell'ufficio finanziario ovvero ai sensi dell'art. 112, 2° D.P.R. e per i casi in cui alla revoca il giudice pervenga autonomamente d'ufficio; si è visto per altro che le une e le altre ipotesi sono accomunate dal più grave effetto retroattivo *ex art. 114, 2° D.P.R.*, rimasto immutato; infine, diversamente opinando, resterebbe senza tutela giuridica il caso più delicato di revoca, quello per l'appunto di revoca d'ufficio in senso stretto introdotto *ex novo*, giacché neppure sarebbe applicabile l'orientamento espresso, prima della novella, dalle Sezioni Unite (favorevole all'applicazione residuale dell'art. 99 D.P.R. cit.) nella sentenza n. 36168 del 14/07/2004, dovendosi allora così argomentare: a differenza della previgente disciplina, la novella ha previsto la revoca d'ufficio, ma in sede propria (art. 113 D.P.R. cit.) ne ha escluso la ricorribilità per cassazione, sicché nessuna altra interpretazione ortopedica rimarrebbe consentita. In considerazione di ciò la Procura ha rilevato che potrebbe così concludersi, con riferimento alla disciplina vigente, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie: nei casi di rigetto originario dell'istanza, unico rimedio resta quello dell'art. 99 D.P.R. cit.; nei casi di revoca dell'ammissione previsti dall'art. 112, lett. *a-b-c* del D.P.R. cit. l'effetto della revoca non è retroattivo; nei casi di revoca dell'ammissione previsti dall'art. 112, 1°, lett. *d* (revoca d'uffi-

cio ovvero su richiesta dell'ufficio finanziario) e dall'art. 112, 2° del D.P.R. cit. la revoca ha effetto retroattivo e il rimedio consiste unicamente nell'immediato ricorso per cassazione *ex art.* 113 D.P.R. cit. Osservando peraltro come dovesse tuttavia registrarsi una frontale divergenza all'interno della Suprema Corte, che induce a sollecitare comunque in via principale l'intervento delle Sezioni Unite, al fine di stabilire se in casi come quello in esame sia consentito il ricorso immediato *ex art.* 113 D.P.R. cit. Pur tuttavia si è rilevato che, se le precedenti osservazioni sono esatte, correttamente e tempestivamente parte ricorrente ha proposto ricorso per cassazione *ex art.* 113 D.P.R. cit.; ben vero, nella fattispecie non veniva in rilievo né un rigetto originario dell'istanza di ammissione né una revoca officiosa, ma se mai una revoca del tipo di quella prevista dall'art. 112, 2° D.P.R. cit., che gli artt. 113 e 114 D.P.R. cit. accomunano alla revoca officiosa o su richiesta dell'ufficio finanziario, ai fini tanto dell'efficacia retroattiva quanto del regime impugnatorio. Il ricorso è altresì fondato perché: prima della riforma del 2008, la Suprema Corte aveva sì ritenuto che «Ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, per la determinazione dei limiti di reddito rilevano anche i redditi che non sono stati assoggettati ad imposte vuoi perché non rientranti nella base imponibile, vuoi perché esenti, vuoi perché di fatto non hanno subito alcuna imposizione: ne consegue che rilevano anche i redditi da attività illecite ovvero i redditi per i quali l'imposizione fiscale è stata esclusa»; ma, lungi dal far capo ad una qualsiasi presunzione, aveva conferito rilevanza ai profitti illeciti soltanto se analiticamente evidenziati e dimostrati dal Giudice di merito, non eludendo dunque lo sforzo valutativo al medesimo richiesto per rispettare il dettato della legge (allora vigente); invece, segnando una netta discontinuità rispetto al precedente assetto normativo (disconosciuta dal provvedimento in questa sede impugnato), il menzionato comma 4 *bis* introduce formalmente nell'ordinamento una presunzione di superamento dei limiti reddituali di ammissibilità per i casi in cui l'aspirante al patrocinio abbia riportato talune condanne irrevocabili, ma sostanzialmente eleva *tout court* condanne siffatte a presupposti ostativi all'ammissione, anche perché non solo non è prevista in legge la facoltà di vincere la statuita presunzione, ma soprattutto non si vede come essa possa essere concretamente superata. In realtà la correlazione biunivoca e costante tra commissione di taluni reati e capacità reddituale oggettivamente superiore ai limiti previsti dalla legge sembra frutto soltanto di novella volontà legislativa, non necessariamente perciò ancorata a puntuali riscontri fattuali e neppure statistici; sicché, mentre in sede applicativa

le indicate condanne impediscono oggettivamente l'accesso al patrocinio, la "costruzione" del divieto in termini di presunzione esprime a ben vedere soltanto l'esigenza di offrirne una qualche giustificazione teorica, plausibilmente in rapporto alle questioni di legittimità costituzionale che ne potrebbero scaturire (ovvio il riferimento agli artt. 3, 24, 3° e 111 Cost.).

Così 'demistificato' l'ardito congegno normativo, raffrontato al previgente quadro normativo, appare evidente che: fino all'entrata in vigore del comma anzidetto (e cioè fino al 26 luglio 2008, secondo l'art. 1 della l. n. 125 del 24 luglio 2008), l'esuberanza ostativa di capacità reddituale non era presuntivamente desumibile dalle condanne poscia elencate dal comma 4 *bis* anzidetto, ma doveva essere puntualmente dimostrata dall'ufficio finanziario e rilevata dal giudice, anche in rapporto ai profitti illeciti; il che per converso significa che, in presenza delle altre condizioni legittimanti, correttamente il giudice poteva - e doveva - riconoscere il diritto al patrocinio, anche se a carico del richiedente risultassero, al momento della domanda, le condanne definitive ora indicate dal comma 4 *bis*; soltanto a far tempo dal 26 luglio 2008 il giudice può - e deve - disattendere la domanda di ammissione, qualora alla sua data il postulante risulti irrevocabilmente condannato per i reati elencati nel menzionato comma 4 *bis*; e deve altresì convenirsi che, per le domande avanzate successivamente al 26 luglio 2008 se, dopo un'improvvida ammissione al patrocinio si scopra il presupposto ostativo *ex* comma 4 *bis*, si debba procedere alla revoca, perché la vicenda è regolata comunque *ratione temporis* dalla nuova disciplina; ma ritenere che il patrocinio possa - e debba - essere revocato, con gli effetti retroattivi previsti dall'art. 114 D.P.R. cit., anche a quanti, al momento (anteriore al 26 luglio 2008) della pur legittima domanda ed ammissione, risultino già condannati irrevocabilmente per uno dei reati contemplati dal ricordato comma 4 *bis*, ovvero a quanti tali condanne abbiano riportato dopo l'allora legittima ammissione al patrocinio, significherebbe applicare retroattivamente tale disposizione, in non consentita deroga innanzi tutto dell'art. 11 disp. prel. c.c., in una materia per di più coperta da specifica garanzia costituzionale (artt. 24, 3° e, per quanto attiene alla «parità delle armi», 111 Cost.), così esponendo il nuovo disposto normativo a ulteriori e più immanenti rischi di incostituzionalità. Il Procuratore ha pertanto richiesto che la S.C., in via principale rimettesse *ex* art. 618 c.p.p. il ricorso alle Sezioni Unite sulla disputata interpretazione del novellato art. 113 D.P.R. cit.; ed in subordine, l'accoglimento del ricorso.

## 11. I provvedimenti abnormi

a) Chiamato a valutare il ricorso proposto dal Pubblico Ministero avverso il provvedimento con il quale il Tribunale, chiamato a giudicare l'imputato per il reato di truffa, aveva disposto **la restituzione degli atti al PM, ai sensi dell'art. 521 comma 2 c.p.p.**, ritenendo sussistere *nel fatto così come contestato*, il reato di cui all'art. 12 pp. L. 5.7.91, n. 1971, il Procuratore generale<sup>141</sup> ha ritenuto l'abnormità del provvedimento di restituzione, sostenendo: "Invero il secondo comma dell'art. 521 c.p.p., va letto in relazione al primo comma, che attribuisce al giudice, nei limiti della sua competenza, il potere di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione (ciò che costituisce espressione di un principio di ordine generale: Cass. S.U. 19.6.96, Di Francesco). Orbene, premesso che, a tenore dello stesso provvedimento impugnato, *"nel fatto così come contestato"* la storicità fenomenica dell'accaduto non risulta messa in discussione, deriva che, nella specie, lo schema dell'art. 521 comma 2 è stato completamente sovvertito, non sussistendo il presupposto del "fatto diverso" che ne poteva giustificare l'impiego. Va a tal punto considerato che la giurisprudenza di questa Corte è nel senso di ritenere abnorme (anche) quel provvedimento che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite".

Tale conclusione è avvalorata da quell'indirizzo giurisprudenziale (Cass. Sez. V, 24.5.05, PM/Savo; Sez. VI, 30.9.93, Russo) che, proprio in materia di "diversità del fatto", ha chiarito che si configura un'ipotesi di abnormità allorquando lo schema dell'art. 521 c.p.p. venga impiegato in base ad un criterio diverso rispetto a quello prescritto dalla norma, sì da far risultare lo stesso schema del tutto sovvertito. Analogamente, dunque, deve concludersi nel caso di specie, in cui la restituzione degli atti al PM è stata disposta arbitrariamente, contro la realtà delle emergenze processuali (che non declinavano nel senso della menzionata "diversità" del fatto), e pertanto in assenza degli obiettivi presupposti di fatto che la legittimavano. Diversamente opinando, si verrebbe a legittimare ogni arbitrarietà del decidente, purché formalmente "coperta" da un provvedimento rientrante in astratto nella sua competenza. In questo senso si è ulteriormente pronunciata questa Corte Suprema (Sez. VI, 20.1.00, n. 319; Sez. II, 5.10.99, n. 4621 - seppure, nel caso specifico, quest'ultima non ha ritenuto l'abnormità data

---

<sup>141</sup> Proc. n. 11662/2009, P.G. V. Geraci.

l'effettiva insufficienza dell'imputazione- Sez. II, 10.12.98, n. 7259; Sez. V, 9.10.96, n. 41/33; Sez. V, 17.5.96, n. 2387). A conferma della conclusione che si propone, giova considerare che le norme concernenti la correlazione tra la contestazione e la sentenza hanno o scopo di assicurare il contraddittorio sul contenuto dell'accusa e, quindi, il pieno esercizio del diritto di difesa dell'imputato. Esse, quindi, debbono essere interpretate con riferimento alle finalità cui sono dirette. Ne consegue che "mancata correlazione" si ha soltanto quando vi sia uno stravolgimento dell'imputazione originaria; quando, cioè, il fatto ritenuto in sentenza si trovi, rispetto a quello contestato, in rapporto di ontologica eterogeneità/incompatibilità, nel senso che si sia realizzata una vera e propria variazione dei contenuti essenziali dell'addebito, rispetto al quale l'imputato non abbia avuto alcuna possibilità di effettiva difesa (Cass. S.U. Di Francesco, cit.). Non così, per contro, può dirsi nel caso che ci occupa, una volta acclarato alla stregua dello stesso provvedimento impugnato, che *il fatto così come contestato* non è messo in discussione. Infine non può essere trascurato che secondo il giudice delle leggi (Corte Costituzionale, ord. 236/05), *il sistema è complessivamente improntato, per esigenze di speditezza ed economia, al principio di non regressione del procedimento*, e che secondo queste Sezioni Unite (sent. 20.12.2007, Battistella, in tema di indeterminatezza dell'imputazione rilevata in sede di udienza preliminare e di abnormità del conseguente provvedimento restitutorio adottato *ex abrupto* dal giudice), *la soluzione restitutoria comportante la regressione del procedimento si prefigura come estrema ratio, in perfetta coerenza, d'altra parte, con le esigenze di economia e di "ragionevole durata" del processo, le quali, pure nel corretto temperamento fra il valore dell'efficienza e le garanzie del "giusto processo", entrambi presi in considerazione dal novellato art. 111 della Costituzione, pretendono comunque la razionalizzazione dei tempi e dell'organizzazione del processo*. La rilevata eccezionalità della regressione, quindi, concorre a far ritenere abnorme il provvedimento nella specie impugnato.

**b)** In altra occasione il Pubblico ministero ricorrente lamentava che il Tribunale, investito di giudizio *direttissimo atipico*, avesse disposto la *restituzione degli atti al PM* perché procedesse nelle forme ordinarie stante il *mancato rispetto dei termini di cui all'art. 449 c.p.p.* La Procura generale<sup>142</sup> ha ricordato come secondo la più recen-

---

<sup>142</sup> Proc. n. 12208/2009, P.G. V. Geraci.

te e consolidata giurisprudenza di questa Corte (Sez. III, 7.5.08, PM/del Tufo; Sez. I: 30.5.07, PM/Zancanella), nelle ipotesi speciali di rito direttissimo come quella in argomento (c.d. giudizio direttissimo “atipico”), la deroga riguarda tutti i presupposti processuali e temporali del rito, onde deve prescindersi anche dal termine di quindici giorni dall’iscrizione nel registro degli indagati. Ne consegue che deve ritenersi abnorme il provvedimento col quale il Tribunale dispone la restituzione degli atti al PM perché proceda con le forme ordinarie, dato che esso determina un’illegittima regressione nella fase delle indagini preliminari al di fuori dei casi consentiti (già Cass. Sez. I, 25.7.96, concernente il rito direttissimo in materia di armi)”. Va tuttavia rilevato che, secondo altro (pur minoritario) orientamento giurisprudenziale (Cass. Sez. VI, 25.9.06, PM/Campi), il giudizio direttissimo “atipico” non può prescindere dal rispetto dei termini di cui all’art. 449 c.p.p., e ciò considerato il duplice esito paradossale che altrimenti ne deriverebbe: *da un lato*, infatti, si verrebbe a contraddire quell’esigenza di “esemplarità” perseguita dal legislatore (v. anche ord. Corte Costit. 199/07), consentendosi un modulo di *vocatio in jus* che, perduta ogni caratteristica di celerità, verrebbe a caratterizzarsi esclusivamente per le minorate possibilità di difesa offerte all’imputato nella fase precedente il giudizio; *dall’altro*, l’osservanza della norma che impone la doverosità del giudizio direttissimo rimarrebbe incontrollabile, una volta affrancato il pubblico ministero dal rispetto di quei termini stringenti che sono l’unico ed oggettivo parametro di controllo dell’effettiva insussistenza delle *speciali indagini*, cui è subordinata la scelta del rito e la cui ricorrenza è, per consolidata giurisprudenza, riservata, al di fuori di ogni sindacabilità, alla valutazione del solo P.M. Per tali ragioni si è ritenuto che, affrancato il giudizio direttissimo “atipico” dal rispetto dei termini volti a giustificarne l’impiego, la “norma reale” verrebbe ricostruita alla stregua di proposizioni obiettivamente antinomiche: a) la possibilità per il PM di instaurare il giudizio a sua esclusiva discrezione, in ogni tempo; b) la possibilità dello stesso PM di optare, a sua discrezione, per il rito ordinario.

Seppure tale ritenuta antinomia sembra scolorirsi alla luce delle prerogative riconosciute al pubblico ministero come unico titolare dell’azione penale (Cass. S.U. 22.11.00, Buonarroti) ed esclusivo *dominus* delle determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale (Cass. S.U. 28.1.04, Ferazzi; Corte Costit. sent. 378/97), lo spessore dei rilievi che precedono è tale da far dubitare della possibilità di invocare il segnalato indirizzo giurisprudenziale maggioritario per concludere sicuramente nel senso dell’abnormità del provvedimento

restitutorio impugnato: tanto più che l'ufficio del massimario, proprio in base alla citata sentenza CAMPI, ha ritenuto di segnalare il contrasto così venutosi a determinare nella giurisprudenza di questa Corte, con relazione n. 25 del 29 Marzo 2007. Le considerazioni che precedono, suggeriscono pertanto che la decisione venga rimessa alle Sezioni Unite, ed in difetto, che il provvedimento impugnato sia annullato senza rinvio.

c) In un ricorso avverso l'ordinanza con cui il GIP, investito della richiesta di **giudizio immediato**, aveva disposto la **restituzione degli atti al PM** affinché questi procedesse nelle forme del giudizio direttissimo, argomentando altresì sul dichiarato presupposto che *il decorso del termine di trenta giorni dall'arresto* previsto dall'art. 449 co. 4 c.p.p., *non comporta decadenza alcuna*, il Procuratore generale<sup>143</sup> ha preliminarmente ricordato quanto già riportato nel precedente caso (proc. n. 12208/2009), per poi aggiungere che ciò, come rileva il ricorrente, potrebbe semmai valere per il giudizio direttissimo "atipico" e non certo per quello "tipico" (che nella specie viene in considerazione) per il quale non v'è incertezza alcuna circa il segmento temporale entro cui esso deve essere introdotto. Già tali rilievi, quindi, rendono tutt'altro che scontata la premessa su cui si fonda l'ordinanza *de qua*, la quale per altro non sembra tener conto del fatto che il pubblico ministero, quale unico titolare dell'azione penale ed esclusivo *dominus* delle determinazioni inerenti all'esercizio della medesima, è libero di determinarsi circa la scelta del rito, specie quando i prescritti presupposti normativi ostino alla instaurazione del rito direttissimo che gli si vorrebbe imporre. Oltretutto il richiamo del giudice alla norma di cui all'art. 124 c.p.p., non tiene (contraddittoriamente) conto del fatto che anche il limite temporale stabilito dall'art. 449 co. 4 c.p.p., quand'anche non previsto a pena di decadenza, va osservato. Sembra doversi ritenere, quindi, che il provvedimento impugnato ha determinato un'indebita regressione che, come tale, lo tinge di abnormità (p. rif. alla *indebita regressione* come sintomo dell'abnormità dell'atto, v. Cass. SS.UU. 26.6.08, Corna; 29.5.02, PM/Manca; 31.1.01, PM/Fasano). Ciò risulta avvalorato dalla statuizione della Corte Costituzionale - ord. 236/05-secondo cui *il sistema è complessivamente improntato, per esigenze di speditezza ed economia, al principio di non regressione del procedimento*, nonché dalla pronuncia di queste Sezioni Unite (sent. Battistella, in

---

<sup>143</sup> P.G. V. Geraci, proc. n. 2159/2009.

tema di indeterminatezza dell'imputazione rilevata in sede di udienza preliminare e di abnormità del conseguente provvedimento restitutorio adottato *ex abrupto* dal giudice) la quale ha sottolineato che *la soluzione restitutoria comportante la regressione del procedimento si prefigura come estrema ratio, in perfetta coerenza, d'altra parte, con le esigenze di economia e di "ragionevole durata" del processo, le quali, pure nel corretto temperamento fra il valore dell'efficienza e le garanzie del "giusto processo", entrambi presi in considerazione dal novellato art. 111 della Costituzione, pretendono comunque la razionalizzazione dei tempi e dell'organizzazione del processo.....*

A tal punto, neppure l'argomento letterale sfruttato dal decidente (la modifica normativa della legge 125/08 che ha trasformato in "*procede*" l'originario "*può procedere*" stabilito in capo al PM per l'introduzione del giudizio direttissimo), sembra avere efficacia risolutiva: non solo perché, anche se non può esserne trascurata la significatività, l'interpretazione letterale va coniugata con l'interpretazione sistematica (Corte Costit. 399/05), ma anche perché la letteralità così invocata viene arbitrariamente amputata del riferimento al termine di trenta giorni, cui pure la norma vincola l'introducibilità del rito. Senza che ne vengano spiegate le ragioni, la letteralità di quest'ultimo riferimento temporale quindi, nell'interpretazione del decidente, verrebbe ad avere una valenza affievolita rispetto a quella, invece cogente, riservata al "*procede*". Né, per ultimo, sembra avere efficacia decisiva l'argomento concernente la pretesa violazione del principio del giudice naturale e la nullità *ex art. 178 co. 1 lett. b) c.p.p.* ad essa collegata. In ordine a quest'ultima, infatti, non è dato comprendere in cosa verrebbe menomata l'iniziativa del PM e la sua partecipazione al procedimento, dall'esperimento del giudizio immediato piuttosto che di quello direttissimo; in ordine alla pretesa violazione del giudice naturale -nella prospettiva dell'eventuale "abbreviato" che venisse richiesto- oltre a rilevare che si tratta di prospettiva "futuribile" e non necessariamente destinata ad attualizzarsi, giova considerare che il principio risulta in ogni caso rispettato quando il giudice è determinato *ex ante* e *in astratto* (ancora, sent. Corte Costit. 432/08), senza che possano valere a contraddirlo le diverse modalità di esercizio dell'azione penale. Le considerazioni che precedono, inducono quindi a ritenere abnorme il provvedimento impugnato, col conseguente suo annullamento."

## **12. La cautelarietà nella responsabilità delle persone giuridiche**

La cautelarietà interdittiva in tema di responsabilità da reato degli



enti è stata trattata in uno studio interno della Procura generale<sup>144</sup> nel quale si è osservato: Il segmento della novella del 2001 sulla responsabilità da reato degli enti relativo alla cautelarietà reale è quello che ha maggiormente richiesto pronunce della Cassazione, per vero ancora assai scarse numericamente, dal momento che, anche in sede di merito, la novità ha avuto un impatto non omogeneo e certamente esiguo. Nella relazione al D. Lgs. 231/01 si afferma che “per quanto non espressamente prevista dalla legge delega, si è ravvisata la necessità di disciplinare le ipotesi di sequestro preventivo a fini di confisca”, ritenendo che il legislatore delegato fosse comunque abilitato a tale scelta in ragione del generale rinvio previsto dalla delega alle regole processuali penali vigenti. Di qui l’introduzione dell’art. 53 (di seguito citando il solo articolo ci si riferisce al D. Lgs. 231/01) in relazione al quale la giurisprudenza non ha condiviso il dubbio di legittimità costituzionale per eccesso di delega avanzato in dottrina perché si sarebbe in presenza di “una scelta nomopoietica del tutto autonoma rispetto ai criteri fissati dalla delega” (Bonzano – Il procedimento penale a carico degli enti – Diritto processuale penale n. 7/07). Al contrario la Cassazione, pur avendo rilevato come detto art. 53 fosse “stato inserito nel decreto legislativo con iniziativa autonoma dal legislatore delegato, non essendovene traccia nella legge delega” (Cass. Sez. II 16/2/06 Foro Italiano 4/07), non ha sollevato d’ufficio dubbi di costituzionalità. Oggetto della misura cautelare *ex art. 53* sono esclusivamente le “cose di cui è consentita la confisca a norma dell’art. 19”. Ne consegue che il sequestro preventivo nel procedimento a carico degli enti non è sovrapponibile a quello *ex art. 321 c.p.p.*, sia perché privo della possibile incidenza sulle cose pertinenti al reato (art. 321 c. 1 c.p.p.), sia perché la confisca *ex art. 19* ha natura sanzionatoria decisamente diversa dalla misura di sicurezza *ex art. 240 c.p.*.

### ***Natura sanzionatoria della confisca ex art. 19***

Natura resa evidente dal combinato disposto degli artt. 9 e 19, nonché dalla loro collocazione nella sezione intitolata “sanzioni in generale” ed infine dalla sua praticabilità per equivalente. Praticabilità della confisca di valore cui la Cassazione assegna un connotato preminentemente sanzionatorio in quanto “forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti” (Sez. Un. 41936/05). In sintesi può dirsi che per la Cassazione la confisca *ex art. 19* costituisce: “sanzione

---

<sup>144</sup> A cura di G. Izzo.

principale” nel senso che è applicabile autonomamente e non già quale accessorio di altra sanzione; “sanzione generale” nel senso che è applicabile a qualsiasi illecito previsto dal decreto o dalle leggi che ad esso rinviano; “sanzione obbligatoria” nel senso che deve essere disposta con la sentenza di condanna “sempre”, a prescindere da qualsiasi pericolosità del soggetto o della cosa, potendo altresì colpire anche l’equivalente del prezzo o del profitto. Scelta quest’ultima coerente con le più recenti opzioni legislative mirate ad un incremento delle ipotesi di confisca di valore (Sez. Un. 26654/08). Così costruita la confisca in discorso assolve, secondo tale ultima sentenza, “una funzione di deterrenza rispondente sicuramente ad esigenze di giustizia, e, al contempo, di prevenzione generale speciale generalmente condivise”, iscrivendosi nel contesto della “strategia internazionale che in maniera sempre più esponenziale affida alla confisca dei proventi di reato, intesi in senso sempre più ampio ed omnicomprensivo, il ruolo di contrasto alla criminalità economica e a quella organizzata”. Per tale sua natura sanzionatoria la confisca *ex art. 19* va tenuta distinta dalle altre ipotesi di confisca del profitto previste nel D. Lgs. 231/01 quali quella da prosecuzione di attività illecita dopo l’instaurazione della gestione commissariale (art. 15). E, soprattutto, quella *ex art. 6 c. 5* conseguenza obbligatoria dell’illecito che attinge il profitto nonostante l’ente vada esente da responsabilità per efficace implementazione ante – factum di un modello organizzativo idoneo ed effettivamente attuato. Confisca quest’ultima che per essere priva di “contrassegni punitivi e finalizzata esclusivamente al ristoro dell’equilibrio economico alterato” (così Cass. Sez. II 31989/06) è posta fuori dallo spettro operativo del sequestro *ex art. 53*. Conferma la natura sanzionatoria della confisca *ex art. 19* la seconda sezione della Cassazione (sent. 45130/08) che, dopo aver investito le Sezioni Unite del problema della compatibilità della confisca con il patteggiamento *ex art. 63*, si è vista restituire la trattazione dell’affare. Nella sentenza si è ritenuto che la soluzione del problema fosse assorbita dall’annullamento senza rinvio dell’ordinanza del GUP, che aveva applicato d’ufficio la confisca, per irrogazione di pena illegale essendo mancata la pattuizione sulla sanzione interdittiva. Va tuttavia sottolineato che nell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (ord. 22903/08) ne aveva anticipata la soluzione, risolvendo in positivo il suddetto problema. Nell’ordinanza si era infatti ritenuto “non dirimente” il riferimento che nell’art. 19 viene fatto alle sole sentenze di condanna senza un espresso rinvio al patteggiamento *ex art. 63*. Nell’ordinanza si è considerato piuttosto rilevante la natura giuridica della confisca – sanzione nel sistema del D. Lgs. 231/01 e,

conseguentemente, necessaria la sua inclusione nell'accordo (è auspicabile che il Governo, chiamato dalla legge comunitaria n. 34/08 ad un aggiornamento della disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche per l'adeguamento alla Decisione quadro 2005/212/GAI, confermi esplicitamente il *dictum* della Cassazione). Dalla suddetta natura sanzionatoria consegue altresì, in virtù del principio di legalità previsto dall'art. 2, che ne è esclusa l'applicabilità retroattiva a differenza di quanto previsto per le misure di sicurezza patrimoniali (Cass. Sez. II 21/12/06 Soc. Gesa Foro Italiano 4/07). Ma consegue inoltre che è pur sempre necessario annoverare tra i presupposti del sequestro un *fumus* di sussistenza dell'illecito dipendente da reato. Illecito che costituisce una realtà complessa di cui il reato presupposto è solo uno degli elementi costitutivi, occorrendo anche l'interesse o il vantaggio dell'ente e la posizione qualificata, quale apice o dipendente, della persona fisica autrice del reato. In proposito la Cassazione nella citata sentenza 21/12/2006 Soc. Gesa ha stabilito che "non occorre la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità, né il pericolo richiesto per il sequestro preventivo di cui all'art. 321 c. 1 c.p.p., essendo sufficiente che sia astrattamente possibile sussumere il fatto in una determinata ipotesi di illecito". Siffatta opzione interpretativa è confortata dal mancato richiamo nell'art. 53, al contrario di quanto disposto dall'art. 45 per le misure interdittive, del parametro della gravità indiziaria. Sicché la finalizzazione della cautela ad una futura confisca-sanzione che presuppone l'accertamento di responsabilità dell'ente implica soltanto la necessità di una positiva prognosi di tale futuro accertamento. Prognosi consistente in una verifica di congruità degli elementi rappresentati, non censurabili in punto di fatto per apprezzarne la coincidenza con le reali risultanze processuali, ma valutabili così come esposti onde acclarare se consentono di sussumere l'ipotesi formulata in quella tipica dell'illecito da reato. In proposito la Cassazione (Sent. 9829/06), con riferimento ad un sequestro in danno di un ente dei saldi di conto corrente bancario, nel ribadire che non è necessaria la gravità indiziaria, né la prova di diretta relazione tra le somme depositate ed il profitto illecito della truffa aggravata, nella specie reato presupposto, ha affermato la sufficienza dell'accertamento della concreta percezione da parte della società del finanziamento illecito.

### ***Tratti distintivi della cautelarità interdittiva***

Anche nel sistema di cautelarità *ex* D. Lgs. 231/01 viene pertanto riprodotta la differenza propria del codice di rito penale tra cautela

reale e cautela che, su istanza del P.M., attinge con le misure interdittive alla “persona” dell’ente per i tempi massimi indicati dall’art. 51. La Cassazione (Sez. VI, sent. 32627/06) ha stagiato tale differenza ricordando che l’applicazione in via cautelare delle misure interdittive è subordinata alla circostanza che l’ente abbia reiterato gli illeciti o ne abbia tratto un profitto di rilevante entità. Nella scelta della misura, eventualmente meno severa rispetto a quella richiesta dal P.M., il giudice sarà tenuto al rispetto del principio di proporzionalità (art. 46 c. 2) che impone di rapportarne l’entità al disvalore del reato presupposto e dell’illecito amministrativo. La scelta cadrà su una delle misure che l’art. 9 indica in una scala di diversa severità, curando tuttavia che vi sia un collegamento tra la sanzione definitiva che si ipotizza possa essere irrogata e la misura prescelta. E’ perciò inibito il ricorso alle sanzioni interdittive: quando il profitto sia di particolare tenuità (artt. 13 c. 3 e 12 c. 1); ovvero quando si sia provveduto alla riparazione delle conseguenze del reato secondo il regime dell’art. 17, adottando ed attuando idonei modelli organizzativi. Adozione quest’ultima che la Cassazione afferma debba essere connotata da spontaneità, restando esclusa dal sistema del D. Lgs. 231/01 “alcuna forma di imposizione coattiva” di tali modelli. Ed infatti nel sistema è la spontanea “scelta di dotarsi di uno strumento organizzativo in grado di eliminare o ridurre il rischio di commissione di reati” a venir considerata causa di esclusione dalla responsabilità (art.6), oltre che di affievolimento dell’impatto sanzionatorio (artt. 17 e 78) e di sospensione delle misure interdittive (art. 49). Centrale nell’adozione in via cautelare di un’adeguata e proporzionata misura interdittiva è la determinazione dell’entità del profitto per i plurimi effetti previsti dall’art. 13. Per la Cassazione il giudice dovrà a tal fine riferirsi non già all’utile netto, ma ad un più ampio concetto di profitto dinamico comprensivo dei vantaggi economici che non sono immediata conseguenza dell’azione criminosa e tuttavia ne siano derivati per suo tramite, costituendo un importante indizio di tale entità il valore del contratto o del fatturato ottenuto a seguito del reato. Siffatta valutazione sull’entità del profitto si iscrive in quella, altrettanto complessa, relativa alla gravità indiziaria a carico dell’ente. Giudizio quest’ultimo che comprende: a) il rapporto di dipendenza con il fatto reato; b) la verifica di sussistenza di un interesse o vantaggio dell’ente; c) l’accertamento della qualifica (apice o dipendente) dell’autore del reato presupposto che comporta un differente onere probatorio in capo all’accusa; d) l’esclusione di una condotta criminosa finalizzata all’interesse esclusivo proprio dell’autore del reato o di terzi; e) la prognosi positiva circa la possibilità di appli-

care con la sentenza di condanna la sanzione cautelativamente imposta (sul punto si veda in particolare Cassazione Sez. II sent. 10500/07 con la quale veniva annullata l'applicazione cautelare di un'interdizione dall'attività, *extrema ratio* secondo la gradualità dell'art. 9, per un reato quale la truffa *ex* 640 bis c.p. per la quale non è prevista l'irrogabilità finale di detta sanzione – art. 24 -); f) la selezione, secondo il generale principio di tipicità delle misure interdittive, di quell'unica misura ritenuta più adeguata al caso concreto, essendo inibita nella fase cautelare l'applicazione congiunta di più misure interdittive (art. 46 c. 4), consentita invece nella condanna finale (art. 14 c. 3). Proprio in ragione della peculiare complessità del giudizio di gravità indiziaria la Cassazione sottolinea l'insufficienza di una motivazione *per relationem* all'ordinanza cautelare personale che ha presupposti diversi e comunque concerne il solo profilo della sussistenza dei gravi indizi di commissione del reato presupposto. Ferma la valenza integrativa di tale ordinanza è pertanto necessario uno specifico iter argomentativo, coerente con la decisione cautelare riguardante il soggetto collettivo, così da permetterne il sindacato sia in sede d'appello dinanzi al Tribunale del capoluogo di provincia nel quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento, sia eventualmente in Cassazione per violazione di legge (art. 52). Si tratta all'evidenza, e la Cassazione lo sottolinea, di un giudizio certamente "più complesso rispetto alla valutazione che il giudice compie quando applica una misura cautelare nei confronti di una persona fisica". E' invece del tutto omologo al giudizio da compiere *ex* art. 274, lettera c, c.p.p. quello sul rischio di recidiva relativo alla sussistenza di "fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede" (art. 45). Nel sistema di cautelarità "personale" dell'ente si è infatti ritenuto sufficiente circoscrivere il *periculum in mora* alla sola esigenza specialpreventiva. Sempre la sesta sezione della Cassazione (sent. 32626/06) ha in proposito sottolineato che il pericolo di recidiva va valutato: sul versante oggettivo con riferimento alla gravità dell'illecito (oltre all'entità del profitto, rileveranno tutti gli elementi di cui all'art. 13 quali ad esempio lo stato di organizzazione dell'ente e il numero degli illeciti commessi); e sul versante soggettivo, in relazione al quale va valorizzata la pregressa politica d'impresa attuata dall'ente, dando rilievo anche alla circostanza della sostituzione o estromissione dei soggetti coinvolti nel reato presupposto quale sintomo del fatto che l'ente inizia a muoversi verso un tipo di organizzazione orientata alla prevenzione dei reati così da escludere il rischio di recidive. Si tratta di criteri di valutazione del pericolo recidivante an-

ticipati nella relazione al D. Lgs. 231/01 nella quale si sottolinea l'esigenza che tale pericolo abbia una concretezza evidenziata "da fatti e condotte già accaduti o posti in essere". Sicché rileveranno: la pregressa reiterazione dei reati presupposto; il plurimo coinvolgimento di soggetti apicali; il collegamento tra società ai sensi dell'art. 2359 c.c. reso funzionale alla consumazione dell'illecito; l'insidiosità e la sofisticazione delle tecniche attuative del reato; l'accertata costituzione di fondi neri e così via. Su basi di concretezza fattuale sarà infine possibile al giudice sospendere le misure in esito alla richiesta dell'ente di poter realizzare gli adempimenti *ex art. 17* comportanti l'esclusione di sanzioni interdittive, quali soprattutto la rimozione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato (art. 49). Ma ugualmente una base fattuale, anche sopravvenuta, deve supportare i provvedimenti di revoca delle misure per mancanza delle condizioni di applicabilità ovvero di sostituzione con misure meno severe in esito all'attenuazione delle esigenze cautelari (art. 50). E' infine ancorato ad una base fattuale il provvedimento che il giudice adotta in luogo della richiesta misura interdittiva di nomina di un commissario giudiziale ai sensi dell'art. 15. Il provvedimento cautelare di commissariamento risulta infatti adottabile quando l'ente svolga servizio pubblico o di pubblica necessità, ovvero, alternativamente, quando la sua interdizione può provocare "rilevanti" ripercussioni occupazionali. In proposito si pongono due questioni relative la prima alla praticabilità o meno del commissariamento con riferimento a misure diverse dall'interdizione all'esercizio di attività. Una precisa indicazione contraria all'espansione del commissariamento è rinvenibile nell'art. 11 lettera L n. 3 della legge delega 300/00 che testualmente si riferisce ad una "interdizione anche temporanea dall'esercizio dell'attività", formula ripresa dall'art. 15. La tesi contraria è avvalorata dal testo della Relazione al D. Lgs. 231/01, che tende a superare la lettera della norma con una forzatura non condivisibile, dal momento che appare del tutto ragionevole che il legislatore abbia inteso correlare il commissariamento soltanto alla misura interdittiva di maggiore gravità notoriamente costituente la *extrema ratio* cautelare. La seconda questione attiene alla possibilità o meno in sede di esercizio vicario da parte del commissario di adottare idonei modelli organizzativi. La risposta positiva si impone dal momento che è già insito nell'adozione del commissariamento l'accertamento di una crisi organizzativa dell'ente, sicché sarebbe contrario alla logica di sistema, tesa a favorire la più sollecita eliminazione del rischio recidivante, negare al commissario la possibilità di adottare in fase cautelare idonei modelli organizzativi, così prevenendo il rischio

del perpetuarsi nel corso della sua gestione delle condizioni di cattiva organizzazione dell'ente.

### ***I soggetti gravati dal sequestro***

Tornando ora al sistema della cautelarietà reale va detto che soggetti passivi del sequestro *ex art. 53* sono gli enti privati, stante il limite di operatività *ex art. 1* che, originariamente giustificato dal ridotto ambito dei reati presupposto, si è trasformato in un irrazionale privilegio per gli enti con soggettività pubblica soprattutto dopo l'estensione della responsabilità da reato a quelli colposi con violazione della normativa antinfortunistica. Oltre agli enti pubblici sono escluse anche le ditte individuali giusta quanto affermato dalla Cass. Sez. VI, 3/03/04 Cassazione Penale 2004 pag. 4046. Tale ultima decisione veniva assunta su ricorso del Procuratore di Roma che ipotizzava la dubbia costituzionalità di un'esclusione delle ditte individuali per disparità di trattamento "tra coloro che decidono di utilizzare forme semplici ed agili di impresa e coloro che, al contrario, stipulano un contratto di società". Destava per di più perplessità la circostanza che nell'ambito di operatività del decreto rientrassero le società a base personale ristretta e le società a responsabilità limitata unipersonali e dunque entità sostanzialmente prossime alle ditte individuali. Rilievo quest'ultimo che aveva indotto la dottrina a prospettare un'interpretazione restrittiva e costituzionalmente orientata dell'art. 1 onde escludere nel caso di enti collettivi a base ristretta l'operatività della responsabilità da reato. A meno che non vi fossero all'interno di detti enti dei distinguibili centri di interesse, "distinguibilità non rintracciabile quando le ridotte dimensioni dell'ente e la ristretta base personale fanno sì che risalti la preminenza della figura dei soci con il loro patrimonio" (Piergallini – L'apparato sanzionatorio - in AA.VV. Reati e responsabilità degli enti – Milano 2005). La Cassazione ha respinto il ricorso del Procuratore romano fondandosi sul rispetto della *voluntas legis*, per come espressa nella Relazione, in cui si puntualizzava esplicitamente che la nuova normativa era riferibile ai soli "soggetti a struttura organizzata e complessa", sicché destinatario ne era l'ente collettivo "quale autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, punto di riferimento di precetti di varia natura e matrice di decisioni ed attività dei soggetti che operano in nome, per conto o comunque nell'interesse dell'ente". Veniva altresì dalla Cassazione contrastato l'ipotizzato dubbio di costituzionalità in ragione della disomogeneità delle situazioni poste a confronto dal momento che "imprese individuali ed enti collettivi presentano spiccati caratteri di diversità". Veniva infine esclusa la prati-

cabilità di un'analogia *in malam partem*, evocando l'art. 25 c. 2 Costituzione. Nonostante il parametro invocato fosse sicuramente riferibile alle sanzioni penali la Cassazione ha in premessa espresso disinteresse alla definizione del problema della natura giuridica della responsabilità da reato degli enti.

### ***Natura giuridica della responsabilità da reato***

Questo sostanziale disinteresse per la soluzione da dare al problema della natura giuridica della responsabilità da reato è una costante nella giurisprudenza di legittimità, pur essendo gravida di potenziale incidenza sulle scelte interpretative. Tanto accade probabilmente perché, come osservato in dottrina (Alessandri – Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche – Rivista italiana diritto penale economia n. 1/02), “se vi sono ostacoli a considerarla amministrativa, ve ne sono allora anche a conferirle un pieno statuto penalistico” e non sono proponibili “ambigue soluzioni in chiave di *tertium genus*”. Bisognerebbe quindi “abbandonare l'ossessione nominalistica e valutare le discipline nel loro impianto strutturale e nell'orientamento funzionale” che segnalano lo strutturarsi “di una responsabilità punitiva, che sorge in ambiente penalistico, per esigenze di miglior tutela dei beni giuridici, ma non assume lo schema penalistico”. Tanto premesso è comunque utile una ricognizione delle caratteristiche che depongono per l'una o l'altra natura a partire da quelle che orientano verso la natura amministrativa della responsabilità e che sono rintracciabili: 1) nella adozione del *nomen* delle sanzioni, dal forte valore “sostanziale” e fondativo, in un ambito di creazione legislativa quale è per antonomasia quello in discorso, nome peraltro prontamente contraddetto dalle regole di accertamento processuale; 2) nel regime di prescrizione dell'illecito, delineato secondo schemi non penalistici per essere unico il termine quinquennale svincolato dall'entità della sanzione e tale che, in esito ai più brevi termini della legge Cirielli, può comportare che si prescriva il reato presupposto, ma il processo penale simultaneo prosegua per accertare la responsabilità dell'ente; 3) nella disciplina delle vicende modificative dell'ente (scissione, fusione, trasformazione, cessione) di chiara impronta civilistica, valendo in tali circostanze il criterio della traslazione delle obbligazioni sia pure, per il caso di cessione dell'azienda, con il limite per la confisca di valore, relativa a reati ante cessione, dell'impossibilità di gravarne il cessionario, giacché l'art. 33 lo rende responsabile in solido con il cedente della sola sanzione pecuniaria a quest'ultimo addebitabile (Cass. Sez. VI, 30001/08); 4) nell'inversione dell'onere della prova sancito dall'art. 6



(“l’ente non risponde se prova”) che non è in linea con la presunzione di non colpevolezza *ex art. 27 c. 2 Cost.*; 5) nella possibile archiviazione ai sensi dell’art. 58 da parte del P.M. senza controllo del giudice; 6) nel mancato richiamo, proprio nell’art. 53, del comma 2 art. 321 c.p.p, che si spiega per la sua riferibilità alla futura confisca penale, laddove l’art. 19 ha natura di sanzione amministrativa. Per la natura penale i connotati conducenti sono rintracciabili: 1) nell’affidamento della giurisdizione al giudice penale; 2) nella autonomia della responsabilità dell’ente rispetto a quella della persona fisica, ed infatti, come rilevato dalla Cassazione (Sez. II 3629/07) in alcuni casi il collegamento tra individuo e persona giuridica “sfuma quasi del tutto”, stabilendosi dall’art. 8 che si procede a carico dell’ente pur se è ignoto l’autore del reato presupposto o il reato è estinto per causa diversa dall’amnistia, sicché sarebbe ingiustificabile un processo penale a carico del solo ente se non avesse natura penale la sua responsabilità; 3) nel catalogo delle sanzioni dall’impronta accentuatamente penalistica e con un sistema di commisurazione anch’esso di chiara estrazione penalistica, tanto che qualificare la responsabilità come amministrativa si tradurrebbe in una “frode delle etichette”; 4) nella punibilità *ex art. 26* anche del tentativo, ipotesi tradizionalmente prevista in ambito penalistico; 5) nella rinunciabilità *ex art. 8* dell’amnistia che pure evoca quel diritto di difendersi dal discredito sociale conseguenza di un’incriminazione penale, diritto riconosciuto dalla Consulta con la Sent. 175/71 nell’affermare la rinunciabilità dell’amnistia; 6) nel sistema di pubblicità legale della condanna e delle pendenze (anagrafe delle sanzioni e anagrafe dei carichi pendenti *ex d.p.r. 313/02*) disciplinato sulla falsariga delle disposizioni penalistiche per le persone fisiche e strutturalmente inserito nel casellario giudiziale centrale; 7) ed infine nella natura derivata della responsabilità “per” la commissione di un reato e non per una condotta autonoma dell’ente. Nel raffrontare i suddetti elementi pro e contro la natura penale della responsabilità in discorso ci si rende conto dell’ambiguità di fondo che connota le scelte compiute dal nostro legislatore nell’introdurre detta novità. Scelte con le quali ci si è discostati dalle originarie indicazioni ministeriali che erano nel senso una vera e propria responsabilità penale degli enti. Opzione quest’ultima ripresa peraltro nel progetto di riforma del codice penale della commissione Pisapia pubblicato nel 2007 che prevede all’art. 57 che sia di natura penale detta responsabilità.

### ***Ancora sui soggetti passivi del sequestro***

Tornando ora al tema dei soggetti passivi del sequestro occorre

por mente ai casi in cui la responsabilità gravi: su una società facente parte di un gruppo; ovvero su una società fallita; nonché su più enti cumulativamente onerati dal sequestro: *Gruppo societario*. Manca nel D. Lgs. 231/01 una specifica disciplina relativa al gruppo d'impresе, di per sé privo anche nel diritto commerciale di una precisa fisionomia legislativa, se si eccettua l'art. 2359 c.c. che scandisce la nozione di controllo secondo meccanismi che vanno: da un controllo interno, quando una società dispone della maggioranza di voti esercitabili nell'assemblea della controllata; ad un controllo interno di fatto, quando abbia voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante in tale assemblea; ad un controllo esterno quando tale influenza dominante sia conseguenza di vincoli contrattuali tra controllante e controllata. Questo deficit di disciplina del gruppo è stato superato sostenendo che la ricaduta dell'interesse o vantaggio sul gruppo stesso genera un allargamento della responsabilità amministrativa, a condizione che, oltre al rapporto qualificato tra la società controllata e la persona (apice o sottoposto) che realizza il reato presupposto, sussista in capo a chi amministra la holding una responsabilità concorrente per omesso impedimento (art. 40 c. 2 c.p.). E' ovvio che detta indagine sulla responsabilità omissiva dell'apice della controllante non sarà necessaria quando, come a volte succede, l'amministratore della holding sia coamministratore della controllata, ovvero quando l'autore del reato presupposto facente parte dell'organigramma della controllata sia amministratore di fatto della holding secondo lo schema dell'art. 2639 c. c. *Fallimento della società* Quanto al problema della sequestrabilità ex artt. 19 e 53 di beni appartenenti ad una società fallita si è in giurisprudenza affermato che il bilanciamento tra le ragioni dello Stato confiscante e quelle dei creditori fallimentari, cui il giudice è stato chiamato dalle Sezioni Unite con la sentenza 29951/04, sarebbe possibile con riferimento alla confisca per equivalente ex art. 19 c. 2 in quanto connotata da facoltatività come dimostra l'uso del verbo "può" (Sez. V 33425/08 imputato Fazzalari). Si tratta di una tesi discutibile. Sia perché l'adozione della confisca per equivalente non è una facoltà ma un obbligo per il giudice, giusta quanto si può evincere dalla sentenza 26654/08 delle Sezioni Unite laddove si precisa che la confisca ex art. 19 "replica lo schema normativo di disposizioni già presenti nel codice penale ed in leggi speciali (artt. 322 *ter*, 600 *septies*, 640 *quater*, 644, 648 *quater* c.p. e 2641 c.c.)" tutte connotate da obbligatorietà. Da ultimo peraltro la sezione sesta (Sent. 14973/09) ha confermato che "l'impiego dell'avverbio sempre nell'art. 19 evidenzia l'obbligatorietà della misura ablativa". Ma l'impostazione della sentenza Fazzalari non

convince anche perché, proprio nella sentenza 29951/04, le Sezioni Unite hanno ritenuto necessario il bilanciamento tra ragioni dello Stato confiscante e dei creditori fallimentari in ogni caso di confisca obbligatoria finalizzata allo spossessamento in capo a chi ha la disponibilità del bene da confiscare, lasciando pertanto fuori da tale bilanciamento solo la confisca obbligatoria di cose intrinsecamente ed oggettivamente pericolose. Appare invece condivisibile la sentenza Fazalari laddove, ammettendo la praticabilità del sequestro dopo il fallimento, contrasta la tesi per la quale il sopravvenuto fallimento configurerebbe, così come sostenuto dal Tribunale di Palermo (Sent. 22/01/07 Foro Italiano 2008, II, 258), un'ipotesi assimilabile alla morte del reo che determina l'estinzione dell'illecito. Per il Tribunale palermitano infatti: non potrebbe configurarsi una successione processuale della curatela rispetto alla società fallita; la dichiarazione di fallimento, privando il fallito dei poteri di disposizione e di amministrazione dei beni, determinerebbe "una fase di pressoché definitiva inattività" assimilabile alla morte della persona fisica ed ai suoi effetti *ex art. 150 c.p.*; il decreto 231/01 non annovera il fallimento tra le vicende modificative dell'ente. Per la Cassazione invece la declaratoria di fallimento ed il correlativo effetto di spossessamento del fallito non può comportare la perdita della legittimazione dell'ente in relazione a rapporti rispetto ai quali non è in gioco la tutela della *par condicio creditorum*, quanto piuttosto interessi di rilievo generale, connessi alla funzione di prevenzione, rilevanti *erga omnes*. Funzione che è certamente propria del sequestro preventivo ai fini della confisca *ex art. 19*, la cui prevalenza sulle ragioni del fallimento costituisce per la Cassazione una "eccezione .. tanto che il giudice deve dar conto in motivazione di tale prevalenza". *Pluralità di enti coinvolti*. Per esaurire il tema dei soggetti passivi del sequestro *ex art. 53* occorre interrogarsi sulla necessità o meno, nel caso di una pluralità di enti contestualmente atinti dal sequestro, di imputare a ciascuno di essi la "porzione" di profitto rispettivamente attribuibile. Si è in proposito ritenuto dalla Cassazione (Sez. II 31989/06) che la confisca per equivalente, possibile quando per fatto sopravvenuto si sia verificata la perdita o il trasferimento del profitto accertato, può aggredire ciascun ente per il valore dell'intero profitto, stante la corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito e l'applicabilità del principio solidaristico in riferimento ad una confisca di chiara impronta sanzionatoria, fatto ovviamente salvo il riparto interno tra gli enti.

Il principio è stato ribadito dalle Sezioni Unite (Sent. 26654/08), ritenendo che solo apparentemente risultasse contrastante con quello,

in realtà complementare, affermato in più sentenze della sesta sezione (25877/06, 31690/07, 30966/07) per il quale, in caso di pluralità di indagati, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, ove la quota di profitto sia individuata o risulti chiaramente individuabile, deve attingere la misura di tale quota e non l'intero. Ritengono infatti le Sezioni Unite che "ove la natura della fattispecie concreta e dei rapporti economici ad essa sottostanti non consenta di individuare, allo stato degli atti, la quota di profitto" di ciascun ente, può disporsi il sequestro per intero "logicamente senza alcuna duplicazione e nel rispetto dei canoni della solidarietà interna dei concorrenti".

### ***Profitto ex art. 19***

Con la già richiamata sentenza n. 26654/08 le Sezioni Unite hanno affrontato anche il tema della individuazione del profitto aggredibile *ex art. 19* che "è costituito dal vantaggio economico di diretta ed immediata derivazione causale dal reato". Il profitto confiscabile si connota dunque per la sua patrimonialità e per la sua derivazione causale dal reato che, nell'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 10280/08 sull'aggredibilità del profitto trasformato (nel caso deciso si trattava di immobile acquistato con la tangente), sussiste anche quando vi sia: attribuibilità soggettiva del bene all'autore del reato; certezza della trasformazione ed esatta corrispondenza di valore. La derivazione causale si espande perciò fino a comprendere beni risultato "dell'escamotage di trasformare l'identità storica" del profitto, per tal verso assecondandosi una tendenza espansiva del profitto confiscabile che è in linea con la normativa internazionale orientata a colpire anche il reinvestimento degli illeciti. Normativa recepita dalla legge n. 34/08 dalla quale si evince che la nozione di provento del reato è idonea a ricomprendere anche quello "derivato direttamente o indirettamente dal reato", ritenendosi con tale ampia delega di dare piena attuazione alla Decisione quadro n. 2005/212/GAI del 24/02/05, senza peraltro nulla disporre in merito alla natura netta o lorda del profitto e neppure sciogliere il nodo dei vantaggi immateriali e della loro eventuale inclusione nel novero dei vantaggi indotti dal profitto diretto acquisito attraverso la consumazione dell'illecito (si pensi al vantaggio competitivo conseguito dalla appaltatrice in esito all'importante commessa conseguita grazie all'accordo corruttivo). L'intero profitto – ricavato derivante casualmente dal reato è aggredibile senza possibilità di deduzione di costi con il che la sentenza 26654/08 respinge la tesi di una corrispondenza del profitto all'utile netto ricavato dall'ente. In proposito si precisa che nella sentenza della VI sezione penale

32627/06 ric. La Fiorita “solo incidentalmente e peraltro in maniera perplessa, nell’economia di un discorso giustificativo attinente al diverso problema dell’applicazione delle misure interdittive”, si parlava di utile netto. Dunque per le Sezioni Unite ad essere aggredibile è “il profitto del reato ... inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall’illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere .... l’utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico”. Ed infatti “il crimine non rappresenta in alcun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene e il reo non può quindi rifarsi dei costi affrontati per la realizzazione del reato”. Con la dottrina vanno distinti i costi intrinsecamente illeciti, per tali intendendosi quelli sostenuti in esecuzione dell’attività criminosa (acquisto di arma clandestina, prezzo pagato all’ingrosso per l’acquisto di droga), dai costi contingentemente illeciti, in ragione del loro nesso funzionale al reato (pagamento del biglietto aereo per il trasporto della droga); dai costi da attività lecita. Questi ultimi soltanto sono deducibili dal profitto, dovendosi quello di derivazione dal reato concretamente determinare “al netto della effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell’ambito del rapporto sinallagmatico con l’ente”. Le Sezioni Unite abbracciano quindi un temperamento dell’aggredibilità del profitto lordo, partendo dalla dicotomia: 1) impresa criminale (che pone in essere “un’attività totalmente illecita” posta in essere nel contesto di un reato-contratto la cui illiceità può essere ad esempio desunta dall’illiceità dell’oggetto – è il caso della ricettazione per acquisto di auto rubata – o dall’illiceità della causa come nel caso di contratto a base di una associazione per delinquere) e in tale ipotesi di impresa criminale la nozione estensiva di profitto va rigorosamente applicata “senza alcuna possibilità di letture più restrittive”; 2) impresa lecita nella quale occasionalmente vengono commessi reati – c.d. criminalità di impresa- sicché la condotta criminosa si inserisce funzionalmente all’interno di relazioni negoziali cui conseguono anche prestazioni lecite a beneficio del danneggiato, prestazioni-operazioni economiche svincolate da un nesso funzionale con il fatto di reato-presupposto, produttive della concreta utilità conseguita dal danneggiato che va perciò espunta dal profitto aggredibile *ex art. 19*. Si pensi ad un appalto pubblico ottenuto per effetto di corruzione: non sarà scomputabile la tangente (costo intrinsecamente illecito), né le spese di viaggio o di vitto sostenute per concludere l’accordo corruttivo (costo contingentemente illecito), ma sarà scomputabile il costo vivo per l’esecuzione dell’appalto cui consegua un’utilità per l’appaltante (costo da attività lecita). In definitiva per le Sezioni Unite,

nella sentenza 26654/08 che si va analizzando, l'appaltatore, in esito a contratto inquinato da illiceità perché ottenuto grazie ad un reato "nel dare esecuzione agli obblighi contrattuali comunque assunti, adempie seppure in parte, ed ha diritto al relativo corrispettivo che non può considerarsi profitto del reato, in quanto l'iniziativa lecitamente assunta interrompe qualsiasi collegamento causale con la condotta illecita". Tale corrispettivo "non può costituire una componente del profitto da reato perché trova titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale e non può ritenersi *sine causa* o *sine iure*". Ne consegue che deve ritenersi aggredibile con la confisca *ex art. 19* il profitto depurato da quanto rappresenterebbe un ingiustificato arricchimento ove fosse trattenuto dall'ente appaltante. Dunque "il vantaggio economico di diretta ed immediata derivazione causale dal reato ... è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente". E' evidente la problematicità della determinazione della concreta *utilitas* ricevuta dall'appaltante, tanto è vero che il Tribunale del Riesame di Napoli, quale giudice di rinvio, con ordinanza del 24/7/08 ha ritenuto di annullare il provvedimento di sequestro dell'intero compendio e ciò a causa dell'assenza di un potere istruttorio per l'acquisizione di ulteriori atti, assenza ostativa ad una risposta nei termini indicati dalle Sezioni Unite. Il Tribunale ha ritenuto in proposito decisivo che le indagini ed il materiale raccolto erano stati orientati ad un giudizio di illecito arricchimento totale e che l'accusa aveva omesso di fornire ulteriori "specifiche indicazioni". Avverso tale provvedimento il P.M. ha proposto ricorso censurando "la totale violazione dell'obbligo di riesaminare la vicenda secondo le indicazioni e i principi di diritto fissati dalle Sezioni Unite". La Cassazione (Sez. II Sent. 20506/09), pur criticando "i toni inutilmente aspri ed accesi, talvolta irridenti, altre volte sicuramente eccessivi del ricorso", ne ha riconosciuto in gran parte la fondatezza annullando con rinvio il disposto dissequestro con la sola esclusione di quello concernente i circa trecento milioni di euro relativi alla tariffa di smaltimento rifiuti regolarmente incassata. Si è ritenuto infatti che solo per tali importi mancasero nel compendio probatorio, originariamente acquisito sulla base di una nozione di profitto poi superata dalle Sezioni Unite, elementi in atti che permettessero al Tribunale di enucleare le utilità, acquisite dal committente, da scindere rispetto al profitto confiscabile. Di conseguenza, ribadito che il Tribunale del Riesame, se può decidere anche in base agli atti offerti dalle parti in udienza, è privo di poteri istruttori in quanto organo che agisce a cognizione sommaria ed allo stato

degli atti, si è ritenuto che mancassero *ab origine* gli elementi probatori idonei a distinguere il lecito dall'illecito, sicché correttamente si era provveduto al dissequestro.

Esaurita questa breve digressione sul giudizio di rinvio conseguente alla decisione delle Sezioni Unite va ricordato come le stesse, al fine di agevolare il compito del giudice di rinvio, avevano, nella parte finale della sentenza, individuato altresì quali componenti escluse dal profitto aggredibile: a) le imposte versate ("l'eventuale iva versata sulle somme incassate"); b) i beni futuri cioè quelli non ancora entrati nella disponibilità dell'ente onerato dalla confisca *ex art. 19* al momento della sua applicazione, in quanto essi rappresentano "un profitto solo atteso o sperato" (vi rientra nella specie il valore delle opere oggetto di contratti risolti *ex lege* in assenza della prova del rimborso del loro valore all'ente a seguito della risoluzione); c) i crediti ancorché liquidi, certi ed esigibili in quanto costituenti "utilità non ancora effettivamente conseguita". Su quest'ultimi, mentre può essere ammessa la confisca diretta, non può esserlo quella per equivalente perché ciò "porrebbe il destinatario nella condizione di vedersi privato di un bene già a sua disposizione in ragione di un'utilità non ancora concretamente realizzata".

La Sezione quinta (7718/09), pur senza un espresso confronto con la decisione delle Sezioni Unite, ha escluso che potessero formare oggetto di confisca diretta crediti liquidi ed esigibili.

Il caso deciso riguardava un sequestro preventivo di crediti vantati nei confronti di una ASL da un ente responsabile per un reato di truffa aggravata, contestata ai suoi medici per un addebito di false attestazioni sulla necessità dei ricoveri. La Corte ha innanzitutto premesso che era erronea la qualificazione giuridica del fatto dal momento che tali crediti, in quanto non effettivamente riscossi, andavano ricondotti ad una fattispecie tentata e non consumata di truffa.

Nel contempo si è riconosciuto che ai sensi dell'art. 26 la responsabilità dell'ente opera anche con riferimento alla commissione dei reati presupposto "nelle forme del tentativo". E' tuttavia si è ritenuto che in presenza di una tentata truffa relativa alla maturazione di crediti "l'imputazione a profitto degli stessi, anche se liquidi ed esigibili, non può essere condivisa". "Poiché, in effetti, trattasi di utilità non ancora percepite, ma solo attese". Per di più, osserva la Corte, "si verte in ipotesi di somme che se riscosse dovrebbero essere restituite al soggetto danneggiato" e quindi per ciò solo insuscettibili di confisca *ex art. 19*. Decisivo ad avviso della Corte è che si tratta di somme non ancora sottratte alla ASL. Conclusivamente la Corte afferma che "nella deli-

neata situazione il sequestro risulta illegittimo perché avente ad oggetto un'entità non coincidente con il profitto..... che, semmai, si sarebbe dovuto" aggredire *ex art. 321 comma 1 c.p.p.* "qualora si fosse ravvisata l'opportunità di impedire ulteriori conseguenze dei fatti criminali contestati". Sembra che la Sezione quinta si contraddica quando, da un lato ricorda che la responsabilità da reato dell'ente può originare da una tentata truffa, non perfezionatasi per mancata riscossione dei crediti, e dall'altro esclude che tale tentativo sia produttivo di un profitto, quasi che il credito non costituisse *ex se* un'utilità economica sia pure non ancora concretamente realizzata, tanto da non consentire, come affermano le Sezioni Unite, l'aggressione del suo equivalente. E' piuttosto decisiva, al fine di escludere la praticabilità del sequestro nel caso definito dalla ridetta sentenza 7718/09, la sua sostanziale inutilità per essere i crediti destinati comunque alla restituzione alla ASL e quindi insuscettibili di confisca *ex art. 19*.

### ***Riesame del sequestro***

Un ultimo profilo riguarda l'impugnazione del decreto *ex art. 53*. In proposito va ricordato che, in virtù del generale rinvio al rito penale *ex art. 34*, deve ritenersi applicabile il principio affermato dalle Sezioni Unite (Sent. 27777/06) per il quale il difensore del soggetto onerato dalla misura cautelare reale deve proporre richiesta di riesame entro il termine prescritto per il suo assistito, non spettandogli la notifica dell'avvenuto deposito del provvedimento cautelare da cui far decorrere i dieci giorni perentoriamente prescritti per richiedere il riesame. Ne consegue che detto termine decorre alternativamente dalla data di esecuzione del provvedimento ovvero dalla diversa data in cui l'ente ha avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro. Tanto premesso va ricordato che è insorto un contrasto in ordine alla necessità o meno di un atto formale di costituzione *ex art. 39* per l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente. Con riferimento infatti proprio alla presentazione di una richiesta di riesame avverso decreto di sequestro preventivo *ex art. 53* si è in un primo arresto giurisprudenziale (Sez. VI, 43642/07) sostenuto che l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente non è subordinato alla sua formale costituzione *ex art. 39*. Si è ritenuto infatti che la mancanza di quest'ultima, mentre impedisce la completa partecipazione dell'ente al procedimento comportando che nella fase processuale si proceda in sua contumacia, non congela i suoi diritti di difesa, tanto più quando per espressa previsione del codice di rito penale possono essere esercitati dal difensore nominato dall'ente *ex art. 96 c.p.p.* senza necessità di conferire procura *ex art.*



100 c.p.p.. Di segno opposto la sentenza della stessa VI sezione (15689/08) che, senza confrontarsi con il precedente citato, attiva un contrasto inconsapevole, esigendo la formale costituzione ritenuta necessaria anche nella fase delle indagini preliminari. Si sottolinea in proposito come una diversa soluzione aggirerebbe il dettato dell'art. 39 c. 1 che impedisce all'ente di costituirsi attraverso un rappresentante persona fisica che risulti contestualmente indagato o imputato per il reato presupposto della responsabilità dello stesso ente, imponendone la sostituzione. In attesa della composizione del contrasto, possibile all'interno della stessa sezione, sembra preferibile la tesi che affranca dalle formalità *ex art.* 39 l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente, dal momento che allo stesso, ai sensi dell'art. 35, "si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili".

### 13. Il mandato di arresto europeo

Il tema del MAE è stato trattato in una riflessione interna della Procura generale<sup>145</sup>, con particolare riferimento ai reati previsti dal d.lgs. n. 74 del 2000, nella quale si è argomentato: Il mandato di arresto europeo (d'ora in poi MAE) trova la sua genesi nella Decisione quadro 2002/584/GAI (d'ora in poi Decisione) attuata con la legge n. 69/05 (d'ora in poi sottintesa quando si richiama il solo articolo) il cui articolo 8 individua i casi di consegna obbligatoria da operare indipendentemente dalla doppia incriminazione, rielaborando la lista dei 32 *nomina delicti* per i quali l'art. n. 2 della Decisione escludeva la necessità della verifica di doppia incriminazione. In particolare, per quanto attiene alla procedura passiva di consegna, alla lettera H di detto art. 8 si sostituisce alla sintetica indicazione della "frode" contenute nella lista dei 32, quella dettagliata di "qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi ovvero la diminuzione illegittima di risorse iscritte nel bilancio di uno Stato o nel bilancio generale delle Comunità Europee o nei bilanci gestiti dalle Comunità Europee o per conto di esse". Con riferimento allo specifico dei reati tributari *ex d.lgs.* 74/00 l'individuazione di quelli suscettibili di essere inclusi nel paradigma del citato art. 8 lett. H e della "frode" di cui alla Decisione non può prescindere da quanto affermato dalla Grande sezione della Corte CEE nella sentenza 3/5/07 laddove al paragrafo 57 ricorda che la scel-

---

<sup>145</sup> Relazione del 26 ottobre 2009, P.G. G. Izzo.

ta dei suddetti 32 *nomina delicti* presuppone la loro iscrizione “tra quelli che arrecano all’ordine ed alla sicurezza pubblici un pregiudizio tale da giustificare la rinuncia all’obbligo di controllo della doppia incriminazione”. Sempre in detta sentenza si esclude che la mancanza di precisione nella definizione delle 32 categorie di reati e, quindi, per quanto riguarda il nostro discorso, nella definizione della “frode” possa ingenerare disparità nell’attuazione della Decisione nei diversi ordinamenti giuridici nazionali proprio perché la distinzione tra reati per i quali è soppresso il requisito della doppia incriminazione da quelli per i quali è conservato trova una ragionevole giustificazione nel peculiare pregiudizio per l’ordine e la sicurezza pubblica arrecato dai primi. E del pari la sentenza esclude violazioni del principio di legalità dal momento che saranno pur sempre gli Stati membri a definire le fattispecie penali, essendo estranea alla Decisione “la volontà di armonizzare i reati in questione per quanto riguarda i loro elementi costitutivi o le pene di cui sono corredate”. Un’interpretazione dell’art. 8 lett. H conforme alla Decisione, anche per come è stata letta dalla richiamata sentenza della Corte CEE, consente pertanto di includere nel novero dei reati tributari riconducibili a detto art. 8 quelli che si connotano per gravità di disvalore e per rilievo dato all’elemento della fraudolenza. Ai fini della loro individuazione soccorrerà anche la definizione di truffa in materia fiscale contenuta nell’art. 2 della legge 367/01, anche se relativa alla ratifica dell’Accordo Italia-Svizzera del 10/9/98, dal momento che staglia nella struttura del reato “la condotta di chi, con artifici o raggiri, inducendo in errore l’autorità amministrativa, procura a se o ad altri un ingiusto profitto, con danno all’ente pubblico defraudandolo di un tributo la cui entità comporta un reato fiscale”. Il connotato di decettività è dunque elemento identificativo prioritario e parimenti rilevante è l’entità del tributo in termini di grave disvalore del fatto. Spetterà alla Corte di Appello, quale giudice competente a decidere sull’esecuzione di un MAE, questa verifica di inclusione del reato tributario nel novero della lista *ex* combinato disposto dell’art. 8 lett. H ed art. 2 n. 2 della Decisione. Nel nostro sistema infatti manca una previsione simile a quella, propria dell’*extradiction act* britannico del 2003, di un “*certificate*” adottato da un’appropriata autorità dello Stato richiedente che dimostri come la condotta addebitata rientri nella ridetta lista. Previsione questa che la Camera dei Lords (27/2/07) ha peraltro considerato una formalità aggiuntiva contraria allo scopo della Decisione in quanto diretta ad introdurre un requisito tecnico frustrante la volontà dell’Unione Europea di stabilire un unico “*form*” di ordine di arresto accettato uniformemente da tutti gli Stati membri.

Quando il reato tributario lo si consideri fuori dalla previsione dell'art. 8 lettera H scatta la regola fissata dall'art. 7 comma 2. Norma la cui portata si comprende dopo averne esaminato il comma 1 relativo al necessario accertamento di doppia punibilità per i reati fuori dalla lista dei 32 *nomina delicti*. Per un esito positivo di detta verifica non è necessario che lo schema della norma penale interna corrisponda esattamente a quello della norma straniera. Per la materia tributaria tuttavia, ad evitare ogni problema applicativo e permettere una più sicura flessibilità, l'art. 7 comma 2 dispone che il comma 1 non si applica nei casi in cui, in materia di tasse ed imposte, di dogana e di cambio, la legge italiana non impone lo stesso tipo di tasse o imposte ovvero non contiene lo stesso tipo di disciplina dettata in tale materia dallo Stato emittente è peraltro si tratti di imposte e tasse assimilabili per analogia a quelle interne per le quali sia prevista la reclusione pari o superiore a tre anni. In definitiva come affermato anche dalla Cassazione, con riferimento ad una richiesta estradizionale della Romania per un reato di omessa dichiarazione dei redditi per importo inferiore alla soglia di punibilità di cui all'art. 4 Dlg. 74/00, non occorre che tra le fattispecie delle legislazioni a confronto vi sia un'identica concezione repressiva o una completa sovrapponibilità, essendo evidente che, in ragione del bene giuridico protetto in ciascuno Stato volto a tutelare le rispettive pubbliche finanze è inevitabile una diversa modulazione delle ipotesi criminose, calibrata sulla specificità delle discipline fiscali interne. Pertanto per la Cassazione (sent. 16198/08) la sufficienza di una sostanziale equivalenza delle concessioni repressive in materia fiscale, a prescindere dal titolo e dall'assetto sanzionatorio che possono essere diversi, comporta il mancato rilievo delle nostre soglie di punibilità. In detta sentenza il profilo della doppia incriminabilità veniva, come si è detto, esaminato con riferimento alla procedura di estradizione per reato fiscale e dunque all'applicazione dell'art. 2 della legge 755/84 (attuativa del secondo protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione) per il quale l'extradizione non può essere rifiutata se la legislazione della Parte richiesta "non impone lo stesso tipo di tasse o imposte o non prevede lo stesso tipo di regolamentazione in materia di tasse o di imposte, di dogana e di cambio della legislazione della Parte richiedente". La sufficienza a fini estradizionali di una corrispondenza tra i regimi fiscali dei diversi paesi comporta il trascurare "eventuali connotati particolari delle condotte o degli eventi che a questi fini assumono carattere accessorio" e perciò la Cassazione la evoca per assumere che motivo di rifiuto dell'extradizione non può essere la circostanza che "il reato fiscale com-

messo nello Stato richiedente si riferisca ad importi per i quali il corrispondente reato nel nostro ordinamento non sarebbe punito”. Il citato precedente, proprio perché valorizza il dato di equivalenza tra i regimi fiscali, può essere utilizzato anche ai fini della verifica di assimilabilità di cui all’art. 7 comma 2, ricordando che l’assenza di detta assimilabilità consente il rifiuto della consegna. Consegna rifiutata legittimamente secondo la Cassazione (sent. 28139/08) nel caso di un MAE emesso dall’autorità giudiziaria tedesca per l’omesso pagamento di un’imposta comunale sull’attività d’impresa, proprio a causa dell’assenza di una corrispondente ipotesi di reato nel nostro sistema penale. Interessante è in proposito il rilievo fatto dalla sentenza in discorso per il quale, anche ammettendo che tale imposta potesse corrispondere alla nostra Irap, sarebbe stata comunque decisiva la circostanza che per il mancato pagamento dell’Irap non sono contemplate ipotesi di reato, ma solo violazioni amministrative. Del tutto pacificamente si è invece ritenuta la ridetta assimilabilità a fronte di un MAE relativo all’addebito in Germania dell’omessa denuncia IVA da parte di un socio e amministratore di una ditta, considerata dalla Cassazione (sent. 6901/07) “ipotesi esattamente corrispondente alla previsione dell’art. 4 d.lgs. 74/00”. Come si è anticipato tra le condizioni di cui all’art. 7 comma 2 vi è la necessità che sul versante sanzionatorio la legge italiana preveda la reclusione della durata massima pari o superiore a tre anni, escluse l’eventuali aggravanti. Si pone pertanto un problema per l’ipotesi criminosa *ex art. 2 comma 3 d.lgs. 74/00* di dichiarazione fraudolenta mediante l’uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti quando l’ammontare degli elementi passivi fittizi sia inferiore a 300 milioni di lire, per essere in tal caso prevista la reclusione massima di due anni. Laddove infatti si dovesse ritenere che, nonostante la presenza del connotato di decettività e di rilevante disvalore della fattispecie, si sia fuori dal paradigma dell’art. 8 lettera H, si tratterebbe di sciogliere il nodo della natura giuridica della fattispecie in discorso. In proposito è sorto infatti in Cassazione un contrasto tra la tesi della natura di circostanza attenuante ad effetto speciale, suscettibile di giudizio di comparazione e, dunque di possibile equivalenza o subvalenza rispetto a circostanze aggravanti (sent. 25204/08), e la tesi della natura autonoma di tale ipotesi di reato (sent. 23064/08). Si tratta di affermazioni che la sentenza n. 25204/08 non supporta di specifica motivazione, limitandosi ad affermare che detto comma 3 dell’art. 2 d.lgs. 74/00 costituisce “pacificamente un’ipotesi attenuata”, inducendone quindi l’impraticabilità di una citazione diretta *ex art. 550 c.p.p.* per essere l’ipotesi base punita oltre i quattro

anni di reclusione. Di contro la sentenza n. 23064/08 argomenta la tesi della natura di reato autonomo sulla base di ciò che la norma in discorso sarebbe stata strutturata “secondo una tecnica legislativa utilizzata per evitare gli effetti perversi del giudizio di equivalenza o prevalenza delle attenuanti”. Il collegio si dice consapevole dell’esistenza di posizioni dottrinarie divergenti, ma va rilevato che anche la Relazione al d.lgs. 74/00 contrasta la tesi esposta. Nella Relazione si giustifica l’inversione strutturale rispetto alla costruzione della fattispecie nella vigenza della legge 516/82, ricordando che per detta legge l’ipotesi base era quella relativa ad importi minori mentre per quelli più rilevanti si prevedeva un aggravante spesso soggetta a comparazione negativa con effetti disastrosi per la deterrenza della norma. Dunque anche la Relazione iscriveva nello schema circostanziale la nuova strutturazione della fattispecie e ciò in coerenza con il puntuale riferimento normativo costituito dal comma 2 dell’art. 12 d.lgs. 74/00 che espressamente definisce “circostanza” quella *ex art. 2 comma 3 d.lgs. 74/00*. E’ tuttavia evidente che ove si optasse per la natura autonoma del reato si uscirebbe fuori dallo schema dell’art. 7 comma 2. Un risultato paradossale, tanto più ove si consideri che identico effetto graverebbe l’ipotesi dell’emissione di f.o.i. per importi inferiori a 300 milioni di lire (art. 8 u.c. d.lgs. 74/00). Dunque resterebbero fuori dall’operatività del MAE ipotesi criminose di indubbia pericolosità che, sia pure ad un livello quantitativo meno rilevante, si iscrivono nel fenomeno delle c.d. “cartiere” imprese illecite create con l’unico o prevalente scopo di immettere sul mercato falsa documentazione supportante l’esposizione in dichiarazione di elementi passivi fittizi che comunque costituiscono, nonostante la più ridotta entità, un significativo danno per l’erario. A fronte di questo specifico caso di verifica sulla assimilabilità e sullo spessore sanzionatorio della norma interna potranno porsi anche problemi di verifica sui contenuti della norma richiamata dallo Stato richiedente l’esecuzione del MAE. A tal proposito sarà di grande rilievo analizzare la “relazione” sui fatti addebitati alla persona prevista dall’art. 6 comma 4 lettera A nella quale sono contenute le indicazioni delle fonti di prova, del tempo e del luogo del commesso reato e della qualificazione giuridica (in proposito la Cassazione sentenza n. 26026/08 ha avvertito che “il sindacato del giudice italiano non può spingersi sino alla negazione della consegna per la qualificazione giuridica del fatto nell’ordinamento straniero diversa da quella che sarebbe data nell’ordinamento italiano”). Va sottolineato che per rifiutare la consegna non basta il mero dato formale dell’omessa trasmissione della “relazione”, essendo sufficiente la desumibilità *aliun-*

*de* delle indicazioni tipiche della stessa, tanto più che la Decisione (art. 8 par. 1 lett. A) prevede non una “relazione” sui fatti addebitati, ma soltanto una descrizione delle circostanze del reato. E’ tuttavia evidente che in presenza di particolare problemi interpretativi, la cui soluzione presupponga un’esatta cognizione della qualificazione giuridica del fatto nel contesto normativo di riferimento, unitamente all’allegazione del testo delle disposizioni normative applicabili (prevista dall’art. 6 comma 4 lett. B), si impone un approfondimento da parte della Corte di Appello. La Cassazione nella sentenza n. 15650/08 ha affermato espressamente che possono essere richieste “informazioni sugli elementi che devono essere contenuti nella relazione e che essi ben possono desumersi da atti equipollenti”, aggiungendo che non “può essere interpretata in modo rigoristico la disposizione che prevede debba essere allegato alla richiesta anche il testo integrale delle norme di legge applicate ... in mancanza lo Stato richiesto può eventualmente sollecitarla, ma la norma interna va interpretata nel senso che tale adempimento è necessario ove sorgano particolari problemi interpretativi .... soprattutto ai fini della verifica in caso di dubbi sulla doppia punibilità”. In nessun caso ciò comporta che la Corte d’Appello abbia il potere di stabilire se il fatto per il quale è stato emesso il MAE integri effettivamente l’ipotesi criminosa prevista nella legislazione dello Stato emittente, essendo riservata all’autorità giudiziaria di tale Stato siffatta verifica (cfr. Cassazione sent. 41758/06). La procedura delineata dall’art. 6 comma 4 lettere A e B può dunque consentire alla Corte d’Appello solo di accertare se ricorrono le condizioni di cui all’art. 7 comma 2. Al fine di realizzare tale accertamento la Corte d’Appello potrà richiedere tutte le informazioni integrative occorrenti, fissando un termine per la ricezione di quanto richiesto non superiore a 30 giorni (art. 16). Sulla natura di tale termine si sono pronunciate le Sezioni Unite Penali della Cassazione (sent. 4614/07) definendolo meramente ordinatorio, individuandone la decorrenza dal momento in cui la richiesta delle informazioni integrative perviene all’autorità estera e precisando che il suo mancato rispetto giustifica il rifiuto di consegna *ex art. 6 comma 6* solo quando la Corte di Appello nel formulare la richiesta di informazioni lo abbia espressamente previsto, rendendone edotta l’autorità emittente il MAE. Sia pure con un *obiter dictum* le Sezioni Unite hanno altresì precisato che il termine dovrà considerarsi rispettato ove le informazioni siano giunte tempestivamente al Ministero della Giustizia che abbia fatto da tramite, non rilevando il momento successivo in cui siano di fatto pervenute alla Corte d’Appello. Siffatta opzione ermeneutica presenta ricadute sulla durata e sulla

funzione di garanzia della procedura acquisitiva delle informazioni integrative. La durata è infatti dilatata dall'individuazione del *dies a quo* e *ad quem* del decorso del termine, ed insieme è ridotta la funzione di garanzia per effetto del mancato riconoscimento di una generale perentorietà. Del resto, poiché la lettera dell'art. 16 stabilisce che "in ogni caso" è fissato il termine, può apparire come una forzatura la riconosciuta discrezionalità della Corte di Appello nel precisare il termine e renderne edotta l'autorità richiedente. Va tuttavia sottolineata la persuasività dell'iter argomentativo seguito dalle Sezioni Unite laddove dà soprattutto rilievo a ciò che del rispetto del termine "non si può fare onere all'autorità estera (che non è certo obbligata dalla legge italiana) ove non sia stata indicata alcuna scadenza temporale per il soddisfacimento della richiesta, sicché solamente quando un termine di trenta giorni o anche inferiore sia stato precisato e di esso sia stata resa edotta l'autorità estera, l'autorità giudiziaria italiana è legittimata una volta trascorso il termine a decidere allo stato degli atti". Siffatta opzione ermeneutica escludente l'automatico rifiuto di consegna appare coerente con quanto affermato nel "considerando" n. 10 della Decisione per il quale "il meccanismo del MAE si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri" che esige, fermo il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi sanciti dall'art. 6 del Trattato UE e contenuti nella carta dei diritti fondamentali della UE, segnatamente al capo VI, di non frapporre ostacoli di mera natura formale all'esecuzione di questo importante strumento di cooperazione giudiziaria europea. Si tratta dunque di un orientamento finalizzato a definire il rapporto tra decisione e norma interna attuativa secondo le indicazioni della Corte di Giustizia CEE (sent. N. 13/9/05 Pupino) per la quale "il principio di interpretazione conforme si impone riguardo alle decisioni quadro", sicché il giudice nazionale che applica la norma interna "è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato da questa perseguito".

## PARTE IV

I provvedimenti in materia disciplinare





# I PROVVEDIMENTI IN MATERIA DISCIPLINARE

## Introduzione alla lettura

Quest'anno la presente pubblicazione si arricchisce di una quarta parte dedicata agli orientamenti della Procura generale della Corte di cassazione in materia disciplinare.

In tale settore la Procura generale svolge un ruolo di assoluto rilievo; infatti il Procuratore generale non solo è, con il Ministro della giustizia, titolare dell'azione disciplinare – che per lui, a differenza del secondo, a seguito della tipizzazione degli illeciti introdotta con la legge delega 25 luglio 2005, n. 150, e con il successivo decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, è obbligatoria – ma svolge nel relativo procedimento le funzioni di pubblico ministero (art. 16, comma 1, del citato decreto legislativo n. 109).

Conseguentemente, nella materia in esame la posizione del Procuratore generale è tutt'affatto diversa da quella consultivo-requirente assegnatagli dai codici di rito quale organo del pubblico ministero costituito presso un giudice di legittimità. Egli, infatti, è investito di poteri di iniziativa e propulsivi non dissimili da quelli attribuiti dal codice di procedura penale agli uffici di procura presso i tribunali, con poteri, peraltro, più incisivi rispetto a quelli attribuiti a questi ultimi.

Infatti i provvedimenti di archiviazione che il Procuratore generale adotta, a conclusione delle sommarie indagini preliminari avviate a seguito di esposti, segnalazioni e rapporti contenenti notizie di condotte di possibile rilevanza disciplinare poste in essere da appartenenti all'ordine giudiziario, non sono sottoposti al vaglio di un organo giurisdizionale; vengono solo trasmessi in copia al Ministro della giustizia per porlo in condizione di esercitare, eventualmente, l'azione disciplinare (v. comma 5-*bis* del già ricordato art. 16).

Il materiale selezionato ha ad oggetto prevalentemente gli appena ricordati provvedimenti, che non sono oggetto di pubblicazione e, quindi, di conoscenza da parte dei magistrati, restando un atto interno all'ufficio, ostensibile, tuttavia, per una regola che si è data la Procura, agli autori dell'atto che ha dato origine alla procedura preliminare e ai magistrati direttamente interessati.

Per una migliore conoscenza degli orientamenti dell'ufficio in materia disciplinare sono riportate anche alcune significative richieste di

non luogo a procedere formulate, ai sensi dell'art. 17, comma 2, del decreto legislativo n. 109, all'esito delle indagini conseguenti all'esercizio dell'azione disciplinare; in tal caso vengono indicati anche gli estremi della pronuncia della Sezione disciplinare sulla richiesta.

Il materiale è stato suddiviso in tre parti: profili sostanziali (gli illeciti, ordinati secondo la previsione normativa); i profili processuali; la vicenda Salerno - Catanzaro.

Nel riportare i provvedimenti adottati sono stati pretermessi, per evidenti ragioni di riservatezza, i nominativi dei magistrati interessati (indicati come Tizio, Caio, ecc.), al pari di qualsivoglia altro riferimento idoneo a consentirne l'identificazione. E' stata fatta un'unica eccezione: ha riguardato gli atti relativi alla vicenda che ha visto coinvolte la Procura generale di Catanzaro e la Procura della Repubblica di Salerno per la risonanza che la stessa ha avuto sui *mass media* e perché sulle condotte dei magistrati coinvolti sono intervenute due sentenze della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura.

Nel testo è stato utilizzato il carattere corsivo per le parti che non costituiscono riproduzione letterale dei provvedimenti riportati.

La parte IV si chiude con alcune tavole statistiche che illustrano l'attività svolta dalla Procura generale in materia disciplinare; tali dati forniscono anche utili elementi di valutazione sulla deontologia degli appartenenti all'ordine giudiziario.

## A) GLI ILLECITI DISCIPLINARI

### **1. Violazione dei doveri generali sanciti dall'art. 1 del decreto legislativo n. 109 del 2006 che arrechi un ingiusto danno o un indebito vantaggio ad una delle parti (art. 2, comma 1, lett. a).**

*Con riferimento all'illecito in esame la Procura generale ha avuto modo di occuparsi di una fattispecie tutt'affatto particolare con il provvedimento di archiviazione del 3 aprile 2009<sup>146</sup>, adottato nell'ambito del procedimento n. 1198/08/SD1, originato da una segnalazione dell'organo preposto alla vigilanza sui giudici operanti nel distretto con la quale veniva trasmessa copia del rapporto del presidente della sezione persone, famiglia e minori, relativa ad una e-mail del magistrato Tizio, datata 28 settembre 2007 e diretta alla assistente sociale del comune di B, con la quale si davano istruzioni riguardo alla nomina di un difensore ad un minore nella procedura avente ad oggetto la dichiarazione dello stato di adottabilità del medesimo.*

*Questi i fatti all'origine della vicenda:*

- il minore XX, riconosciuto dalla sola madre, veniva segnalato poco tempo dopo la sua nascita e a tutela dello stesso veniva aperta procedura di giurisdizione volontaria dal Tribunale per i minorenni di C; nell'ambito di tale procedimento, esperita consulenza tecnica di ufficio, veniva accertata una situazione di potenziale inidoneità dell'unico genitore e dei parenti e si apriva un procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità del bimbo; tutore dello stesso veniva nominato il Comune di B;
- quando il procedimento era ormai avviato, entrava improvvisamente in vigore, dopo una *vacatio legis* durata oltre sei anni, la legge n. 149 del 2001, che aveva apportato (ma, sino al 1° luglio 2007, solo sulla carta) importanti modifiche alle procedure di adottabilità e ciò al fine di renderle compatibili coi principi sul giusto processo di cui al novellato testo dell'art. 111 della Costituzione; - le vicende legislative che hanno determinato tale *vacatio* incredibilmente lunga e le difficoltà applicative in cui si sono trovati, da un giorno all'altro, gli uffici giudiziari minorili sono ben rappresentati dalla amplissima e documentata motivazione della Corte di appello di C nella sentenza resa sul caso di XX;

---

<sup>146</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Ignazio Giovanni PATRONE.

- il dott. Tizio, rilevato che in forza della novella il minore avrebbe dovuto essere rappresentato da un proprio difensore e che non si era proceduto alla nomina dello stesso, con la *e-mail* incriminata invitava l'assistente sociale del comune che svolgeva l'ufficio di tutore a nominare un legale "che si costituisca nel più breve tempo possibile con una dichiarazione nella quale si rinuncia a chiedere termini e si esprima favorevolmente alla dichiarazione di adottabilità ...";
- emessa la sentenza di adottabilità (che è stata acquisita e che appare sorretta da una ampia ed assai ben articolata motivazione sul merito) la decisione veniva impugnata; alla udienza camerale davanti alla corte di appello il difensore del minore, nella persona del legale che assisteva anche il tutore, esibiva la *e-mail*, dal che nasceva un incidente procedurale che veniva risolto dalla corte (anche in questo caso con una motivazione che fa decisamente onore al suo estensore) nel senso della nullità del giudizio di primo grado a causa della irregolare rappresentanza legale del minore XX nel procedimento che lo riguarda con conseguente violazione del principio del contraddittorio;
- nel contempo la condotta del dott. Tizio, definita tale da avere creato "notevole imbarazzo in udienza", veniva segnalata a fini disciplinari.

*Nel provvedimento in esame il redattore rilevava che:*

- la condotta del dott. Tizio, che alla luce del testo (in sé non equivoco) della *e-mail*, appare tale da integrare la violazione dell'art. 2, primo comma, lett. a) del d. lgs. n. 109 del 2006 - ... comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti, nel caso di specie la madre del minore - deve al contrario ritenersi tale da non integrare estremi di responsabilità disciplinare a carico del magistrato;
- la questione della rappresentanza dei minori nei procedimenti che li riguardano e che possono incidere sul loro stesso *status* era aperta, in dottrina ed in giurisprudenza, sin dai primi anni ottanta; una volta introdotti, in Costituzione, i principi del giusto processo, il legislatore, con la legge n. 149 del 2001, modificava profondamente le norme di rito applicabili alle procedure di adottabilità (e non solo a quelle) pur con una lunga *vacatio legis*, che come già cennato si risolveva solo sei anni più tardi, il 1° luglio 2007;
- che siano nate difficoltà applicative - come sostengono sia il dott. Tizio che il presidente del Tribunale per i minorenni di C - è un fatto evidente, che non abbisogna di dimostrazione alcuna; e ciò, come accennato, è reso palese, nel caso *de quo*, dalla stes-

sa motivazione della corte territoriale, senza che gli interpreti potessero fondare le loro decisioni su un orientamento di legittimità ancora inesistente;

- vista alla luce dei dubbi interpretativi più che fondati, la comunicazione del dott. Tizio appare come il tentativo, generoso anche se poco meditato, di salvare dalla probabile nullità processuale una procedura che appariva matura per la decisione, essendo state regolarmente svolte tutte le altre fasi del procedimento; il dott. Tizio non aveva alcun intento di arrecare danno alla madre del minore (e tantomeno al bimbo XX), ma solo quello di evitare una ripetizione del processo, con l'inevitabile ritardo della sentenza;
- il fatto che la Corte di appello sia successivamente andata di contrario avviso - la sentenza è stata annullata - non comporta automaticamente una diversa valutazione della condotta del magistrato, che non può neppure essere incolpato di negligenza o ignoranza inescusabile, dal momento che egli ben si è accorto del possibile vizio, pur avendo scelto per la sanatoria una via poi dimostrata- si errata in diritto.

Il fatto non risulta perciò avere rilevanza sotto il profilo disciplinare.

## **2. Inosservanza dell'obbligo di comunicazione delle situazioni di incompatibilità per vincoli di parentela (art. 2, comma 1, lett. b).**

*La previsione disciplinare in esame, dato il richiamo che essa fa agli artt. 18 e 19 dell'Ordinamento giudiziario, presenta interferenze normative e applicative con l'istituto del trasferimento d'ufficio di natura amministrativa, per incompatibilità c.d. funzionale, regolato dall'art. 2 della legge sulle guarentigie (quale modificato dall'art. 26 del decreto legislativo n. 109/2006) nonché con le deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura adottate sul tema: l'indirizzo espresso dalla Procura generale nel provvedimento di archiviazione 26 giugno 2009<sup>147</sup> (procedimento n. 1235/08/SD1), di seguito riportato, è nel senso che la fattispecie disciplinare, nel rispetto del principio di stretta legalità, ha un ambito applicativo limitato ai soli casi disciplinati direttamente dalla normativa di ordinamento giudiziario, e non ammette meccanismi di integrazione con fonti secondarie.*

---

<sup>147</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Carmelo SGROI.

*Omissis.*

L'oggetto che questo ufficio è chiamato a definire consiste nella considerazione della possibile rilevanza disciplinare, secondo il titolo dell'art. 2, comma 1, lettera *b*), del d.lgs. n. 109/2006, della mancata comunicazione da parte del dott. Tizio, nella propria domanda di tramutamento per l'ufficio di (...) del tribunale di X (...), di una situazione di incompatibilità *ex art.* 18 ord. giud., in relazione all'esercizio della professione legale del figlio, avv. Caio;

- i dati di fatto, incontrovertibili perché documentati in atti, da tenere in considerazione a tal fine sono i seguenti: (a) nella propria domanda (...) redatta su apposito modulo prestampato del Consiglio, il dott. Tizio ha barrato la apposita casella con la quale dichiarava "di non trovarsi in situazioni di incompatibilità *ex artt.* 18-19 ord. giud, ovvero nelle situazioni analoghe di cui alla parte II della circolare C.S.M. n. 8160 del 9 ottobre 1982 e successive modifiche"; (b) il figlio del magistrato, avv. Caio, è iscritto all'Albo degli Avvocati di X e svolge attività professionale individualmente in Y (...); (c) secondo gli accertamenti svolti dalla presidenza della Corte d'appello, l'avv. Caio partecipa allo studio associato Mevio, che, avente sede in Y, ha anche un "recapito" in X, e uno in Z; (d), (e), (f) *omissis*; (g) in data 14 gennaio 2009, il Consiglio giudiziario di Y, recependo una conforme relazione del presidente della Corte d'appello, ha formulato parere nel senso della sussistenza di una relazione di incompatibilità *ex art.* 21 della circolare C.S.M. n. 12940 del 23 maggio 2007;
- i fatti accertati, quali sopra sintetizzati, conducono pienamente alla conclusione nel senso della insussistenza di ogni ipotesi di addebito disciplinare che sia parametrata sulla ipotetica violazione del dovere di comunicazione di situazioni inquadrabili tra le cause di incompatibilità per relazione di parentela con professionisti, di cui all'art. 18 del r.d. n. 12/1941, per le ragioni che si espongono di seguito;
- alla affermazione o negazione della esistenza di una violazione rilevante sul piano disciplinare è necessario premettere l'ambito della stessa sotto il profilo giuridico; si deve infatti doverosamente considerare che l'area di applicazione degli istituti della incompatibilità "funzionale" di cui agli artt. 18 e 19 dell'ord. giud. non coincide del tutto con l'area di applicazione della fattispecie disciplinare dell'art. 2, comma 1, lettera *b*), del d.lgs. n. 109/2006: i primi autorizzano, conformemente alla loro *ratio*, l'avvio della

correlativa procedura di trasferimento d'ufficio, appunto per incompatibilità di sede o funzione, secondo i presupposti e la procedura delineati dall'art. 2 del r.d. n. 511/1946, nel testo temporalmente applicabile e cioè quale sostituito dall'art. 26 dello stesso d.lgs. n. 109/2006, e, in questo ambito, ammettono certamente la eterointegrazione dell'area di efficacia dell'istituto posto dalla fonte primaria (art. 18 o 19) con le norme, di rango secondario, che al C.S.M. compete adottare nella propria funzione di organizzazione della giurisdizione, in forma di circolari o risoluzioni o delibere, trattandosi di ambiti strettamente amministrativi, in un rapporto di integrazione della fonte primaria con le disposizioni secondarie di dettaglio che danno attuazione e svolgimento alla prima e che così permettono la concreta applicazione delle previsioni di legge, nelle quali trovano la propria legittimazione; non è così, invece, per le fattispecie disciplinari e segnatamente per la ipotesi che qui viene in rilievo dell'art. 2, lettera *b*), del d.lgs. n. 109/2006, che, secondo la sua non equivoca formulazione, assoggetta a possibile sanzione disciplinare il fatto del magistrato che ometta la comunicazione al Consiglio Superiore di una delle situazioni di incompatibilità "di cui agli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario ... come modificati dall'art. 29 del [presente] decreto";

- il riferimento, chiaro ed esclusivo nella descrizione normativa dell'illecito disciplinare, ai casi che il legislatore considera come fondanti una situazione di incompatibilità secondo le previsioni delle norme richiamate, conduce a escludere, in prima approssimazione alla soluzione del presente caso, la possibilità di annoverare, tra i presupposti della violazione e cioè tra le "situazioni" di incompatibilità alle quali si fa riferimento, casi che *non* siano previsti non solo da fonti di rango primario ma proprio e soltanto dalle due fonti espressamente indicate cioè dagli artt. 18 e 19 dell'ord. giud.; una simile possibilità è infatti ostacolata dal principio di stretta legalità che informa il sistema delle sanzioni disciplinari (che, secondo consolidata giurisprudenza, si ascrivono al genere delle sanzioni amministrative), principio che impone di delimitare la incolpazione disciplinare a ciò che la legge prevede come presupposto della violazione (o, se previsto dalla legge, a fonti o atti di rango subordinato, ma appunto in quanto ciò sia prestabilito a livello primario: è il caso ad es. della violazione di cui alla lettera *n*) dell'art. 2 del d.lgs. n. 109/2006, relativo all'inosservanza di norme regolamentari o di altre disposizioni sul servizio giudiziario);
- la distinzione che precede è del resto riflessa anche nel differente



regime, non solo procedurale, ma anche sostanziale, che regola rispettivamente l'art. 2 della legge delle guarentigie e la applicazione della sanzione disciplinare per illecito: la prima essendo, nel testo novellato dal d.lgs. n. 109/2006, strutturata come violazione oggettiva o "senza colpa", la seconda richiedendo strutturalmente la componente soggettiva, dolosa o colposa secondo i singoli casi previsti nel catalogo delle violazioni; di qui, del resto, l'elaborazione dello stesso C.S.M. sul punto, con la risoluzione del 6 dicembre 2006, nella quale si è sottolineata la scelta di fondo di reciproca autonomia tra le due sfere, in tal modo escludendosi – con la soppressione della formula previgente dell'art. 2 ("qualsiasi causa *anche* indipendente da colpa") – la coesistenza dei due strumenti (conforme, Cass., sez. un. civ., n. 1994/2003, n. 27172/2006);

- la conseguenza di quanto detto finora è che la integrazione di una ipotesi di illecito disciplinare esige di fare riferimento esclusivo a quanto è previsto nell'art. 18 dell'ord. giud., restando ininfluenti a questo fine le autonome e diverse considerazioni che l'organo di autogoverno possa svolgere nel distinto ambito delle competenze in tema di trasferimento *ex* art. 2 della legge sulle guarentigie; ciò dunque permette fin d'ora di considerare irrilevanti le valutazioni – amministrative – che il Consiglio giudiziario locale ha ritenuto di esprimere sul punto (v. sopra nella parte espositiva);

ciò posto, deve escludersi in concreto la individuazione di una vicenda ascrivibile alle (omesse comunicazioni di) situazioni di incompatibilità descritte analiticamente nel testo dell'art. 18 ord. giud., perché: 1) la lettera *a*) di detta norma concerne l'attività professionale del parente "avanti all'*ufficio* di appartenenza del magistrato", ed è dato non controverso che alla data della proposizione della domanda per il conferimento dell'incarico direttivo il figlio del magistrato non esercitava patrocinio in alcuna controversia dinanzi all'*ufficio de quo* (Tribunale di X) (*omissis*); 2) le lettere *b*), *c*) e *d*) dell'art. 18 regolano ulteriori aspetti sempre retti dalla medesima pre-condizione di identità dell'*ufficio* di svolgimento della funzione del magistrato e di esercizio della professione del parente; 3) il terzo comma dell'art. 18 pone una presunzione legale di incompatibilità nel caso di tribunali organizzati in unica sezione, caso che non ricorre nella fattispecie; 4) il comma quarto dell'art. 18 pone una analoga presunzione per il rapporto tra magistrati preposti alla direzione di uffici, quando il parente o coniuge o affine eserciti la propria professione *presso l'ufficio* diretto dal magistrato, e come si è detto neppure questa condizione ricorre nella specie;

- in mancanza di presupposti normativi fondanti la relazione della

incompatibilità per relazione di parentela con un professionista, finisce perfino per risultare privo di rilievo – in questa sede, ripetesi; ferma la autonoma valutazione sotto la regola dell’art. 2 della legge sulle guarentigie – anche il dato della forma associata dell’esercizio professionale, ciò che verosimilmente ha orientato il Consiglio giudiziario a rendere parere nel senso della sussistenza della ragione di potenziale incompatibilità alla stregua dei più elastici criteri dettati della circolare n. 12940/2007 del 23 maggio 2007; ma questa indicazione è evidentemente non vincolante in sede disciplinare, sia per quanto già detto in ordine alla reciproca autonomia di valutazione tra le due sedi, sia perché detto parere non poteva considerare il vincolo derivante dal principio di stretta legalità che si è detto e sia infine, e comunque, nel merito, perché in realtà la valorizzazione della forma associata dell’esercizio professionale, che tiene conto della odierna diffusa realtà operativa della professione, e che mira opportunamente a evitare elusioni del precetto di imparzialità andando al concreto atteggiarsi della professione forense, non può tuttavia spingersi – non in questa sede, perlomeno – fino a delineare una sorta di responsabilità “oggettiva” o per estensione al singolo della imputazione di ogni attività svolta da ciascuno dei professionisti che hanno optato per l’esercizio professionale in forma associata: questa linea finirebbe infatti per risultare eccedente rispetto allo scopo, e pertanto immotivatamente restrittiva, se con essa si volesse obliterare del tutto il principio, fermo nella giurisprudenza della Corte regolatrice, per cui l’associazione professionale non “assorbe” la responsabilità del singolo e dunque non è essa il soggetto titolare del rapporto di prestazione di opera professionale, che resta intestato esclusivamente al singolo professionista e che vede dunque solo quest’ultimo quale parte del rapporto negoziale con il cliente (tra molte, Cass. n. 15633/2006; Cass. n. 13142/2003), escludendosi ogni forma di solidarietà debitoria (Cass. n. 22404/2004), e restando la forma associata un semplice strumento di condivisione degli oneri di spesa e di gestione di proventi, senza trasferimento, per questo, della titolarità individuale dei rapporti di prestazione allo studio professionale e senza dunque istituire alcuna legittimazione così attiva come passiva di tipo concorrente dell’associazione medesima (Cass. n. 6994/2007); il che, trasferito sul terreno disciplinare, significa che in tanto potrebbe valorizzarsi lo strumento associativo in quanto comunque risulti una concreta ed effettiva attività di prestazione del singolo professionista presso l’ufficio giudiziario, così come del resto è in

parte sottinteso anche a fini di applicazione dell'art. 2 L.G. nella stessa circolare 12940/2007 del 23 maggio 2007 già citata, nella parte in cui (punto 10) valuta il rilievo della società o associazione professionale in quanto operi non solo presso lo stesso ufficio del magistrato ma anche nello stesso settore di attività, escludendo la incompatibilità se si tratti di materie specialistiche differenziate e affermando – con pertinenza, a ben vedere, anche sul caso in esame – che “non sussiste di regola incompatibilità se il professionista ... eserciti presso una sede secondaria della società di professionisti ovvero presso una struttura decentrata rispetto alla sede principale”, previsione questa che finisce per sterilizzare in concreto anche la possibile accentuazione del dato della esistenza di un mero “recapito” in altra città, cioè in X oltre la sede centrale di Y (dato che del resto finirebbe per allargare a dismisura l'intreccio di relazioni di incompatibilità; v. nel caso di specie la esistenza di un recapito dello studio Mevio anche nella città di Z) (...)

### **3. Inosservanza dell'obbligo di astensione (art. 2, comma 1, lett. c).**

*Il tema della violazione dell'obbligo di astensione è tra i più ricorrenti in materia disciplinare; principalmente in quelle procedure che traggono origine da esposti di privati cittadini che denunciano un'asserita “parzialità” di giudici e pubblici ministeri.*

*In un provvedimento di archiviazione del 23 ottobre 2009<sup>148</sup>, adottato nell'ambito del procedimento n. 1301/09/SD2, la Procura, oltre a definire l'ambito ed i limiti del dovere di astensione del giudice alla stregua della normativa vigente, ha affrontato la problematica dei rapporti fra accoglimento della dichiarazione di ricsuzione e violazione dell'art. 2, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109. Si legge nel citato provvedimento:*

1. Il presente fascicolo predisciplinare ha origine nella “segnalazione per l'esercizio dell'azione disciplinare contro il dott. Tizio, g.i.p. del Tribunale di B”, indirizzata a questo ufficio dall'avvocato C, difensore del notaio D, indagato – con altra persona – per il reato di peculato continuato in un procedimento penale.

Il difensore premette (a) che il giudice per le indagini preliminari

---

<sup>148</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Carmelo SGROI.

ha adottato nei confronti del notaio provvedimenti di custodia cautelare, in relazione alla contestazione di diversi fatti di appropriazione personale di somme a lui versate quale delegato alle operazioni di vendita nell'ambito di procedure esecutive immobiliari (in particolare, per avere il notaio versato le somme costituenti i prezzi delle aggiudicazioni su un proprio conto corrente bancario e per avere fatto uso delle somme medesime con operazioni di acquisto di titoli e di diritti di opzione); (b) che lo stesso giudice era, in precedenza, il giudice delle procedure esecutive nel cui ambito il notaio era stato delegato alle operazioni di vendita; (c) che, proposta istanza di ricusazione del dott. Tizio, e dopo alterne vicende procedurali (una prima dichiarazione di inammissibilità per tardività dell'istanza era stata annullata dalla Corte di cassazione), la Corte d'appello di E, con provvedimento del 19-24 novembre 2008, aveva infine accolto l'istanza di ricusazione, ravvisando l'ipotesi di cui all'art. 36, comma 1, lettera a), c.p.p. (interesse nel procedimento), richiamata dall'art. 37, comma 1, lettera a), c.p.p.; e, su queste premesse, formula una espressa sollecitazione all'avvio dell'azione disciplinare nei riguardi del dott. Tizio, evidentemente nella prospettiva della violazione di cui all'art. 2, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 109/2006, che prevede quale condotta disciplinare nell'esercizio delle funzioni la "consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge".

*Omissis.*

5. L'esposto ora in esame comporta la soluzione di tre questioni.

*Omissis.*

B) La seconda, una volta che si ritenga ovviamente non sussistere la preclusione del punto che precede, è se e in che misura la determinazione della corte territoriale che ha accolto l'istanza di ricusazione possa o debba essere considerata in sede disciplinare come fonte *diretta* di una incolpazione a carico del magistrato, sotto il titolo dell'art. 2, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 109/2006.

C) La terza, evidentemente connessa a sua volta alla soluzione di cui al punto B), è se invece vi sia, ai fini delle valutazioni in materia disciplinare, la necessità di una considerazione autonoma da parte dell'ufficio, e in quali termini e limiti, in rapporto a ciò che la legge dispone sia quanto alla fattispecie ipotizzabile sia quanto al più generale assetto dei rapporti tra sede penale e sede disciplinare; nonché, ulteriormente, se in

concreto, nel caso di specie, la valutazione in ambito disciplinare sia in sintonia con quanto affermato nell'ambito dell'incidente di ricusazione.

*Omissis.*

7) Quanto al secondo aspetto, *sub B*), la disciplina legislativa conduce a escludere in termini generali che il provvedimento della corte d'appello che accoglie una istanza di ricusazione del magistrato sia *per ciò solo* costitutiva di un addebito disciplinare, come invece sembra voler prospettare l'esponente tramite il suo difensore, e ciò per due concorrenti ordini di argomentazioni.

Una prima ragione è di ordine processuale.

L'ambito disciplinare e quello penale, anche secondo costante giurisprudenza di legittimità e della Sezione disciplinare del C.S.M., rispondono a interessi diversi e hanno differenti presupposti (basti pensare alla "naturale" caratterizzazione colposa dell'illecito disciplinare, o alla precedente formula a fattispecie aperta dell'art. 18 del r.d.lgs. n. 511/1946), che si riflettono sia nella formulazione delle fattispecie sia nella regolazione delle procedure che sono apprestate in relazione a ciascun ambito. Ciò non toglie, in particolare dopo la tipizzazione degli illeciti *ex d.lgs. n. 109/2006*, che sussistano delle interferenze, sostanziali e procedurali: la prima di tali interferenze è ovviamente la considerazione disciplinare di un fatto commesso dal magistrato che costituisca *anche* reato, ma altri aspetti di intreccio sono – frequentemente – ravvisabili nella concomitanza della pendenza di due procedure, penale e disciplinare (sia in fase predisciplinare che in quella successiva all'azione), nella utilizzabilità di atti dell'una nell'ambito dell'altra e così via.

Il criterio di definizione di queste interferenze, proprio nel rispetto del principio di legalità che è presupposto in entrambi gli ambiti, deve trovare la propria risposta nella legge; e infatti la normativa regola, con disposizioni *ad hoc*, tali rapporti: sia sul piano degli effetti esterni delle decisioni assunte in sede penale, con l'art. 653 c.p.p. e con il simmetrico art. 20 del d.lgs. n. 109/2006, ma anche con le previsioni sostanziali di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 109/2006 (illeciti "conseguenti" a reato); sia sul piano delle implicazioni procedurali, con le puntuali disposizioni che su tale aspetto sono contenute nello stesso d.lgs. n. 109/2006 (art. 15, comma 8; art. 16; artt. 21-23 sulle misure cautelari). Il compendio di queste norme è il termine di riferimento al quale si deve guardare in ogni caso che proponga una questione di relazioni tra le due sedi e di effetti di provvedimenti adottati nell'una (penale) rispetto al merito della decisione da prendere nell'altra (disciplinare);

e questo termine di riferimento della legislazione, conformemente alla natura processuale delle singole disposizioni e al loro porsi come regolazioni che, in maggiore o minore misura, derogano al principio di fondo dell'autonomia reciproca tra ambito penale e ambito disciplinare, è soggetto a stretta interpretazione e applicazione, escludendo applicazioni estensivo-analogiche o anche solo ricostruzioni interpretative che incrementino, oltre il ragionevole, l'influenza che una decisione può produrre sull'altra.

Ciò posto, alla stregua di detti criteri, il dato di partenza è che né nella legge processuale penale né nella disciplina del d.lgs. n. 109/2006 è stabilita la regolazione degli effetti della decisione adottata a norma dell'art. 41 c.p.p. dal giudice della ricusazione rispetto alla procedura disciplinare, e ciò comporta con ogni evidenza che non si possa fare capo alla normativa sul "giudicato" penale (artt. 653 c.p.p e 20 d.lgs. n. 109/2006), che concerne solo la pronuncia sul merito della imputazione all'esito del giudizio e che inoltre attiene alla coincidenza della qualità di imputato con quella di incolpato, dati entrambi insussistenti.

Una seconda ragione è di ordine sostanziale.

L'elemento di collegamento è presente a livello della formulazione della fattispecie di illecito disciplinare tipizzato, là dove l'art. 2, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 109/2006 sanziona la "violazione consapevole del dovere di astensione *nei casi previsti dalla legge*", con rimando materiale alla catalogazione dei relativi presupposti quali definiti dalla legge processuale, civile e penale.

Ma neppure sotto questo angolo visuale potrebbe pervenirsi a condividere il ragionamento implicito dell'esponente, per cui la decisione sulla ricusazione vincolerebbe, a modo di giudicato esterno, le scelte del titolare dell'iniziativa disciplinare e poi lo stesso giudice disciplinare. Non solo infatti quel rinvio ai "casi" legali di astensione (e derivatamente di ricusazione) non implica alcuna efficacia inter-procedimentale, ma a ben vedere anzi la stessa astratta previsione disciplinare contiene un elemento di ulteriore differenziazione, che valorizza la prospettiva della piena autonomia valutativa in sede disciplinare: il requisito di "consapevolezza" richiesto dalla disposizione, che atteggia come necessariamente "dolosa" questa specifica ipotesi disciplinare, costituisce infatti un requisito che invece non è richiesto in sé dalla legge processuale, che guarda al fatto di non astenersi non quale espressione di caduta deontologica ma piuttosto come lesione obiettiva della garanzia di terzietà e imparzialità, restando perciò indifferente, per la definizione dell'incidente di astensione e di ricusazione, l'atteggiamento interiore e soggettivo del magistrato.

Infine, non è privo di rilievo – sempre nella convergenza verso la conclusione della autonomia e non dell'effetto vincolante – il fatto che la previsione disciplinare concerne l'astensione in sé, che può anche non sfociare in un incidente procedimentale di ricusazione del giudice: se si affermasse l'influenza automatica di una determinazione comunque presa in materia di astensione, *ex artt.* 36-37 c.p.p. (ad es. con il decreto del presidente dell'ufficio competente, a norma dell'art. 36, comma 3, c.p.p.) ovvero *ex art.* 51 c.p.c. (ad es. con il provvedimento del capo dell'ufficio che autorizza il giudice ad astenersi), si dovrebbe sostenere una anomala forma di automatismo disciplinare per il sol fatto che sia stata ravvisata una ragione di astensione/ricusabilità, anche quando ad es. tra la verifica della ipotesi di astensione e la proposizione della dichiarazione da parte del magistrato intercorra un tempo con la trattazione dell'affare o l'adozione di atti, e dunque perfino nonostante la auto-estromissione del magistrato interessato; il tutto, peraltro, assegnando efficacia giuridica in ambito disciplinare (che ha caratteri di giurisdizione) a una decisione di natura amministrativa, quale è quella sulla dichiarazione di astensione (per l'ambito penale, da ultimo, Cass., sez. V, n. 33356/2008).

Deve perciò concludersi, quanto alla questione in B), nel senso che la decisione che la Corte d'appello di E ha adottato in data 24 novembre 2008, accogliendo la istanza per la ricusazione del dott. Tizio, non ha di per sé portata cogente nel senso di *imporre* l'avvio dell'azione disciplinare nei riguardi del magistrato ricusato.

8. Quanto detto finora non equivale, ovviamente, ad affermare l'irrilevanza totale di detto provvedimento, del quale invece si deve tenere conto, per valutarne – alla luce dei dati che sono acquisiti – la sostenibilità quale base di un addebito disciplinare secondo il più volte citato art. 2, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 109/2006, in particolare considerandone, ai fini delle competenze che spettano all'ufficio, la corrispondenza al modello legale di riferimento.

Questa comparazione conduce pienamente a formulare una conclusione difforme rispetto a quella adottata dalla Corte d'appello di E, e dunque a fornire al quesito conclusivo, in C), una risposta nel senso della divergenza e con essa della archiviazione del presente procedimento predisciplinare nei riguardi del magistrato, per le ragioni che si sintetizzano di seguito.

9. La Corte territoriale, dopo avere fatto richiamo a precedenti della giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 316/2000 sulla possibile connotazione "morale" dell'interesse), mutua *tout court* l'impostazione dell'esponente, e ravvisa l'"interesse" personale del magistrato nel

rilievo (a) della “inopportuna sovrapposizione di ruoli giurisdizionali nella persona dello stesso magistrato” (pag. 3); (b) segnatamente, nella circostanza dell’essere stato il dott. Tizio dapprima il giudice assegnatario delle procedure esecutive che aveva delegato al notaio D le operazioni di vendita con incanto, ai sensi dell’art. 591-*bis* c.p.c., e poi il giudice per le indagini preliminari che aveva adottato provvedimenti applicativi di misure cautelari personali nei riguardi dell’indagato; (c) nella considerazione secondo cui gli accertamenti in sede penale, anche solo relativi alla fase cautelare sul *fumus* di colpevolezza, sarebbero stati tali da “inevitabilmente riflettersi sulla valutazione dell’operato del giudice dell’esecuzione, cui [poteva] in astratto essere contestata (in sede disciplinare o para-disciplinare, ad es. in occasione del giudizio di professionalità ai fini della progressione in carriera) l’omessa o negligente vigilanza sull’operato del professionista delegato”, ciò cui invece egli era tenuto appunto quale giudice dell’esecuzione; (d) più in particolare, nella ulteriore considerazione della linea difensiva impostata dall’indagato, il quale, assumendo il difetto di vigilanza e l’omissione da parte del dott. Tizio quanto alla indicazione del conto corrente bancario sul quale versare gli importi corrispettivi delle vendite forzate, in violazione dell’art. 591-*bis* c.p.c., si sarebbe in pratica trovato nella condizione di compiere “inevitabilmente” gli illeciti che gli erano stati contestati. Di qui, il sospetto, ad avviso della Corte d’appello, della perdita di neutralità del giudice, perché potenzialmente condizionato, nel procedimento penale, a difendere il proprio operato quale giudice dell’esecuzione e simmetricamente portato a cercare “con decisioni processuali di particolare rigore (specie in materia cautelare) ... di fugare ogni possibile sospetto di possibile tolleranza o di omessa vigilanza nei riguardi della condotta posta in essere [dal notaio] in virtù della delega concessa, e ciò al fine di prevenire eventuali contestazioni di natura disciplinare” (pag. 4-5).

Nessuno di questi rilievi risulta tuttavia coerente con il modello legale di riferimento, cioè con la previsione dell’art. 36, comma 1, lettera a), c.p.p..

9.1. In primo luogo, la stessa preliminare attribuzione di una “inopportuna sovrapposizione” di funzioni giudiziarie in capo al medesimo magistrato è impropria, non solo naturalisticamente – perché è evidente che si tratta di funzioni svolte in relazione di successione temporale, non di concomitanza – ma soprattutto giuridicamente. L’argomento, infatti, evoca – oltretutto nel segno di un giudizio di “inopportunità” di cui non si ravvisa la fonte normativa – semmai una sorta di incompatibilità di funzioni: sembra volere alludere al fatto che



la consecuzione tra la funzione di giudice dell'esecuzione e g.i.p. che adotta atti in procedimenti penali commessi dal terzo in occasione dell'esecuzione stessa non sia già di per sé legittima.

In questo modo, non solo la Corte territoriale ha definito una figura *praeter legem* di incompatibilità, non stabilita né da una norma né da alcuna delle pur numerose pronunce additive della Corte costituzionale in materia, ma soprattutto ha trattato la questione che le era rimessa, cioè la considerazione della sussistenza di una ragione *concreta* di lesione della garanzia dell'imparzialità, legata al caso di specie, come se fosse invece – anche – una relazione tra funzioni considerate in astratto e in via predeterminata. Ha, quindi, sovrapposto a un criterio proprio della decisione affidatale, che era quello di stabilire se nel caso di specie vi fosse o non vi fosse una situazione che imponeva l'astensione (art. 36 c.p.p.), un criterio di valutazione *ex ante* che invece solo il legislatore è abilitato a fissare, ponendo regole di incompatibilità tra funzioni nell'ambito dello stesso o di distinti procedimenti (art. 34 c.p.p.) (cfr., per la distinzione tra i due ambiti, Corte cost. nn. 306, 307 e 308/1997).

9.2. In secondo luogo, il provvedimento in discorso non è condivisibile neppure là dove la Corte sembra invece andare al caso specifico, e cioè nella parte in cui essa ravvisa l'interesse del magistrato nelle eventuali implicazioni disciplinari/professionali legate al pregresso modo di conduzione o gestione delle procedure esecutive.

Questa valutazione arretra la rilevazione giudiziale dell'"interesse" *ex art. 36, lettera a), c.p.p.*, fino a una soglia di pericolo astratto puramente potenziale e perfino congetturale. Altro è infatti il riferimento, anche presente nella giurisprudenza di legittimità, alla possibile qualificazione solo "morale" di detto interesse, e su questo aspetto non v'è ovviamente dissenso; ma ben altro è classificare all'interno di quel requisito una prospettiva, disciplinare o di altro genere, che non trova riscontro alcuno nella legge. Non è dato comprendere, infatti, e non è spiegato, *quale* sia l'addebito disciplinare che, in assenza di iniziative o della pendenza di procedure disciplinari o predisciplinari nei riguardi del magistrato (se non quella legata all'esposto primitivo, che ovviamente non rileva poiché attiene alla astensione, non alla gestione del processo di esecuzione), fosse anche ipoteticamente configurabile a carico del dott. Tizio per il modo con cui aveva trattato le procedure espropriative, del resto affidate al notaio nei momenti essenziali della vendita e della predisposizione del decreto di trasferimento.

In realtà anche su questo punto l'impostazione del provvedimento di ricasazione ripete il ragionamento dell'esposto (e dei solleciti all'a-

stensione o della istanza di riconsuazione: poiché l'indagato adotta una linea difensiva che, a giustificazione delle condotte a lui contestate *sub art. 314 cod. pen.* come appropriate del denaro versato dagli acquirenti degli immobili espropriati, deduce essere stato *inevitabile* il versamento su un proprio conto corrente personale, in difetto di diverse indicazioni da parte del giudice, ecco che quest'ultimo, per tale sua lacuna od omissione, avrebbe interesse a una conduzione parziale – più severa – del procedimento nel quale riveste la funzione di g.i.p. e in cui è indagato l'autore dei fatti di appropriazione.

Anche al di là della reversibilità logica dell'argomento (il magistrato avrebbe potuto con pari plausibilità propendere per un ridimensionamento della vicenda, così da attutirne la rilevanza anche *pro se*), è agevole replicare che l'argomento sopra esposto porta alla conseguenza inammissibile della "scelta" del proprio giudice da parte dell'indagato, nella misura in cui viene ravvisata una ragione di "interesse" del primo nelle sole allegazioni difensive del secondo, e non in elementi esterni e oggettivi. Del resto, se non spetta certamente a questo ufficio svolgere qui una valutazione incidentale sulla fondatezza delle ragioni dell'accusa e della difesa nel procedimento di merito, non può però non osservarsi, ai limitati fini della presente decisione, come l'assunto della "inevitabilità" delle condotte appropriate del notaio indagato, quale effetto diretto della mancanza di indicazioni operative di segno diverso da parte del giudice dell'esecuzione, non venga scrutinato dalla Corte d'appello, non nella sua plausibilità (che è il merito del processo) ma nella sua pertinenza alla fattispecie di astensione dedotta; nel senso che non è spiegato quale sia il nesso, affermato ma indimostrato, tra la pretesa omissione procedurale e la condotta successiva del notaio, al quale non è tanto o soltanto contestato il fatto del versamento sui propri conti correnti personali di somme rilevanti (intorno ai due milioni di euro) quanto la loro *utilizzazione* per operazioni di investimento in titoli e in acquisto di diritti di opzione, cioè il fatto di disporre quale proprietario di somme invece non disponibili perché afferenti alle numerose procedure esecutive: cfr. non solo la memoria *ex art. 127 c.p.p.* della Procura della Repubblica di B in data 26 aprile 2007, nonché l'analitico e motivato provvedimento del g.i.p. che disponeva la misura cautelare, ma anche la conferma in sede di riesame e – sul punto – la conferma indiziaria in sede di legittimità, dove la misura è rivista solo sotto il profilo delle esigenze cautelari e nella quale la Corte regolatrice afferma che l'ipotizzata irregolarità in sede esecutiva – cioè il difetto di indicazione del conto corrente da parte del giudice dell'esecuzione – è "priva di consistenza", essendo agevole replicare non solo che a

tale irregolarità si sarebbe potuto ovviare con ricorso al deposito giudiziario o sollecitando al giudice dell'esecuzione istruzioni al riguardo, ma anche che la condotta (del notaio) "assunse i caratteri dell'illiceità nel momento in cui l'indagato, venendo meno ai propri doveri pubblicistici, aveva disposto delle somme come cosa propria, investendole in operazioni speculative, indice questo dell'*interversio possessionis*" (Cass. 10-30 luglio 2007, n. 30976, par. 5-b del diritto).

Anche sotto questo profilo, della mancata esplicitazione di come la rilevata frattura causale tra ipotetica omissione del magistrato e fatti ascritti all'indagato possa essere ricomposta nel segno della alterazione della imparzialità del giudice, o in altri termini di quale possa essere il concreto elemento di influenza della gestione attuale del procedimento penale rispetto al passato processo esecutivo, il provvedimento della Corte d'appello di E non sembra potere essere condiviso.

Ma, ancor più in particolare e decisamente, nella fattispecie rimessa all'esame dell'ufficio risulta fare difetto *a priori* la stessa prospettabilità di quella omissione in sede esecutiva alla quale il giudice della ricsuzione ha assegnato così consistente rilievo fino a tradurla nel requisito dell'interesse personale del giudice.

Come risulta in atti, infatti, nell'ambito delle procedure esecutive nelle quali il notaio è stato designato quale delegato alle operazioni di vendita, i provvedimenti di designazione – che stabiliscono le modalità concrete di tale incarico pubblico – risultano adottati nel corso del 2005 (cfr. l'ordinanza applicativa della misura cautelare personale, capi C), D), E), F), da cui si trae che le designazioni del notaio delegato alle vendite erano datate dicembre 2000, maggio 2005 e giugno 2005, e che i fatti appropriativi, ovviamente successivi rispetto sia ai provvedimenti di designazione del notaio sia alle operazioni di vendita e versamento del prezzo, si collocano tra il 2005 e il 2006); cioè *prima* del 1° gennaio 2006, data della entrata in vigore della modifica dell'art. 591-*bis* c.p.c., recata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 33, convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, con l'introduzione del comma ottavo secondo cui "Le somme versate dall'aggiudicatario sono depositate presso una banca indicata dal giudice".

Questa disposizione espressa, introdotta dal legislatore per codificare alcune prassi giudiziarie e per disciplinare aspetti operativi del meccanismo di delega delle vendite ai notai e ad altri professionisti abilitati, è norma ordinatoria del processo esecutivo, non sanzionata – nella ipotesi di sua mancata applicazione – da conseguenze invalidanti sul rito e altresì agevolmente ripristinabile, se pretermessa, all'interno della normale interlocuzione tra i soggetti del processo esecutivo,

improntato a ridotta formalità e alla naturale modificabilità dei provvedimenti del giudice (artt. 486, 487 c.p.c.), e ciò sarebbe già ragione sufficiente per escludere che il solo fatto di non avere disposto sul punto possa *ex se* condurre a una contestazione disciplinare per il giudice sotto il profilo della “grave e inescusabile violazione di legge”. Ma è evidente che ancor prima non potrebbe porsi neppure in astratto un quesito di ipotetica valenza disciplinare, quando la norma non è neppure esistente; e ciò rafforza in via conclusiva la valutazione di difformità della presente determinazione rispetto alle argomentazioni del giudice che ha accolto l’istanza di ricasazione.

*Omissis.*

11. Deve quindi concludersi, per tutte le ragioni fin qui esposte, nel senso che non è ravvisabile alcuna violazione del dovere di astensione nel fatto di avere adottato provvedimenti *de libertate* e deve per questo disporsi l’archiviazione della presente procedura predisciplinare.

12. Resta impregiudicata una diversa considerazione del caso in dipendenza dello sviluppo del procedimento penale che, a seguito del primo esposto-denuncia del notaio, risulta iscritto e tuttora pendente dinanzi all’autorità giudiziaria di F, in relazione a eventuali ipotesi disciplinari *ex art. 4* del d.lgs. n. 109/2006; ma il non remoto termine annuale assegnato all’ufficio per le proprie decisioni sul punto impone allo stato la presente definizione.

*Ancora in tema di astensione, in una procedura originata da un esposto dei difensori di un creditore esecutante i quali si erano lamentati del fatto che il giudice dell’esecuzione, a fronte della opposizione agli atti esecutivi presentata avverso un suo provvedimento, ne avesse disposto l’assegnazione a sé senza astenersi dalla trattazione della relativa causa, con ciò causando una situazione di pregiudizio per le parti, dovendosi ritenere giudice non-imparziale colui che si trovi a giudicare sulla legittimità di un provvedimento dal medesimo pronunciato, con provvedimento di archiviazione datato 14 gennaio 2009<sup>149</sup>, adottato nell’ambito del procedimento n. 273/08/SD2, è stato rilevato che il dott. Tizio era, pacificamente, il giudice dell’esecuzione promossa dalla società creditrice; una volta promosso il giudizio di cognizione, era lo stesso giudice dell’esecuzione a dover trattare la fase cautelare dello stesso, senza che in quella sede potessero valere i criteri di assegnazione ad altro giudice di tali*

---

<sup>149</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Ignazio Giovanni PATRONE.

cause che avrebbero potuto, eventualmente, aversi una volta impartiti dal giudice dell'esecuzione i provvedimenti relativi alla procedura esecutiva ed alla sua (possibile) sospensione; ciò è stato ben chiarito dal presidente del Tribunale di B nella nota inviata al presidente della Corte di appello e quindi trasmessa a questo ufficio. Nessun dovere di astensione è stato perciò, neppure ipoteticamente, violato dal magistrato, il quale risulta aver svolto le sue funzioni nel rispetto delle disposizioni di legge e di organizzazione dell'ufficio.

*Un ulteriore caso del quale si è occupata ha tratto origine dalla "notifica" alla Procura di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo con il quale il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 6 della Convenzione sotto due profili: a) il mancato rispetto del principio della precostituzione del giudice; b) la violazione del principio dell'imparzialità del giudice. Le dedotte violazioni avrebbero tratto origine dalla sentenza della Corte di cassazione n. 9654/09, che ha rigettato il ricorso col quale il ricorrente aveva censurato la sentenza di una corte di appello con due motivi, uno dei quali fondato sulla nullità della decisione per irregolare costituzione del giudice di appello, ex art. 161 c.p.c., in relazione all'art. 51, primo comma, stesso codice.*

*Con il ricorso alla Corte di Strasburgo l'esponente ha reiterato le sue censure, questa volta sotto un profilo direttamente disciplinare, sostenendo che la mancata astensione del giudice della corte di appello e la successiva pronuncia della Cassazione costituirebbero illecito ai sensi dell'art. 2, lett. c, del d.lgs. n. 109 del 2006, ciò che, in ipotesi, non sarebbe stato doverosamente rilevato né dai componenti del collegio né dal procuratore generale di udienza.*

*Con provvedimento 2 ottobre 2009<sup>150</sup>, adottato nell'ambito del procedimento n. 960/09/SD1, l'esposto è stato archiviato per le seguenti ragioni:*

La Corte di cassazione, con la sentenza contestata dall'esponente sotto il profilo disciplinare, ha applicato la consolidata giurisprudenza di legittimità secondo la quale "in mancanza dell'esercizio del diritto di ricusazione, la violazione dell'obbligo di astensione da parte del giudice, per una delle cause previste nell'art. 51, primo comma, n. 3 c.p.c. non è deducibile in sede di impugnazione come motivo di nullità della sentenza da lui emessa"; cfr. fra le molte la recentissima sentenza sezione III, n. 12263 del 27 maggio 2009 (rv. 608576), secondo la quale "La sentenza pronunciata da un giudice che abbia violato l'obbligo di astenersi, di cui all'art. 51, n. 1, c.p.c., è nulla soltanto se quel

---

<sup>150</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Ignazio Giovanni PATRONE.

giudice aveva un interesse proprio e diretto nella causa, tale da porlo nella qualità di parte del giudizio. Negli altri casi la violazione dell'obbligo di astensione può costituire solo motivo di ricusazione, con la conseguenza che quella violazione resta ininfluyente se la relativa istanza non è tempestivamente proposta”.

Non è perciò neppure ipotizzabile alcuna violazione disciplinare da parte dei magistrati componenti il collegio della Cassazione che all'udienza del 25 marzo 2009 hanno esaminato e deciso il ricorso dell'esponente; infatti, secondo l'art. 2 del d.lgs. n. 109 del 2006, “l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare”, il che — di tutta evidenza — vale per la Corte regolatrice che applica, nel singolo caso, un proprio granitico orientamento.

Per quel che concerne l'asserita violazione dell'obbligo di segnalazione ai titolari della azione disciplinare, è ovvio che, non avendo la suprema Corte affrontato il merito della censura del ricorrente sotto il profilo della sussistenza o meno della causa di astensione in capo ad un componente del collegio della Corte territoriale, nessun rilievo può essere svolto al riguardo; in ogni caso tale obbligo è imposto, dall'art. 14, comma 4, del d. lgs. n. 109 del 2006, solo ai dirigenti per gli illeciti commessi dai magistrati del loro ufficio.

Infine, per quanto concerne l'obbligo di astensione da parte del magistrato del collegio della corte di appello investito del giudizio sull'appello avverso una sentenza del tribunale del distretto, fondato su di una asserita inimicizia dello stesso verso il patrono dell'attore, occorre osservare che l'art. 2, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 109 del 2006 prevede che costituisce illecito disciplinare “la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge”; nel caso in esame, ancorché nel ricorso per cassazione la parte avesse qualificato il vizio della sentenza quale difetto di composizione del giudice *ex artt.* 161 e 51, comma 1, n. 3 c.p.c., in realtà si trattava, a tutto concedere, di un caso di “gravi ragioni di convenienza” (art. 51, comma 2, c.p.c.).

Invero, come risulta dal testo dello stesso ricorso oggi inoltrato alla Corte europea, la ragione dell'astensione sarebbe consistita nell'essere il magistrato in causa dinanzi alla giurisdizione amministrativa quale controparte di altro soggetto, diverso dall'attore, ma pur sempre patrocinato dall'avvocato di questi; situazione ... che, *ictu oculi*, non crea una “grave inimicizia” ma, al più, una situazione di convenienza per la quale l'astensione sarebbe stata facoltativa e non certo obbligatoria.

#### **4. Comportamenti scorretti nei confronti delle parti, dei difensori, dei collaboratori e di altri magistrati (art. 2, comma 1, lett. d).**

*In tema di rapporti fra capo dell'ufficio di procura e magistrati adde-  
detti, chiamata a valutare una vicenda avente ad oggetto: a) la mancata  
informazione del capo dell'ufficio circa la decisione di iscrizione per un  
grave reato nei confronti di un senatore della Repubblica; b) l'esistenza  
di dissensi tra i magistrati co-assegnatari del procedimento circa l'utilità  
od opportunità procedurale del provvedimento; c) il carattere "imperati-  
vo" della disposta iscrizione pur in presenza di dette contrastanti opinio-  
ni, la Procura generale ha ritenuto, con provvedimento di archiviazione  
del 24 giugno 2008<sup>151</sup>, adottato nell'ambito del procedimento n.  
486/08/SD1, che:*

*Omissis.*

<<- il profilo logicamente preliminare è quello che attiene alla considerazione della eventuale ravvisabilità di elementi di illegittimità o comunque di abuso procedurale nella attività di iscrizione nel registro delle notizie di reato, *ex art. 335 c.p.p.*, quale posta in essere dai magistrati indicati (punti b e c, *supra*);

- questa qualificazione appare, in base agli stessi elementi informativi raccolti dal procuratore della Repubblica che ne dà notizia, da escludersi, per il concorso delle seguenti considerazioni:

- 1) il fatto in sé considerato della iscrizione di una persona (unitamente ad altre 43) nel registro degli indagati, con provvedimento a firma del magistrato assegnatario del procedimento penale – nella specie, del dott. Tizio, Procuratore aggiunto – oltre che a firma di un sostituto (il dott. Caio), risulta con evidenza sottratto a ogni ipotetica valutazione in ambito disciplinare: il dott. Tizio, infatti, è il magistrato *coordinatore* della Direzione distrettuale antimafia e in tale veste assume la responsabilità delle determinazioni che l'ufficio è chiamato a prendere nella sfera di competenza assegnata a quella articolazione funzionale dell'ufficio, *ex art. 70-bis r.d. n. 12/1941*;
- 2) la mancanza della sottoscrizione – e dunque della concorde opinione – degli altri magistrati ..., coassegnatari ma *non* in base al-

---

<sup>151</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Carmelo SGROI.

l'art. 70-*bis* citato, non è dunque in sé suscettibile di assumere rilievo, proprio in ragione della posizione "aggiuntiva" e in una certa misura collaterale rivestita, non potendo essere predicabile una sorta di veto dei coassegnatari;

- 3) per quanto detto al punto che precede, la considerazione che può attribuirsi a quella mancata adesione di due sostituti all'iniziativa dell'iscrizione si trasferisce su un piano del tutto diverso, e cioè quello del *merito* della determinazione circa l'iscrizione; sul punto, deve necessariamente pervenirsi alla piena esclusione di una simile valutazione, per due ragioni:

3.1) la prima, generale e di metodo: nel senso che è da escludere in linea di principio un sindacato dall'esterno, in ambito disciplinare, di scelte della magistratura inquirente che attengono alla consistenza di un quadro indiziario tale da determinare la necessità della iscrizione, perché ciò costituirebbe una non consentita duplicazione di apprezzamenti che spettano all'area della giurisdizione, non diversamente da quanto costantemente considerato rispetto al contenuto decisorio delle sentenze, salvo il limite di macroscopica abnormità che qui non entra in gioco (cfr. la clausola di salvaguardia della "valutazione del fatto" di cui all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 109/2006); né evidentemente questo ufficio dispone – o potrebbe disporre – del materiale indiziario fondante la iscrizione e su di esso effettuare una valutazione, ora per allora, della adeguatezza a quel fine (si tratta, per quanto risulta *ex actis*, di indagini svolte in relazione a delicati aspetti di infiltrazioni di tipo mafioso nell'attività di istanze pubbliche);

3.2) la seconda, specifica e di contenuto legato alla fattispecie: perché la formulazione del dissenso dei due sostituti rispetto alla ulteriore iscrizione, peraltro loro preannunciata dal coordinatore, appare in qualche misura contraddittoria e pertanto ininfluenza, là dove ... essa si basava sulla considerazione di inadeguatezza dei "nuovi" elementi forniti dall'investigazione di p.g. rispetto alla iscrizione del reato associativo a carico di molte persone e tra esse del parlamentare, ma al contempo assumeva che quelle nuove ulteriori iscrizioni si "sovrapponevano" a procedimenti già pendenti e iscritti da tempo, con una ipotizzata duplicazione delle indagini, quelle già in corso e quelle ulteriori, il che presuppone evidentemente la medesima consistenza degli elementi delle une e delle altre; non senza considerare, da un punto di vista logi-



co, che la affermata duplicazione non potrebbe valere *a priori* in riferimento a persona (il parlamentare) per la quale l'iscrizione di cui si discute costituisce la prima iniziativa procedurale in assoluto;

- 4) una volta esclusa l'incidenza del mancato assenso dei magistrati coassegnatari, non si delinea, nella pura e semplice determinazione di procedere alla iscrizione, alcuna ulteriore ragione di considerazione disciplinare, trattandosi di atto dovuto e non costituendo d'altro canto il contenuto lasso di tempo tra la valutazione delle informazioni di p.g. ... e la susseguente iscrizione nel registro un ritardo apprezzabile, apparendo piuttosto quel periodo giustificabile proprio in ragione della relativa opinabilità e della delicatezza del caso;
- quanto alla ipotetica censura di mancata richiesta di un coordinamento del procuratore titolare dell'ufficio (punto a, *supra*), essa non sembra sorretta né da una prescrizione legislativa che possa per questo dirsi violata (non contenendo il d.lgs. n. 106/2006 alcuna indicazione in tale senso), né – al di là di pur condivisibili notazioni circa l'opportunità di una iniziativa informativa – da una particolare cogenza di carattere pratico in termini di opportunità: una volta assunta la responsabilità del coordinamento della D.D.A., è al magistrato che ne è investito che spetta la composizione della difformità di vedute tra i magistrati coassegnatari; né la indicazione del procuratore della Repubblica, che sottolinea la specifica delicatezza del caso, può in sé mutare questa conclusione: non, in particolare, per considerazioni legate allo *status* della persona indagata – giacché la questione concerne 44 persone, semmai – e neppure per la gravità oggettiva dell'addebito penale – che, al contrario, renderebbe discutibile una pregiudiziale precauzione a favore di chi ne sia indiziato>>.

## **5. Ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato (art. 2, comma 1, lett. e).**

*In materia la Procura generale ha affrontato il caso (verificatosi anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109) di un magistrato che tramite un collega uscito dall'ordine giudiziario aveva sollecitato la definizione di una causa civile iniziata alcuni anni prima.*

*Nella richiesta di non luogo a procedere del 17 settembre 2009 formulata, ai sensi dell'art. 17, comma 2, del citato decreto legislativo n.*

*109, nell'ambito del procedimento n. 85/09 D<sup>152</sup>, si legge quanto qui di seguito riportato.*

E' pacifico in base alle risultanze istruttorie ..., ivi comprese le dichiarazioni rese dall'incolpato, che il dott. Tizio ha contattato telefonicamente il dott. Caio, già magistrato e suo conoscente, ... affinché si interessasse in ordine ad un procedimento civile pendente innanzi al Tribunale di C, concernente questioni di servitù, violazioni urbanistiche e rispetto delle distanze, la cui trattazione era affidata alla dott.ssa D. E' altrettanto pacifico che delle due parti in causa, E contro F, una, la seconda, era legata da rapporto di coniugio con una cugina del dott. Tizio.

Il dott. Caio, al tempo in cui prestava servizio come magistrato in G, aveva seguito il tirocinio di alcuni uditori giudiziari, tra i quali appunto la dott.ssa D.

E' opportuno esaminare la natura e le finalità di quella sollecitazione. Ebbene, da nessuna delle acquisizioni istruttorie è emerso che il dott. Tizio abbia richiesto al dott. Caio un intervento finalizzato al conseguimento di un risultato positivo per F della causa civile in questione. Anche a voler prescindere dalle dichiarazioni rese dal dott. Caio e dalla dott.ssa D, concordi in tal senso, dalla lettura della trascrizione della loro conversazione telefonica del 13 ottobre 2004 sembra emergere, al contrario, che allorché il primo accennò alla seconda del suo interesse per una causa che riguardava un congiunto di un magistrato di cassazione suo amico, la giudice disse subito di avere già pensato alla decisione da adottare, in conformità degli esiti della perizia tecnica disposta e acquisita. E la sentenza del 20 gennaio 2005 appunto sulla perizia si basa largamente.

D'altro lato è vero che la causa E - F era iniziata nel 1998; che la stessa, una prima volta assunta in decisione, era stata rimessa sul ruolo istruttorio con ordinanza del 5 ottobre 2003, senza che a questo punto fosse intervenuto alcuna sollecitazione per condizionarne l'esito; che la stessa era stata rimessa sul ruolo non per lo svolgimento di ulteriori attività istruttorie ma in attesa della conclusione di alcuni lavori ancora in corso e per un eventuale tentativo di conciliazione; e che dunque i tempi della trattazione tendevano ad allungarsi. E' ragionevole, quindi, ipotizzare che il dott. Tizio affermi il vero quando dichiara di essersi limitato a sollecitare una rapida definizione della controversia.

Né vi sono elementi per ipotizzare che il dott. Caio, per l'amicizia

---

<sup>152</sup> Redattore il procuratore generale aggiunto dott. Giovanni PALOMBARINI. La Sezione disciplinare, con provvedimento 11 dicembre 2009, ha rigettato la richiesta e disposto la restituzione degli atti al Procuratore generale per gli adempimenti di rito.

che lo legava al dott. Tizio, possa avere in altro momento e in altro modo sollecitato, al di là di quel che emerge dalla conversazione intercettata e dalle sue dichiarazioni, una decisione favorevole alla parte segnalata da quest'ultimo.

Non incide, invero, su questa valutazione la circostanza - riferita dal dott. Caio nel corso della deposizione del 20 giugno 2009 — secondo cui lo stesso si premurò di leggere per telefono al dott. Tizio il testo della sentenza quando la stessa fu depositata. Si tratta all'evidenza di una iniziativa di carattere oggettivamente autonomo che non vale neanche a dare corpo ad illazioni nei confronti dell'incolpato.

E neanche assume rilievo la circostanza che fra i documenti sequestrati alla dott.ssa D in occasione della perquisizione della sua abitazione in G vi era anche un foglietto sul quale la stessa ha segnato in numero di telefono della moglie del dott. Tizio. Invero, mentre la dott.ssa D non ricorda che le abbia fornito tale numero, il dott. Tizio ha fermamente negato di averglielo dato; e comunque entrambi escludono, senza che vi siano emergenze in contrario, di avere avuto colloqui telefonici, o di altro tipo, prima della decisione della causa.

Rimane dunque la questione se la sollecitazione del dott. Tizio - che costituisce indubbiamente un'interferenza, oggi esplicitamente prevista come illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni dall'art 2, lettera e) del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 - abbia o meno i caratteri della condotta irrilevante.

Soccorre in proposito la giurisprudenza della Sezione disciplinare del C.S.M., in particolare la sentenza n. 28 del 2009. Tale recente decisione afferma infatti che quando l'intervento sull'attività di un magistrato non sia determinato dall'esigenza di favorire una delle parti (cosa che nel caso di specie per quanto s'è detto deve escludersi), "...pur configurandosi la fattispecie tipica di illecito disciplinare, si rimane in genere nell'ambito del fatto di scarsa rilevanza e, quindi, entro i limiti della condotta disciplinarmente irrilevante".

Orbene se anche si può, in linea generale, affermare, che nel caso di specie l'interferenza sopra descritta, rientri attualmente fra le ipotesi che si caratterizzano - secondo il citato orientamento della Sezione disciplinare del C.S.M. - per la loro scarsa rilevanza, resta la decisiva e dirimente considerazione che la condotta del dott. Tizio è avvenuta prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, allorquando un illecito deontologico era configurabile nella misura in cui il fatto fosse concretamente lesivo del prestigio dell'ordine giudiziario e della credibilità della funzione giudiziaria esercitata dal magistrato. La condotta del dott. Tizio non ha evidentemente assunto un simile carattere, sì

che si impone la richiesta di declaratoria di esclusione degli addebiti.

*Ancora in tema di interferenza in una memoria scritta depositata all'udienza del 9 febbraio 2009<sup>153</sup> davanti alla Sezione disciplinare, nell'ambito del procedimento n. 60/08 R.G.S.D. è stato affermato:*

Al dott. Tizio si contesta di aver violato, nell'esercizio delle delicate funzioni di direttore generale del Ministero della Giustizia, che si occupa proprio della posizione dei magistrati, i doveri di correttezza e di riserbo ed il divieto di indebita interferenza nelle attività giudiziarie di altri magistrati, ed in particolare per avere, in più occasioni, su sollecitazione di conoscenti privati, richiesto ed ottenuto informazioni e previsioni sullo stato e l'esito di procedimenti giudiziari, così implicitamente segnalando al magistrato titolare del fascicolo l'interessamento per le sorti processuali dell'una o dell'altra parte.

Ancor prima di verificare le specifiche risultanze processuali appare opportuno soffermarsi su quelle che sono state le valutazioni giurisprudenziali in materia di interferenza nell'attività giudiziaria dei colleghi.

Le Sezioni unite civili, in più occasioni, si sono occupate della generale esigenza che il magistrato non costituisca lo snodo di raccomandazioni, non strumentalizzi il suo peso sociale per fini personali o a vantaggio di altri.

In particolare:

- con sentenza 11 dicembre 1997, n. 12529, hanno confermato la condanna di un magistrato il quale aveva sollecitato la definizione della posizione di un imputato detenuto da lui indicato come "fraterno e fidato amico";
- con sentenza 9 febbraio 1998, n. 1338, hanno confermato la condanna di un magistrato, il quale, comunicando per telefono con dei colleghi (p.m. e g.i.p.) aveva manifestato il proprio interessamento per la posizione processuale di persona sottoposta a indagini penali (in termini anche la sentenza 27 maggio 1998, n. 5259).

Quanto alla Sezione disciplinare, nella decisione n. 52 del 2004 (confermata dalle Sezioni unite con sentenza 10604 del 2005) si è affermato che in caso di interessamenti, sia pure in termini generali, contenenti più o meno espliciti attestati di stima nei riguardi dei soggetti coinvolti nei procedimenti, pur in mancanza di prove del rapporto di strumentalità tra interessamento e risultato favorevole, resta la grave inopportunità delle insistenti richieste di informazioni, inoppor-

---

<sup>153</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Pasquale CICCOLO. La Sezione disciplinare, con sentenza 9 febbraio 2009, n. 28, ha accolto le richieste della Procura.

tunità che supera la soglia del disciplinarmente rilevante perché il dovere di correttezza che incombe sul magistrato gli impedisce di tenere comportamenti che, pur non arrivando a costituire indebite pressioni, siano idonei a creare condizionamenti o apparenze di condizionamenti sull'autorità che svolge le indagini, per il fatto di costituire manifestazioni di specifico interesse alla vicenda processuale in corso. E ciò particolarmente ove tali comportamenti provengano da magistrati che, per il ruolo rivestito, godono di notevole autorevolezza.

Tali principi trovano puntualmente ribaditi nella decisione n. 82/2007 (procedimento Sez. un. – Russo; conf. Sez. un. 2732/09), ove la condotta addebitata era sostanzialmente identica a quella oggi in esame, e ne è stata ritenuta la rilevanza disciplinare pur se in sede penale fosse stata esclusa la sussistenza di specificata ipotesi di illecito.

Non credo possa trarsi in dubbio che siffatta ricostruzione giuridica si attagli anche al concetto di “ingiustificata interferenza” di cui all'art. 2 lett. e) d. lgs. n. 106 del 2006.

Qualora, infatti, si dovesse richiedere un *plus* la condotta finirebbe con il coincidere con quelle penalmente rilevanti, quali le fattispecie previste e sanzionate dagli artt. 323, 326 e 378 c.p. (quest'ultimo perseguibile anche a livello di tentativo), e quindi rientrante nell'illecito specifico di cui all'art. 4, comma 1, lett. d).

E la conferma di tale lettura la si può eloquentemente ricavare da una recentissima pronuncia di codesta Sezione (n. 84/2008) che, in una fattispecie rientrante nella nuova normativa, ha sanzionato, sia pure in via cautelare, il reiterato interessamento di un presidente di sezione presso i colleghi che stavano trattando un procedimento penale (nella motivazione, fra l'altro, si censura anche la semplice “segnalazione”).

## **6. Omessa comunicazione al capo dell'ufficio, da parte del magistrato destinatario, delle avvenute interferenze (art. 2, comma 1, lett. f).**

*L'illecito disciplinare in esame è strettamente collegato a quello previsto dalla precedente lett. e) ed è volto a potenziare la previsione di quest'ultimo agevolandone, con la sua previsione, l'emersione e la punizione.*

*Nella richiesta di non luogo a procedere datata 19 marzo 2009<sup>154</sup> for-*

---

<sup>154</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Tindari BAGLIONE. La richiesta è stata accolta con ordinanza 22 luglio 2009, n. 96.

*mulata, ai sensi dell'art. 17, comma 2, del decreto legislativo n. 109 del 2006, nell'ambito del procedimento n. 29/09 D, è stata ritenuta la piena condivisibilità della tesi, prospettata dalle difese dei quattro incolpati, secondo cui ad integrare la fattispecie disciplinare dell'omessa denuncia non è sufficiente che vi sia stata un'attività oggettivamente qualificabile come interferenza. Dal lato del destinatario occorre un ulteriore decisivo elemento e cioè che vi sia stata l'effettiva e chiara percezione della natura e delle finalità indebite della comunicazione o dell'intervento riguardante una determinata indagine od un determinato processo, giacché solo tale chiara percezione può giustificare l'obbligo di compiere un atto impegnativo e gravido di conseguenze come la denuncia dell'interferenza di un collega. E' inoltre evidente che la valutazione di tale effettiva "percezione" dovrà essere compiuta *ex ante*. In definitiva l'obbligo di denuncia e la sanzionabilità disciplinare della sua omissione non possono che derivare dalla compresenza di un duplice elemento oggettivo e soggettivo: un intervento oggettivamente qualificabile come interferenza e la chiara ed inequivoca percezione della sua natura da parte del destinatario.*

Nel caso di specie tale percezione è stata esclusa da parte della dott.ssa Tizia, la quale, per altro, ricevette le due telefonate del dott. Tizio (autore delle interferenze) in condizioni ambientali difficili per una corretta comprensione non solo dei concetti ma anche delle semplici parole. Infatti dette telefonate sono pervenute sul cellulare dell'incolpata e, per di più, l'una mentre la dott.ssa Tizia era alla guida del suo ciclomotore, l'altra mentre la stessa si trovava nella casa circondariale ad interrogare arrestati in flagranza di reato.

Ad analoghe conclusioni si è pervenuti con riferimento alla posizione del dottor Caio, il quale, comparando dinanzi al pubblico ministero di Roma, con le sue dichiarazioni dimostra chiaramente di non conservare alcun ricordo preciso delle richieste avanzate da Tizio. Questa è la chiara riprova logica del fatto che egli non percepì tali richieste (volte a fargli ricevere i legali degli indagati nella sua qualità di coordinatore di un gruppo di magistrati del p.m.) come una interferenza, pur se obiettivamente volta a favorire gli indagati. Un riscontro a tale tesi (di innocenza del dott. Caio) la si trae dalla lettura delle intercettazioni, laddove Tizio descrive a F (uno degli indagati a favore dei quali veniva effettuata l'interferenza) un "Caio frettoloso", vale a dire scarsamente attento.

Diverse sono le posizioni Sempronio e Mevio. Il dott. Sempronio, che presiede un collegio della sezione riesame del tribunale di G, dichiara al pubblico ministero: "c'era una sottovalutazione della vicen-

da (da parte di Tizio - n.d.r.) ....., insomma questa era la presentazione, però devo dire in termini corretti, per quanto possa essere corretto il fatto di segnalare, di interferire, però non c'era, non ricordo, una pressione, se no non avrei neanche....." (pag. 95). L'incolpato ci presenta un Tizio che parla di una situazione fattuale completamente diversa da quella reale, tendendo a minimizzare e banalizzare. Dinanzi al sostituto procuratore generale delegato per le indagini disciplinari il dott. Sempronio parla di un invito a "guardarsi bene le carte" da parte di Tizio.

Il dott. Mevio, sia pure con le precisazioni "riduttive" fatte in sede di interrogatorio disciplinare, riferisce di "una segnalazione", di "una sorta di raccomandazione" che "certamente non ha percepito come pressione".

Ciò nondimeno anche con riferimento alla posizione processuale di questi ultimi due incolpati si è ritenuto di dover pervenire ad una richiesta di proscioglimento senza passare al vaglio del dibattimento nella certezza che gli elementi acquisiti non siano sufficienti per sostenere l'accusa in giudizio (art. 125 att. c.p.p.). Infatti, nel giudicare della percezione di una interferenza e della conseguente colpevole omissione della sua denuncia non si può ignorare che il magistrato deve evitare di compiere atti della cui fondatezza e giustizia non sia certo. E ciò soprattutto quando tali atti potrebbero risultare ingiustificatamente lesivi dell'onore e della posizione professionale di un collega e riverberare conseguenze gravemente negative anche sulla stessa posizione del denunciante laddove la denuncia risultasse avventata e priva di fondamento. Né può ignorarsi il fatto che nei casi di specie, almeno nel giudizio *ex ante* degli incolpati, ciascuno di loro

- ignorava le interferenze subite dagli altri;
- ben sapeva che l'eventuale denuncia al capo dell'ufficio di avvenute interferenze non sarebbe stata accompagnata da solidi elementi accusatori di riscontro (*unus testis nullus testis*).

## **7. Grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile (art. 2, comma 1, lett. g).**

*Con provvedimento di archiviazione del 26 novembre 2009<sup>155</sup>, adottato nell'ambito del procedimento n. 1218/09/SD2, la Procura generale*

---

<sup>155</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Federico SORRENTINO.

*ha avuto modo di precisare che ... in generale non ogni violazione di legge (e quindi non ogni vizio o nullità afferente i provvedimenti giudiziari) ha specifico rilievo disciplinare (si consideri che “l’errore” del magistrato appare fisiologico in un sistema processuale fondato sulla sua emendabilità attraverso il sistema delle impugnazioni); oltre ai casi di adozione di provvedimenti abnormi ovvero fondati su errore macroscopico (art. 2, comma 1, lettere g, h, m, o, ff, del d.lgs. n. 109 del 2006), quel che in astratto potrebbe rilevare in questa sede è solo la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile o il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile (art. 2, comma 1, lett. g ed h, del d.lgs. n. 109 del 2006), oltre che il comportamento che, violando i doveri di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetto della dignità della persona nell’esercizio delle funzioni, arreca ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti (artt. 1 e 2, lett. a, del d.lgs. n. 109 del 2006);*

che nel caso di specie l’esponente chiede in sostanza che questo ufficio rivaluti ben dodici anni di vicende giudiziarie che lo hanno visto coinvolto;

che infatti, come risulta dall’esposto, si tratta di accadimenti (di fatto e di diritto) che sono stati tutti soggetti al vaglio giudiziario in numerosissime occasioni, con sentenze (di primo e di secondo grado), provvedimenti autorizzatori, reclami, provvedimenti cautelari, ricorsi al giudice dell’esecuzione, ecc. e, di conseguenza, con il coinvolgimento di diversi magistrati;

che, come sopra riportato in sintesi, sia i sospetti di una attività giudiziaria poco trasparente sia gli elementi a sostegno non solo di una qualche violazione di legge, ma anche della asserita “abnormità” dei provvedimenti adottati, sono del tutto generici, come tali insuscetibili di un qualsiasi anche sommario approfondimento di indagine (se non meramente esplorativo o a campione).

*Ancora con riferimento all’illecito in questione – statisticamente molto frequente – la Procura generale ha avuto modo di puntualizzare i rapporti tra tale ipotesi disciplinare e l’ambito del potere-dovere del magistrato di sottoporre a controllo di costituzionalità la normativa che è chiamato ad applicare, anche in relazione al c.d. diritto vivente e alle enunciazioni di principio offerte dalla giurisprudenza di legittimità. In un particolare caso (proc. n. 1001/2009-SD1), segnalato da una istituzione governativa come ipotesi di “ribellione” o di “disapplicazione” da parte del singolo magistrato sia rispetto a un principio di diritto affermato dalla Corte regolatrice e sia quanto a una normativa d’urgenza in tema*



di c.d. “emergenza rifiuti”, si è sviluppata, nel provvedimento conclusivo<sup>156</sup>, la seguente argomentazione:

*Omissis*

1. In base alla nota del Dipartimento della Protezione civile, che il Sottosegretario fa propria nel devolvere il caso alla valutazione disciplinare, nonché alla luce delle puntualizzazioni che si traggono dallo stesso provvedimento censurato, può ricostruirsi così, in sintesi, la vicenda: (a) in applicazione del d.l. n. 263/2006 (art. 5), conv. in legge n. 290/2006, il Commissario delegato per l'emergenza rifiuti nella Regione Campania, nel contesto della nota vicenda dell'“emergenza rifiuti”, individuava alcune località e aree da destinare a siti di stoccaggio o a discariche di rifiuti, e tra essi – anche attraverso la mediazione di una ordinanza tecnica commissariale, n. 14 del 24.1.2007 – quello del Comune di Serre (Salerno), località Valle della masseria; (b) in quel contesto, il giudice territorialmente competente, su iniziativa dell'ente locale coinvolto, adottava una misura cautelare con la quale inibiva al Commissario delegato l'installazione e l'esercizio della discarica, per ragioni di tutela diretta della salute (art. 32 Cost.) della comunità, di cui il Comune era in concreto esponente, e successivamente rigettava un reclamo proposto dal Commissario straordinario avverso detta inibitoria d'urgenza; (c) adita nel quadro di tale contenzioso, sia con ricorso straordinario ex art. 111 Cost. che con ricorso per regolamento di giurisdizione, la Corte di cassazione a sezioni unite, con sentenza n. 27187 del 18-28.12.2007, dichiarava inammissibili le impugnazioni (la prima per ragioni in rito, perché il provvedimento giudiziario urgente non aveva i caratteri della stabilità e dunque non era suscettibile di “fare stato”; la seconda, perché tardiva rispetto alla fase cautelare consumata e al contempo prematura rispetto a una fase di merito non ancora iniziata); ma contestualmente, in applicazione dell'istituto di cui all'art. 363 c.p.c., formulava il seguente principio di diritto nell'“interesse della legge”: “anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quale il diritto alla salute (art. 32 Cost.), allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della P.A. di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi come ad es. in quella di gestione

---

<sup>156</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Carmelo SGROI.

del territorio, compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie e circa la sussistenza in concreto dei diritti vantati e il contemperamento o la limitazione dei suddetti diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre e la emissione di ogni provvedimento cautelare, per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti"; (d) instaurato nel frattempo dal Comune di Serre (con citazione dell'8.6.2007) il giudizio di merito conseguente alla fase cautelare, il magistrato emetteva, in data 11.5.2009, una ordinanza di rimessione di questione incidentale di legittimità costituzionale degli artt. 4, comma 2, e 9, comma 1, del d.l. n. 90/2008, convertito dalla legge n. 123/2008.

2. Di quest'ultimo provvedimento il Dipartimento della Protezione civile si duole. Secondo l'impostazione suggerita dalla segnalazione dell'ufficio governativo, infatti, con tale ordinanza il giudice – che già avrebbe manifestato in precedenza un determinato indirizzo (favorevole alla tutela dei diritti in sede di giurisdizione ordinaria) peraltro contraddetto dalla pronuncia della Corte di cassazione – avrebbe compiuto un atto di "arbitrio" e di "insofferenza" sia alla legge che al principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, sotto un duplice profilo: da un lato, nel sottoporre a scrutinio di costituzionalità la normativa citata, che fra l'altro richiamava proprio nelle premesse (del decreto di urgenza) la decisione delle Sezioni Unite, il giudice salernitano avrebbe negato il valore, ancorché non cogente o vincolante in senso giuridico, di quella affermazione di principio attributiva della giurisdizione amministrativa in questa materia, così sottraendosi alla dovuta considerazione della funzione di nomofilachia che in quella affermazione si esprimeva; dall'altro, egli avrebbe altresì "forzato", in vista di quella ordinanza, la stessa struttura del procedimento *a quo* quale delineata dalle norme del processo civile, costruendo arbitrariamente un nesso tra fase cautelare (consumatasi) e giudizio di merito, per potere, attraverso la ritenuta persistenza della fase cautelare (invece esaurita), pervenire a sindacare la legittimità del d.l. n. 90/2008.

3. Questo ragionamento non può essere seguito, in nessuno dei passaggi in cui si articola.

4. Quanto alla censura con cui si sostiene la volontà del magistrato di sottrarsi al valore di precedente del principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 27187 del 2007, non può non rilevarsi, preliminarmente e dunque indipendentemente da ogni possibile considerazione sulla efficacia giuridica del

principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.* rispetto a un diverso giudizio in corso, che questa critica trascura del tutto di considerare che la decisione giudiziale interlocutoria, cioè l'ordinanza di rimessione della questione incidentale di costituzionalità, ha per oggetto una normativa *nuova e diversa* rispetto a quella sulla base della quale il menzionato principio di diritto è stato predicato: con l'ordinanza del giudice di Salerno dell'11.5.2009, infatti, è rimesso al controllo di costituzionalità il disposto degli articoli 4 e 9 del decreto-legge n. 90/2008, convertito dalla legge n. 123/2008. Tali norme, sopravvenute sia rispetto alla decisione della Corte regolatrice sia rispetto all'introduzione della causa nella fase *di merito*, stabiliscono (art. 4) che siano devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie "comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti" posta in essere dalla P.A., e che "le misure cautelari adottate da una autorità giudiziaria diversa da quella di cui al comma 1 [cioè diversa dal giudice amministrativo] cessano di avere effetto ove non riconfermate entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto dall'autorità giudiziaria competente"; parallelamente, dispongono (nell'art. 9) l'individuazione concreta dei siti da destinare a discarica, ai fini dello smaltimento dei rifiuti prodotti nella Regione Campania, tra essi includendo quello del Comune di Serre, località Valle della masseria.

Il giudice di Salerno dubita della conformità a Costituzione di tale normativa sopravvenuta, che interviene a giudizio in corso e che interferisce su di esso, sottraendo la giurisdizione e trasferendo la cognizione al giudice amministrativo anche per le controversie pendenti, nonché disponendo, con carattere sostanziale di legge-provvedimento, sulla individuazione delle aree di smaltimento.

È evidente dunque che in nessun modo potrebbe dirsi "violato" il principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione in un contesto normativo diverso. Di detto principio il giudice rimettente, anzi, tiene esplicitamente conto per affermare – non implausibilmente – che esso non preclude la proposizione della questione incidentale (pagg. 9-14), e tale rilievo deve essere condiviso perché, a tacere d'altro sul piano della portata dell'istituto di cui all'art. 363 c.p.c., certamente il giudice della nomofilachia non potrebbe, statuendo in astratto sulla giurisdizione, fissare anche e una volta per tutte la costituzionalità della attribuzione, in una data materia, della giurisdizione al giudice amministrativo che sia posta da una norma successiva. Di più: a ben vedere, non potrebbe neppure negarsi al giudice ordinario, deputato alla tutela dei diritti, di mettere in discussione sotto il profilo della costituzionalità non solo la norma, sia essa preesistente o sopravvenuta, attribu-

tiva della cognizione all'uno o all'altro comparto della giurisdizione, ma pure lo stesso "diritto vivente" ovvero lo stesso principio di diritto, una volta che si pretenda di dare a esso portata vincolante, poiché, se è vero che le questioni di giurisdizione sono indirettamente anche questioni costituzionali in quanto coinvolgono il *modo* di tutela di una determinata posizione soggettiva, è pure vero che l'ultima parola spetta al giudice delle leggi, cui compete l'interpretazione della Costituzione.

La richiesta di sottoporre a valutazione disciplinare il giudice che svolge questo suo potere di chiamare la Corte costituzionale allo scrutinio a essa assegnato è dunque improponibile, perché essa guarda solo al dato legislativo e su questo criterio assume che il giudice abbia appunto manifestato la "ribellione" alla legge (e/o al principio di diritto); ma la legge è sotto la Costituzione, e l'incidente di costituzionalità non tollera limitazioni che non siano quelle proprie della disciplina che ne regola la proposizione nel corso del giudizio, regole nella specie rispettate.

Inoltre, sul piano sostanziale, quando anche potesse svolgersi in via ipotetica una sorta di valutazione *ex ante* della fondatezza e sostenibilità della questione, non potrebbe neppure dirsi che quel dubbio di costituzionalità sia del tutto artificioso o pretestuoso, come invece si afferma esplicitamente nella nota ("il dott. Valitutti, in modo arbitrario e ... in aperta violazione di legge, persevera nel compimento di attività processuali volte a realizzare una vera e propria paralisi dell'attività che le strutture del Sottosegretario per l'emergenza rifiuti in Campania sono chiamate a svolgere"). Anzi, non è inutile considerare da un lato che il parametro di riferimento è quello del diritto individuale e collettivo fondamentale alla salute, e ciò già sterilizza la asserita prevalenza delle determinazioni amministrative che si ritenga di dover prendere sia pure in un contesto emergenziale (eterodeterminato, dal punto di vista dei cittadini); dall'altro che la stessa tecnica normativa dell'intervento legislativo d'urgenza da parte del governo propone non arbitrari dubbi di conformità sia alla Costituzione, sia alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (parametro interpretativo interposto, come da C.Cost. n. 348 e 349/2007): basti considerare, riguardo a quest'ultimo aspetto, che un particolare rilievo assume la consolidata giurisprudenza del Giudice di Strasburgo in materia di norme retroattive, in materia non-penale. La Corte europea ha infatti ripetutamente affermato che: "Se, in linea di principio, nella materia civile [nel senso in cui tale attributo assume rilievo nella Convenzione così come interpretata dalla Corte] al potere legislativo non è impedito regolare, con nuove disposizioni aventi portata retroattiva, dei dirit-

ti nascenti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e la nozione di giusto processo (*le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable*) consacrati dall'art. 6 della Convenzione si oppongono, salvo che per motivi imperiosi di generale interesse, all'ingerenza del potere legislativo nella amministrazione della giustizia col fine di influire sull'esito giudiziario della causa". La Corte ritiene quindi che un intervento con effetto retroattivo del legislatore, che non sia giustificato da ragioni cogenti, violi il "diritto a un tribunale" protetto dalla Convenzione; in tal senso, *ex multis*, Zielinski e Pradal c. Francia, 28 ottobre 1999, § 57; Brumarescu c. Romania, 28 ottobre 1999, Raffinerie Greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia, 9 dicembre 1994 e, da ultimo, varie decisioni riguardanti il nostro Paese tra le quali la nota sentenza nel caso Scordino c. Italia, Grande Sezione, 29 marzo 2006, che ha poi dato luogo in concreto al *revirement* della Corte costituzionale di cui alle già citate sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, le norme retroattive (o che intervengono sui giudizi in corso, alterandone il corso precedente) sono interventi del potere legislativo che limitano il "diritto a un giudice" (nel senso ampio elaborato da quella Corte), e suscitano normalmente diffidenza e sfiducia sicché, in via di principio, sono proibite in uno Stato di diritto; esse possono essere la via attraverso la quale si possono sbloccare situazioni giuridiche inestricabili e possono quindi essere eccezionalmente giustificate solo per motivi imperiosi di interesse generale (concetto di stretta interpretazione) e nel rispetto di ristretti margini di necessaria proporzionalità tra l'intervento del legislatore e gli interessi dei cittadini. Perciò non potrebbe dirsi neppure da questa angolatura che la rimessione al vaglio di costituzionalità di quella normativa nazionale sia un atto di "arbitrio", spettando alla Corte delle leggi il compito di considerare la solidità di quelle ragioni urgenti o imperiose, espresse attraverso la promozione a rango legislativo di determinazioni essenzialmente e strutturalmente amministrative del potere governativo, già in precedenza adottate nella forma della ordinanza del commissario straordinario.

Come pure il giudice di Salerno dubita della compatibilità costituzionale, stavolta *ex art.* 111, della disposizione singolare che prevede la "conferma" del provvedimento cautelare da parte della giurisdizione amministrativa individuata nel TAR per il Lazio.

Non è irrilevante, per concludere sul punto, che il giudice di Salerno non sia del resto stato l'unico a devolvere al controllo di costituzionalità la normativa di cui si tratta, rimessa da più autorità giudiziarie (cfr. ad esempio, per i profili civili, Tribunale Napoli, 13.3.2009, R.O.

n. 184/2009; e per quelli penali G.i.p. S.Maria Capua Vetere 4.6.2008, R.O. 358/2008).

In assenza di prospettabili violazioni di legge e anzi, come detto, in presenza di un legittimo esercizio di poteri-doveri di sottoposizione al relativo controllo di norme ordinarie sospettate di incostituzionalità, a maggior ragione non potrebbe sostenersi una ipotesi disciplinare a carico del giudice che quei poteri-doveri metta in esercizio, anche perché ciò equivarrebbe a sostenere inammissibilmente la prevalenza della legge (della decretazione d'urgenza, più esattamente) sulla Costituzione.

5. Quanto al profilo della violazione della disciplina procedurale in tema di rapporti tra fase d'urgenza e fase di merito, deve considerarsi che tale censura, non del tutto chiara per la parte in cui si addebita al giudice di avere forzato la normativa sul piano dei rapporti tra i due momenti (e ciò già priva di consistenza disciplinare una ipotesi di violazione in questo senso), appare comunque assorbita dalla considerazione che nella specie, come si è ricordato più sopra, il giudice era stato investito, prima della emanazione della normativa d'urgenza, della cognizione nella fase di merito ed era perciò chiamato comunque ad adottare una decisione, in rito o in merito, da cui la rilevanza della questione da lui proposta; e che nulla osta alla declaratoria di inefficacia sopravvenuta della misura cautelare precedentemente disposta, *ex art. 669-novies c.p.c.*, da parte del giudice ordinario investito della cognizione ordinaria del merito, anche nella medesima persona fisica del magistrato e anche in relazione alla considerazione di vicende processuali sopravvenute allo stesso provvedimento cautelare (Cass., Sez. II, n. 17866/2005).

6. Per quanto detto, in difetto di una consistente e plausibile materia suscettibile di valutazione a fini disciplinari, deve disporsi la trasmissione degli atti in archivio.

*Omissis*

**8. Adozione, per negligenza grave ed inescusabile, di provvedimenti in casi non consentiti dalla legge, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali (art. 2, comma 1, lett. m).**

*Fattispecie: una s.p.a, munita di regolare titolo esecutivo, promuove azione esecutiva nei confronti delle Ferrovie A s.r.l. pignorando, in data 4 dicembre 2007, le somme a questa dovute dalla Regione Puglia sino alla concorrenza della cospicua somma di € 76.000.000,00; all'udienza*

*produce la dichiarazione del terzo pignorato, Regione Puglia, che si dichiara debitore delle Ferrovie A per circa 25 milioni di Euro; la debitrice presenta un'istanza con la quale chiede la liberazione delle somme pignorate facendo presente la necessità di svicolarne almeno una parte per poter fra fronte ad immediate esigenze di cassa per l'espletamento del servizio di pubblico trasporto dalla stessa esercitato; il procuratore domiciliario della società creditrice inserisce a verbale la seguente dichiarazione: "si rimette all'apprezzamento dell'on. giudicante"; il giudice dell'esecuzione, "preso atto di quanto sopra, dispone la immediata ed effettiva liberazione della somma di € 4.222.706,00". In conseguenza di tale provvedimento i legali della società procedente inviano una segnalazione disciplinare alla Procura generale evidenziando l'assoluta anomalia ed abnormità del provvedimento adottato dal giudice dell'esecuzione.*

*Il provvedimento di archiviazione datato 14 gennaio 2009<sup>157</sup>, emesso nell'ambito del procedimento n. 273/08/SD2, per la parte che qui interessa rileva quanto segue.*

Va preliminarmente affermato, secondo i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità, che è esclusa in questa sede qualsiasi censurabilità dei provvedimenti assunti dal dott. Tizio, dal momento che, "ai fini della sussistenza della responsabilità disciplinare a carico di magistrato che sia riferibile ad addebiti riconducibili alla sua attività provvedimentale non si valuta la correttezza in sé di un determinato provvedimento che sia stato redatto dallo stesso incolpato, bensì la condotta del magistrato medesimo, cioè il suo impegno intellettuale e morale congiuntamente alla sua dedizione alla sua funzione, che deve essere sempre esercitata rispettando i doveri d'ufficio"(v. Sez. un., sentenza n. 16626 del 27 luglio 2007 - rv. 598254; conformi Sez. un., sentenza n. 9775 del 19 luglio 2001 - rv. 548292; Sez. un., sentenza n. 11204 del 29 luglio 2002 - rv. 556368, Sez. un., sentenza n. 923 del 22 dicembre 1999 - rv. 532449).

Secondo tale insegnamento - valido specie in un caso come quello qui esaminato, nel quale la parte ha avuto non solo la teorica possibilità di impugnare il provvedimento contestato, ma ha esercitato pienamente tale suo inalienabile diritto - occorre allora stabilire se "il provvedimento costituisca un sintomo di negligenza o di inammissibile imperizia del giudice, come tale suscettibile di quella negativa incidenza sull'indicato prestigio dell'ordine giudiziario" (Sez. un., sentenza n. 16626 del 2007, cit.).

---

<sup>157</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Ignazio Giovanni PATRONE.

Ristretto doverosamente in tale ambito l'accertamento da effettuare in questa sede, occorre esaminare le censure disciplinari formulate dai difensori della società creditrice nei confronti del dott. Tizio, quale giudice dell'esecuzione nella procedura dagli stessi promossa nei confronti delle Ferrovie A s.r.l.; esse si appuntano essenzialmente su due profili:

- a) la ritenuta abnormità del provvedimento emesso alla udienza del 7 febbraio 2008 con il quale il GE, preso atto di quanto verbalizzato dai procuratori delle parti (essendo la procedente rappresentata in quella sede, legittimamente, dal procuratore domiciliatario) ha "liberato" parte delle somme oggetto di pignoramento;
- b) la carenza assoluta di motivazione di detto provvedimento.

Le censure appaiono, alla luce di un'analitica ricostruzione degli atti della procedura, infondate; se è infatti vero che il provvedimento di liberazione (parziale o totale) delle somme pignorate nell'esecuzione presso terzi non è previsto espressamente da alcuna disposizione del codice di rito civile, è altrettanto vero che, nel caso di specie, in base a quanto appariva del tutto chiaro dalle dichiarazioni delle parti rappresentate dai procuratori presenti all'udienza davanti al giudice dell'esecuzione, mentre erano in corso trattative tra le parti (che infatti, pochi mesi dopo, trovavano un complessivo accordo transattivo), il procuratore della parte procedente non si era formalmente opposto alla istanza di liberazione di parte delle somme vincolate, ma si era limitato a rimettersi alla valutazione del giudicante; sia detto ancora che le motivazioni poste a fondamento dell'istanza della controparte eseguita riposavano su dichiarate (e del tutto evidenti) ragioni di generale interesse, svolgendo la società Ferrovia A un importante servizio pubblico di trasporto di persone, destinato a paralizzarsi in caso di totale mancanza di denaro in cassa a seguito delle - pur del tutto legittime - iniziative esecutive della creditrice; circostanza questa che, con le altre, spiega la scheletrica motivazione adottata dal dott. Tizio, il quale non poteva non considerare che, sul punto, non vi era stata formale opposizione della procedente.

### **9. Inosservanza delle norme regolamentari e delle disposizioni sul servizio giudiziario adottate dagli organi competenti (art. 2, comma 1, lett. n).**

*Su segnalazione di un presidente di tribunale sono state avviate dalla Procura generale sommarie indagini preliminari volte a verificare la ipotizzabilità dell'illecito in esame per essersi un giudice del suo uffi-*



*cio, destinatario di un provvedimento di applicazione extradistrettuale per sei mesi, sottratto alle disposizioni impartite dal presidente della sezione di appartenenza di rinviare tutte le cause fissate nei sei mesi di applicazione a date successive alla scadenza del semestre.*

*Dal provvedimento di archiviazione, datato 16 giugno 2009<sup>158</sup>, emesso nell'ambito del procedimento n. 21/09/SD1, risulta che: a) a tale richiesta (di rinvio delle udienze a date successive a quella di cassazione dell'applicazione: n.d.r.) facevano seguito osservazioni formulate dalla dott.ssa Tizia, la quale riteneva che nella specie si sarebbe trattato di un "congelamento" in blocco di oltre 800 cause per un periodo peraltro neppure ben determinabile in quanto l'applicazione avrebbe potuto anche essere prorogata alla sua prima scadenza, fatto questo foriero di possibile responsabilità disciplinare (per il noto divieto di "congelamento" dei ruoli) oltretutto di responsabilità sotto il profilo della violazione della cd. legge Pinto; la situazione le imponeva di richiedere un provvedimento di specifica indicazione da parte del presidente di sezione delle date cui rinviare i singoli procedimenti dando assicurazione che in tal caso avrebbe provveduto come disposto; b) a queste osservazioni la dott.ssa Tizia faceva poi seguire, tramite il locale consiglio giudiziario, uno specifico quesito al C.S.M. circa la competenza a disporre il "congelamento" del proprio ruolo di cause civili.*

Il C.S.M., in relazione al quesito suddetto, ha ritenuto che, in caso di applicazione extradistrettuale del magistrato, il suo "temporaneo abbandono" dell'ufficio non può che coincidere con il concetto di "assenza" o di "temporaneo impedimento" che, in conformità con le disposizioni per la formazione delle tabelle degli uffici giudiziari, dà luogo all'istituto della supplenza, istituto atto ad assicurare il regolare esercizio della funzione giudiziaria mediante la sostituzione del magistrato assente (anche in caso di applicazione extradistrettuale) con altro magistrato dell'ufficio, l'individuazione del supplente essendo disciplinata dalle tabelle dell'ufficio o, in mancanza, con decreto motivato del dirigente dello stesso; sempre secondo la direttiva del C.S.M., una volta subentrato il supplente (in virtù di criteri già predeterminati o a seguito di specifico provvedimento del dirigente dell'ufficio) "è opportuno che il magistrato applicato fornisca al supplente indicazioni e informazioni in ordine al proprio ruolo ed alle relative priorità" e ciò in una ottica di collaborazione, per perseguire la maggiore efficienza nell'esercizio dell'attività giurisdizionale.

---

<sup>158</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Carlo DESTRO.

Conseguentemente il comportamento tenuto nella circostanza dalla dott.ssa Tizia, ancorché contrastante con le disposizioni adottate dal presidente di sezione, è stato ritenuto non in contrasto con le disposizioni regolamentari concernenti la distribuzione degli affari fra i vari magistrati addetti ad un ufficio giudiziario che avrebbero dovuto comportare l'assegnazione del suo ruolo ad un supplente, di talché esula materia di possibile rilievo disciplinare anche tenendosi conto della circostanza che una volta verificatosi il presupposto della supplenza alcuna ulteriore legittimazione a provvedere poteva residuare in capo al magistrato da sostituirsi nella titolarità del ruolo.

**10. Ritardo nel compimento di atti relativi all'esercizio delle funzioni (art. 2, comma 1, lett. q): A) in generale; B) equa riparazione ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89, e responsabilità disciplinare**

*A1) Una delle maggiori preoccupazioni dei magistrati che svolgono le funzioni in organi giudicanti concerne la tempestività nel deposito di sentenze ed ordinanze; particolare attenzione è dedicata al problema, oltre che dai mass-media, anche dai capi degli uffici e degli organi preposti alla vigilanza.*

*La posizione sul tema della Procura generale è compiutamente sviluppata in una richiesta di non luogo a procedere del 16 giugno 2009<sup>159</sup>, formulata, ai sensi dell'art. 17, comma 2, del decreto legislativo n. 109 del 2006, nell'ambito del procedimento disciplinare n. 137/08D; si legge in essa:*

Secondo l'art. 2, comma 1, lett. q) del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 costituisce illecito disciplinare "il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni".

Il requisito della reiterazione riguarda il numero dei ritardi; quello della gravità si riferisce all'entità di essi e all'entità e natura dei loro effetti; quello della ingiustificatezza concerne le cause e le circostanze che li hanno determinati o che hanno concorso a determinarli. Per interpretare correttamente tali requisiti ai fini della qualificazione del caso concreto, peraltro, occorre tenere ben presente il loro significato

---

<sup>159</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Marco PIVETTI. La Sezione disciplinare ha accolto la richiesta con ordinanza 9 ottobre 2009, n. 124.

reciprocamente relazionale: nel senso che, ad esempio, il numero dei ritardi idoneo a far superare la soglia dell'illecito non può essere determinato a priori, come un parametro a sé stante, ma può variare a seconda della maggiore o minore gravità di essi e viceversa; così pure l'efficacia giustificante di determinate circostanze dovrà essere valutata caso per caso anche in rapporto al numero e all'entità dei ritardi. Le medesime circostanze che possono valere a giustificare pochi ritardi di breve durata possono non essere sufficienti a funzionare come esimenti rispetto a ritardi numerosi e gravi. I tre parametri, quindi, debbono essere interpretati ed applicati come un insieme coordinato e complessivamente volto ad evidenziare la gravità, sul piano oggettivo e soggettivo, della trasgressione rispetto al modello normativo. La norma non sanziona la mera irregolarità e neppure il mero inadempimento, ma, come si è variamente espresso il Consiglio superiore della magistratura in molte sentenze, essa colpisce le manifestazioni di neghittosità, di scarsa laboriosità, di consapevole o indifferente sottrazione ai propri doveri, oppure le manifestazioni di cronico rifiuto od incapacità di organizzare razionalmente il proprio lavoro ovvero le manifestazioni di scarsa considerazione per le legittime aspettative dei cittadini. Anche le Sezioni unite della Cassazione si sono più volte espresse, pur con molta varietà di formulazioni, nel senso che è sanzionabile il ritardo reiterato, sistematico e prolungato in modo irragionevole, tale da comportare di per sé lesione della credibilità sia del magistrato, sia, di riflesso, dell'ordine giudiziario, quanto meno come sintomo di inefficienza intollerabile se non addirittura di vero e proprio diniego di giustizia. Il ritardo nel deposito delle sentenze e dei provvedimenti giudiziari – è stato più volte precisato - ancorché sia sistematico, non può da solo integrare un illecito disciplinare del magistrato, occorrendo anche stabilire se il ritardo in questione sia sintomo di mancanza di operosità o se invece trovi giustificazione in situazioni particolari, collegate ad esempio allo stato di salute dell'incolpato o ad un eccessivo carico di lavoro.

Questa lettura non formalistica è oggi confermata dalla seconda parte della disposizione in esame, là dove il legislatore specifica che “si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto”. Da tale disposizione è agevole desumere che all'interprete operativo è demandato un giudizio di *gravità* sostanziale e concreta, per il quale i tre requisiti fungono solo da parametri presuntivi: elementi sintomatici e non *ex se* dimostrativi. Da un lato, infatti, la soglia minima - al di sotto della quale il ritardo, pur esistente, è ten-

denzialmente irrilevante - è presa in considerazione soltanto in via presuntiva, lasciando salva cioè la possibilità di valutazioni diverse del caso in termini di gravità del ritardo pur breve in relazione alle singole caratteristiche del caso stesso (si pensi ad esempio al ritardo pur breve di un provvedimento estremamente urgente). D'altro lato, il legislatore non ha inteso qualificare automaticamente come gravi *ex se*, neppure in via presuntiva, i ritardi che si collocano al di sopra della soglia del triplo del termine stabilito, ma ha demandato all'interprete il compito di accertarne concretamente la gravità effettiva nella situazione reale sottoposta al suo esame.

L'attuale formulazione legislativa ha inteso in sostanza recepire, razionalizzare e in un certo senso formalizzare e stabilizzare il precedente indirizzo giurisprudenziale. Ha anche fornito all'interprete un ulteriore elemento di orientamento. La sanzione minima prevista per la fattispecie di illecito disciplinare in esame è infatti, a norma dell'articolo 12 del decreto legislativo, la *censura* e cioè la stessa sanzione prevista per infrazioni da considerare molto gravi perché pregiudicano o mettono in pericolo il valore dell'imparzialità o quello della correttezza: due valori cioè che costituiscono il cardine stesso della funzione giurisdizionale. Al contempo la norma non ha previsto alcuna ipotesi di ritardo sanzionabile con meno della censura. Il significato del sistema sanzionatorio appare quindi chiaro. Le ipotesi da considerare meno gravi non rientrano nell'ambito della repressione disciplinare e restano affidate all'operatività di altri fattori correttivi, rappresentati, ad esempio, dalla funzione di controllo, di direzione e di assistenza del dirigente dell'ufficio giudiziario e dalle valutazioni periodiche di professionalità. Per i ritardi, quindi, il magistero disciplinare appare costituire, nell'intenzione del legislatore, una *extrema ratio*, riservata ai casi davvero gravi. Ed è, quella così compiuta dal legislatore, una scelta razionale, volta ad evitare la banalizzazione e la burocratizzazione dell'intero sistema disciplinare dei magistrati ma anche, al contempo, della stessa funzione giudiziaria.

**A2)** *Detti principi sono stati ribaditi nel provvedimento di archiviazione 26 ottobre 2009<sup>160</sup>, adottato nell'ambito del procedimento n. 851/09/SD1, nel quale è stato affermato che il d. lgs. 109/2006, all'art. 2, comma 1, lett. q) ha stabilito che costituisce illecito disciplinare il reiterato, grave ed ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni (nel caso di specie nel ritardo nel deposito delle*

---

<sup>160</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Vincenzo GAMBARDELLA.

minute dei provvedimenti giudiziari) ed ha aggiunto che si presume non grave, salvo dimostrazione del contrario, il ritardo che non ecceda il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto.

Il concetto di "gravità" contenuto nella norma richiamata ha sostanzialmente sostituito una preesistente e già applicata analoga valutazione dei ritardi; basterà ricordare che per prassi ormai antichissima ... si ritenevano "tollerabili" i ritardi che non superassero, per le sentenze civili, i 120 giorni dal dì della riserva; per le sentenze penali i 90 giorni dal dì della pronuncia; per le ordinanze i 60 o i 30 giorni da quello della riserva.

Il criterio della tollerabilità sopra richiamato era stato dettato in epoca nella quale le sentenze civili e penali dei giudici di merito dovevano tutte esser depositate entro 30 giorni; si riteneva, quindi, tollerabile un ritardo pari, nel civile, al triplo del termine per il deposito, e nel penale al doppio.

Con l'introduzione del processo del lavoro e con le successive modifiche al diritto processuale civile e penale, il termine per il deposito delle sentenze civili varia attualmente dai quindici ai sessanta giorni (quindici giorni per il rito del lavoro, trenta per le sentenze monocratiche, sessanta per quelle collegiali); quello per il deposito delle sentenze penali va dai quindici ai novanta giorni.

Con la nuova normativa la gravità del ritardo è rapportata al termine concesso al giudice per il deposito della minuta.

Ne consegue l'estrema difficoltà (in assenza di precise indicazioni sul rito civile seguito o sul termine assegnato al ovvero assegnatosi dal giudice penale per la redazione della sentenza) di individuare, nei casi di ritardo rilevati, la gravità o meno del ritardo riscontrato.

Ultimo punto da tener presente è che rilevano disciplinarmente, ai sensi del citato art. 2 lett. *q*) d.lgs. 106/2006, solo i ritardi reiterati.

In ordine alla determinazione della "reiterazione", non si può, certo utilizzare il concetto che ne dà il codice penale all'art. 99 in riferimento alla recidiva. Si arriverebbe, infatti, alla assurda conclusione che incorrerebbe in un ritardo reiterato, disciplinarmente perseguibile, il magistrato che, ad anni o decenni di distanza, depositi fuori termine un secondo provvedimento, dopo essere incorso, una sola volta, in un episodio del genere.

Anche in questo caso, in mancanza dell'indicazione da parte del legislatore delegato di un lasso di tempo entro il quale debba ricorrere la reiterazione per esser disciplinarmente rilevante, un'interpretazione che - a parere dell'ufficio - potrebbe esser data dal termine è questa: sono reiterati i ritardi che si presentano, con una certa frequenza,

in un lasso di tempo che potrebbe coincidere con i termini delle rilevazioni che trimestralmente o semestralmente le cancellerie sono tenute a redigere, a fini statistici ed a trasmettere al Ministero.

Ne consegue che un unico ritardo riscontrato nel periodo semestrale sottoposto alla rilevazione in esame, debba esser considerato “non reiterato” e quindi privo di rilievo disciplinare, senza necessità di accertare l’esistenza o meno di precedenti casi di ritardo riscontrati in altre rilevazioni semestrali.

**B)** Ancora in tema di ritardi, in una fattispecie particolare concernente i rapporti fra decreto di condanna (nella specie adottato in sede di rinvio) ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89, e responsabilità disciplinare dei magistrati, originata dalla nota vicenda del DC9 Itavia precipitato nel 1980 in prossimità dell’isola di Ustica, che ha visto solo in data 31 agosto 1999 il rinvio a giudizio di alcuni imputati per fatti di “depistaggio”, nel decreto di archiviazione del 24 giugno 2008<sup>161</sup>, adottato nell’ambito del procedimento n. 251/08 SD3, si legge:

rilevato:

*Omissis.*

che il terreno della decisione demandata al giudice del rinvio è segnato dai limiti della devoluzione e dall’oggetto del giudizio di rinvio quale determinato dalla statuizione della Corte di legittimità: con la derivata conseguenza della attinenza esclusiva della valutazione svolta dalla Corte di Perugia circa il ritardo non “ragionevole” al solo procedimento sopra menzionato (depistaggio: n.d.r.); ... non dunque a quello “principale” avente a oggetto il reato di strage, né a quelli collegati e variamente aperti nel corso del tempo in correlazione con lo svolgimento delle indagini, elencati partitamente nelle premesse dello stesso decreto in discorso.

*Omissis.*

che, in relazione a questa esplicita delimitazione contenuta nella decisione della Corte regolatrice, è stato accordato l’indennizzo alle sole persone che si erano costituite parti civili nello specifico procedimento a carico del generale .... , a far data dal 1992 (epoca della prima contestazione del reato contro la personalità dello Stato), restando ai fini indennitari indifferenti eventuali pregresse costituzioni in alcuni

---

<sup>161</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Carmelo SGROI.

dei differenti procedimenti già menzionati;

che, poste queste premesse, la Corte di Perugia ha riconosciuto l'indennizzo alla stregua dei parametri della CEDU per il tempo eccedente quello "ragionevole", tale essendo stato valutato il periodo di "tre anni e mezzo/quattro";

che, in relazione ai possibili profili di rilievo disciplinare che ora l'ufficio è chiamato a considerare, il primo rilievo da formulare è che i vincoli conformativi del giudizio "chiuso" di rinvio, derivanti dalla sentenza di annullamento della Cassazione, non hanno alcuna incidenza sull'autonoma valutazione che questo ufficio è chiamato a svolgere;

che, quindi, le considerazioni svolte in sede di annullamento rescissivo, sulla scorta delle quali – in adesione, del resto, a una giurisprudenza nazionale di stretta applicazione e talvolta perfino di accentuazione della tutela per equivalente quale posta dalla CEDU e sviluppata dalla Corte di Strasburgo – la Corte di merito ha successivamente riconosciuto, in fase rescissoria, il diritto all'indennizzo da ritardo "oggettivo", non risultano in questa sede decisive: non, in particolare, per ciò che concerne le notazioni della S.C. circa l'insufficienza, al fine di *escludere* del tutto la riparazione monetaria, dei – non contestati – caratteri di "notevole complessità" del procedimento, e della estrema difficoltà delle indagini, sia sotto il profilo strettamente tecnico (con implicazioni, anche, di opposizione del segreto di Stato) e sia per i risvolti di natura politica: una valutazione globale, quest'ultima, basata su dati obiettivi desumibili dalla semplice lettura dell'ordinanza di rinvio a giudizio, che la Corte di Perugia da ultimo non ha ovviamente potuto più considerare dirimente, diversamente da quanto reputato in sede di prima decisione poi cassata, dovendo in pari tempo tenere conto dell'indirizzo della Corte europea circa il fattore-tempo nella sua astrattezza; ma che questo ufficio, invece, non può non considerare nella sua più generale portata, una volta che si tratti di classificare sotto il segno di un possibile illecito disciplinare (di negligenza, inerzia, trascuratezza etc.) la gestione procedurale e che non vengano perciò in rilievo posizioni soggettive di diritti monetizzabili in forza dei criteri della CEDU;

che, quindi, il "fatto notorio" (così la Corte di merito, pag. 8 del decreto) di tali peculiari connotati del procedimento *de quo*, riflesso della ancor maggiore difficoltà di conduzione della indagine sul reato per così dire a monte, cioè sul fatto di strage, rappresenta, ad avviso dell'ufficio, elemento di discriminazione preliminare per potere considerare come suscettibile di considerazione in termini di violazione deontologica la trattazione di un procedimento che del resto – ed è altro dato

della comune esperienza giudiziaria – neppure assomma, tra fase investigativa e fase del giudizio, un periodo tale da rappresentare una macroscopica deviazione rispetto a *standards* di conduzione di processi non di *routine*;

che questa valutazione è del resto rafforzata dalla stessa considerazione che di tale complessiva vicenda ha ritenuto di dare il potere legislativo: il quale, con otto successivi interventi normativi sul testo dell'art. 242 delle norme transitorie del nuovo codice di procedura penale (d.lgs. n. 271/1989), nel prorogare altrettante volte il termine originario stabilito per i procedimenti che alla data di entrata in vigore del codice di rito si trovavano ancora in fase di istruzione formale, ha, come pure è noto, considerato primariamente proprio il procedimento per il reato di strage di Ustica e le indagini a questo collegate: la catena di differimenti, avviata dal d.lgs. n. 293/1990, proseguita con i d.lgs. nn. 400/1991, 411/1992, poi con le leggi nn. 563/1993, 702/1994, 139/1995, 343/1996 e infine 183/1997, che raggiunge la data del 31 dicembre 1997, esprime in modo inequivocabile una considerazione generale di eccezionalità della relativa indagine e con essa la necessità di apprestare strumenti altrettanto eccezionali finalizzati a consentire la “risposta” di giustizia sul caso;

che tale pre-considerazione legislativa, oltretutto significativamente attivata, nelle persone dei promotori dei relativi progetti e disegni di legge, proprio da alcune delle persone ora fruitrici dell'indennizzo da ritardo (v. ad esempio il progetto di cui all'atto Senato n. 688/XIIIa legislatura, di iniziativa dei senatori Gualtieri, Bonfietti e altri, e la relativa relazione che esplicitamente accomuna la proposta di proroga del termine di legge alla necessità di consentire il compimento delle indagini del processo per la strage di Ustica), si salda al contempo con il riconoscimento legislativo che da ultimo – nella consapevolezza della insufficienza della “risposta giudiziaria”, proprio perché condizionata da limiti strutturali – è stato dato, sotto l'aspetto riparatorio, con l'art. 1, comma 1270, della legge n. 296/2006 (finanziaria 2007), che, novellando l'art. 1 della legge n. 206/2004, portante diversi benefici economici, previdenziali e fiscali, ne ha esteso l'applicazione ai familiari delle vittime della strage di Ustica;

che, pertanto, in nessun modo che non sia puramente esplorativo potrebbe accreditarsi, a fronte del quadro oggettivo così concordemente definito, una ipotesi di indagine mirata alla rilevazione di un qualche profilo disciplinarmente rilevante nella gestione del procedimento e del processo che ha dato causa all'indennizzo: il che si traduce nella esigenza di non-contraddizione istituzionale, tra il riconosci-



mento al massimo livello (legislativo) della complessità estrema dell'indagine e la pretesa ricerca di negligenze professionali delle quali, peraltro, neppure è data traccia nel corpo del decreto di indennizzo;

ritenuto, per quanto osservato, che non vi sono iniziative da assumere per difetto di materia di rilevanza disciplinare, alla stregua dei presupposti (di "gravità", "ingiustificatezza" e "reiterazione" degli eventuali ipotizzabili ritardi nella adozione di singoli atti del processo) richiesti dall'art. 2, comma 1, lettera *q*), del d.lgs. n. 109/2006 per potere anche solo in via di ipotesi delineare l'illecito tipizzato dal legislatore.

### **11. Pubbliche dichiarazioni o interviste (art. 2, comma 1, lettera *v*).**

*La Procura generale è stata investita della possibile rilevanza disciplinare di un'intervista rilasciata dal presidente di un tribunale del riesame che aveva accolto la relativa richiesta di due stranieri indagati per un grave fatto di violenza sessuale, il quale ha suscitato vasta eco nell'opinione pubblica. Si riportano qui di seguito le parti più rilevanti del decreto di archiviazione adottato il 16 dicembre 2009 nell'ambito del procedimento n. 610/09/SD<sup>162</sup>.*

*Omissis.*

- la ipotesi di violazione disciplinare che viene in rilievo nel caso di specie – del resto già suggerita dalla iniziale notizia fornita dal presidente della Corte d'appello – è quella di cui all'art. 2, comma 1, lettera *v*), del d.lgs. n. 109/2006, che sanziona disciplinarmente la condotta del magistrato che rilasci "pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui";
- di questa previsione di violazione deontologica del magistrato sussiste certamente l'estremo materiale e obiettivo della prima parte della disposizione: nell'intervista, infatti, il dott. Tizio fa menzione di modalità e contenuti dell'indagine sul grave reato, con dettagli temporali e di sostanza sul relativo svolgimento, segnatamente

---

<sup>162</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Carmelo SGROI.

sulle prime battute dell'investigazione, menzionando gli originari indagati A e B: formula, così, comunicazioni pubbliche che per l'appunto riguardano i soggetti "coinvolti" (qui come indagati) in un affare giudiziario "in corso di trattazione" e, dal punto di vista del magistrato dichiarante, "trattato" (come componente del collegio dell'impugnazione *de libertate*) e però non definito, poiché, come informa l'ufficio giudiziario (nota del Tribunale - sezione g.i.p. del 27 ottobre 2009), alla data dell'intervista il procedimento penale era pendente in fase di indagine sia nei riguardi dei suddetti indagati, per i quali – ancorché "liberati" in sede di riesame – interverrà decreto di archiviazione solo il successivo 23 giugno 2009, sia nei riguardi degli altri due indagati successivamente identificati come effettivi autori dei fatti, C e D (i quali poi riporteranno condanna nell'ottobre del 2009, all'esito del giudizio abbreviato);

- della previsione disciplinare non risulta però sussistere l'estremo ulteriore, posto dalla seconda parte della norma, e cioè il previsto carattere finalistico della dichiarazione o dell'intervista, che, secondo una scelta restrittiva compiuta dal legislatore della riforma del 2006, deve essere "diretta a ledere indebitamente i diritti altrui"; con questa formula, non particolarmente nitida, deve ritenersi da un lato che la fattispecie disciplinare in discorso si delinea non solo come intrinsecamente dolosa ma perfino come caratterizzata da un dolo specifico (volizione dell'evento, esterno e non costitutivo del dato materiale, consistente nel pregiudizio dei diritti "altrui") o perlomeno di intenzione, dato l'uso del termine relativo alla "direzione" (voluta) della manifestazione verbale, cosicché non sarebbe neppure sufficiente un coefficiente di dolo diretto ossia una semplice rappresentazione di probabilità di quelle conseguenze; dall'altro, che, anche a prescindere dalla clausola di illiceità ("indebitamente"), che restringe ulteriormente, anche sotto questo profilo, l'ambito di applicazione della norma, lasciando intendere l'esistenza di uno spazio di legittimità di manifestazioni pubbliche di comunicazione e opinione intorno a una vicenda giudiziaria in corso, i diritti "altrui" a protezione dei quali la disposizione risulta posta non possono essere, per la locuzione utilizzata, che quelli dei soggetti privati del procedimento o del processo (indagati, imputati, parti offese, danneggiati), non anche quelli della parte pubblica;
- per questo ultimo aspetto, allora, nella specie non pare ravvisabile una "direzione" rivolta a pregiudicare la posizione processuale o anche solo l'"immagine" mediatica degli indagati: al contrario, il

taglio dell'intera intervista (trascurandosi qui le titolazioni o sottotitolazioni a effetto: "Caffarella - Fabbrica di mostri - I rumeni come Sacco e Vanzetti - parola di giudice", perché come è noto non ascrivibili all'intervistato ma opera redazionale) è essenzialmente quello della difesa degli indagati, cioè della sottolineatura di alcune lacune investigative o di anomalie delle prime indagini in modo da evidenziare - come già fatto, con maggiore dovizia di dettagli, nel provvedimento di riesame - i punti oscuri della iniziale identificazione dei responsabili nelle persone di quei due indagati; una prospettiva, dunque, semmai critica verso l'investigazione (di polizia giudiziaria o dell'ufficio che ne ha la direzione), ma non per questo orientata a condizionare la valutazione delle responsabilità per come emerse nel prosieguo dell'indagine, tanto più alla luce degli esiti della stessa e della verifica giudiziale degli accertamenti, che porterà in effetti alla archiviazione per i primi e alla condanna per i secondi;

- resta, ciononostante, intatta l'inopportunità di siffatte dichiarazioni, che hanno dato origine alla doverosa segnalazione del titolare della vigilanza, tanto più in quanto si tratta di affermazioni provenienti dal giudice, sia pure del solo incidente del riesame, cioè da un qualificato soggetto "terzo" e imparziale del processo, prestandosi queste manifestazioni pubbliche a possibili letture strumentali e dandosi con esse spazio a neppure velate censure sulla congruenza dell'indagine; ma, dovendosi escludere letture di tipo estensivo o analogico nella materia dell'illecito disciplinare, proprio perché tipizzato e retto dal principio di legalità, la condotta ora in esame, certamente sanzionabile attraverso la clausola generale del preesistente art. 18 del r.d.lgs. n. 511/1946, sfugge invece a sanzione nel quadro della disciplina attualmente vigente, per effetto di una determinazione legislativa eventualmente criticabile sul piano della sua efficacia ma che non è suscettibile di ricostruzioni antiletterali da parte dell'interprete e dunque dell'ufficio titolare dell'azione disciplinare, vincolato al rispetto del dato normativo che si è detto.

## **12. Uso della lingua italiana nei provvedimenti giurisdizionali.**

*L'esposto di un cittadino italiano appartenente alla minoranza slovena, il quale lamentava la mancata traduzione in lingua slovena - in violazione della legge 25 giugno 1993, n. 205, dell'art. 6 della Costituzio-*

ne, dello statuto della regione autonoma Friuli Venezia Giulia e delle convenzioni internazionali - di un provvedimento in materia di esecuzione civile adottato dal Tribunale di Trieste, è stato archiviato dalla Procura generale, con provvedimento 24 aprile 2009<sup>163</sup> (procedimento n. 524/09/SD2), per le ragioni di seguito riportate.

*Omissis.*

- nel caso di specie la denuncia disciplinare si appunta sul contenuto di un provvedimento giurisdizionale a contenuto decisorio tipico, e precisamente sull'ordinanza emessa dal Tribunale di Trieste a seguito di reclamo avverso conforme provvedimento adottato dal GE sull'istanza di sospensione della esecuzione presentata dall'esecutato S;

*Omissis.*

- nel caso di specie, inoltre, le censure dell'esponente, che si dilunga a voler dimostrare una pretesa discriminazione commessa a suo danno, quale cittadino italiano appartenente ad una minoranza linguistica, appaiono decisamente estranee ad un corretto inquadramento della fattispecie;
- il Tribunale di Trieste, esaminando il concreto caso al suo esame, ha affermato che "l'atto di precetto è sì formale, ma stragiudiziale e prodromico alla esecuzione", aderendo così a un orientamento giurisprudenziale e dottrinale granitico: cfr. tra le molte Cassazione civile, sezione III, 23 febbraio 2006, n. 3998, "il precetto, pur rientrando tra gli atti di parte il cui contenuto e la cui sottoscrizione sono regolati dall'art. 125 c.p.c., non costituisce "atto introduttivo di un giudizio" contenente una domanda giudiziale, bensì atto preliminare stragiudiziale, che può essere validamente sottoscritto dalla parte oppure da un suo procuratore *ad negotia*...";
- tanto stabilito, il tribunale ha escluso l'applicazione nel caso *de quo* delle disposizioni che regolano la traduzione degli atti processuali, affermando che nel caso al suo esame non sussisteva alcuna violazione di quel ... profilo;  
con ciò il tribunale ha aderito a quel principio giurisprudenziale pacifico quello secondo il quale:  
"Ai sensi dell'art. 122 c.p.c., l'italiano resta la lingua ufficiale del processo, che deve essere usata per gli atti compiuti dal difensore della

---

<sup>163</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Ignazio Giovanni PATRONE.

parte appartenente alla minoranza linguista, di cui quest'ultima ha però il diritto di chiedere la traduzione. Il rifiuto eventualmente opposto dal giudice non determina tuttavia, *ex se*, l'invalidità degli atti processuali per mancato rispetto delle norme di garanzia ricollegabili al principio dell'art. 6 Cost., una tale conseguenza potendosi avere solo quando l'interessato deduca che la mancata traduzione non l'ha posto, in concreto, nelle condizioni di comprendere il contenuto di atti processuali compiuti nella lingua ufficiale, menomandolo nei propri diritti di azione e di difesa. La verifica se la parte processuale che gode della protezione conosca o meno la lingua italiana e se la mancata traduzione abbia inciso sul diritto dell'appartenente alla minoranza linguistica di agire e di difendersi nel processo è demandata, previa necessaria specifica denuncia dell'interessato, in via esclusiva al giudice del merito, di tal ché ove questi - con valutazione immune da vizi, e quindi insindacabile in sede di legittimità - escluda un simile pregiudizio, la violazione in sè della tutela accordata dall'ordinamento interno al cittadino appartenente alla minoranza linguistica resta priva di rilevanza (cfr. Corte cost., sentenza n. 15 del 1996) (principio espresso in fattispecie di cittadino appartenente alla minoranza linguistica slovena); Cassazione civile, sez. trib., 10 giugno 2004, n. 11038”;

- per queste ragioni, a voler dare ingresso, anche solo per il compimento di accertamenti preliminari, a questo genere di segnalazioni disciplinari significherebbe introdurre una forma di impugnazione straordinaria di provvedimenti non condivisi o non graditi, ciò che ovviamente non è possibile ammettere; ciò a maggior ragione nel caso qui in esame, nel quale non appare plausibile che sia stata violata alcuna disposizione posta a tutela del diritto dello Spetic all'uso della sua lingua;
- si rileva infine che l'esposto pervenuto a questo ufficio risulta intestato a (e sottoscritto da) lo Spetic in proprio, che ha dimostrato in tal maniera di possedere una perfetta padronanza della lingua italiana.

Il fatto non risulta perciò avere rilevanza sotto il profilo disciplinare, senza necessità di ulteriori accertamenti.

### **13. Rapporti fra sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo e illecito disciplinare.**

*Le frequenti condanne inflitte all'Italia per violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo verificatesi nel corso di procedimenti*

*civili e penali hanno posto il problema dei loro possibili effetti sul piano della responsabilità disciplinare dei magistrati. Il problema è stato per la prima volta affrontato con il decreto di archiviazione<sup>164</sup> adottato nell'ambito del procedimento 20/06 SD3 CEDU, che riportiamo qui di seguito.*

Vista la decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, dell'11 luglio 2006, resa nel giudizio n. 59638/2000 Bastone c/Italia;

rilevato che, con la citata pronuncia, la Corte europea ha stabilito che nel caso concreto vi è stata violazione dell'art. 8, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), cioè del diritto al rispetto della corrispondenza, per avere il magistrato di sorveglianza di B disposto in data 8 giugno 2000 il visto di controllo sulla corrispondenza del detenuto (per esecuzione di pena applicata in via definitiva) C, a norma dell'art. 18 della legge di ordinamento penitenziario in vigore all'epoca, trattandosi di condannato per taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario e per questo assoggettato, previo decreto del Ministro della giustizia, allo speciale regime di esecuzione di pena di cui all'art. 41-bis della legge n. 354/1975, con sospensione delle ordinarie regole di trattamento penitenziario;

che la Corte europea perviene a detta conclusione attraverso il richiamo *tout court* a proprie precedenti decisioni (Ospina Vargas c/Italia, Labita c/Italia), nelle quali essa ha reputato che la violazione della Convenzione si configurava per il fatto che la limitazione nella corrispondenza del detenuto da e verso l'esterno non era, secondo il tenore dell'art. 8, par. 1, della Convenzione, "prévues par la loi", e che ciò esonerava – nei precedenti come nel caso di specie – la Corte dalla valutazione circa la sussistenza delle ulteriori ragioni di ordine e sicurezza pubblica (art. 8, par. 2) che legittimavano l'adozione di restrizioni dell'esercizio del diritto alla corrispondenza;

che tale conclusione definisce propriamente una ipotesi di contraddizione tra ordinamento nazionale e diritto (giurisprudenziale) della Corte europea, poiché ciò che al momento dell'adozione delle misure di restrizione – e con esse del visto di controllo sulla corrispondenza – era legittimo per il giudice interno, in virtù dell'art. 18, commi ottavo e decimo, della legge n. 354/1975 di ordinamento penitenziario nel testo temporalmente in vigore (secondo il quale "la corrispondenza dei singoli condannati può essere sottoposta, con provvedimento motivato del magistrato di sorveglianza, a visto di controllo del diret-

---

<sup>164</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Carmelo SGROI.

tore” dell’istituto, e l’autorità giudiziaria può “anche disporre limitazioni nella corrispondenza e nella ricezione della stampa”), non era conforme alla CEDU per il giudice europeo: un dissenso, questo, che involge precisamente una diversa considerazione ed estensione del rispetto della clausola di riserva di legge, tra la Convenzione europea (restrizione ammissibile se “*prévüe par la loi*”, art. 8 par. 1) e la Costituzione (restrizione legittima se disposta “per atto motivato dell’autorità giudiziaria e dalla legge con le garanzie stabilite”, art. 15, secondo comma, Cost.), e che si riflette pertanto sulla valutazione del giudice sovranazionale nel senso della insufficiente specificazione *nella* legge interna (art. 18 ord. pen.) dei presupposti per l’adozione della restrizione della corrispondenza; la Corte europea, infatti, reputa, sempre alla luce dell’art. 8 della CEDU, viceversa rispettosa del criterio ivi stabilito la successiva modificazione legislativa, contenuta nell’art. 18-*ter* della legge n. 354/1975, introdotto dall’art. 1 della legge 8 aprile 2004, n. 95, a tenore della quale vengono dettagliati (sul piano normativo primario e non attraverso la mediazione di un atto o provvedimento amministrativo o giurisdizionale) i requisiti e i limiti temporali e procedurali delle limitazioni che possono essere adottate nella corrispondenza dei detenuti da e per l’esterno del carcere (cfr. ancora la decisione Bastone c/Italia e i precedenti *ivi* citati);

che, ai fini delle determinazioni di competenza di questo ufficio sotto il profilo del possibile rilievo disciplinare del fatto qui oggetto di valutazione, la disamina deve essere necessariamente effettuata in maniera relativamente indipendente da quello che possa dirsi essere il rapporto tra i livelli normativi, interno e della CEDU, e dunque da quella che possa essere la soluzione del potenziale conflitto, secondo una delle possibili varianti prospettate: (a) prevalenza della decisione del giudice europeo: cfr. ad es. Cass. civ., n. 28507/2005, n. 11096/2004, n. 10542/2002 (che, peraltro in *obiter dicta*, reputano la natura “sovrainordinata” delle norme della CEDU rispetto a quelle interne e dunque l’obbligo per il giudice nazionale di “disapplicare” queste ultime); (b) obbligo del giudice interno di conformarsi comunque al *dictum* della Corte europea nell’ambito del procedimento interno rispetto al quale la decisione della Corte è stata resa (ad es. Cass. n. 32678/2006, n. 2008/2007, in tema di superamento della preclusione del giudicato interno per violazione delle norme della Convenzione in tema di processo contumaciale); (c) trasferimento della questione, dal conflitto tra norma interna e norma (o pronuncia della Corte) europea, poiché, essendo inammissibile un procedimento di “disapplicazione” del diritto nazionale che sia stato dichiarato non conforme ai parametri della

Convenzione, la soluzione va rimessa al vaglio di costituzionalità (tramite la denuncia di violazione delle disposizioni costituzionali, operanti come norme di interposizione, che prescrivono l'adeguamento dell'ordinamento interno alle Convenzioni: art. 117 Cost.): v. Cass. civ., n. 11887/2006, n. 12810/2006, n. 22357/2006;

che infatti, a prescindere dalla adozione dell'una o altra soluzione tra quelle sintetizzate – la cui variegata e ancor oggi non risolta formulazione già costituirebbe di per sé un profilo di natura scriminante quantomeno sotto il profilo soggettivo per il giudice nazionale che, prima di tali elaborazioni, avesse semplicemente fatto applicazione della norma interna, ancorché in altra ipotesi ritenuta non corrispondente ai parametri della CEDU – ciò che rileva in questa sede è che in ogni caso la risoluzione di un conflitto tra *norme* o tra livelli normativi non si presta a una valutazione in sede disciplinare, se non connotato da un coefficiente macroscopico e rilevabile *prima facie* di colpa (“grave violazione di legge determinata da *ignoranza o negligenza inexcusabile*”: art. 2, comma 1, lettera g, del d.lgs. n. 109/2006), proprio perché la tuttora irrisolta coesistenza di potenziali antinomie conduce la Corte regolatrice, massima espressione dell'esigenza di interpretazione uniforme della legge, a ravvisare plurime e non univoche possibilità di composizione del contrasto;

che, inoltre, quand'anche si reputasse, secondo un indirizzo non del tutto consolidato, la contraddizione tra diritto nazionale e norma (o sentenza) della CEDU come una situazione suscettibile di censura in sede di legittimità per violazione di legge (Cass. civ., n. 1338/2004, in tema di criteri di equa riparazione per violazione della ragionevole durata del processo), non per questo potrebbe profilarsi una meccanicistica rilevanza disciplinare della ipotizzata violazione del diritto della Convenzione europea, non potendosi predicare un trattamento differenziato dell'ipotesi qui considerata rispetto a qualsiasi altro caso suscettibile di rimedio secondo i meccanismi interni al processo; o, in altri termini, non essendo sostenibile la automatica trasformazione delle violazioni “normative” della CEDU in altrettanti fatti disciplinarmente apprezzabili secondo il criterio della grave negligenza nell'interpretazione e applicazione della “legge” (*recte* del diritto europeo di derivazione convenzionale): ciò che, a tacer d'altro, implicherebbe gravi interferenze sul piano delle garanzie costituzionali dell'indipendenza del giudice, chiamato – per la ipotetica comminatoria disciplinare – a “disapplicare” la norma interna, ancorché applicabile, vigente e non dichiarata né sospettata di incostituzionalità sul piano dell'ordinamento;



che i rilievi sopra esposti valgono pure se si consideri configurabile, nella richiamata giurisprudenza della Corte europea in tema di legislazione italiana sul controllo della corrispondenza (anzitutto alla riforma di cui alla legge n. 95/2004), una violazione di carattere “sistematico” (cfr. sentenza della Grande Camera del 22 giugno 2004, Broniowski c/ Polonia), cioè non dipendente da anomalie del caso di specie ma derivante da una situazione strutturale, della legislazione o della prassi: in tale evenienza, anzi, appare ulteriormente sottolineato il riferimento inter-ordinamentale del conflitto e la sua estraneità al singolo caso, che ne rappresenta semmai l’esponente, posto che in tali evenienze la soluzione si sposta sul piano dei rimedi normativi interni (cfr. ad es. gli sviluppi della legislazione nazionale per effetto delle decisioni relative al processo contumaciale, d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, conv. in legge 22 aprile 2005, n. 60; o ancora più in generale il “seguito” delle pronunce della Corte disposto dalla legge 15 febbraio 2005, n. 280, e dalla legge 9 gennaio 2006, n. 12, in ordine al carattere vincolante delle sentenze CEDU e ai provvedimenti che debbono essere messi in opera dalle istanze governative nazionali a seguito delle condanne della Corte di Strasburgo);

che, tutto ciò posto, si deve rilevare, ai fini della valutazione del profilo disciplinare, che l’adozione del provvedimento di visto e controllo sulla corrispondenza, adottato dal magistrato e non dall’autorità ministeriale (Corte cost., sentenze nn. 349 e 410 del 1993) in base all’art. 18 dell’ord. pen., è assistito dalle garanzie del controllo giurisdizionale per effetto della sentenza di incostituzionalità “additiva” n. 26 del 1999, che ha esteso i rimedi impugnatori *ex artt.* 35 e 69 ord. pen. alla materia in discorso, così definendo un sistema che si conforma appieno alla prescrizione costituzionale dell’art. 15 in tema di libertà di corrispondenza;

che in tale quadro la affermata violazione dell’art. 8, par. 1, della CEDU si profila quindi come fonte di responsabilità esclusiva delle istanze legislative nazionali, ma non autorizza a ravvisare un *fatto* specifico ascrivibile al magistrato che abbia dato applicazione (incontrovertibilmente non arbitraria) alla norma interna senza optare per una sua ipotetica e congetturale “disapplicazione” in forza di una precedente decisione su un caso diverso;

che la conclusione appare ulteriormente rafforzata dall’indirizzo della giurisprudenza di legittimità che ha qualificato come abnorme il provvedimento del magistrato di sorveglianza che, decidendo sul reclamo di detenuto avverso misure di controllo della corrispondenza disposte in base e in conformità alla normativa vigente, stabilisca la

disapplicazione delle disposizioni limitative in discorso, contenute nel d.P.R. n. 230/2000 (Cass., sez. I penale, nn. 20240 e 20241/2002);

che, per queste considerazioni, da un lato non è necessaria la chiarificazione dello strumento di soluzione del conflitto (cioè l'esito delle questioni di costituzionalità rimesse dalla Corte regolatrice per risolvere il contrasto legislazione nazionale-sentenze CEDU in tema di espropriazione c.d. indiretta o accessione invertita), dall'altro non v'è luogo neppure alla identificazione della persona fisica del magistrato che ha adottato il provvedimento di cui si tratta, perché difetta la materia stessa di un fatto disciplinarmente apprezzabile a norma del d.lgs. n. 109/2006.

*Nella stessa linea si muove un più recente decreto di archiviazione (4 novembre 2009<sup>165</sup>; procedura n. 567/09/SD1) adottato a seguito di una condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 8 della Convenzione<sup>166</sup> in conseguenza della pronuncia di adottabilità di una minore. A tale pronuncia i giudici nazionali sono pervenuti a seguito della condanna del padre (poi assolto in appello ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p.) per abusi commessi su una cugina della minore, per la incapacità della madre a costruire rapporti affettivi con la minore, per la indisponibilità dei parenti ad instaurare rapporti significativi con la medesima.*

*Rivoltisi alla Corte europea, i genitori e gli altri loro figli hanno ottenuto la condanna dell'Italia in relazione all'art. 8 cit., in quanto la Corte ha rilevato che, se la decisione di interrompere i rapporti con la famiglia di origine poteva dirsi corretta nella prima fase del procedimento, perché giustificata dall'esigenza di tutelare la minore, una volta assolto il padre, la decisione di decretare l'adottabilità della minore, interrompendo i rapporti con la famiglia ed in particolare con la madre ed i fratelli non appariva invece condivisibile. Secondo la Corte, una simile decisione deve essere presa solo in circostanze eccezionali, mentre deve essere fatto ogni sforzo per mantenere le relazioni personali con la famiglia di origine e, al momento opportuno, per ricostruire la famiglia stessa.*

---

<sup>165</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Ignazio Giovanni PATRONE.

<sup>166</sup> Art. 8. *Diritto al rispetto della vita privata e familiare.* — 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

*Nel decreto di archiviazione si rileva che:*

*Omissis.*

- compete a questa Procura generale, nell'esercizio delle sue attribuzioni in materia, valutare se l'affermazione della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'avvenuta violazione di una norma della Convenzione da parte di una "autorità nazionale" che sia, come nella fattispecie, un giudice dia luogo (ed eventualmente a quali condizioni) ad un'ipotesi di responsabilità disciplinare da sottoporre alla cognizione della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, ovvero sia un fatto privo di rilievo ai fini che qui interessano;
- per compiere questa operazione, occorre preliminarmente riferirsi alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 109 del 2006, che ha introdotto un sistema tipico di illecito disciplinare; vengono quindi in rilievo – almeno di regola e salvo i casi di diversione dell'attività giudiziaria dalle sue funzioni costituzionali – le seguenti disposizioni del decreto legislativo citato:
  - art. 2, comma 1, lett. a): ... i comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti; lett. c): la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge; lett. g): la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile; lett. h): il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile; lett. l): l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge; lett. m): l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali; lett. q) il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni; lett. ff): l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza; lett. gg): l'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile;
- occorre inoltre considerare la fondamentale disposizione contenuta nel comma 2 del citato art. 2 del d.lgs. n. 109 del 2006, secondo la quale "fermo quanto previsto dal comma 1, lettere g), h), i), l),

*m), n), o), p), cc) e ff)*, l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare”.

4. Applicando questi criteri al caso di specie, ne emerge che nessun addebito di natura disciplinare può essere mosso ai magistrati del Tribunale per i minorenni di Milano, della Sezione per i minorenni della Corte di appello di Milano e della prima sezione civile della Corte di cassazione, in relazione all'intervenuta condanna dell'Italia per violazione dell'art. 8 della CEDU nella procedura avente ad oggetto la dichiarazione di adottabilità della minore Y.

Da un lato risulta infatti *per tabulas* (ed è confermato – in motivazione - dalla stessa Corte europea dei diritti) che tutti i provvedimenti emessi dai giudici *de quibus* risultano ampiamente motivati e che nulla è stato tralasciato, sotto il profilo istruttorio, per stabilire se la minore si trovasse o meno in stato di abbandono. Ciò che la Corte europea ha considerato in modo diverso dai giudici nazionali è stato l'interesse (inteso in senso non astratto e teorico, ma specifico e concreto) della minore al ristabilimento, almeno su un piano potenziale, delle relazioni con la propria famiglia naturale, un elemento che, secondo la giurisprudenza del giudice europeo, costituisce uno dei contenuti dell'art. 8 della Convenzione.

Si tratta però di un tipico accertamento di fatto, in una materia caratterizzata da un rilevante margine di apprezzamento secondo le concrete circostanze del caso, la cui valutazione non può che essere lasciata al giudice (nazionale) del merito e che viene successivamente sottoposta al vaglio di legittimità – ove sia richiesto dalle parti, come nella fattispecie è avvenuto – della Corte di cassazione. In proposito va rilevato che la suprema Corte, motivando il rigetto del tredicesimo motivo di ricorso, ha scritto di “sostanza umana della dolorosa vicenda di separazione vissuta dai genitori della minore” e di “rilevante profilo giuridico dell'interferenza fra interesse del minore e diritti dei genitori alla relazione affettiva nata dalla generazione della prole”, per affermare che la Corte d'appello di Milano aveva individuato *il punto di rottura* della relazione parentale in “una grave ed irrimediabile carenza di assistenza materiale, affettiva e morale”.

Si è trattato dunque di diverse valutazioni, sotto differenti punti di vista, dei medesimi fatti giuridicamente rilevanti da parte di diverse Corti, ciascuna nell'ambito della propria competenza, ciò che costituisce un dato fisiologico dell'attività giurisdizionale che non può essere, di per sé solo, un fattore tale da indicare una patologia del sistema e tanto meno una violazione disciplinare da parte del giudice.

Opera dunque, anche in relazione alle ipotesi nelle quali da una decisione giurisdizionale dei giudici italiani sorga una responsabilità dell'Italia per violazione di norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo accertata dalla Corte europea, la sopra già ricordata disposizione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 109 del 2006, secondo la quale l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare; limite questo che consente di distinguere i casi di responsabilità disciplinare dalle patologie del sistema, rappresentate dalla distorsione dei fini della giustizia, ovvero dall'abuso di potere processuale.

5. Dovendosi escludere, per le ragioni sistematiche e specifiche sopra accennate, qualunque automatismo tra l'intervenuta condanna dell'Italia da parte della Corte europea e la responsabilità disciplinare dei magistrati che si sono occupati della vicenda, il fatto non risulta avere alcuna rilevanza sotto il profilo disciplinare.

## B) IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

### 1. Ambito soggettivo della giurisdizione disciplinare.

*Si è posto il problema se la Sezione disciplinare abbia la giurisdizione a giudicare un magistrato ordinario, già appartenente alla magistratura militare ma transitato nei ruoli di quella ordinaria, per condotte poste in essere quando era ancora magistrato militare.*

*La questione è stata affrontata in una memoria scritta depositata dal pubblico ministero<sup>167</sup> all'udienza del 13 marzo 2009 della Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, che viene qui di seguito riportata per la parte che interessa.*

Considerato che:

- il dott. Tizio è transitato nei ruoli della magistratura ordinaria in applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 2, commi 603 e segg., della legge 27 dicembre 2007, n. 244, legge finanziaria per il 2008, che hanno previsto la complessiva riduzione delle piante organiche della magistratura militare e il contestuale aumento dei ruoli della magistratura ordinaria;
- in particolare, il comma 606 della legge citata ha previsto il transito in magistratura ordinaria dei magistrati militari eccedenti la nuova dotazione organica di quella giurisdizione; ciò è avvenuto secondo criteri predeterminati di scelta, con la conservazione dell'anzianità e della qualifica maturata e con l'assegnazione di funzioni corrispondenti a quelle svolte in precedenza con esclusione di quelle direttive e semi-direttive;
- secondo le previsioni contenute nella legge, i trasferimenti sono avvenuti con decreto interministeriale del Ministro della difesa e del Ministro della giustizia, previa conforme deliberazione del Consiglio della magistratura militare e del Consiglio superiore della magistratura; il Consiglio superiore della magistratura con deliberazione del 9 aprile 2008 ha emanato, per la parte di propria competenza, direttive generali *ad hoc*;
- le disposizioni relative al transito dei magistrati militari sono state ritenute dal Consiglio superiore della magistratura disposizioni eccezionali, come ripetutamente affermato nelle direttive generali cit.;

---

<sup>167</sup> Il sostituto procuratore generale dott. Ignazio Giovanni PATRONE. La Sezione disciplinare con sentenza 13 marzo 2009, n. 62, ha condiviso la richiesta del pubblico ministero.

- la legge finanziaria per il 2008 (e, di conseguenza, il Consiglio superiore nell'esercizio del proprio potere normativo secondario) nulla ha previsto in ordine all'esito:
  - a) dei procedimenti disciplinari riguardanti i magistrati militari transitati nei ruoli della magistratura ordinaria, pendenti davanti all'organo di autogoverno militare;
  - b) dei procedimenti pre-disciplinari pendenti nella fase degli accertamenti preliminari presso l'ufficio del Procuratore generale militare presso la Corte di cassazione;
  - c) dei fatti di rilevanza disciplinare eventualmente commessi da magistrati militari transitati nei ruoli della magistratura ordinaria durante il loro precedente servizio e non ancora oggetto di segnalazione agli (e di attività degli) organi competenti;
- occorre perciò che la Sezione disciplinare, nel pieno esercizio dei suoi poteri giurisdizionali, assuma oggi una decisione che, incentrata sul caso di specie, tenga nel dovuto conto anche il complesso dei problemi relativi a possibili diverse ipotesi e l'eventuale rilevanza disciplinare di fatti non ancora oggetto di azione disciplinare o di accertamento pre-disciplinare, e ciò alla luce dei principi generali relativi alla responsabilità disciplinare dei magistrati ricavabili dalla Costituzione, dalle leggi sull'OG e dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Rilevato che:

- secondo l'art. 1, secondo comma, della legge 7 maggio 1981, n. 180, emanata con lo scopo di procedere a un complessivo riordino secondo Costituzione dell'ordinamento giudiziario militare di pace, "lo stato giuridico, le garanzie di indipendenza e l'avanzamento dei magistrati militari sono regolati dalle disposizioni in vigore per i magistrati ordinari, in quanto applicabili ...";
- da tale riforma, e da quella di cui alla successiva legge 30 dicembre 1988, n. 561, che ha introdotto il Consiglio della magistratura militare con funzioni di autogoverno e di giudice disciplinare, ne è derivato un sistema, tuttora vigente, secondo il quale la posizione dei magistrati militari è del tutto assimilata a quella dei magistrati ordinari;

*Omissis.*

- lo *status* del magistrato militare e quello del magistrato ordinario, pur essendo certamente assimilabili tra loro e restando ferma l'applicazione al primo delle garanzie di indipendenza del secondo

- (comprese quelle di cui alla responsabilità disciplinare ed al relativo procedimento giurisdizionale di applicazione delle sanzioni), sono però rimasti distinti e separati; secondo la Corte costituzionale (sentenze n. 52 del 1998 e n. 71 del 1995) “la condizione dei magistrati militari è oggi del tutto assimilata, per stato giuridico, garanzie di indipendenza ed articolazione di carriera a quella dei magistrati ordinari”; il che significa che è simile ma non identica;
- indici certi di tale perdurante distinzione dei due ordinamenti, anche dopo la legge finanziaria per il 2008, sono:
    - a) il fatto che i magistrati militari, nei ruoli ridotti che residuano, restano inquadrati, ai fini del loro rapporto di pubblico impiego, nel Ministero della difesa e non nel Ministero della giustizia;
    - b) la circostanza che, nella materia disciplinare, è il Ministro della difesa ad esercitare le funzioni e le prerogative che spettano, per i magistrati ordinari, al Ministro della giustizia; art. 1, comma 3, della legge n. 561 del 1998;
    - c) il fatto che, per raggiungere gli scopi indicati dalla legge finanziaria per il 2008, sia stato previsto il transito dei magistrati militari che risultino numericamente eccedenti rispetto ai nuovi organici, dall’amministrazione della difesa a quella della giustizia, mediante un procedimento che prevede atti coordinati, ma distinti, dei due ministri e dei due consigli; come ha chiarito il Consiglio superiore della magistratura nelle citate direttive generali del 9 aprile 2008, tutta la fase della procedura di passaggio da una giurisdizione all’altra che concerne i criteri di individuazione dei magistrati transitati è di competenza degli organi della magistratura militare, restando all’organo di autogoverno della magistratura ordinaria la determinazione dei criteri del loro ingresso nell’ordinamento *ad quem*;
  - da tutto ciò discende con chiarezza che i magistrati militari transitati nella magistratura ordinaria hanno assunto *ex novo* la loro qualifica e le loro funzioni e che di conseguenza il loro *status* precedente è cessato;
  - nessun fatto dagli stessi commesso nell’esercizio delle loro precedenti funzioni di magistrato militare può perciò assumere rilevanza disciplinare ed essere agli stessi contestato davanti al Consiglio superiore della magistratura, esattamente come accadrebbe nel caso inverso, e cioè per cessata appartenenza all’Ordine giudiziario; qualunque diversa soluzione verrebbe ad intaccare principi che appaiono ben saldi nella giurisprudenza della Sezione disciplinare e delle Sezioni unite della Corte di cassazione; sarebbe



come se si sottoponesse a giudizio disciplinare il magistrato ordinario per fatti commessi prima del concorso o prima del decreto ministeriale che ne sancisce l'ingresso nell'ordine giudiziario; beninteso, qualora detti fatti rilevino sotto altri profili riguardo alla idoneità del soggetto, è nella sede di autotutela amministrativa che essi possono esser fatti valere, e non in quella disciplinare.

Ritenuto perciò, quanto al caso in esame, che:

- al dott. Tizio era stata contestata una condotta di rilievo disciplinare che sarebbe stata commessa nell'esercizio delle sue funzioni di magistrato militare, avendo il Procuratore generale militare individuato la violazione dell'art. 2 (illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni), lett. *d*) del d. lgs. n. 109 del 2006 commessa mediante una intervista di stampa pubblicata il 24 agosto 2007;
- prima di qualsiasi valutazione circa la sussistenza (che, per completezza, va detto appare perlomeno dubbia) dell'illecito a suo tempo contestato davanti al giudice disciplinare militare, va osservato che si tratta di una condotta che è stata commessa quando il dott. Tizio non era ancora un magistrato ordinario;
- in quanto tale, essa è perciò del tutto indifferente, dal punto di vista disciplinare, relativamente alle nuove funzioni assunte dal magistrato, non potendosi commettere alcuna violazione nell'esercizio di funzioni che non si hanno ancora;
- il Consiglio militare, con la decisione di inviare gli atti del presente procedimento disciplinare (anche) al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, sembra aver individuato un possibile margine di dubbio in ordine alla promuovibilità della azione disciplinare nei confronti del dott. Tizio davanti al Consiglio superiore della magistratura per i fatti contestatigli dal Procuratore generale militare, ma su questo punto nell'ordinanza non vi è motivazione alcuna e la si può perciò interpretare solo induttivamente; in ogni caso si tratterebbe di un dubbio infondato e la trasmissione degli atti all'organo che ha il potere/dovere di esercitare l'azione disciplinare apparirebbe fondata (se effettivamente lo fosse) su di un presupposto inesatto.

In ogni caso è parso necessario superare ogni dubbio al riguardo: potendosi porre una questione di giurisdizione, nel caso di specie non è sembrato possibile procedere a una archiviazione *de plano* della notizia di rilievo disciplinare da parte del Procuratore generale presso la Corte di cassazione; infatti l'art. 16 del d. lgs. n. 109 del 2006 prevede tale potere per i casi nei quali "il fatto addebitato non costituisce condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'articolo

3-bis o forma oggetto di denuncia non circostanziata ai sensi dell'articolo 15, comma 1, ultimo periodo, o non rientra in alcuna delle ipotesi previste dagli articoli 2, 3 e 4 oppure se dalle indagini il fatto risulta inesistente o non commesso"; ma non quando si ponga un dubbio circa la giurisdizione del giudice disciplinare. L'unica strada percorribile, nel silenzio della legge sul punto, è porsa allora quella della richiesta di giudizio disciplinare, mettendo in tal modo il giudice disciplinare costituzionalmente precostituito nelle condizioni di assumere le proprie decisioni in ordine alla ritenuta sua carenza di giurisdizione e consentendo al dott. Tizio di svolgere in contraddittorio le sue difese.

In conclusione si richiede alla Sezione disciplinare di voler dichiarare con sentenza che, essendo il fatto contestato pacificamente riferibile ad una data nella quale il dott. Tizio non era (non era ancora) magistrato ordinario, nei suoi confronti l'azione disciplinare non poteva essere esercitata.

*Ad analoga conclusione la Procura generale è pervenuta in relazione ai fatti – anche integranti illeciti penali (si procedeva nei confronti del soggetto per falso ideologico in atti pubblici) – commessi in epoca antecedente al decreto ministeriale di nomina a magistrato ordinario in tirocinio; si rileva, infatti, nel provvedimento di archiviazione 1° ottobre 2009<sup>168</sup>, adottato nell'ambito del procedimento n. 557/09/SD1, che tale situazione (soggettivo-temporale) esclude alla radice la commissione da parte del magistrato, sia di fatti rilevanti disciplinarmente sotto il profilo funzionale (art. 2 del d. lgs. n. 109 del 2006), sia di illeciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni (art. 3 d. lgs. cit.), i quali comunque presuppongono che il soggetto abbia *pleno iure* la qualifica di magistrato ordinario; ... per quanto riguarda eventuali responsabilità disciplinari derivanti da fatti costituenti reato, secondo quanto prevede l'art. 4 del d. lgs. n. 109 del 2006 costituiscono fatti rilevanti la condanna irrevocabile e la sentenza emessa a norma dell'art. 444, comma 2, c.p.p., ciò che nella specie appare lungi dal verificarsi (*all'indagato era stato notificato l'avviso di conclusione delle indagini ai sensi dell'art. 415-bis c.p.p.*). Allo stato, pertanto il fatto non risulta avere alcuna rilevanza sotto il profilo disciplinare, non essendo ipotizzabile una responsabilità disciplinare a carico di un magistrato sottoposto ad indagine o rinviato a giudizio per fatti commessi prima della assunzione della qualità di appartenente all'ordine giu-*

---

<sup>168</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Ignazio Giovanni PATRONE.

diziario; salvo ovviamente un riesame del fatto al momento in cui dovesse verificarsi una delle sopraccitate condizioni di cui all'art. 4 sopra menzionato. *In tal caso verrebbe in considerazione non la condotta posta in essere dal soggetto, bensì il fatto giuridico, previsto dal citato art. 4, della sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta della parte.*

*Con un recente provvedimento (7 dicembre 2009<sup>169</sup>, adottato nell'ambito del procedimento n. 1309/09/SD1) è stato affrontato il problema della potestà disciplinare nei confronti del magistrato dichiarato decaduto ai sensi dell'art. 127, lettera c), del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (t.u. delle leggi sugli impiegati civili dello Stato) e riammesso in servizio ai sensi del successivo art. 132, per fatti commessi nel lasso di tempo intercorrente fra la decadenza e la riammissione (nella specie integranti illecito penale). Si rileva in detto provvedimento che:*

*è ... pregiudiziale il profilo della impossibilità di considerare, anche solo in astratto, la rilevanza disciplinare del fatto già valutato in ambito penale, giacché fa difetto il presupposto primo di tale cognizione e cioè la realizzazione del fatto o della condotta suscettibile di valutazione disciplinare, sia essa "funzionale" o "extrafunzionale", nel tempo di appartenenza all'ordine giudiziario, ancorché in condizione di quiescenza quanto al concreto espletamento della funzione giudiziaria (come in caso di collocamento fuori ruolo, di magistrato destinato a funzioni amministrative, di aspettativa etc.);*

*... d'altra parte non può supplire alla mancanza di detto presupposto la successiva riammissione dell'ex magistrato nell'ordine della giurisdizione, in forza di determinazione adottata a norma dell'allora vigente art. 132 del t.u. n. 3/1957, poiché essa non vale a colmare lo iato temporale e del rapporto di servizio, riscontrabile tra la decadenza e la successiva riammissione; né la riammissione, proprio perché (discrezionale e) costitutiva di un nuovo segmento della funzione, può valere *quoad effectum* a ricollegare retroattivamente questa nuova costituzione del rapporto con un fatto che è e resta compiuto in mancanza di *status*;*

*che deve quindi affermarsi l'irrilevanza della notizia perché essa non è idonea ad attivare le competenze disciplinari dell'ufficio, né sotto il regime dell'art. 18 del r.d. n. 511/1946 né secondo la disciplina posta dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 109/2006, che comunque presuppongono l'attualità dello *status* in discorso;*

---

<sup>169</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Carmelo SGROI.

## **2. La giurisdizione disciplinare nei confronti dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura.**

*Un magistrato ha inviato un esposto al Procuratore generale della Corte di cassazione e al Ministro della giustizia con il quale riferiva che un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura nel corso della discussione in plenum sul conferimento di un ufficio direttivo, per il quale era uno dei due proposti dalla competente commissione, aveva riferito dati sulla sua attività professionale, segnatamente sui ritardi nel deposito delle sentenze, desunti, secondo il dichiarante, da una relazione dell'Ispektorato generale del Ministero.*

*L'espoto, una volta individuata la sua finalità esclusivamente disciplinare, è stato archiviato, con provvedimento 2 aprile 2009<sup>170</sup> (procedimento n. 308/09/SD2); si legge in detto provvedimento:*

Occorre preliminarmente verificare l'esistenza della possibilità di avviare un procedimento di natura disciplinare alla luce della normativa vigente; invero, ai sensi dell'art. 32-*bis* della legge 24 marzo 1958, n. 195, inserito dall'art. 5 della legge 3 gennaio 1981, n. 1, "i componenti del Consiglio superiore non sono punibili per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, e concernenti l'oggetto della discussione".

Secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione "la garanzia di non punibilità per i componenti del Consiglio superiore della magistratura in relazione alle opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni e concernenti l'oggetto della discussione - garanzia prevista a tutela della funzione istituzionale dell'organo di governo autonomo della magistratura - si riferisce anche alla responsabilità civile e disciplinare e copre ogni manifestazione del pensiero in concreto attinente all'oggetto della discussione consiliare e strumentalmente collegata al fine dell'esercizio del voto; ne consegue che, ove sussista detto collegamento funzionale, il comportamento del componente del C.S.M. deve considerarsi legittimo e non produttivo di danno ingiusto, ancorché possa cagionare a terzi un pregiudizio, restando così precluso qualsiasi sindacato sul contenuto dell'opinione espressa, sulla rispondenza a veridicità della medesima nonché sulla potenziale idoneità a determinare un effetto di tipo diffamatorio (Sez. un. civ., 11 marzo 2002, n. 3527).

Ancora più netta è la posizione assunta da una successiva sentenza della stessa Corte secondo la quale "la speciale causa di non punibilità ... prevista dall'art. 32-*bis* della legge 24 marzo 1958, n. 195, ... non in-

---

<sup>170</sup> Redattore l'avvocato generale dott. Gianfranco CIANI.

tegra un'ipotesi di esclusione della colpevolezza di comportamenti diversamente vietati, ma costituisce un elemento impeditivo della oggettiva configurabilità di un illecito nelle dichiarazioni da essi rese, che siano strumentali all'attività costituzionalmente necessaria del Consiglio"; si risolve, pertanto, prosegue la sentenza, nell'insindacabilità, in sede giurisdizionale, del pensiero manifestato dal consigliere nello svolgimento delle sue funzioni (Sez. un. civ., 11 dicembre 2007, n. 25955).

Dalla posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità sul significato da attribuire alla disposizione di cui all'art. 32-*bis* citato (ritenuta non in contrasto con la carta fondamentale: v. Corte cost. n. 148 del 1983), non può non desumersi la sua operatività: 1) in tema di valutazione deontologica delle condotte poste in essere dai componenti togati del Consiglio Superiore della Magistratura nell'esercizio delle loro funzioni; 2) anche in relazione ai fatti che costituiscono i necessari presupposti delle opinioni espresse, come emerge dalla ricordata sentenza n. 3527 delle sezioni unite: in tale arresto si fa riferimento, sia pure con espressione non del tutto appropriata, ad una presunta "veridicità" dell'opinione, che non può essere vera o falsa, bensì corretta o scorretta, condivisibile o non condivisibile; solo nei confronti dei fatti, intesi come accadimenti umani o naturali, si può parlare di veridicità. Ne deriva che il passaggio della sentenza delle sezioni unite dianzi riportato va inteso nel senso che la insindacabilità va estesa ai presupposti fattuali dell'opinione espressa dal componente del Consiglio, con il solo limite che non deve trattarsi di fatti totalmente disancorati dalla realtà; vale a dire di fatti inesistenti, strumentalmente evocati per fondare su di essi un'opinione.

Per quanto si dirà più oltre, tale non è la situazione nella specie ricorrente; trova, di conseguenza, applicazione, anche nella presente materia disciplinare, come hanno espressamente riconosciuto le Sezioni unite, la "scriminante" (così la definisce la già ricordata sentenza n. 147 del 1983 della Corte costituzionale), di cui all'art. 32-*bis*, citato.

Ma anche a non voler condividere tale prospettazione, le conclusioni non cambiano.

Dagli accertamenti effettuati da questa Procura generale – consistenti nell'acquisizione delle relazioni aventi ad oggetto gli esiti delle ispezioni ordinarie effettuate presso il Tribunale di ... tra il 1988 ed il 2002 – è emerso che l'affermazione contenuta a p. 2 dell'esposto del dott. A, secondo cui "la circostanza riferita all'on. Consiglio dal cons. Tizio è palesemente <falsa> poiché giammai – ripeto: giammai – ho depositato, nella mia lunga carriera, una qualsiasi sentenza in ritardo!!", non corrisponde al vero.

Dalla scheda personale del dott. Tizio, allegata alla relazione sull'ispezione eseguita al Tribunale di ... dal 13 aprile al 18 maggio 1989, concernente gli anni 1985 - 1989 (p. 40), emerge, infatti, che il magistrato nel periodo considerato ebbe a depositare con ritardo 563 sentenze, pari all'87,01% del totale, ancorché nessuna di essa risulti depositata oltre i 120 giorni.

Tale risultanza, che non smentisce l'attestazione dell'Ispettorato generale del Ministero della giustizia prodotta dal dott. A in quanto relativa alle ispezioni effettuate negli anni 2002 e 2008; smentisce, invece, come già si è detto la decisa affermazione contraria dell'esponente.

Al tempo stesso esclude, ammesso per ipotesi non concessa che sia consentito procedere, la ipotizzabilità di una condotta suscettibile di rilevanza disciplinare nei confronti del dott. Tizio. Infatti:

1. la circostanza da lui riferita nel corso della seduta del 17 dicembre 2008 corrisponde sostanzialmente al vero;
2. si era trattato, da parte del dott. Tizio, di una violazione, non isolata, della legge processuale civile, ancorché non assistita da una sanzione processuale, comunque valutabile sotto il profilo dell'impegno e della diligenza del magistrato candidato al posto direttivo;
3. su tale complessiva valutazione non può incidere il pur spiacevole, ma nell'economia della dichiarazione marginale, equivoco in cui è incorso il dott. Tizio sulla durata dei ritardi, dovuto, probabilmente, alla concitazione con la quale, sovente, si svolgono i dibattiti consiliari; equivoco che si è risolto, rispetto all'espressione contenuta nella citata scheda, nell'omissione di un pronome indefinito.

Né è questa, ovviamente, la sede per valutare l'incidenza che tale inesattezza ha avuto sulla delibera del Consiglio, che ha approvato la nomina del dott. B con 17 voti a suo favore, 4 a favore del dott. A e 4 astenuti.

Analoghe considerazioni valgono per la evocazione, in occasione del conferimento dell'ufficio di presidente del Tribunale di ..., di dati relativi all'attività giurisdizionale dell'esponente risalenti nel tempo.

### **3. Gli effetti del provvedimento di archiviazione.**

*Nel provvedimento di archiviazione del 23 ottobre 2009<sup>171</sup>, adottato nell'ambito del procedimento n. 1301/09/SD2, già in precedenza menzionato (v. sub A 2), la Procura, ha affrontato anche le problematiche rela-*

---

<sup>171</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Carmelo SGROI.

*tive agli effetti di un tal tipo di provvedimenti. Viene riportato qui di seguito, per la parte che interessa, l'atto in questione.*

La medesima vicenda sostanziale – e altre strettamente connesse oltre che riferite anche ai magistrati dell'ufficio requirente, ma che qui non rilevano – era stata già oggetto di valutazione da parte dell'ufficio: precisamente, nel fascicolo predisciplinare n. 443/2007/SD2, che traeva anch'esso origine dalla proposizione di un analogo esposto – e coeva querela – da parte del notaio D, in data 2 agosto 2007. In quell'atto era specificamente censurata la adozione di provvedimenti cautelari in sede penale da parte del g.i.p. di B, per essere stato egli in precedenza il giudice dell'esecuzione e per non avere tuttavia disposto, come avrebbe dovuto, in merito alla istituzione o indicazione di un conto corrente bancario sul quale fare affluire le somme rivenienti dalle aggiudicazioni immobiliari; in questa pregressa omissione procedurale l'esponente (D) ravvisava allora l'"interesse" personale del magistrato, rilevante *ex art. 36, comma 1, lettera a)*, c.p.p., nel senso di fondare un dovere di astensione rispetto alla adozione dei successivi provvedimenti cautelari in sede penale, "giacché, attraverso o in conseguenza degli accadimenti inerenti al medesimo procedimento [*penale, n.d.r.*], essi sono in grado di sovrapporsi ai fatti suscettibili di essere induttivi di responsabilità almeno disciplinare, donde ... l'interesse ad una gestione che potrebbe sviare dalla ortodossia della funzione imparziale della giurisdizione" (pag. 5-6 dell'esposto). In quello stesso atto, inoltre, si prospettava comunque una rilevanza del caso anche sotto l'aspetto dei "gravi motivi di opportunità" di cui all'*art. 36, lettera h)*, c.p.p., segnalando che un invito ad astenersi non era stato raccolto dal dott. Tizio e che era all'epoca pendente un incidente di ricusazione.

#### *Omissis.*

La Procura generale non aveva a suo tempo ravvisato estremi di rilievo disciplinare, in relazione ai fatti narrati nel primo esposto.

Nel provvedimento di archiviazione in data 6 ottobre 2008, adottato nell'ambito della procedura n. 443/2007/SD2, sullo specifico punto, si è infatti affermato che "per quanto riguarda il dott. Tizio, cui si addebita una omessa astensione, va osservato che la circostanza che egli fosse giudice delle esecuzioni immobiliari, nell'ambito delle quali sono avvenuti alcuni dei reati contestati al D, non costituisce né motivo di incompatibilità *ex artt. 34 e 35 c.p.p.*, né configura una grave ragione di convenienza" (pag. 3).

Nello stesso provvedimento di archiviazione, inoltre, si è esclusa la possibilità di configurare addebiti disciplinari ancorché contestualmente fossero in corso indagini preliminari presso la Procura della Repubblica di F, cui l'esposto ... era stato inviato a valere come denuncia di reati, in quanto la completezza dell'esposto e delle acquisizioni consentiva una valutazione piena e conclusiva.

Detto provvedimento è stato comunicato al Ministro della giustizia, a norma dell'art. 16, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 109/2006. Il Ministro non ha esercitato l'azione disciplinare a termini della medesima norma.

Si poneva, quindi, il problema di verificare, in via preliminare se il precedente provvedimento di archiviazione adottato nell'ottobre 2008 fosse risolutivo e tale da precludere in radice ogni ulteriore determinazione, trattandosi dei medesimi fatti storici.

La Procura ha ritenuto, in generale, insussistente una preclusione avente effetti analoghi a un giudicato (predisciplinare) nel fatto di avere adottato in precedenza un provvedimento di archiviazione in relazione a una data condotta del magistrato sottoposta a scrutinio *ex d.lgs. n. 109/2006*, e ciò anche quando *non* vi siano elementi ulteriori o diversi rispetto a quelli già acclarati ma la riconsiderazione conseguiva semplicemente a una diversa e più ponderata disamina dei dati raccolti, con l'unico limite ovviamente del rispetto del termine procedurale di un anno dalla acquisizione della notizia circostanziata del fatto, a norma dell'art. 15 del d.lgs. n. 109/2006.

A maggior ragione, dunque, non potrebbe in ogni caso dirsi sussistere alcun impedimento alla ri-considerazione disciplinare di una notizia, allorché intervengano elementi nuovi e ulteriori ... .

In questo caso, il *novum* – successivo all'archiviazione disciplinare, oltretutto – è un fatto giuridico, e cioè la intervenuta decisione 24 novembre 2008 di accoglimento dell'istanza dell'indagato per la ricusazione del dott. Tizio, il che impone di prendere in considerazione tale provvedimento, quanto ai suoi effetti giuridici e alla sua incidenza di contenuto.

Non può invece essere oggetto di riesame e rivalutazione il caso di specie in relazione a una ipotetica formulazione di una incolpazione disciplinare che sia riferita alla violazione del dovere di astensione per "gravi ragioni di convenienza" di cui all'art. 36, comma 1, lettera *h*), c.p.p., e ciò non solo perché il provvedimento della Corte d'appello di E non è e non potrebbe essere fondato su questa clausola generale di astensione, non richiamata dall'art. 37 che regola i casi di ricusazione, ma perché, ancor prima e indipendentemente da quanto si dirà oltre nel merito, ogni prospettiva in questa direzione è preclusa proceduralmente dal



decorso del citato termine annuale di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 109/2006, essendo la notizia del fatto in sé, nei suoi esatti contorni, interamente delineata già dal settembre 2007, data di ricezione del precedente esposto.

L'oggetto della presente determinazione è quindi delimitato e attiene solo all'ambito della potenziale violazione del dovere di astenersi connessa all'esistenza dell'"interesse" nel procedimento quale affermato dalla Corte d'appello di E.

*Il problema è stato affrontato dalla Procura generale anche nel ricorso per cassazione proposto il 10 giugno 2009<sup>172</sup> avverso la sentenza della Sezione disciplinare 6 febbraio 2009, n. 54. Riportiamo qui di seguito i passaggi essenziali dell'atto (con lievi varianti formali, per sintesi espositiva).*

In data 27 febbraio 2008, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione promuoveva azione disciplinare nei confronti del dott. Tizio; all'esito dell'istruttoria, chiedeva la fissazione dell'udienza di discussione per essere il dott. Tizio incolpato:

*Omissis.*

In data 27 febbraio 2008, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione promuoveva azione disciplinare nei confronti del dott. Tizio; all'esito dell'istruttoria, chiedeva la fissazione dell'udienza di discussione per essere il dott. Tizio incolpato: *Omissis.* (...) La difesa del dott. Tizio eccepiva in via principale la improcedibilità dell'azione disciplinare, rilevando come sia la Procura generale che il Ministro avessero già esaurito il potere di esercizio dell'azione, rinunciandovi, con riferimento al provvedimento della Procura generale del 13 dicembre 2007 e alla nota del 5 marzo 2008 con la quale il capo dell'Ispettorato del Ministero della Giustizia comunicava al capo di Gabinetto del Ministro l'opportunità di non fare ricorso alla facoltà riconosciuta dall'art. 16, comma 5-bis, del d.lgs. n. 109/2006; chiedeva comunque, nel merito, l'esclusione dell'addebito. La Sezione disciplinare pronunciava la sentenza n. 54/2009 che qui si impugna, dichiarando "non doversi procedere nei confronti del dott. Tizio per improcedibilità dell'azio-

---

<sup>172</sup> Redattore l'avvocato generale dott. Gianfranco CIANI (hanno collaborato i sostituti procuratori generali dott.ri Vincenzo GERACI e Carmelo SGROI). Con sentenza 17 novembre 2009 le Sezioni unite civili hanno rigettato il ricorso rettificando, tuttavia, ai sensi dell'art. 384, comma 4, c.p.c. la motivazione della decisione della Sezione disciplinare nel senso che la precedente archiviazione non preclude al procuratore generale l'esercizio dell'azione disciplinare pur in assenza di fatti nuovi purché preceduta da un motivato provvedimento di revoca, anche fondato su una diversa valutazione degli stessi fatti.

ne disciplinare”. La sentenza che si impugna (...) è pervenuta alla conclusione di non doversi procedere nei confronti dell'incolpato (...), ritenendo che l'archiviazione già in precedenza disposta nei suoi confronti per il medesimo fatto, con il ricordato atto del 13 dicembre 2007 (adottato ai sensi dell'art. 16, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 109/2006) precludesse la procedibilità dell'azione disciplinare successivamente promossa da questo ufficio.

La sentenza deve essere censurata per i seguenti motivi:

**1) Illogicità manifesta della motivazione, risultante dal testo del provvedimento impugnato (art. 606, comma 1, lettera e, c.p.p.).**

La Sezione disciplinare è pervenuta alla riportata conclusione, che qui si censura, affermando (pag. 6, cpv.) di dovere fare applicazione di principi generali (del processo penale) in tema di archiviazione processuale e precisamente di quello, tratto dalla disposizione dell'art. 414 c.p.p., secondo cui “nel procedimento contro imputati noti vige il principio della improcedibilità dell'azione per il medesimo fatto nei confronti delle medesime persone da parte dello stesso ufficio in assenza di un formale provvedimento di riapertura delle indagini”; ciò, ad avviso della Sezione, “... deve portare alla stessa conclusione anche per l'archiviazione disposta all'esito della fase predisciplinare”. Questa affermazione si pone in totale contraddizione con quanto la medesima Sezione afferma, nel contesto della motivazione, nel capoverso immediatamente precedente, allorché, per collocare sistematicamente l'archiviazione che conclude la fase c.d. predisciplinare e che è regolata dal comma 5-*bis* dell'art. 16 del d.lgs. n. 109/2006, muove dalla premessa secondo cui la fase predisciplinare è “più propriamente amministrativa” (come la definisce testualmente la sentenza), con la conseguenza che l'archiviazione che è adottata in quella stessa fase “non può essere ritenuta equivalente all'archiviazione processuale”, la quale ultima invece “in ogni caso è oggetto di un provvedimento giurisdizionale ed è rimessa alla valutazione del giudice terzo”; una struttura, questa, che, sempre nell'argomentazione della sentenza, si riscontra piuttosto nell'ordinanza che la Sezione disciplinare del Consiglio superiore emette a norma dell'art. 17, comma 6 (*recte* 8) del d.lgs. n. 109/2006. Appare evidente la inconciliabilità tra la premessa – l'archiviazione “predisciplinare”, di natura amministrativa, non è e non può essere ritenuta equivalente a una archiviazione “processuale” – e l'affermazione immediatamente successiva, che – attraverso il passaggio argomentativo del richiamo alla giurisprudenza penale di legittimità per cui l'archiviazione (*processuale*) ha una efficacia limitatamente

preclusiva, impedendo l'azione per lo stesso fatto e lo stesso soggetto da parte dello stesso ufficio in assenza di un formale provvedimento di riapertura delle indagini – afferma, esattamente all'opposto rispetto a quella premessa, di dovere pervenire alla “stessa conclusione” [cioè, alla conclusione della esistenza di un effetto preclusivo, con le sue conseguenze: necessità di un formale provvedimento di riapertura e dunque di elementi di novità probatoria] “anche per l'archiviazione disposta all'esito della fase predisciplinare”. Coesistono, dunque, nell'*iter* della motivazione, due affermazioni antitetiche e in rapporto di irresolubile incompatibilità, quella della distinzione e quella dell'omologazione: il provvedimento di archiviazione predisciplinare *ex art.* 16, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 109/2006, si afferma nella sentenza, non può essere equivalente all'archiviazione processuale, ma al contempo lo è nella disciplina dei presupposti e degli effetti; e ciò già è motivo di censura sul piano puramente logico, perché, anche indipendentemente dalla esattezza delle motivazioni poste a base dell'inquadramento sistematico dell'istituto (su cui *infra*), comunque tale contemporanea presenza di opposti enunciati rende impossibile la comprensione della effettiva *ratio decidendi* della pronuncia.

**2) Mancanza e illogicità manifesta della motivazione, risultante dal testo del provvedimento impugnato (art. 606, comma 1, lettera e, c.p.p.).**

*Omissis.* La conclusione raggiunta dalla Sezione disciplinare – e cioè l'affermazione che “nel procedimento contro imputati noti vige il principio della improcedibilità dell'azione per il medesimo fatto nei confronti delle medesime persone da parte dello stesso ufficio in assenza di un formale provvedimento di riapertura delle indagini”, e che ciò “... deve portare alla stessa conclusione anche per l'archiviazione disposta all'esito della fase predisciplinare” – si fonda su due essenziali ragioni, che sarebbero imposte dalla “continuità procedimentale che caratterizza l'attività della Procura generale della Cassazione in tale ambito”: *a*) evitare che “la intervenuta valutazione sulla insussistenza degli estremi per l'inizio dell'azione, esaurendo allo stato il potere di iniziativa dell'ufficio, venga contraddetta da una successiva contrastante determinazione basata esclusivamente su una diversa valutazione degli stessi fatti in assenza di alcun elemento di novità; *b*), evitare la “situazione di incertezza ... incidente sul potenziale incolpato e rimessa al mero arbitrio dell'organo procedente”, che perdurerebbe fino al termine utile per l'esercizio dell'azione. Ma (...) con questa duplice argomentazione, la Sezione:

- 2.1. Ha enucleato a base della decisione una categoria dagli incerti contorni, come quella della “continuità procedimentale che caratterizza l’attività della Procura Generale”, di cui non risultano in alcun modo definiti i termini e i caratteri, esprimendo essa piuttosto una esigenza finalistica, che costituirebbe semmai un risultato, non la ricognizione di un istituto giuridico, e che dà quindi per presupposto ciò che invece dovrebbe essere dimostrato, in forza di principi o di regole propri del procedimento disciplinare nei riguardi di magistrati.

Non può infatti non rilevarsi la genericità e vaghezza del riferimento a “principi generali” che però non vengono neppure enucleati, o a una categoria sfuggente come la “continuità procedimentale”. A parte il rilievo che la suddetta continuità è legislativamente spezzata proprio dalla cesura che sussiste tra la fase predisciplinare e quella disciplinare, sicché già in sé questa affermazione appare contraddetta dal dato normativo, è ancora una volta la stessa sentenza impugnata a smentire tale argomento, là dove individua, distinguendoli e non omologandoli, i “due momenti decisionali” essenziali, quello che pone fine alla fase predisciplinare ... e quello che pone fine alla fase istruttoria pienamente giurisdizionale” (...).

- 2.2. Ha espresso una formulazione dalle conseguenze illogiche ed eccedenti persino le stesse premesse della decisione: quand’anche si volesse ritenere applicabile alla c.d. “archiviazione predisciplinare” la disciplina dell’“archiviazione processuale” (penale) concernente gli indagati noti, occorrerebbe pur sempre considerare che quest’ultima, ancorché contrassegnata da un provvedimento giurisdizionale adottato da un giudice, riveste tuttavia carattere interlocutorio e sommario, privo di definitiva “stabilità”, in quanto superabile da una sempre possibile riapertura delle indagini.

In questo senso è la lettera della disciplina processuale penale e in questo senso è costante l’insegnamento della giurisprudenza, sia della Corte costituzionale (ordinanze n. 138/2004, n. 150/1998; sentenza n. 134/1993) che della Corte di Cassazione.

Quest’ultima, infatti (Sez. un. pen., 22 marzo 2000, Finocchiaro), pur ribadendo l’effetto limitatamente preclusivo

(richiamato anche nella sentenza impugnata) discendente dall'archiviazione, ne ha tuttavia sottolineato la superabilità, subordinatamente all'autorizzazione rilasciata dal giudice ai sensi dell'art. 414 c.p.p.

L'effetto derivante dagli enunciati della sentenza qui impugnata risulterebbe dunque doppiamente paradossale: benché distinta nel carattere giuridico e nella stessa natura (amministrativa da un lato, giurisdizionale dall'altro), ma al contempo omologata nell'applicazione dei principi generali concernenti l'archiviazione "processuale", l'archiviazione "predisciplinare" di cui all'art. 16, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 109/2006 finirebbe con l'avere una stabilità definitiva del tutto sconosciuta alla prima: e ciò a causa della mancanza, nel sistema della legislazione in materia disciplinare, di un organo (come è il giudice per le indagini preliminari, nel modello dell'art. 414 c.p.p.) abilitato a rimuovere l'effetto preclusivo derivante dalla "intervenuta valutazione sulla insussistenza degli estremi per l'inizio dell'azione", destinata a "esaurire, allo stato, il potere di iniziativa dell'ufficio" (...).

**3) Falsa applicazione dell'art. 414 c.p.p. - Violazione dei principi generali relativi alla materia disciplinare. - Illogicità manifesta della motivazione, risultante dal testo del provvedimento impugnato (art. 606, comma 1, lettere *b* ed *e*, c.p.p.).**

Il paradosso descritto nel motivo che precede è destinato a rivestire maggior risalto, ove si consideri la genesi del potere di archiviazione "predisciplinare" riconosciuto al Procuratore generale presso la Corte di cassazione. Questo potere, infatti, è stato introdotto nel sistema del d.lgs. n. 109/2006 (che originariamente non lo prevedeva) dall'art. 1, comma 3, della legge n. 269/06, nella prospettiva di mitigare la rigidità di un sistema costruito sulla allora inedita obbligatorietà dell'azione disciplinare in capo al Procuratore generale della Cassazione: proprio per evitare che, in presenza di qualunque ipotesi di illecito, il Procuratore generale dovesse comunque investirne il giudice, cioè la Sezione disciplinare, ancorché per chiedere l'improcedibilità, la "novella" ha introdotto il detto potere di archiviazione diretta del Procuratore generale. Arricchendo del comma 5-*bis* l'art. 16 del menzionato decreto legislativo n. 109/2006, dunque, si è dotato il Procuratore generale di uno strumento flessibile, sottratto ad ogni forma di controllo giurisdizionale. Con tutta evidenza, infatti, tale non può essere con-

siderata, neppure in via analogica, l'acquiescenza alla quale può determinarsi il Ministro, ove egli non ritenga di richiedere al presidente della Sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'incolpazione. Dunque, poiché la stessa sentenza impugnata riconosce che l'archiviazione adottata dal Procuratore generale *ex art. 16, comma 5-bis*, non è oggetto di un provvedimento giurisdizionale, risalta ancor più il paradosso della conclusione che si censura, che vorrebbe tale archiviazione amministrativa (tale perché conclusiva di quella fase predisciplinare che la stessa sentenza definisce di natura più propriamente amministrativa) assistita da una stabilità e irretrattabilità definitiva e perfino rafforzata rispetto a quella riservata all'archiviazione processuale, nonostante quest'ultima sia fatta oggetto di un provvedimento giurisdizionale, promanante da un giudice terzo. In realtà, il provvedimento di archiviazione in discorso, riservato al Procuratore generale all'interno di un circuito che ne prevede il solo rapporto dialogico col Ministro della giustizia, proprio perché non riveste natura giurisdizionale può essere in ogni momento revocato e superato dallo stesso titolare che lo abbia inizialmente adottato, come pure si osserverà *infra* nel motivo *sub 6*).

Ciò, d'altronde, è coerente con quanto ha statuito la Corte regolatrice (Cass., sez. III civ., 16 luglio 1999, n. 7513) allorché, sia pure con riferimento al provvedimento di archiviazione adottato da altro organismo disciplinare, ne ha tuttavia riconosciuto la revocabilità proprio in ragione di quella stessa non definitività e non decisorietà che, come si è osservato, costituisce la "cifra" del provvedimento di archiviazione adottato ai sensi dell'art. 16, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 109/2006.

Né, sotto altro profilo, il ritenuto effetto preclusivo di tale provvedimento potrebbe trovare fondamento nelle ragioni di incertezza e possibile contraddizione espresse dalla sentenza impugnata.

In ordine alla prima – la "situazione di incertezza, perdurante fino al termine utile per l'esercizio dell'azione, incidente sul potenziale incolpato e rimessa al mero arbitrio dell'organo procedente" – si deve considerare, intanto, che del provvedimento di archiviazione in questione non è neppure prevista alcuna forma di comunicazione o di ostensibilità all'interessato. Questi, pertanto, non potendo avere contezza del provvedimento di archiviazione eventualmente adottato nei suoi confronti, nessuna incertezza è destinato a "soffrire" a causa dell'eventuale suo superamento. L'unica incertezza cui può dirsi costretto l'interessato è quella correlata allo spirare dei termini di legge (art. 15 del d.lgs. n. 109/2006) per il promovimento dell'azione disciplinare. Ma si tratta di una incombenza inevitabile, stabilita dall'ordinamento,

alla stregua dello spazio temporale che il citato art. 15 attribuisce al Procuratore generale per l'esercizio dell'azione disciplinare.

Quanto al “mero arbitrio dell'organo procedente” (e alla conseguente speculare “contraddizione” che nella argomentazione della Sezione disciplinare si intende evitare), si tratta in definitiva di una inedita ed extra-giuridica qualificazione negativa, riservata in via generale a quel potere di rivisitazione della determinazione iniziale, che la sopradescritta natura amministrativa del provvedimento di archiviazione *de quo* invece consente, proprio per la sua non definitività.

**4) Falsa applicazione dell'art. 414 c.p.p. - Illogicità manifesta della motivazione, risultante dal testo del provvedimento impugnato (art. 606, comma 1, lettere *b* ed *e*, c.p.p.).**

La pronuncia si presta (...) ad un ulteriore e connesso rilievo: se, seguendo il ragionamento e l'esplicita affermazione della Sezione disciplinare circa la necessità di un “formale provvedimento di riapertura delle indagini”, si richiede anche nell'ambito disciplinare un provvedimento di revoca formale ed espressa, calibrato per l'appunto sulla falsariga del meccanismo dell'art. 414 c.p.p., si perviene – non esistendo qui, come si è visto, il “giudice” terzo che autorizza la riapertura delle indagini – a predicare la necessità che il Procuratore generale autorizzi ... se stesso. E ciò definisce come irrazionale, ancor prima che inutilmente formalistica, la pretesa necessità di adottare un provvedimento di formale revoca da parte della stessa autorità (il Procuratore generale) che dovrebbe superare la preclusione che si afferma esistere. Questa sovrapposizione istituzionale, per così dire, tra ufficio revocante e ufficio destinatario della “revoca” rende la conclusione della sentenza incoerente, perché la struttura dell'art. 414 è binaria, esige due soggetti distinti nel quadro della dialettica pubblico ministero-giudice, immanente all'intero procedimento penale, mentre nel procedimento predisciplinare il pubblico ministero, cioè il Procuratore generale, nel disegno del legislatore, non ha alcun interlocutore all'interno della fase che si definisce predisciplinare e fino al termine della stessa.

**5) Falsa applicazione dell'art. 414 c.p.p. – Violazione dell'art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 109/2006 e della clausola di compatibilità nella applicazione delle norme del procedimento penale (art. 606, comma 1, lettera *b*, c.p.p.).**

Un ulteriore rilievo concerne l'affermazione che fa da *pendant* a quella della necessità di una “revoca esplicita” e cioè la ritenuta esigenza di “novità” di acquisizioni probatorie, di fatti emersi successiva-

mente etc., da cui si fa discendere l'applicazione della figura procedurale della "ri-apertura" delle indagini, anche in questo caso facendo sostanziale applicazione, nella materia disciplinare e in particolare nella fase c.d. predisciplinare che ci occupa, di uno schema procedurale speculare a quello delineato dall'art. 414 c.p.p.

Neppure questa delimitazione sostanzialistica può essere condivisa, per più ragioni.

Innanzitutto, è la stessa figura dell'istituto di riferimento che impedisce una simile affermazione: è diritto vivente infatti (tra molte, Cass. pen., sez. III, n. 45725/2005, Capacchione; Cass. pen., sez. I, n. 4536/2005, Guadalupi) che nessuna autorizzazione alla riapertura delle indagini è richiesta e perciò nessuna efficacia preclusiva è ravvisabile nell'archiviazione già disposta, quando l'ufficio che reputa di procedere (per lo stesso fatto, sulla base dei medesimi dati e nei riguardi dello stesso indagato) è *altro* rispetto a quello che aveva deliberato l'archiviazione, in tal modo istituendosi un rapporto di stretta interrelazione tra archiviazione e autorità procedente. Ma l'ufficio di Procura generale ha competenza esclusiva e nazionale per l'iniziativa disciplinare, cosicché la suddetta limitazione (...) opererebbe solo in ambito penale e non potrebbe invece farlo in sede disciplinare: il che configura una censura di irragionevolezza della conclusione, perché anche in questo caso eccedente la stessa disciplina dell'istituto al quale la Sezione disciplinare ritiene di fare riferimento. Non varrebbe sul punto obiettare che ciò sarebbe solo una conseguenza di carattere accidentale del fatto che la Procura generale presso la Corte di cassazione è strutturata, relativamente alle attribuzioni che essa esercita, come ufficio a competenza esclusiva e generale su scala nazionale, perché per decidere della sostenibilità di una o altra soluzione occorre avere riguardo anche al fattore della organizzazione e all'assetto degli uffici chiamati a dare applicazione alla normativa procedurale. Mentre lo schema procedurale penale consente che una iniziale conclusione (in ipotesi, sbagliata) venga corretta per iniziativa di un ufficio diverso, lo schema procedurale della materia disciplinare, se si aderisse alla tesi della sentenza che si impugna, lo impedirebbe irrimediabilmente, con ciò annettendo all'archiviazione predisciplinare, a ben vedere, una "forza" non distante dal giudicato.

In secondo luogo, non sussiste nello schema del d.lgs. n. 109/2006, come già in precedenza evidenziato, la relazione istituzionale "a due" che è sottesa invece dalla disciplina penale: in quest'ultima, una volta formulata dal pubblico ministero la richiesta di archiviazione, e una volta condivisa la stessa conclusione dal giudice-terzo chiamato a



provvedere con l'archiviazione, evidentemente non potrebbe prescindere da quella relazione dialettica e non potrebbe perciò ovviamente ammettersi una unilaterale ri-determinazione dell'organo (di accusa), tale da rendere vana e porre nel nulla la precedente attività procedurale conclusasi con il provvedimento giurisdizionale. Ma poiché nel d.lgs. 109/2006, all'opposto, questa relazione a due non è affatto prevista, un limite alla rivedibilità della soluzione iniziale non potrebbe farsi dipendere dalla applicazione estensiva di un istituto che presuppone proprio quella relazione dialettica: di qui, una ulteriore censura di irragionevolezza della conclusione, perché con essa si postula una *ratio decidendi* attraverso la forzatura della applicazione estensiva di un istituto (l'art. 414 c.p.p.) del quale non possono, per definizione, sussistere neppure i presupposti nell'ambito della regolazione normativa del procedimento disciplinare.

Da quanto detto, può trarsi dunque una prima fondamentale conclusione: la clausola di "compatibilità" dell'applicazione delle regole del procedimento penale (art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 109/2006) osta a una applicazione dello schema sotteso all'art. 414 c.p.p., perché quel limite – che rende, appunto, compatibile l'istituto del c.p.p. con il disegno della procedura disciplinare – esprime l'esigenza che nella sede (pre)disciplinare si riscontrino le stesse condizioni essenziali che costituiscono la ragion d'essere dell'istituto (alterità p.m.-giudice; limitatezza degli effetti della preclusione), istituto che invece, se applicato *tout court* in assenza di quelle precondizioni, manifesta evidenti incongruenze applicative, quali quelle che si sono espresse nei motivi di impugnazione che precedono.

**6) Violazione degli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. n. 109/200, del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione disciplinare da parte del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, del principio di indisponibilità dell'azione disciplinare. – Violazione dei principi generali in tema di revoca dei provvedimenti di natura amministrativa (art. 606, comma 1, lettera b, c.p.p.).**

(...) Appare poi necessario formulare una censura di ordine sistematico in riferimento a quello che, nella sostanza, risulta essere l'argomento di fondo che sembra potersi desumere dalla pronuncia, ovvero quello di una sorta di immanente "principio generale", al contempo di non-contraddizione dell'ufficio e di garanzia del magistrato interessato (l'incolpando), principio che comporterebbe il c.d. "esaurimento" ossia la consumazione del potere, una volta che questo sia stato "esercitato", anche nella forma negativa cioè con un atto espres-

sivo di non-esercizio; e, in aggiunta, la correlata esclusione della possibilità di un “ripensamento” da parte del titolare dell’azione disciplinare, perché ciò sarebbe in contrasto con un “principio generale dell’azione amministrativa” (...). Queste argomentazioni non possono essere condivise, perché il preteso “esaurimento” del potere, una volta adottato un atto di archiviazione *ex art. 16, comma 5-bis*, del d.lgs. n. 109/2006, potrebbe fondarsi o su una norma espressa, che tuttavia non c’è, o su una regola propria del procedimento, amministrativo o finanche giurisdizionale, che non c’è.

Il d.lgs. n. 109/2006 non prevede altro (art. 15) che il termine decadenziale annuale dalla conoscenza del fatto, quale unico elemento oggettivo ostativo all’esercizio dell’azione da parte del Procuratore generale. E, a fronte di tale chiara indicazione normativa, non è neppure sostenibile una applicazione indiretta di quei principi o istituti con i quali si afferma, nel processo, essersi “consumato” un potere di carattere processuale: perché qui non è in gioco una mera facoltà di ordine procedurale o comunque di carattere disponibile ma viene in rilievo l’attribuzione della titolarità materiale dell’azione disciplinare che il legislatore ha voluto obbligatoria (art. 14, comma 3, d.lgs. n. 109/2006). In definitiva, appare proprio questo l’errore di prospettiva fondamentale della decisione, quello cioè di trascurare che la “speciale” archiviazione endogena – solo comunicata al Ministro – rappresenta in una certa misura un temperamento, dettato da esigenze operative e dalla stessa salvaguardia della funzionalità del giudice disciplinare a fronte di massicce entità numeriche di procedimenti predisciplinari, rispetto alla rigidità applicativa del principio dell’obbligatorietà dell’azione, che avrebbe imposto una ineludibile richiesta al giudice. Nulla di assimilabile, quindi, a quelle situazioni, interne al processo, nelle quali si usa individuare la “consumazione” di un potere, ad es. il potere di impugnazione; tanto più se si considera che perfino in questi casi il ri-esercizio dello stesso potere o della stessa facoltà non è affatto precluso in sé, fino al momento in cui non sia oggetto di una statuizione da parte del giudice: cfr. da ultimo per tutte Cass. civ., sez. III, n. 5053/2009, secondo cui, se una sentenza è impugnata con due successivi ricorsi, la proposizione del secondo non è affatto ostacolata dal primo, se sul primo non vi sia stata pronuncia del giudice nel senso della sua inammissibilità.

Mancando *a priori*, come si è più volte detto, il “giudice” chiamato a definire la legittimità dell’esercizio del potere (in questo caso, di archiviazione predisciplinare), non si vede dunque quale principio del processo venga fatto valere, in una sede che non lo consente.

Ma nulla di assimilabile neppure alla logica dell'azione amministrativa, se si ritiene di attribuire all'inciso sul "principio generale dell'azione amministrativa" (pag. 7 della sentenza) il significato di impedire che, una volta adottato un atto, l'autorità (il Procuratore generale) possa ritornare sui suoi passi e revocare l'atto adottato. Questa enunciazione di principio, nella giurisprudenza amministrativa, è fatta nel senso di limitare i poteri di c.d. autotutela (di revoca e di annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo), esclusivamente in funzione della stabilizzazione dell'interesse dei destinatari dell'atto amministrativo stesso (non impugnato nel frattempo), e di consolidamento della relativa posizione; ed è per questo che si afferma, sempre su questa linea, che non costituisce ragione sufficiente di esercizio della revoca/annullamento dell'atto la pura e semplice esigenza del ripristino in astratto della legalità violata, richiedendosi perciò un interesse pubblico attuale e concreto per potere esercitare l'autotutela (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, n. 6656 del 14 ottobre 2004; Sez. V, n. 4359 del 22 giugno 2004). Ma questa limitazione non è trasferibile sul terreno dell'azione disciplinare e del rapporto sanzionatorio che ad essa è sotteso, giacché: *a*) non v'è alcun "destinatario" del provvedimento, che neppure è comunicato all'interessato, la cui posizione dunque non è "stabilizzata" o accresciuta; *b*) l'atto non è impugnabile da chicchessia (salva la scelta dissenziente del Ministro della giustizia, su cui *infra*); *c*) non v'è alcuna posizione stabilizzata o consolidata, né certo vengono in gioco interessi privati pretensivi, poiché si tratta semplicemente dell'esercizio di una potestà di carattere autoritativo finalizzata all'applicazione di una sanzione; *d*) è proprio per il principio di immanenza persistente dell'interesse pubblico alla punizione degli illeciti disciplinari, riflesso nel principio di obbligatorietà dell'azione, che deve, *ad abundantiam*, affermarsi che quell'interesse a ripristinare la legalità (cioè, a correggere la valutazione iniziale, magari errata, chiamando il giudice disciplinare a definire il caso con stabilità stavolta di giudicato) sussiste *sempre*.

Sotto questo profilo, è la stessa classificazione della adozione del provvedimento di archiviazione *ex art. 16, comma 5-bis*, del d.lgs. n. 109/2006, come "*rinuncia*" all'azione che appare sistematicamente impropria, non potendosi ammettere la disponibilità *ad libitum* e fuori del controllo giurisdizionale di un potere che il legislatore vuole sia esercitato senza margini di discrezionalità, secondo lo schema di conformità tra la condotta in concreto e la fattispecie astratta di illecito e perciò in base alla – sola – riconducibilità della prima alla seconda (non mutando tale struttura la possibilità, introdotta con la novel-

la di cui alla legge n. 269/2006, di considerare il fatto privo di lesività in concreto, in applicazione dell'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109/2006).

A ben vedere, pertanto, la conclusione che la Sezione disciplinare ha raggiunto rappresenta una indiretta, ma sostanziale, elusione del principio fondante della riforma introdotta dal legislatore del 2006 con il d.lgs. n. 109, incentrata sull'inscindibile binomio tipicità dell'illecito-obbligatorietà dell'azione (solo l'azione del Ministro della giustizia restando facoltativa e discrezionale, conformemente alla prescrizione costituzionale: art. 107, secondo comma, Cost.). L'impossibilità assoluta di rivisitazione della precedente decisione, anche nel caso in cui essa sia manifestamente non conforme ai dati acquisiti o comunque appaia censurabile, si traduce infatti nella possibilità di eludere il principio di obbligatorietà dell'azione disciplinare, perché attribuisce a una determinazione presa allo stato e priva di vaglio a opera di un organo terzo, una efficacia radicalmente preclusiva della potestà disciplinare e della doverosa sanzionabilità di fatti che risultino, ancorché a una rilettura successiva, suscettibili di sanzione disciplinare. E questa impostazione appare significativamente espressa, nella decisione che qui si impugna, nella affermazione secondo cui "non è ... in discussione la correttezza in diritto delle conclusioni cui è pervenuto il Procuratore generale" (cioè, nel caso in esame, della prima archiviazione predisciplinare del 13 dicembre 2007). L'affermazione, invece, deve essere capovolta: perché l'esercizio successivo dell'azione, mai "rinunciata" e altresì non preclusa (per le ragioni esposte finora) da una archiviazione che possa definirsi irretrattabilmente "stabilizzata", chiama il giudice disciplinare a valutare proprio l'esattezza della prima o della seconda determinazione, conformemente al compito che dalla Costituzione (art. 105) è assegnato all'organo di autogoverno della magistratura, quello di definire la sussistenza o meno di un illecito rilevante sul piano disciplinare, e di statuire di conseguenza sul merito della incolpazione, senza potere definire il giudizio con un *non liquet*.

Di certo, la fisiologia del sistema si configura nel senso del carattere normalmente conclusivo del provvedimento di archiviazione predisciplinare, e ne è conferma la prassi applicativa susseguente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 109/2006 nonché il rilievo che nessuna archiviazione predisciplinare adottata dal Procuratore generale successivamente all'entrata in vigore della nuova disciplina ha visto il Ministro della giustizia dissentire esercitando la facoltà di cui all'art. 16, comma 5-*bis*, secondo periodo, del d.lgs. n. 109/2006. Ma nulla può autorizzare la derivata conclusione della stabilizzazione, con effetti propri del giudicato, di una determinazione che, anche a dati invaria-

ti, appaia a una più attenta lettura suscettibile di diversa conclusione e perciò meritevole del vaglio del giudice disciplinare, il solo autorizzato a formulare la parola definitiva sulla vicenda disciplinare che concerne un magistrato.

Infine, v'è una ragione ulteriore che conduce alla globale illegittimità della soluzione adottata nella sentenza che si impugna, ed è una ragione di logica interna del sistema della procedura disciplinare quale disegnata dal d.lgs. n. 109/2006 e dalla stessa norma di riferimento (art. 16, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 109/2006, da interpretare nella sua globalità).

L'interlocuzione, sull'archiviazione predisciplinare che è disposta dal Procuratore generale, è esclusivamente quella consistente nella comunicazione del provvedimento al Ministro della giustizia, perché, come ricordato, quest'ultimo possa eventualmente esercitare la facoltà, invece, di promuovere l'azione, *ex art. 16, comma 5-bis*, secondo periodo, d.lgs. n. 109/2006, entro il termine ivi stabilito.

L'interpretazione che di questa disposizione è stata comunemente data e che deve qui ribadirsi è che la comunicazione del provvedimento e la previsione del termine di sessanta giorni assegnato al Ministro, per determinarsi diversamente, non ha altro effetto se non quello di autorizzare, ma solo all'interno di detto termine, la facoltà di richiesta diretta al C.S.M. di fissazione dell'udienza di discussione e di formulazione dell'incolpazione, facoltà che si pone come chiara eccezione rispetto alla regola per cui il Ministro, ordinariamente, esercita l'azione disciplinare mediante richiesta di indagini al Procuratore generale segnalandogli il fatto perché proceda (artt. 14, comma 2, e 15, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 109/2006).

In altri termini, la specifica norma rappresenta una deroga rispetto all'assetto dei rapporti tra il Procuratore generale, titolare dell'azione, e il giudice (C.S.M.), e si spiega in ragione della manifestazione, da parte del primo, di non ravvisare allo stato gli estremi per l'esercizio dell'azione, rendendosi pertanto superfluo, in quella evenienza, il passaggio trilatero Ministro della giustizia-Procuratore generale-Consiglio superiore della magistratura. Ma la norma ha *solo* questo effetto, nel senso che non implica alcuna decadenza dal "normale" potere di esercizio (facoltativo) dell'iniziativa disciplinare, nelle forme consuete. Insomma, è una disposizione derogatoria di natura procedurale, di portata accrescitiva (perché ammette ciò che di regola non lo è, la "domanda" disciplinare del Ministro rivolta direttamente al Consiglio) e non diminutiva (come sarebbe se l'effetto fosse quello di istituire un termine di decadenza per il Ministro, costretto a una determinazione in sessanta giorni anziché nell'anno ordinario).

Se si condivide questa premessa, (...) l'applicazione della regola affermata dalla sentenza della Sezione disciplinare conduce a conseguenze irragionevoli o contraddittorie con quella stessa premessa: *a*) da un lato, il Ministro potrebbe (successivamente al termine di sessanta giorni nei quali è abilitato ad accedere direttamente alla richiesta di fissazione dell'udienza) promuovere l'azione, con la richiesta di indagini al Procuratore generale, il quale però, all'esito delle indagini stesse, in caso di assenza di elementi di novità, (...) avrebbe – seguendo il ragionamento della sentenza che si impugna – (...) “rinunciato” irreversibilmente all'azione e perciò perduto il relativo potere, con la conseguenza che in tale evenienza il Procuratore generale verrebbe ad atteggiarsi come mero *nuncius* delle determinazioni che solo il Ministro sarebbe abilitato a prendere, riconoscendosi con ciò a quest'ultimo, titolare di una “facoltà” (art. 107, secondo comma, Cost., e art. 14, comma 2, d.lgs. n. 109/2006), poteri maggiori rispetto a chi è investito di un cogente “obbligo” (art. 14, comma 3, d.lgs. n. 109/2006); *b*) dall'altro, poi, la sentenza sembra volere sostenere implicitamente (...) che, in queste coordinate, neppure il Ministro potrebbe più determinarsi nel senso dell'esercizio dell'azione, una volta emesso il provvedimento di archiviazione del Procuratore generale e una volta trasmessigli gli atti senza l'esercizio della facoltà di cui al comma 5-*bis* in discorso entro i sessanta giorni; affermazione, questa, che evidentemente contraddice la premessa circa la limitata portata della disposizione, come sopra interpretata, e che condurrebbe a un doppio effetto preclusivo della archiviazione “amministrativa”, verso il Procuratore generale e verso il Ministro, costretto, per sottrarsi, a una determinazione difforme entro il breve termine di sessanta giorni.

Per tutte le ragioni fin qui esposte, si deve concludere affermando il principio che, all'interno del periodo assegnato dalla legge per le determinazioni sull'esercizio dell'azione disciplinare, nessuna ulteriore preclusione – oltre quella del decorso del termine – può configurarsi all'esercizio obbligatorio dell'azione disciplinare da parte del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, indipendentemente dall'adozione che possa essersi nel frattempo verificata di provvedimenti in sede pre-disciplinare a norma dell'art. 16, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 109/2006, in relazione alla medesima notizia circostanziata e allo stesso magistrato.

#### **4. Termine annuale di decadenza (dalla notizia circostanziata del fatto) per l'esercizio dell'azione disciplinare.**

*In un procedimento disciplinare per abuso da parte del dirigente di un*

*ufficio di procura dell'autovettura di servizio, il magistrato della Procura generale delegato per le indagini ha ritenuto fondata l'eccezione di decadenza dal potere di esercitare l'azione disciplinare formulata dalla difesa; conseguentemente, con atto del 20 aprile 2009<sup>173</sup>, ha formulato, ai sensi dell'art. 17, comma 2, del decreto legislativo n. 109 del 2006, richiesta di non luogo a procedere sulla scorta delle considerazioni che seguono.*

Al riguardo, va premesso che l'art. 59 del d.P.R. 1958, n. 916, come modificato dall'art. 12 della legge 1981, n. 81 (disposizione abrogata dall'art. 31, comma 1, lett. c del d.lgs. 2006, n. 109) prevedeva che l'azione disciplinare non poteva essere promossa dopo un anno dal giorno in cui il Ministro o il Procuratore generale avevano avuto notizia del fatto oggetto dell'addebito disciplinare.

L'art. 15 del lgs. 2006, n. 109 (entrato in vigore il 19 giugno 2006) prevede ugualmente il termine di un anno per promuovere l'azione disciplinare, a decorrere dalla notizia del fatto, del quale il Procuratore generale presso la Corte di cassazione sia venuto a conoscenza a seguito di espletamento di sommarie indagini preliminari o di denuncia circostanziata o di segnalazione del Ministro della giustizia.

La nuova previsione normativa si fa carico di precisare che la denuncia "è circostanziata quando contiene tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie disciplinare", non costituendo altrimenti notizia di rilievo disciplinare.

In effetti, con la riforma del 2006 la disciplina del termine di decadenza non ha subito sostanziali innovazioni, posto che già la giurisprudenza della S.C. era nel senso che, ai fini della decorrenza del termine di decadenza, era necessaria una conoscenza certa di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, non rilevando l'acquisizione di dati insufficienti ad un'esauriente formulazione dell'incolpazione ed alle corrispondenti esigenze di difesa dell'accusato (Cass., sez. un. civ., 21 maggio 2003, n. 7947; 25 gennaio 2002, n. 910; in tal senso v. anche sentenze della Sezione disciplinare del C.S.M. del 12 novembre 2004 n. 113 e 3 dicembre 2004, n. 135).

Ai fini della presente indagine assume, quindi, scarso rilievo la questione prospettata nella memoria difensiva dall'incolpato in ordine alla operatività dell'art. 32-*bis* del d. lgs. 2006, n. 109 (che per i procedimenti iniziati dopo l'entrata in vigore della riforma, ma per fatti commessi precedentemente, rende applicabile la previgente disciplina

---

<sup>173</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott.ssa Antonietta CARESTIA. La Sezione disciplinare del C.S.M con ordinanza 11 settembre 2009, n. 106, ha accolto la richiesta.

ove più favorevole); in ogni caso, trattasi di disposizione nella specie non applicabile, posto che la stessa non richiama l'art. 59 del d.P.R. 1958, n. 916, ma fa riferimento ai (soli) profili sostanziali e cioè all'individuazione dei precetti deontologici che si assumono violati (mediante specifico richiamo delle previsioni di cui al regio decreto legislativo 1946, n. 511), mentre la disciplina relativa al termine annuale di decadenza attiene a profili processuali.

Deve dunque farsi riferimento al termine annuale di decadenza, a decorrere dalla data di conoscenza certa del fatto, così come previsto dall'art. 15 del d.lgs. 109/2006.

Tale termine deve ritenersi decorso alla data di inizio del procedimento disciplinare (17 maggio 2007) e cioè alla data in cui questo Ufficio ha dato comunicazione al C.S.M. e al Ministro della giustizia del promovimento dell'azione disciplinare nei confronti del dott. Tizio ai sensi dell'art. 14, 2° cpv., del d.lgs. 2006, n. 109.

Ed infatti già con nota del 25 ottobre 2005, avente ad oggetto "utilizzo auto di servizio assegnata alla Procura della Repubblica di ..." e diretta anche al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, il Procuratore generale della Repubblica di ... aveva segnalato "per gli interventi di competenza" che l'autovettura di servizio tg. BX 898YJ, assegnata alla Procura della Repubblica di ..., risultava utilizzata (in particolare nel periodo giugno 2004/ giugno 2005) per viaggi fuori circondario e fuori distretto, senza indicazione della causale.

Alla nota - diretta anche al C.S.M. e al Ministro della giustizia - erano allegati numerosi documenti (fl. 1/53), tra i quali: *a*) la nota 13 ottobre 2005 a firma del Procuratore della Repubblica di ..., dott. Tizio, sull'uso dell'autovettura di servizio, in risposta a richiesta di chiarimenti del Procuratore generale di ..., con particolare riferimento al periodo giugno 2004 / giugno 2005; *b*) uno stralcio della relazione sull'ispezione ministeriale eseguita nel periodo 25 marzo - 15 aprile 2003, presso gli uffici giudiziari del Tribunale e della Procura della Repubblica di ..., specificamente per la parte relativa al "Servizio automezzi"; *c*) la copia fotostatica del libretto matricolare dell'autoveicolo tg BX898YJ assegnato alla Procura della Repubblica di ..., con tutte le annotazioni sull'uso del mezzo (in particolare relative ai periodi 1 gennaio 2002/30 giugno 2003, 2° semestre 2004, 1° semestre 2005).

Se, ai fini della decorrenza del termine per l'azione disciplinare, per "notizia del fatto che forma oggetto dell'addebito" deve intendersi la "conoscenza certa di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito", la segnalazione-denuncia del Procuratore generale di ... deve ritenersi circostanziata e quindi idonea a promuovere l'azione disciplinare, in



quanto denunciava espressamente un uso del mezzo di servizio apparentemente eccedente le esigenze dell'ufficio e comunque per causali non sufficientemente indicate nel libretto matricolare trasmesso in copia fotostatica.

Come di recente ribadito dalla S.C. (Cass., sez. un. civ., n. 16618 del 2007), il termine per l'inizio dell'azione disciplinare decorre, infatti, dal giorno in cui i titolari dell'azione disciplinare hanno una conoscenza completa dei fatti oggetto dell'addebito disciplinare, a prescindere dal compimento di eventuali verifiche, "diversamente procrastinandosi la decorrenza fino al momento in cui, mediante indagini amministrative, detti elementi vengano acquisiti".

Nella specie, l'illecito disciplinare contestato al dott. Tizio era fondato su elementi già tutti risultanti dalla nota del 25 ottobre 2005 e dalla documentazione allegata, sicché nessuna rilevanza può essere attribuita alle successive richieste di questo Ufficio, dirette a verificare la eventuale pendenza di procedimenti penali a carico del dott. Tizio.

E' pur vero che:

- a) con nota 1 dicembre 2006 la Procura della Repubblica di Venezia, in adempimento di quanto disposto dal C.S.M. con circolare P/95 - 13682 del 5 ottobre 1995, ebbe a comunicare (anche) a questo Ufficio che in pari data era stata chiesta l'archiviazione del procedimento penale iscritto a carico del dott. Tizio "attesa la infondatezza della notizia di reato e in ogni caso la insostenibilità in giudizio di ogni accusa";
- b) successivamente, con nota 20 aprile 2007, detta Procura ebbe a comunicare a questo Ufficio che il GIP con decreto 10-11 aprile 2007 aveva disposto l'archiviazione del procedimento.

Tuttavia, trattasi di atti inidonei a procrastinare l'inizio della decorrenza del termine di decadenza, posto che nessun procedimento penale era pendente o è stato successivamente promosso nei confronti del dott. Tizio cui potesse ricollegarsi il procedimento disciplinare promosso a suo carico.

Lo stesso decreto di archiviazione (che nel sistema del nuovo codice di procedura penale può essere emesso anche nei casi in cui è già stata formulata una precisa contestazione a carico di persona determinata e cioè in una situazione che, secondo il sistema processuale previgente avrebbe richiesto l'emissione di una sentenza di proscioglimento) risulta emesso senza che sia stata formulata una precisa contestazione a carico del dott. Tizio, avendo il GIP emesso il provvedimento in base ad un giudizio di manifesta infondatezza della *notitia criminis*, che non può ritenersi equivalente a quella che sarebbe stata,

secondo il previgente codice di rito, una sentenza istruttoria di proscioglimento (v. Cass., sez. un. civ., n. 16629 del 2007).

### **5. Il termine decennale di decadenza (dalla commissione del fatto) per l'esercizio dell'azione disciplinare.**

*Ai sensi dell'art. 15, comma 1-bis, del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, inserito dall'art. 1, comma 3, lett. g), della l. 24 ottobre 2006, n. 269, l'azione disciplinare non può essere promossa quando sono decorsi dieci anni dal fatto. Si tratta di una disposizione di assoluta novità del nuovo sistema disciplinare introdotto nel 2006; in precedenza non esistevano limiti temporali, rispetto alla commissione del fatto, per l'esercizio dell'azione disciplinare. In relazione a tale norma, in un provvedimento di archiviazione del 18 novembre 2008<sup>174</sup>, adottato nell'ambito del procedimento n. 636/07/SD2, premessa la idoneità della condotta (anteriore all'entrata in vigore del suddetto decreto legislativo) ad integrare la fattispecie dell'art. 18 del r.d.lgs. n. 511/1946, e, ora, delle ipotesi di cui agli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, lettere c), g) e o), del d.lgs. n. 109, si rileva:*

che tuttavia la determinazione che deve qui adottarsi non può essere nel senso dell'esercizio dell'azione disciplinare, per una ragione di ordine procedurale;

che, infatti, la condotta del magistrato è stata posta in essere il giorno 3 maggio 1997 (data della redazione del duplice atto investigativo, quello "bloccato" e quello "approvato"), e cioè a distanza di oltre dieci anni dalla ricezione, da parte di questo Ufficio, della prima notizia di tale evenienza (2 ottobre 2007, data, come detto, di acquisizione, in altra procedura, della relazione dell'Ispettorato che fa menzione di tale episodio unitamente a molti altri);

che, essendo trascorso detto termine decennale alla data di cognizione della notizia "circostanziata" (non così invece alla data in cui l'Ispettorato ha raccolto gli elementi sul fatto, essendo le audizioni anteriori al decennio, marzo 2007; tuttavia l'Ispettorato non ha ritenuto di dare corso a tali risultanze nel senso che qui si prospetta), rileva la disposizione di cui all'art. 15, comma 1-bis, del d.lgs. n. 109/2006 ... , in connessione con quella di carattere transitorio di cui all'art. 32-bis, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 109/2006, come introdotto dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269 (art. 1, comma 3, lettera q), secondo cui "le di-

---

<sup>174</sup> Redattore il sostituto procuratore generale dott. Carmelo SGROI.

sposizioni del [presente] decreto si applicano ai procedimenti disciplinari promossi a decorrere dalla data della sua entrata in vigore”, cioè dal 19 giugno 2006;

che, infatti, trattandosi nella specie di procedimento (pre)disciplinare avviato nel regime della nuova disciplina, la suddetta previsione transitoria appare dirimente nel senso che, con l'applicazione del testo del d.lgs. nel suo complesso, è inclusa anche la norma che pone il limite temporale dei dieci anni dal fatto; senza che, per un verso, si ponga questione della operatività della disciplina anteriore, che sarebbe subordinata all'essere “più favorevole” al magistrato (art. 32-*bis*, comma 2), giacché in questo caso è la normativa attuale a rivestire carattere di maggior favore, introducendo un limite temporale prima non sussistente; e dall'altro senza che abbia neppure incidenza ogni questione sulla natura, sostanziale o puramente procedimentale, della norma che pone quel limite cronologico (se cioè essa operi secondo la struttura di un istituto di diritto materiale, analogamente alla prescrizione; ovvero costituisca piuttosto una preclusione procedimentale, sul modello della decadenza dall'esercizio dell'azione), perché tale distinguo non ha rilievo nel campo di operatività della normativa in discorso (cfr. Cass., Sez. un. civ., n. 16625/2007);

che, infine, neppure appare prospettabile un dubbio di incostituzionalità di quella previsione, che condurrebbe a un esercizio dell'azione eventualmente orientato a sollevare la questione in fase processuale (nel giudizio dinanzi al giudice disciplinare): non si delineano, infatti, argomenti che portino a dubitare della ragionevolezza intrinseca della previsione, né si ravvisano *tertia comparationis* tali da prospettare una disuguaglianza di casi simili idonea a dare consistenza a una questione incidentale, perché la legge non distingue e perché il principio, proprio della materia delle sanzioni disciplinari/amministrative, che si compendia nella formula *tempus regit factum*, e che prescrive la sottoposizione della condotta alla legge vigente al momento in cui essa si realizza, è bensì principio desumibile dall'art. 1 della legge n. 689/1981 ma esso vale fino al limite di una esplicita determinazione diversa del legislatore, che stabilisca invece di regolare il passaggio tra due discipline secondo gli schemi della materia penale (art. 2 c.p.) ovvero in altro modo (tra tante: Cass., Sez. un. civ., n. 27172/2006, n. 22510/2006); determinazione diversa ed espressa che qui per l'appunto è contenuta nella disposizione transitoria che, senza distinzioni, stabilisce la applicazione (*in toto*) delle regole del decreto legislativo n. 109/2006 nelle procedure disciplinari attivate a partire dal 19 giugno 2006;

che, conclusivamente, si impone la adozione del provvedimento di archiviazione motivata, a norma dell'art. 16, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 109/2006, essendo preclusa la formulazione di un capo di incolpazione e l'esercizio di una azione disciplinare per i fatti indicati, atteso il decorso del decennio; tale pronuncia può essere adottata già in questa sede, essendo manifestamente superfluo il passaggio alla fase processuale e altresì alla stregua del richiamo alle norme del codice di procedura penale (art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 109/2006) e, con esse, dell'art. 411 c.p.p. che autorizza a disporre l'archiviazione in presenza di cause di estinzione o improcedibilità dell'illecito.

## **6. Rapporti fra procedimento penale e procedimento disciplinare (rinvio).**

*V. il provvedimento di archiviazione 23 ottobre 2009 riportato sub A § 3 e le conclusioni orali riportate sub § 7 c, che segue.*

## **7. Altre questioni processuali: a) i difensori nel procedimento disciplinare; b) la pubblicità dell'udienza nella procedura cautelare; c) procedimento disciplinare e procedimento penale**

*In occasione della discussione concernente l'applicazione di una misura cautelare richiesta sia dal Ministro della giustizia che dal Procuratore generale (udienza del 17 gennaio 2009), la difesa dell'incolpato ha sollevato alcune eccezioni preliminari, tutte poi respinte dalla Sezione disciplinare, in relazione alle quali il procuratore generale d'udienza<sup>180</sup> ha formulato oralmente il suo parere nei termini che si riportano.*

*Nel primo caso le considerazioni del procuratore generale sono state adesive ai rilievi della difesa.*

a) Sull'eccezione di nullità del giudizio per violazione del diritto di difesa determinata dall'esclusione di uno dei difensori nominati dall'incolpato, la Sezione disciplinare ha sinora ritenuto che l'incolpato possa farsi assistere da un solo difensore, scelto tra i magistrati o tra gli avvocati. Tale orientamento può essere modificato.

Intanto è del tutto condivisibile la premessa dell'istanza della difesa secondo la quale quello disciplinare è un giudizio *tout court* sin

---

<sup>180</sup> Il Procuratore generale aggiunto dott. Giovanni PALOMBARINI.

dalla fase cautelare davanti alla Sezione disciplinare. Quali le conseguenze? Trattandosi di giudizio, ne dovrebbe discendere (nell'ambiguità del testo dell'art. 15, comma 4, del d. lgs. n. 109/2006) l'applicabilità delle disposizioni che concernono la possibilità di avvalersi di una pluralità di difensori. Il riferimento è agli articoli 96 c.p.p. e 87 c.p.c., richiamati nella memoria della parte, laddove si sottolinea che quello disciplinare è un procedimento giurisdizionale che si svolge in unico grado di merito.

Dunque, se la lettera dell'articolo 15, comma 4, non esclude con certezza l'interpretazione prospettata dalla difesa, l'istanza di questa trova conforto nel criterio della generale applicabilità delle disposizioni del codice di procedura penale ogni qual volta si ponga il problema di stabilire, non solo nel silenzio ma anche nella ambiguità delle disposizioni del decreto legislativo, quale sia la disciplina processuale del caso di specie.

Un argomento ulteriore sembra militare a favore della possibilità della nomina di un secondo difensore, quello della possibilità di un giudizio disciplinare che giunga fino alla Corte di cassazione, che esige il ricorso a un professionista abilitato al patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori. Con la possibilità di nominare due difensori, l'incolpato potrebbe così scegliere di essere difeso fin dall'inizio, in modo pieno, con riferimento all'intero tragitto del procedimento.

La Procura generale si rimette comunque alla decisione della Sezione disciplinare, non opponendosi in linea di principio alla nomina di un secondo difensore.

*Per altre due eccezioni della difesa dell'incolpato il procuratore generale si è espresso in termini contrari al loro accoglimento.*

b) A proposito della richiesta di pubblicità dell'udienza la memoria difensiva prende le mosse da due osservazioni: 1) l'assenza di qualsiasi univoca indicazione circa la pubblicità (o non pubblicità) dell'udienza in cui si discute della applicazione di una misura cautelare nel corpo delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 109 del 2006; 2) la conseguente necessità di applicare il principio generale, stabilito dall'art. 6 della CEDU, di pubblicità del processo, criterio che corrisponde in senso più ampio al concetto di giusto processo previsto anche dalla Costituzione.

E però può osservarsi da un lato che l'assenza di un'univoca indicazione non si risolve necessariamente nella scelta della pubblicità, potendosi ragionevolmente affermare, anche qui, che la sede cautelare disciplinare deve parametrarsi, come forma procedurale, a quella penale; e dall'altro che la garanzia dell'art. 6 CEDU attiene alla pubblicità della decisione, da parte di un tribunale indipendente e imparzia-

le, sul fondamento dell'accusa, cioè sul merito del giudizio, e non riguarda le fasi propedeutiche o cautelari.

In quest'ottica, di recente, la terza sezione civile della Corte di cassazione, con sentenza 18 luglio 2008, n. 19947, ha affermato che l'art. 6 CEDU non impone che tutta l'attività processuale debba svolgersi pubblicamente, ma assicura il diritto a una pubblica udienza nel senso che il processo deve prevedere un momento decisionale così conformato (su questa base ha escluso la sussistenza di un contrasto tra art.6 e rito camerale ex art. 375 c.p.c.). La memoria difensiva, che non si nasconde che nel codice di procedura penale è previsto un criterio di non-pubblicità per le misure cautelari, tuttavia afferma, per argomentare a sostegno della sua tesi, che "nel rito penale non è previsto - in ciò differenziandosi il procedimento disciplinare - un contraddittorio anticipato rispetto al provvedimento col quale la misura cautelare viene disposta". Tuttavia il riesame cautelare ex articolo 309 c.p.p. è in contraddittorio ma in sede camerale, esattamente come in questa sede; e poi il fatto che la garanzia in sede disciplinare sia incrementata rispetto al termine di raffronto rito penale non si vede perché debba portare a una ulteriore ma in definitiva superflua garanzia aggiuntiva.

In conclusione la questione e la relativa istanza appaiono manifestamente infondate.

*c) Anche con riferimento all'eccezione di nullità della contestazione per violazione del diritto di difesa e del principio del nemo tenetur se detegere, il procuratore generale ne ha sostenuto l'infondatezza, con questi argomenti.*

Il ragionamento della difesa sembra articolarsi come segue:

- 1) i fatti ascritti disciplinarmente al magistrato hanno evidente rilevanza penale, e segnatamente configurano condotte in astratto riconducibili ai delitti di abuso di ufficio e di interruzione di pubblico servizio; tanto vero che la Procura generale di Catanzaro ha notificato un avviso di garanzia per detti reati al Procuratore di Salerno e ai suoi sostituti (circostanza in effetti pacifica);
- 2) dovendosi l'incolpato difendere nella sede penale appropriata per gli stessi fatti oggetto di contestazione, costituirebbe una violazione del suo diritto di difesa il costringerlo a difendersi, prima e impropriamente, nella diversa sede disciplinare;
- 3) da ciò conseguirebbe (non la necessità di sospendere il procedimento disciplinare, ma) addirittura la nullità della incolpazione nel suo complesso.

In relazione al problema del coordinamento fra il procedimento penale e quello disciplinare, viene qui prospettata una soluzione (la

nullità dell'incolpazione) del tutto errata. Non si comprende infatti per quale ragione una simile nullità possa derivare dalla pendenza di un procedimento penale, ponendosi eventualmente la questione di un rapporto di pregiudizialità, con la conseguente necessità di procedere ad una sospensione del procedimento disciplinare in attesa della definizione di quello penale. Ma per varie ragioni allo stato un rapporto di pregiudizialità nel caso di specie non sembra sussistere.

Intanto oggi siamo in fase cautelare e in questa sede il problema non si pone. In particolare, l'adozione di un provvedimento cautelare non esclude in linea di principio che poi il procedimento disciplinare, se necessario o opportuno, possa essere sospeso.

Ma, a parte ciò, va preliminarmente ricordato che nel c.p.p. del 1988 non è stata riprodotta la disposizione di cui all'art. 3 comma 2 del codice del 1930, dovendosi perciò ritenere che il nostro ordinamento non sia più ispirato al principio dell'unità della giurisdizione e della prevalenza del giudizio penale sugli altri giudizi, civili e amministrativi, essendo stato dal legislatore instaurato il sistema della pressoché completa autonomia e separazione fra i giudizi. E infatti, nel senso che, tranne in alcune particolari e limitate ipotesi di sospensione del processo civile previste dall'art. 75, comma 3, del nuovo c.p.p., da un lato il processo civile deve proseguire il suo corso senza essere influenzato dal processo penale e, dall'altro, il giudice civile deve procedere ad un autonomo accertamento dei fatti e della responsabilità (civile) con pienezza di cognizione, non essendo vincolato alle soluzioni e alle qualificazioni del giudice penale, si è pronunciata ad esempio la seconda sezione civile della Corte di cassazione con sentenza 25 marzo 2005, n. 6478.

Inoltre il legislatore disciplinare del 2006, sembra essersi ispirato appunto al principio della (almeno tendenziale) autonomia delle due responsabilità e conseguentemente dei due giudizi. Si vedano in particolare:

- l'art. 2 e l'art. 3, che fra i comportamenti costituenti illecito disciplinare nell'esercizio o fuori dall'esercizio delle funzioni contempla numerose ipotesi nelle quali le condotte potrebbero integrare, se dolose, estremi di reato, solitamente, ma non solo, di abuso di ufficio;
- l'art. 4, pur evocato nella memoria difensiva, che contempla l'ipotesi di illecito disciplinare per i fatti (comma 1, lett. *d*) astrattamente costituenti reato idonei a ledere l'immagine del magistrato, anche se il reato è estinto per qualsiasi causa o l'azione penale non può essere iniziata o proseguita;
- l'art. 15, che prevede che i termini per l'esercizio dell'azione restano sospesi:

- comma 8 a) se per il medesimo fatto è stata esercitata l'azione penale (non quindi se, semplicemente, il magistrato è stato iscritto al registro degli indagati), ovvero il magistrato è stato arrestato o fermato o si trova in stato di custodia cautelare, riprendendo i termini stessi a decorrere dalla data in cui non è più soggetta ad impugnazione la sentenza di non luogo a procedere ovvero sono divenuti irrevocabili la sentenza o il decreto penale di condanna (come può notarsi, non si parla di sospensione del procedimento, ma solo di sospensione del termine per l'esercizio dell'azione);
- comma 8 d-bis) se, nei casi di cui all'articolo 2, comma 1, lettere g) ed h), all'accertamento del fatto costituente illecito disciplinare è pregiudiziale l'esito di un procedimento civile, penale o amministrativo;
- e soprattutto l'art. 16, comma 4, che prevede sia una particolare ipotesi di sospensione, decisa dal Procuratore generale, nel caso in cui sussista un segreto investigativo, sia (ultimo periodo) che il procedimento può essere altresì sospeso nel corso delle indagini preliminari, espressione che sembra escludere alla radice la esistenza di un dovere generale di sospensione e, tanto più, l'esistenza di qualsivoglia nullità del capo di incolpazione, come sembra pretendere la difesa del dott. Tizio.
- Dunque l'eccezione di nullità è manifestamente infondata.

## **8. Accesso agli atti di procedimenti in fase predisciplinare.**

*Con provvedimento in data 12 giugno 2009<sup>181</sup> la Procura generale ha rigettato la richiesta di un esponente volta ad accedere a determinati atti di una procedura in fase di sommarie indagini preliminari (art. 15, comma 1, d.lgs. 23 febbraio 2009, n.109) e ad estrarne copia, sulla scorta delle seguenti considerazioni.*

Convergono verso tale conclusione le fonti legislative che regolano la materia, sia sotto il profilo generale dei diritti dei soggetti di accesso agli atti delle procedure di carattere amministrativo, e relativi limiti, sia sotto il profilo della disciplina di garanzia della riservatezza degli atti concernenti procedure di natura disciplinare;

Quanto al primo profilo, e svolgendo l'indicazione della legge di principio in tema di accesso ai documenti amministrativi (legge 7 agosto 1990, n. 241, il cui art. 24 prevede sia la potestà del Governo di

---

<sup>181</sup> Redattore l'avvocato generale dott. Gianfranco CIANI (ha collaborato il sostituto procuratore generale dott. Carmelo SGROI).



adottare decreti rivolti a escludere il diritto di accesso in vista di prioritarie esigenze di sicurezza e di riservatezza di terzi, sia l'obbligo delle singole amministrazioni di adottare atti normativi generali per individuare le categorie di documenti pertinenti alle loro competenze sottratti all'accesso), è stato a suo tempo adottato il decreto del Ministro della giustizia 25 gennaio 1996, n. 115.

Detto decreto n. 115/1996, per ciò che attiene all'amministrazione della giustizia (comprensiva, a norma del suo art. 1, sia dell'amministrazione centrale e periferica in senso proprio, sia degli "uffici giudiziari nell'esercizio di funzioni non rientranti tra quelle giurisdizionali", come appunto si devono classificare quelle concernenti l'ambito predisciplinare: cfr. al riguardo C.S.M., sez. disciplinare, sentenza n. 54/2009), dispone, nell'art. 4, che sono sottratte all'accesso, tra le altre, le categorie di documenti attinenti " ... a procedimenti penali e disciplinari ovvero utilizzabili ai fini dell'apertura di procedimenti disciplinari" (lettera *i*), e, nell'art. 5, con previsione residuale, che sono altresì esclusi dal diritto di accesso tutti i documenti per i quali la vigente normativa ne prevede l'esclusione, ed in particolare i documenti "aventi natura giurisdizionale o collegati con l'attività giurisdizionale".

Quanto al secondo profilo, la normativa di principio posta dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, recante il codice in materia di tutela dei dati personali, si muove sulla medesima linea e conduce al medesimo risultato: l'art. 22 di detto d.lgs., infatti, concernente il trattamento dei dati (al contempo) "sensibili e giudiziari", secondo le definizioni fornite dai precedenti artt. 20 e 21 dello stesso d.lgs., pone l'affermazione di carattere generale secondo cui i soggetti pubblici sono autorizzati a effettuare unicamente le operazioni di trattamento indispensabili per il perseguimento delle finalità per le quali il trattamento è consentito, "anche quando i dati sono raccolti nello svolgimento di compiti di vigilanza, controllo o ispettivi"; mentre l'art. 47 del codice, saldandosi con la previsione anzidetta e altresì in deroga espressa rispetto all'applicazione del diritto illimitato di accesso posto dagli artt. 7 e 9 dello stesso testo normativo, stabilisce che la disciplina non trova applicazione quando si tratti di dati personali effettuati "presso uffici giudiziari di ogni ordine e grado, presso il Consiglio superiore della magistratura, gli altri organi di autogoverno e il Ministero della giustizia, se il trattamento è effettuato per ragioni di giustizia", ritenendosi effettuati per ragioni di giustizia i trattamenti direttamente correlati alla trattazione giudiziaria di affari e di controversie o che, in materia di trattamento *giuridico* ed economico del personale di magistratura, hanno una diretta incidenza sulla funzione giurisdizionale, nonché le attività *ispettive* su uffici giudiziari;

Le suddette previsioni sono state d'altra parte sviluppate, in rapporto di coerenza e continuità, anche nella normativa secondaria più recente relativa all'applicazione dei principi in materia di tutela della riservatezza: il decreto del Ministro della giustizia 12 dicembre 2006, n. 306, attuativo – nel comparto della giustizia – del citato codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003), stabilisce infatti – rendendo testuale ciò che era peraltro desumibile dal tenore della norma primaria – che il dettato di cui all'art. 47 del codice della *privacy* “debba estendersi anche alle attività ispettive su singoli magistrati, posta la natura giurisdizionale del contenzioso disciplinare a carico dei magistrati e la diretta incidenza sulla funzione giurisdizionale delle ispezioni medesime”.

L'attività normativa e provvedimentale del Garante per la protezione dei dati personali si colloca anch'essa nella medesima prospettiva: sia sottolineando la specificità dei trattamenti “per ragioni di giustizia” rispetto a quelli c.d. ordinari, così da sottrarre i primi a tutta una serie di regole appunto ordinarie e tra esse in particolare del diritto all'accesso di cui all'art. 13 della legge n. 675/1996, fonte originaria della normativa in materia (cfr. il provvedimento del Garante 2 dicembre 2007, in Bollettino Garante n. 2/1997, pag. 40, in risposta a quesiti posti dal C.S.M. sul punto), sia ribadendo dette limitazioni in sede di declaratoria di inammissibilità di un ricorso allo stesso Garante in tema di dati personali connessi a un procedimento disciplinare a carico di un magistrato, con l'affermazione che nella nozione di trattamento per “ragioni di giustizia” rientra appunto quello, effettuato dagli uffici giudiziari e dal C.S.M., afferente alla responsabilità disciplinare di un magistrato, precludendo in rapporto a tale trattamento l'esercizio dei diritti posti dalla legislazione e tra essi del diritto all'accesso ai dati (provvedimento 25 ottobre 2001, in Bollettino Garante n. 23/2001, pag. 31);

Dunque, le coordinate normative alle quali deve farsi riferimento non autorizzano l'ostensibilità a terzi di atti pertinenti a procedimenti predisciplinari, siano essi aperti o definiti, senza che possa plausibilmente operarsi, a questi fini, una distinzione, all'interno della materia e della competenza disciplinare, a seconda delle fasi (predisciplinare-amministrativa, e disciplinare - giurisdizionale);

Rapportando tale contesto normativo al caso di specie, la richiesta dell'istante Sig. ..., soggetto terzo rispetto al procedimento di competenza dell'ufficio, ovvero esponente (nel fasc. n. 107/2007-SD2), non può trovare ingresso, e ciò sia per le concomitanti preclusioni di ordine generale che si sono dette sopra e sia perché, per la condizione di esponente-denunciante che dà origine all'apertura della sommaria in-

dagine predisciplinare, tale specifica qualità non può costituire motivo derogatorio anche alla luce della norma dell'art. 3 del menzionato decreto ministeriale n. 115 del 1996, che sottrae (in funzione di esigenze di sicurezza) all'accesso i documenti relativi a segnalazioni anche anonime o a esposti informali di privati ...

A tale conclusione non potrebbe, ulteriormente, neppure contrapporsi una generica esigenza di garanzia di "trasparenza" amministrativa a favore del soggetto richiedente, giacché, al contrario, anche la normativa vigente di ordine generale (legge n. 241/1990, artt. 22 e 25) esige, per potere dare corso a istanze di accesso, la sussistenza e l'allegazione *motivata* di un interesse qualificato e tutelabile dall'ordinamento, condizione questa che non può in nessun caso dirsi ricorrente nella specie: le generiche e imprecise "ragioni di giustizia" adottate dal richiedente appaiono logicamente traducibili in una mera acquisizione esplorativa, verosimilmente in vista di possibili iniziative giudiziarie in danno di taluno dei soggetti e dei titolari di uffici giudiziari, e ciò non solo non costituisce un "interesse" qualificato nel senso della tutela di "situazioni giuridicamente rilevanti", posto che l'eventuale sperimentazione di rimedi, o iniziative penali o civili, prescinde in sé dalla cognizione di dati informativi e documentali che non sono rivolti a tutela del richiedente ma guardano esclusivamente alla responsabilità disciplinare del magistrato, e che le modalità di difesa si esercitano nell'ambito del processo; le ulteriori considerazioni del richiedente sig., poi, appaiono esplicitamente indirizzate a colmare pretese lacune documentali dei procedimenti penali nei quali egli è stato coinvolto ("dei provvedimenti disciplinari ... non v'è traccia nel fascicolo del processo parmense", così nella ultima istanza del 18 maggio 2009), ma anche questo ordine di idee è strutturalmente estraneo alla tutela della "trasparenza", poiché – indipendentemente da quelli che sono in concreto gli esiti di ogni singola procedura – risulta impropria la pretesa di far valere aspetti e profili disciplinari, riguardanti magistrati, "all'esterno" cioè in riferimento alla sede penale che coinvolge il privato, essendo, semmai, il sistema imperniato sulla opposta influenza del procedimento penale su quello disciplinare (artt. 653 c.p.p., 15, 16 e 20 del d.lgs. n. 109/2006), mai nella direzione inversa.

Conclusivamente, fa difetto la sussistenza di quell'interesse "diretto, concreto e attuale corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento" oggetto di richiesta, che è prescritto dall'art. 2, comma 1, del d.P.R. n. 184/2006 come preconditione dell'accesso agli atti.

### **C) LA “GUERRA” TRA PROCURE: OVVERO I CONTRASTI FRA LE PROCURE DI CATANZARO E SALERNO**

*Nel dicembre del 2008 i media hanno avuto occasione di interessarsi ampiamente del conflitto insorto fra la Procura della Repubblica di Salerno e la Procura generale della Repubblica di Catanzaro. Tale contrasto era nato a seguito di due successive iniziative di tali uffici. La Procura di Salerno emetteva il 26 novembre due provvedimenti, di perquisizione e di sequestro, ugualmente motivati, al fine di acquisire in originale gli atti di alcuni procedimenti pendenti presso la Procura generale e presso la Procura della Repubblica di Catanzaro, con contestuali perquisizioni personali e domiciliari (in tale contesto quattro magistrati di Catanzaro risultavano indagati per abuso in atti d'ufficio e interruzione di pubblico servizio). Con provvedimento 4 dicembre 2008 i magistrati della Procura generale di Catanzaro disponevano il sequestro preventivo e di urgenza del provvedimento di sequestro dei magistrati salernitani, che contestualmente indagavano per i delitti di abuso in atti d'ufficio, favoreggiamento e interruzione di pubblico servizio, e delle stesse carte già sequestrate dai magistrati di Salerno.*

*Sono generalmente note le polemiche che ne sono seguite e oggi sono conosciute le due sentenze pronunciate dalla Sezione disciplinare del C.S.M. nei confronti di alcuni magistrati di quei due uffici<sup>182</sup>.*

*In occasione delle due udienze (19 ottobre 2009 per tre magistrati della Procura di Salerno, 26 ottobre per quattro magistrati della Procura generale di Catanzaro), essendo incolpati anche i dirigenti dei due uffici, con riferimento alla posizione di questi il procuratore generale d'udienza<sup>183</sup> ha formulato un'identica considerazione.*

Non vi è dubbio che con il nuovo ordinamento giudiziario, decreto legislativo n. 106 del 2006 e legge n. 269 del 2006, con riferimento alla definizione complessiva dell'ufficio del pubblico ministero, il ruolo del Procuratore capo ha acquisito un peso ben più consistente rispetto alla situazione pre-riforma. Ciò, con riferimento ai compiti di direzione e coordinamento e a quelli di controllo dell'attività dei sostituti. Per cui oggi è ben difficile affermare che l'apertura delle indagini e gli atti più significativi da compiere in questo ambito possano essere ricondotti a scelte autonome dei sostituti, adottate al di fuori delle

---

<sup>182</sup> C.S.M. sent. n. 143/2009 del 26 ottobre 2009; C.S.M. sent. n. 156/2009 del 19 ottobre 2009.

<sup>183</sup> Il Procuratore generale aggiunto dott. Giovanni PALOMBARINI.

conoscenze e delle possibilità di intervento del Procuratore.

Oggi, in sintesi, il ruolo e la parallela responsabilità del procuratore, che assegna a un sostituto un procedimento e può revocare l'assegnazione, hanno rilevante consistenza. E nella misura in cui sono cresciuti, si è almeno parzialmente attenuata, pur se permane, la responsabilità dei sostituti. Ciò è tanto più vero nel caso di specie, nel quale il ruolo del procuratore nell'intera vicenda è stato quello di un protagonista.

*Con riferimento alla posizione dei magistrati della Procura della Repubblica di Salerno, il procuratore generale a giustificazione delle sue conclusive richieste di condanna (eccezion fatta per uno degli incolpati, il Procuratore capo, collocato a riposo poco tempo prima dell'udienza) ha svolto un duplice ordine di considerazioni. Il primo ha riguardato la correttezza dello svolgimento delle indagini e dei rapporti con l'altro ufficio.*

A proposito di tutti gli incolpati va formulata, per quel che concerne lo svolgimento dei fatti, una prima considerazione che li riguarda.

Certo, è vero quanto essi hanno affermato, e oggi con tono anche appassionato hanno ribadito - emerge dagli atti - che il dialogo fra la Procura della Repubblica di Salerno e la Procura generale di Catanzaro finalizzato all'acquisizione da parte del primo ufficio di copia di tutti gli atti del procedimento penale *Why Not?*, era in atto da tempo. Ha spiegato lo stesso Procuratore di Salerno in occasione dell'audizione innanzi al C.S.M. che già il 4 febbraio 2008 la Procura di Salerno aveva chiesto alla Procura generale di Catanzaro "alcuni atti specifici", ricevendo un rifiuto.

E però, dopo colloqui telefonici e scambi di corrispondenza, vi fu a Catanzaro un incontro il 4 giugno 2008, previa intesa con il Procuratore generale di Salerno dott. Di Pietro. All'esito di questo incontro, da tutti definito costruttivo, la Procura generale di Catanzaro riteneva di avere ricevuto gli opportuni chiarimenti per cui, anche con una nota del 17 giugno 2008, aveva espresso disponibilità a trasmettere gli atti desiderati. In quella nota i magistrati della Procura generale avevano invitato i colleghi della Procura di Salerno a recarsi personalmente a Catanzaro per prendere visione degli atti di interesse ed estrarne copia. Né vi era stata fino a quel punto, lo sottolineo, opposizione di segreto. Invece, dopo questa nota del 17 giugno, vi è stata l'iscrizione nel registro degli indagati dei magistrati calabresi, già in luglio, del procuratore generale...

*Omissis.*

D'improvviso, senza che si fosse profilato il rischio di un inquina-

mento probatorio (che peraltro in motivazione si sarebbe dovuto indicare), con il pieno accordo di tutti, si è adottato il sequestro di tutti gli atti in originale e contestualmente un provvedimento di perquisizione per la ricerca ed eventuale sequestro di materiale ulteriore.

Tali provvedimenti sono stati emessi in violazione di legge in quanto eccedenti i limiti della necessità e della proporzionalità del mezzo rispetto al fine. Allo stato degli atti, cioè per quella che era la situazione nel giugno 2008, ai fini dell'indagine salernitana, ben poteva essere sufficiente l'acquisizione della sola copia conforme all'originale degli atti processuali di *Poseidone* e *Why not?*, come dimostra la circostanza che il sequestro era stato disposto ai fini probatori e non preventivi e che successivamente, a seguito dei noti sviluppi della vicenda, di fatto a Salerno sono state trattenute e trasmesse, rispettivamente, le sole copie dei procedimenti *Poseidone* e *Why not?* (le cui indagini sono poi giunte a conclusione con gli avvisi di cui all'art. 415 *bis* c.p.p.). Se ciò ha soddisfatto le autorità requirenti salernitane, ben poteva a tempo debito essere seguita l'ipotesi procedimentale alternativa in relazione alla quale formale disponibilità era stata offerta dalla Procura generale di Catanzaro.

Dunque, già sotto questo aspetto si può affermare, in fatto, che la Procura della Repubblica di Salerno non ha curato il corretto esercizio delle indagini in atto presso l'ufficio.

Si noti. La stessa "predisposizione" di un'attività di copia con la pretesa di restituire interi e voluminosi faldoni di atti processuali (*Why Not?* e *Poseidone*) in tre soli giorni, da un lato non ha alcun riscontro nella redazione del decreto di perquisizione e sequestro, che non parla di sequestro in copia, dall'altra è manifestamente irragionevole per la chiara impossibilità di un simile adempimento. E la sproporzione tra mezzo e fine appare ancor più chiara se si tiene in considerazione il fatto che la Procura di Salerno aveva già a disposizione un copiosissimo numero di atti di quei procedimenti, nella misura di circa il 75%.

### *Omissis*

...Tra l'altro gli incolpati hanno in tal modo impropriamente operato trascurando di considerare che il clamore mediatico che sarebbe derivato da così gravi provvedimenti invasivi si sarebbe tradotto da un lato in un ingiusto danno per gli indagati, cioè per i magistrati di Catanzaro, additati all'opinione pubblica come favoreggiatori di autori di vari reati, e dall'altro in un discredito per il loro stesso ufficio. E che il

clamore mediatico sarebbe stato grande era facilmente prevedibile in considerazione del fatto che il provvedimento, ben al di là delle ipotesi di reato formulate, con motivazione esorbitante riportava nomi di persone di ogni tipo, anche con incarichi istituzionali importanti, compreso il Capo dello Stato.

*Le ragioni della richiesta di condanna hanno poi riguardato le motivazioni, peraltro coincidenti, dei provvedimenti di perquisizione e di sequestro.*

...L'insegnamento delle Sezioni unite della Corte di cassazione è noto. L'insindacabilità del provvedimento giurisdizionale del magistrato che lo ha adottato viene meno nel caso in cui il provvedimento stesso sia abnorme, in quanto al di fuori dello schema processuale (Cass., Sez. un. civ., n. 504 del 23 luglio 1999), e quindi il frutto di un comportamento del tutto arbitrario. Secondo la giurisprudenza di questa Sezione disciplinare il concetto di provvedimento abnorme, sotto il profilo non processuale ma deontologico e disciplinare, viene in rilievo, non solo quando esso si pone del tutto al di fuori di ogni schema giuridico e processuale (da ultimo, Sez. disc. C.S.M. n. 139 del 19 dicembre 2008), ma anche quando sia stato emesso sulla base di un errore macroscopico o – come appare nel caso di specie – di gravissima ed inescusabile negligenza, ipotesi in cui viene ad assumere rilevanza disciplinare, appunto, non già il risultato dell'attività giurisdizionale, ma il comportamento deontologicamente deviante posto in essere dal magistrato nella sua funzione istituzionale (da ultimo, Cass., Sez. un. civ., n. 24220 del 26 settembre 2008).

Lo hanno già rilevato le Sezioni unite civili della Corte di cassazione nella sentenza 16 giugno 2009 sul ricorso proposto dai sostituti procuratori della Repubblica di Salerno avverso il provvedimento di applicazione della misura cautelare. In questa sede non si censura l'attività di interpretazione di norme di diritto né di valutazione del fatto e delle prove, bensì l'illegittima interferenza nell'ambito di un altro ufficio giudiziario tramite un provvedimento giudiziario abnorme; la grave negligenza e la mancanza di ponderazione di effetti estranei alle logiche e alle finalità della giurisdizione (e cioè il blocco della giurisdizione stessa); un comportamento del tutto arbitrario nella tecnica redazionale dei provvedimenti controversi.

Dunque qui non è in discussione il merito dei decreti di perquisizione e di sequestro del pubblico ministero di Salerno, bensì i caratteri di abnormità, di atipicità, della motivazione degli stessi decreti nella parte in cui prescinde totalmente - ben al di là dell'esigenza di dimostrare la sussistenza del *fumus* e della pertinenza al reato - dalla neces-

sità di tutelare per quanto è possibile il segreto delle indagini e nella parte in cui appare non rispettosa della dignità degli indagati e di quelli di terze persone estranee alle indagini.

Infatti i provvedimenti di perquisizione e sequestro hanno lo scopo - dovrebbero avere lo scopo - di indicare a chi li subisce le ipotesi di reato, non meramente supposte (ancorché non ricorra la necessità di prova in senso proprio), e il vincolo pertinenziale della cosa ricercata e sequestrata (tra l'altro non si sequestra secondo l'articolo 253 del codice di procedura ciò che è pertinente, ma ciò che è pertinente e necessario); e ciò anche ai fini del giudizio di convalida delle perquisizioni e comunque per il giudizio di riesame. Tutto questo nel caso di specie è mancato, come a proposito dell'abnormità del provvedimento de quo ha ampiamente spiegato codesta Sezione disciplinare nel suo provvedimento del 16 gennaio 2009, spiegazioni che qui mi limito a richiamare.

In sintesi. I decreti in questione, al di fuori delle esigenze appena ricordate, contengono, cioè riproducono integralmente, senza alcun filtro valutativo, come viene evidenziato nei capi d'inculpazione, un numero veramente notevole di atti di indagine, in parte compiuti da quell'ufficio - in misura preponderante ma non esclusiva si tratta di verbali di numerosissime audizioni del dottor Luigi De Magistris e di memorie scritte dallo stesso - e in parte ricavati ed estrapolati dai procedimenti già trattati dal dott. Luigi De Magistris a Catanzaro, che in larga misura appaiono estranei all'indagine e a un'ipotesi di reato. Si tratta in particolare di atti tratti non solo dalle indagini denominate *Poseidone* e *Why Not?*, ma anche dal procedimento cosiddetto *Toghe Lucane* e da un procedimento cosiddetto *Reggio*, con l'emergenza, qui, di nomi di giornalisti, politici e magistrati di Reggio Calabria, al quale si fa frequentemente riferimento ma che, come del resto quello denominato *Toghe Lucane*, sembrerebbe del tutto estraneo alle indagini preliminari svolte a Salerno ex art. 11 c.p.p., non essendovi a quel momento (per quanto a mia conoscenza) ipotesi di reato a carico di magistrati di Reggio. Oggi si dice che sono state fatte tante deleghe e sentiti tanti testi. Ma rispetto a questi rilievi, che significato potevano avere?

Questi atti che ho citato e gli altri riportati nella motivazione appaiono fra loro eterogenei e solo in parte collegabili tra di loro. Vi è un'ampia eterogeneità che non viene spiegata e risolta con una qualche motivazione che leghi con chiarezza gli atti a un'ipotesi di reato specificamente indicata. Vengono accorpati con la tecnica del copia-incolla gli atti più diversi. Non tutti? Non integralmente? E però, in generale, si sono messe in fila le cose più diverse, dalle interrogazioni



parlamentari alle informative di uffici di Carabinieri. Sarebbero questi i riscontri?

E tutti gli atti, per il loro contenuto intrinseco e per come vengono riportati nella motivazione dei pubblici ministeri di Salerno, hanno un contenuto francamente sconcertante. A parte il fatto che la norma secondo cui il testimone è esaminato su fatti determinati e non può esprimere apprezzamenti personali è a volte dimenticata (circostanza viziata da palese illegittimità – art. 194, commi 1 e 3): mi riferisco in particolare alle affermazioni del teste Luigi De Magistris con le quali si prospettano le ragioni improprie che avrebbero animato il Procuratore generale dott. Mario Delli Priscoli nel promuovere azioni disciplinari nei suoi confronti; in genere gli atti si risolvono nella ricostruzione, ampiamente congetturale, di una sorta di congiura volta alla delegittimazione [termine che non casualmente ricorre più volte nel testo della motivazione] del dott. De Magistris attraverso una pluralità di atti compiuti da più soggetti, tutti fra loro convergenti allo scopo di sottrargli e di bloccare le inchieste per occultare responsabilità penali anche di persone che ricoprono cariche istituzionali ai più alti livelli, regionali e nazionali. In tal senso vengono interpretate dai pubblici ministeri di Salerno non solo la revoca della delega per *Poseidone* e l'avvocazione delle indagini nel procedimento *Why Not?*, ma anche altre iniziative dei soggetti i più diversi.

A proposito di questo quadro congetturale, anche le attività ispettive del Ministero della Giustizia, gli atti di iniziativa disciplinare del mio ufficio, la stessa vostra sentenza disciplinare già in giudicato relativa al dott. De Magistris e persino l'attività (ritenuta dal denunciante infedele) dei difensori del dott. De Magistris, il presidente Criscuolo e l'avv. prof. Lozzi, entrerebbero nella supposta congiura. Non mancano neppure riferimenti - pur se allusivi - a un collega di studio del professor Lozzi, figlio di un magistrato della Corte di Cassazione; e si riporta una dichiarazione del dottor De Magistris nella parte in cui lo stesso fa riferimento alla Presidenza della Repubblica (pagg. 435, 1290). Verrebbe da chiedersi: quali riscontri sono, e se riscontri fossero stati questi, quale rilievo potrebbero avere?

Tutto ciò, non solo appare oggettivamente denigratorio nella misura in cui il contesto è quello di una sorta di congiura universale, ma appare anche strumentale, quasi si sia voluto cioè in qualche modo evidenziare che un gran numero di soggetti delle più diverse categorie hanno operato – compresi magistrati e uffici giudiziari – per vanificare risultati e prospettive di indagini preliminari avviati dal dottor Luigi De Magistris.

Certo tutto è possibile, anche le congiure; e sotto il profilo della completezza delle indagini, il pubblico ministero che indaga in virtù dell'art. 11 c.p.p. sull'attività ritenuta illecita di determinati magistrati può estendere e approfondire i suoi accertamenti a eventuali reati ulteriori e a eventuali concorrenti anche magistrati. Anzi, ciò è doveroso, e per questo ho seguito le odierne dichiarazioni della dott.ssa Nuzzi per capire meglio. Ma l'autorità giudiziaria, comunque, che redige in proposito un qualsiasi provvedimento ha l'obbligo di spiegare ruoli e collegamenti, senza affastellare nomi e vicende in un quadro largamente incomprendibile e del tutto congetturale. La Corte di cassazione ha ripetutamente affermato che la mera elencazione e riproduzione del contenuto di intercettazioni e dichiarazioni testimoniali, non organizzata e spiegata nella sua valenza probatoria, costituisce motivazione inesistente.

Il fatto è che il sequestro di cui si discute, proprio per i meccanismi di motivazione che si sono appena ricordati, eccede palesemente le finalità probatorie, che avrebbero dovuto caratterizzarlo, per assumere quelle essenzialmente preventive, con annesso sindacato dell'attività del Procuratore generale e dei pubblici ministeri di Catanzaro, come del resto emerge dalle imputazioni elevate nei confronti di questi ultimi (falso, favoreggiamento, abuso d'ufficio).

Occorre in generale sottolineare anche l'assoluta disinvoltura con cui – verrebbe da dire, al di là di un'ipotetica congiura, ma forse proprio per alludere alla sua grande estensione - nella motivazione dei pubblici ministeri di Salerno vengono riportate integralmente utenze telefoniche, indicate come intestate - o comunque in uso - a persone fisiche, a difensori di parti private in processi non aventi attinenza con quello in corso, a società commerciali e ad associazioni private, a uffici e enti pubblici, comprese alcune utenze riferite al Senato della Repubblica, alla Camera dei Deputati, a singoli parlamentari, a Ministeri, a membri del Governo e persino al Sismi e al Sisde. Lo stesso vale per indirizzi, sedi di società, ricostruzioni di legami familiari, schede ricavate da *Internet*, notizie personali prive di qualunque attinenza con la dimostrazione della sussistenza del *fumus*.

Sotto questo profilo, al di là della divulgazione inutile e inopportuna di dati sensibili, particolarmente sgradevoli e inutili appaiono le indicazioni relative, a pag. 474, al voto di castità di un magistrato, a pag. 762 all'*handicap* della figlia di un altro magistrato, e alle pagg. 1273-1274 l'accento alle indagini che avrebbero riguardato per il delitto di via Poma il prof. Francesco Delli Priscoli, figlio del Procuratore generale che ha promosso l'azione disciplinare nei confronti del dott. De Magistris. Così, faccio un altro esempio, si è avuto modo di

apprendere, leggendo la motivazione, che l'on. Giuseppe Pisanu è coniugato e ha numerosi figli. Che dire?

La ricostruzione dei fatti appare perciò, nel suo complesso, sconcertante, con riferimento alla necessità di una motivazione dei provvedimenti che sia effettiva e non apparente con riguardo alle ragioni del provvedimento che si adotta, che consenta la comprensione delle ipotesi di accusa e degli elementi che le sorreggono, ipotesi di accusa che devono essere puntualmente definite e non espresse in termini talmente generici da consentire una virtuale espansività a macchia d'olio con il coinvolgimento di un numero indeterminato di persone, e che sfugga a tentazioni di natura strumentale. Il tutto appare invece evanescente e slegato da concrete ipotesi di reato, ma più simile ad una (invero alquanto confusa) inchiesta giornalistica a puntate.

Non a caso, oltre gli atti già citati, impropriamente nel testo vengono riportati locandine di convegni, fotografie, dati tratti dall'anagrafe tributaria relativi ai soci di diverse società che non risultano indagati, schede anagrafiche, e numerosissimi articoli di stampa, nazionale o locale, a volte a sostegno delle congetture investigative del dott. De Magistris e dei pubblici ministeri di Salerno, altre volte a dimostrazione della congiura universale. Anche questo ultimo rilievo, unito e collegato ai precedenti, evidenzia lo spessore delle varie abnormità che sono riassunte nel capo di incolpazione, tutte inquadrabili nelle previsioni per così dire "tipizzate" della nuova normativa in tema di responsabilità disciplinare.

Alla fine, nonostante il numero spropositato delle pagine dei provvedimenti, una motivazione manca.

*Quanto alle sanzioni il procuratore generale ha ovviamente preso atto del collocamento a riposo del Procuratore della Repubblica e della conseguente estinzione del procedimento disciplinare nei suoi confronti. Per i due sostituti la richiesta è stata di irrogarsi la sanzione della perdita di anzianità di 9 mesi, con il loro trasferimento ad altra sede.*

*Ovviamente diverse sono state le considerazioni svolte dal procuratore generale in occasione dell'udienza nella quale si sono discusse innanzi alla Sezione disciplinare del C.S.M. le incolpazioni a carico dei magistrati della Procura generale di Catanzaro.*

*Il primo argomento trattato nella requisitoria è stato quello della configurabilità della violazione del dovere di astensione del pubblico ministero e del rapporto fra l'incolpazione disciplinare per violazione del divieto di piegare la pubblica funzione all'interesse proprio e il delitto di cui all'art. 323 c.p.. Qui di seguito sono riportati ampi stralci della requisitoria svolta all'udienza del 26 ottobre 2009.*

I magistrati della Procura generale di Catanzaro erano indagati dalla Procura di Salerno in relazione a reati connessi alle indagini. Di ciò erano ben consapevoli. Questo punto è rilevante. Lo stesso procuratore generale ha oggi ricordato che nel provvedimento di Salerno egli era indicato come garante di attività illecite.

Dunque esistevano obiettive ragioni che avrebbero loro imposto di astenersi dall'adottare il predetto provvedimento di sequestro in risposta a quello dei magistrati di Salerno, previa iscrizione di questi ultimi nel registro degli indagati.

Qui si impone un momento di attenzione rispetto a una argomentazione difensiva prospettata dagli indagati... Si afferma che fino a oggi non sarebbe stato considerato, neppure dalle Sezioni unite civili chiamate a decidere del ricorso sulle misure cautelari, che il sequestro preventivo disposto dalla Procura generale di Catanzaro era finalizzato all'obiettivo di impedire la consumazione di un reato che si stava realizzando, con le operazioni di sequestro in corso, proprio nella sede della Procura. Si afferma testualmente che "i pubblici ministeri del proc. *Why Not?*, a fronte di una azione criminosa *in itinere*, con tutta evidenza integrante la fattispecie criminosa di cui all'art. 340 c.p., hanno esercitato il potere-dovere di impedire la consumazione del reato, attraverso un atto improcrastinabile, che prescindeva dalla loro sussistente o meno competenza anche funzionale, rimettendo subito dopo ogni valutazione al giudice delle indagini preliminari e, ancora dopo, trasmettendo tutti gli atti all'autorità giudiziaria ritenuta competente".

Orbene, questo assunto, che in buona sostanza viene costantemente riproposto anche con riferimento ad altre argomentazioni della difesa, è infondato.

Già in linea di principio è discutibile - per quanto mi riguarda, sia chiaro, non è proprio configurabile - la legittimità di un sequestro preventivo adottato per fermare gli effetti di un provvedimento di un'altra autorità giudiziaria.

Ma anche in fatto lo stesso assunto non è sostenibile. Infatti, come è noto a codesta Sezione, il Gip presso il Tribunale di Perugia, con provvedimento del 9 settembre 2009 ha disposto l'archiviazione del procedimento a carico dei magistrati della Procura di Salerno, trasmesso a Perugia dalla Procura della Repubblica di Roma, inizialmente iscritto appunto su iniziativa della Procura generale presso la Corte d'appello di Catanzaro con riferimento ai reati di abuso di ufficio e di interruzione di pubblico servizio ipotizzati in relazione al doppio provvedimento di sequestro probatorio e di perquisizione del 29 novembre 2008 dalla Procura della Repubblica di Salerno.

Dunque, contrariamente a quanto qui si assume, non era in atto alcun reato al quale era necessario resistere. Certo, è ovvio, un provvedimento di archiviazione non corrisponde a una sentenza passata in giudicato, ma comunque ha un significato chiaro, che non può essere trascurato.

D'altro lato, come è noto, le incolpazioni che sono state sollevate nel procedimento disciplinare aperto nei confronti dei magistrati di Salerno non fanno riferimento alcuno a ipotesi delittuose. Non le ha ipotizzate il Ministro della giustizia, non le ha ipotizzate il procuratore generale con riferimento all'art. 4, lettera *d*), del d.lgs. n. 109 del 2006. E' pertanto evidente che soltanto i magistrati della Procura generale di Catanzaro hanno affermato e affermano l'esistenza dei reati.

Dunque, è stato emesso un provvedimento di sequestro preventivo del tutto ingiustificato. E in proposito non può esservi dubbio in ordine alla rilevanza disciplinare della non astensione del pubblico ministero. La giurisprudenza della Corte di cassazione è pacifica sul punto. Cito in proposito le Sezioni unite civili n.25815/07 che hanno testualmente affermato che: "il magistrato del p.m., svolgendo nel processo penale funzioni di parte pubblica, tenuta ad agire esclusivamente per il perseguimento dei fini istituzionali di giustizia ad essa assegnati dall'ordinamento, ha il dovere, sul piano deontologico e disciplinare, di fare formale istanza di astensione a norma dell'art. 52 c.p.p. tutte le volte che nel processo in cui interviene si manifestino situazioni obiettivamente suscettibili di far ipotizzare che la sua condotta possa essere ispirata a fini diversi da quelli di istituto, e, in particolare, al conseguimento di obiettivi e al soddisfacimento di interessi personali".

Non è solo una mia personale opinione. Il generale principio del *nemo iudex in causa propria* è generalmente considerato applicabile anche al pubblico ministero. E' infatti sancito sia nella nostra Costituzione e, particolarmente, nelle norme poste a tutela dei valori dell'imparzialità del giudice e del giusto processo (artt. 24, 25 e 111), sia nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (art. 6). Non può mai confondersi l'interesse privato con l'interesse pubblico.

Non mi pare, a questo proposito, che possa rilevare in senso contrario la circostanza che l'articolo 52, primo comma, c.p.p. preveda per il pubblico ministero non l'obbligo ma la facoltà di astensione. E' infatti evidente che accanto agli specifici obblighi di astensione che derivano da particolari norme di legge, come il codice di procedura penale, vi è un generale divieto di commistione dell'interesse privato con quello pubblico, incombente in generale su ogni pubblico ufficiale.

In proposito è chiara la sentenza 2 marzo 2005, n. 7992, della sesta Sezione penale a proposito dell'art. 323 c.p.

“In materia di abuso d'ufficio determinato da violazione dell'obbligo di astensione, l'espressione omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, contenuta nell'art. 323 c.p., dev'essere letta nel senso che la norma ricollega l'obbligo di astensione a due ipotesi distinte e alternative, quella dell'obbligo di carattere generale, derivante dall'esistenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, e quella della verifica dei singoli casi in cui l'obbligo sia prescritto da altre disposizioni di legge. L'art. 323 c.p., nella formulazione di cui alla l. 16 luglio 1997, n. 234, ha riordinato la disciplina dell'obbligo di astensione, dettando una norma di carattere generale e coordinando con quella le norme speciali che prevedono casi diversi e ulteriori in cui detto obbligo rimane vigente. Il richiamo delinea un sistema in cui l'ipotesi di carattere generale e quelle particolari risultano armonizzate grazie a un effetto parzialmente abrogante che esclude ogni possibile contrasto. Il risultato, per quanto riguarda l'art. 52 c.p.p., consiste nell'abrogazione della facoltà, sostituita dall'obbligo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, che rientrano con ogni evidenza nelle gravi ragioni di convenienza”.

Si noti. A tale conclusione si arriva anche indipendentemente dall'affermazione di effetti modificativi derivanti dalla novella del 1997. E' infatti chiaro che tutte le “ragioni di convenienza” che trovano fondamento nel processo e nei suoi sviluppi (ad esempio, supposte ragioni di inimicizia derivanti da precedenti processi, o da controversie con l'imputato e la difesa nate dall'esercizio della funzione) o da applicazione analogica, ove possibile, di ipotesi di astensione non determinate da motivi processuali e disciplinate dalle norme relative al giudice (art. 36 c.p.p.), non comporteranno obbligo di astensione e dunque l'applicazione di sanzioni disciplinari a meno che non siano in violazione del generale divieto di prendere un interesse proprio o di un prossimo congiunto nell'esercizio di una pubblica funzione.

Va notato che questa impostazione consente di superare il rischio di un possibile “appiattimento” della sanzione disciplinare su quella penale. Infatti, come ha ancora di recente ricordato la suprema Corte (sent. n. 27936 del 2008), “nel testo del novellato art. 323 c.p., l'abuso è fattispecie criminosa di evento, essendo necessario che la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio (concretamente in violazione di legge o di regolamenti, ovvero nell'omissione del dovere di astensione) provochi, secondo l'intenzione dell'agente, un

danno ingiusto ad altri, oppure un vantaggio ingiusto necessariamente patrimoniale al soggetto pubblico o ad altri (Cass., VI sez, pen, 25 marzo 1998, Urso): la nuova formulazione della norma incriminatrice ha infatti trasformato il delitto, da reato di mera azione, in reato di azione e di evento (Cass., VI sez. pen., 27 aprile 1998)". Dunque il penale e il disciplinare procedono su binari indipendenti.

Vi sono pertanto spazi per una valutazione disciplinare di condotte nelle quali il pubblico ministero violi il generale divieto di piegare la pubblica funzione all'interesse proprio, senza per questo consumare il delitto di cui all'art. 323 c.p. Ed è appunto questo il nostro caso.

Gli incolpati hanno addotto l'intento di fermare la realizzazione di un reato, e si è detto come tale argomento non abbia fondatezza, e di ripristinare la funzionalità del proprio ufficio, a loro giudizio compromessa dal sequestro disposto dai colleghi salernitani, evitando la dispersione e diffusione dell'imponente materiale probatorio e, segnatamente, dell'archivio di informazioni raccolto dal consulente tecnico Gioacchino Genchi, contenente dati sensibili sui traffici telefonici di una moltitudine di soggetti.

Così, le difese continuano a collegare le loro condotte a quelle dei magistrati di Salerno al fine di giustificare l'adozione di un sequestro, dagli stessi incolpati definito eccezionale e giustificabile solo in presenza di un atto, ritenuto abnorme e costituente ipotesi delittuosa. Ma si è visto come le giustificazioni siano infondate.

Tali difese hanno anche richiamato l'art. 27 c.p.p. che consente l'adozione di misure cautelari da parte del giudice incompetente. Ebbene, tale previsione normativa non può, di per sé, giustificare l'adozione di un provvedimento che scardina i principi costituzionali e sopranazionali posti a base dell'esercizio di ogni funzione giurisdizionale e che non possono venir meno, peraltro, nemmeno in ipotesi eccezionali quali quelle ritenute dai magistrati di Catanzaro.

Non osservando il dovere deontologico di astensione gli incolpati hanno pertanto violato il generale divieto di piegare la giurisdizione ad un interesse proprio in relazione ad un preteso torto subito ed hanno conseguentemente violato i doveri di correttezza ed imparzialità, arretrando un ingiusto danno ai magistrati di Salerno, indebitamente iscritti nel registro degli indagati della Procura generale di Catanzaro e determinando, sia pure per un breve periodo, il blocco della giurisdizione.

*Ai magistrati di Catanzaro è stata addebitata un'altra violazione di legge, sempre determinata da negligenza inescusabile, per la mancata osservanza dell'art. 11 c.p.p., che come noto regola la competenza funzionale per i procedimenti penali riguardanti i magistrati. Il procuratore ge-*

*nerale, dopo avere ricordato che tale norma, per giurisprudenza pacifica, si applica anche all'ipotesi che il magistrato sia la persona danneggiata dal reato, ha così argomentato.*

Ne consegue che il difetto di competenza funzionale dei magistrati di Catanzaro e, comunque, della Procura generale di Catanzaro si appalesa con riferimento non solo e non tanto ai magistrati di Salerno ed alla loro condotta ipoteticamente criminosa – e si è già visto come non fossero in realtà configurabili reati – ma con riferimento agli stessi magistrati di Catanzaro, ormai indagati per effetto dell'iniziativa della Procura di Salerno, e che non potevano in ogni caso iscriverne nel registro degli indagati proprio i magistrati di Salerno, da essi ritenuti autori di possibili reati di abuso d'ufficio ed interruzione di pubblico servizio. Infatti, soggetti danneggiati da una ipotetica indagine illecita e frutto di reato sono proprio i magistrati indagati e non l'ufficio giudiziario al quale appartengono.

In ogni caso, avrebbe dovuto essere la Procura della Repubblica, e non la Procura generale, competente all'iscrizione nel registro degli indagati dei magistrati della Procura di Salerno, provvedendo poi alla trasmissione del caso all'autorità giudiziaria competente. Dico ciò, riferendomi ad un'argomentazione difensiva di uno degli incolpati, non per affermare che “in sé e per sé, quel provvedimento poteva essere adottato”. Ribadisco al contrario che non era possibile adottare quel sequestro. Affermo peraltro che ove il problema si fosse posto, solo la Procura della Repubblica presso il Tribunale avrebbe potuto affrontarlo e risolverlo.

Di ciò, mi pare di poter dire, erano consapevoli gli stessi incolpati. Infatti emerge dagli atti che il procuratore generale ha parlato, prima dell'emissione del sequestro preventivo, proprio con il Procuratore della Repubblica della stessa sede dott. Lombardo. Questi peraltro si è guardato bene dall'assumere qualsiasi iniziativa processuale, direi del tutto correttamente. Di conseguenza si è proceduto autonomamente, si è deciso di muoversi per proprio conto. D'altro lato non può ritenersi che tale invocata legittimazione, sia pure in via provvisoria e d'urgenza, sia ricavabile dall'art. 12 c.p.p. non potendosi rinvenire il nesso teleologico e funzionale nel rapporto tra il reato commesso dai magistrati salernitani a Catanzaro con l'attività di indagine asseritamente legittima svolta dai magistrati di quest'ultimo ufficio.

Con il c.d. “contro sequestro” gli incolpati hanno in realtà disposto il sequestro preventivo di atti appena sequestrati da un'altra autorità giudiziaria.

Ebbene deve osservarsi che il provvedimento di sequestro preven-



tivo di un fascicolo processuale e di un'intera attività giudiziaria non è previsto dalle norme vigenti (di qui la contestazione anche dell'art. 2 lett. ff, del decreto legislativo 109 del 2006). Secondo la pacifica giurisprudenza di legittimità il sequestro preventivo non può mai avere ad oggetto una attività, ma soltanto il risultato di una attività, giacché tale misura cautelare non è destinata a svolgere una atipica funzione inibitoria di comportamenti rilevanti sul piano penale.

A maggior ragione deve considerarsi *contra ius* un sequestro preventivo finalizzato ad una inibitoria di una funzione giurisdizionale, quali che siano le ragioni perseguite attraverso quel provvedimento. Un provvedimento di sequestro preventivo di un intero fascicolo processuale finisce, tra le altre cose, con il determinare una sorta di sospensione arbitraria del procedimento. Così, difettando ogni competenza da parte dei magistrati catanzaresi incolpati in relazione al disposto sequestro preventivo, essi appaiono responsabili anche di ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria dei magistrati della Procura di Salerno.

*Un'ultima considerazione è stata svolta dal rappresentante della Procura generale a sostegno delle sue richieste, con riferimento ad alcune dichiarazioni pubbliche del procuratore generale di Catanzaro.*

L'ingiustificata anomalia della reazione dei magistrati catanzaresi è dimostrata anche dalla circostanza che il procuratore generale di Catanzaro, in data 5 dicembre 2008, ha rilasciato dichiarazioni nel corso di una conferenza stampa in cui ha qualificato l'azione della Procura di Salerno come un atto "istituzionalmente inammissibile", nonché "scandaloso ed eversivo", a cui era necessario rispondere con tempestive iniziative "idonee al ripristino dei principi di legalità, indipendenza ed autonomia che hanno da sempre costituito il patrimonio culturale e morale dell'ordine giudiziario". Verrebbe da dire che queste parole, lette in trasparenza, costituiscono la chiara sintesi delle ragioni dell'iniziativa dei magistrati di Catanzaro. Vi era stato un atto che consideravano istituzionalmente inammissibile, scandaloso ed eversivo. A loro giudizio era maturata la necessità di dare una risposta, una risposta idonea al ripristino del principio di legalità, e inoltre dei principi di indipendenza e autonomia. Per questo è stato emesso il sequestro preventivo. Sono state queste dichiarazioni e questa condotta del procuratore generale a determinare le considerazioni dei *mass media* quali "guerra tra procure". Anche queste impulsive dichiarazioni hanno indubbiamente contribuito alla lesione della credibilità intanto dei due uffici interessati e più ampiamente dell'ordine giudiziario (per questo solo al procuratore generale è addebitata la violazione anche

degli artt. 1 e 2, primo comma, lett. v), del d.lgs. n. 109/2006).

Oggi si dice: da parte nostra non si è voluto aprire nessuna guerra. Valuterà la Sezione disciplinare la rilevanza di questa dichiarazione. E però è difficile negare che, di fatto, un'aspra pubblica controversia c'è stata. E oggi si ragiona delle relative responsabilità.

*Quanto alle sanzioni, a parte la situazione di uno dei sostituti, collocato a riposo, la richiesta del procuratore generale si è articolata in considerazione delle diverse posizioni, tenendo conto del ruolo che attualmente svolge il procuratore dirigente e delle sue preminenti responsabilità rispetto ai sostituti.*

*Nel caso di specie uno dei sostituti era un magistrato della Procura della Repubblica di Paola, applicato alla Procura generale solo in data 16 giugno 2008, per cui il suo contributo causale appariva di rilevanza minore rispetto a quelli degli altri.*

*Conseguentemente, per il procuratore generale è stata chiesta la sanzione della incapacità di esercitare un incarico direttivo per anni due; per l'altro magistrato della Procura generale la perdita di anzianità per mesi sei ed il trasferimento ad altro ufficio; per il sostituto applicato dalla Procura di Paola la censura.*



Statistiche relative all'attività  
della Procura generale  
in materia disciplinare

PROCURA GENERALE PRESSO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

*A cura dello Statistico dott.ssa Rosa Mampieri e del Cancelliere  
dott. Vincenzo Castrucci*

## STATISTICHE RELATIVE ALL'ATTIVITÀ DELLA PROCURA GENERALE IN MATERIA DISCIPLINARE

### **Premessa.**

I dati sono tratti dai nuovi registri informatizzati del servizio disciplinare della Procura generale, adottati a seguito della riforma della materia in tema di disciplina degli illeciti dei magistrati introdotta dal decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109.

Il passaggio ai nuovi registri è avvenuto nel 2008. La migrazione dei dati dai vecchi ai nuovi registri è ancora in fase di completamento.

I dati statistici estraibili dal programma presentano ancora un margine di errore soprattutto se relativi alle caratteristiche soggettive degli incolpati (genere, funzione, distretto di servizio, ecc.).

Per il primo dei due settori in cui si articola il servizio disciplinare, quello predisciplinare, non si potrà dare alcuna statistica sulle caratteristiche soggettive. Per il secondo settore, quello disciplinare, si daranno rappresentazioni più o meno estese nel tempo.

L'obiettivo è di fornire un quadro conoscitivo della materia da un punto di vista statistico quanto più ricco di informazioni, anche se ancora non complete.

### **SETTORE PREDISCIPLINARE**

Nel registro del settore predisciplinare sono iscritte tutte le notizie di illecito che pervengono alla Procura generale.

La legge prevede che entro un anno dall'iscrizione della notizia si pervenga ad una definizione che può essere di inizio dell'azione disciplinare o di archiviazione da parte del Procuratore generale a seconda che la notizia del fatto costituisca o non condotta disciplinarmente rilevante o il fatto stesso risulti o non fondato.

Nel triennio 2007-2009 il numero di notizie di illecito sopravvenute si è mantenuto costante attorno ad un valore di circa 1.400 notizie l'anno, il numero delle definizioni è sempre stato al di sopra dei sopravvenuti e con un andamento crescente.

Il numero delle notizie ancora pendenti o non definite a fine anno è andato progressivamente diminuendo passando dai 900 del 2007 a poco più della metà a fine 2009.

La durata, misurata con la formula della "giacenza media", si è andata riducendo dai 261 giorni del 2007 ai 150 giorni del 2009.

**Tab. 1 - Numero di notizie di illecito per stato e per anno  
Periodo 2007-2009**

Sopravvenuti nell'anno			Definiti nell'anno		Pendenti fine anno		Giacenza media*
Anno	Numero	variazione relativa rispetto all'anno precedente	Numero	variazione relativa rispetto all'anno precedente	Numero	variazione relativa rispetto all'anno precedente	Giorni
2007	1.307		1.479		909		261
2008	1.423	8,88%	1.533	3,65%	799	-12,10%	211
2009	1.413	-0,70%	1.725	12,52%	487	-39,05%	150

La percentuale di notizie che non danno luogo all'inizio di un'azione disciplinare costituisce in media più del 90% delle notizie definite ogni anno. Tale percentuale è andata aumentando nel triennio.

**Tab. 2 - Ripartizione dei definiti delle notizie di illecito  
per modalità di definizione e per anno  
Periodo 2007-2009  
(%)**

Anno	Definiti dal Procuratore generale		
	Inizio azione disciplinare	Archiviazione	Totale
2007	7,78%	92,22%	100,00%
2008	7,24%	92,76%	100,00%
2009	5,91%	94,09%	100,00%

\* La formula della giacenza media fornisce una misura della durata ed è data dal rapporto fra la somma dei dati di stock (pendenti ad inizio e fine anno) e la somma dei dati di flusso (sopravvenuti e definiti) moltiplicato per il numero di giorni, pari a 365, dell'anno.

## SETTORE DISCIPLINARE

### Andamento dei procedimenti

Il procedimento disciplinare inizia con la decisione di promuovere l'azione in base alla notizia di illecito. L'azione disciplinare può essere promossa dal Procuratore generale e dal Ministro e deve essere conclusa entro due anni.

Nel periodo 2005-2009 il numero di procedimenti disciplinari sopravvenuti è aumentato di anno in anno attestandosi nel 2009 sul doppio del valore del 2005.

Il numero dei procedimenti disciplinari definiti, pur mantenendo un andamento crescente, si è sempre mantenuto al di sotto di quello dei sopravvenuti.

Il numero dei procedimenti pendenti è andato progressivamente aumentando anche se ad un tasso annuo decrescente.

La durata dei procedimenti, misurata con la formula della "giacenza media", tendenzialmente in aumento nel quinquennio, diminuisce nell'ultimo anno. Si fa presente che nel numero dei pendenti del 2009 sono compresi 30 procedimenti sospesi per pregiudizialità penale.

**Tab. 3 - Numero di azioni disciplinari per stato e per anno  
Periodo 2005-2009**

<b>Anno</b>	<b>Sopravvenuti nell'anno</b>		<b>Definiti nell'anno</b>		<b>Pendenti fine anno</b>		<b>Giacenza media*</b>
	<b>Numero</b>	<b>variazione relativa rispetto all'anno precedente</b>	<b>Numero</b>	<b>variazione relativa rispetto all'anno precedente</b>	<b>Numero</b>	<b>variazione relativa rispetto all'anno precedente</b>	<b>Giorni</b>
2005	98		139		72		285
2006	90	-8,16%	83	-40,29%	79	9,72%	319
2007	138	53,33%	106	27,71%	111	40,51%	284
2008	150	8,70%	110	3,77%	151	36,04%	368
2009	185	23,33%	154	40,00%	182	20,53%	359

\* La formula della giacenza media fornisce una misura della durata ed è data dal rapporto fra la somma dei dati di stock (pendenti ad inizio e fine anno) e la somma dei dati di flusso (sopravvenuti e definiti) moltiplicato per il numero di giorni, pari a 365, dell'anno.

Il numero di procedimenti ad iniziativa del Procuratore generale rappresenta in media il 70% di tutti i procedimenti sopravvenuti, quello del Ministro il 30%. Nell'ultimo anno il rapporto è stato del 55% del Procuratore generale contro il 45% del Ministro.

**Tab. 4 - Ripartizione dei procedimenti disciplinari sopravvenuti per iniziativa e per anno  
Periodo 2005-2009  
(%)**

<b>Sopravvenuti</b>				
<b>Anno</b>	<b>Procuratore generale</b>	<b>Ministro</b>	<b>Entrambi</b>	<b>Totale</b>
2005	68,37%	31,63%		100,00%
2006	66,67%	33,33%		100,00%
2007	83,33%	16,67%		100,00%
2008	74,00%	24,00%	2,00%	100,00%
2009	55,14%	44,86%		100,00%

Il numero di procedimenti definiti nel 2009 è stato concluso, per il 56%, con “Richiesta di discussione orale” e, per il restante 44%, con “Richiesta di non farsi luogo”.

### **Composizione dei procedimenti disciplinari sopravvenuti**

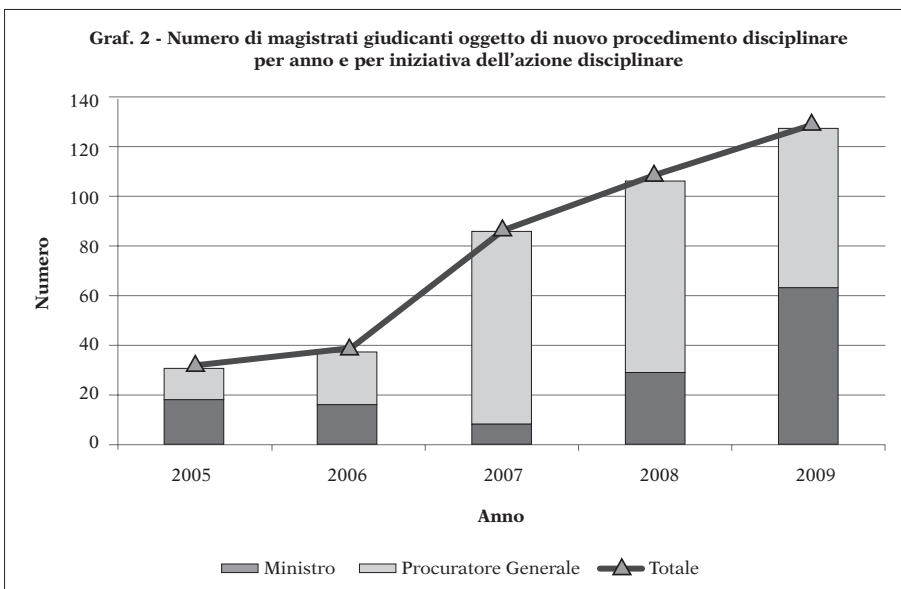
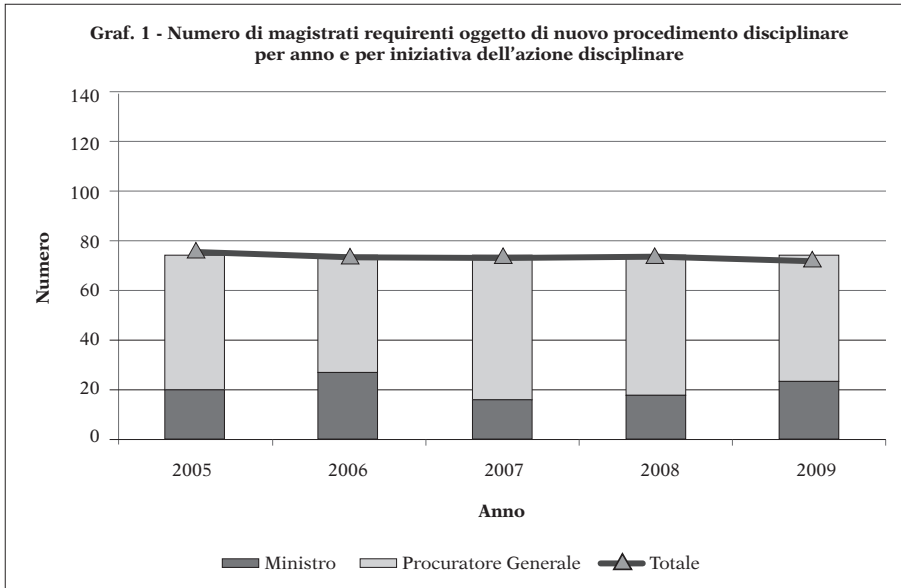
In questo paragrafo verranno rappresentate le composizioni dei procedimenti disciplinari sopravvenuti in base alle principali connotazioni relative all'oggetto (dalle caratteristiche soggettive dei magistrati oggetto del procedimento, quali funzione, genere o sede di servizio, alla tipologia degli illeciti contestati nel procedimento).

Occorre precisare che le popolazioni di riferimento individuate a seconda della caratteristica di volta in volta esaminata possono avere una numerosità diversa da quella della popolazione dei procedimenti sopravvenuti e dalle altre. Le ragioni possono essere principalmente le seguenti: procedimenti che hanno ad oggetto più di un magistrato e/o più illeciti contestati, magistrati oggetto di più procedimenti ma per illeciti commessi in differenti sedi di servizio o nello svolgimento di differenti funzioni, magistrati oggetto di più procedimenti ma per illeciti diversi commessi nella stessa sede di servizio e nello svolgimento delle stesse funzioni.



*Per funzione dei magistrati*

Il numero di magistrati oggetto di nuovo procedimento disciplinare nel periodo 2005-2009 è stato costante per i requirenti e crescente per i giudicanti, indipendentemente dal soggetto promotore dell'iniziativa.

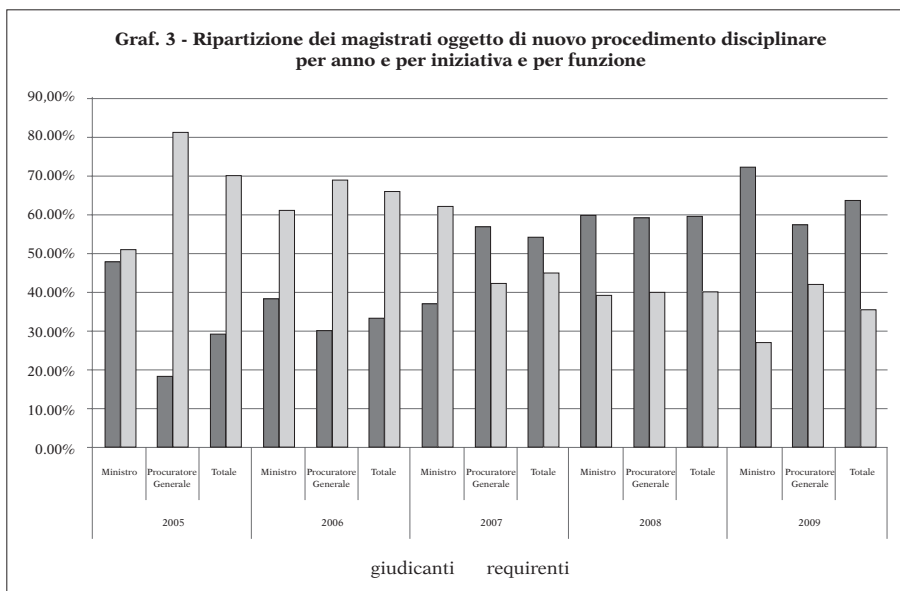


Per effetto di questa diversità nell'andamento, il rapporto tra magistrati giudicanti e requirenti oggetto di procedimento disciplinare nel periodo in esame si è capovolto: nel 2005 per ogni 100 magistrati sottoposti a nuovo procedimento disciplinare 30 erano giudicanti, 70 requirenti; nel 2009 per ogni 100 magistrati sottoposti a nuovo procedimento disciplinare 64 sono giudicanti, 36 requirenti.

**Tab. 5 - Ripartizione del numero di magistrati oggetto di nuovo procedimento disciplinare per funzione e per anno  
Periodo 2005-2009  
(%)**

Anno	Magistrati oggetto di nuovo procedimento disciplinare		
	Giudicanti	Requirenti	Totale
2005	29,91%	70,09%	100,00%
2006	33,93%	66,07%	100,00%
2007	54,38%	45,63%	100,00%
2008	59,89%	40,11%	100,00%
2009	64,00%	36,00%	100,00%

Tale situazione si verifica sia per i procedimenti di iniziativa del Procuratore generale che per quelli di iniziativa del Ministro.

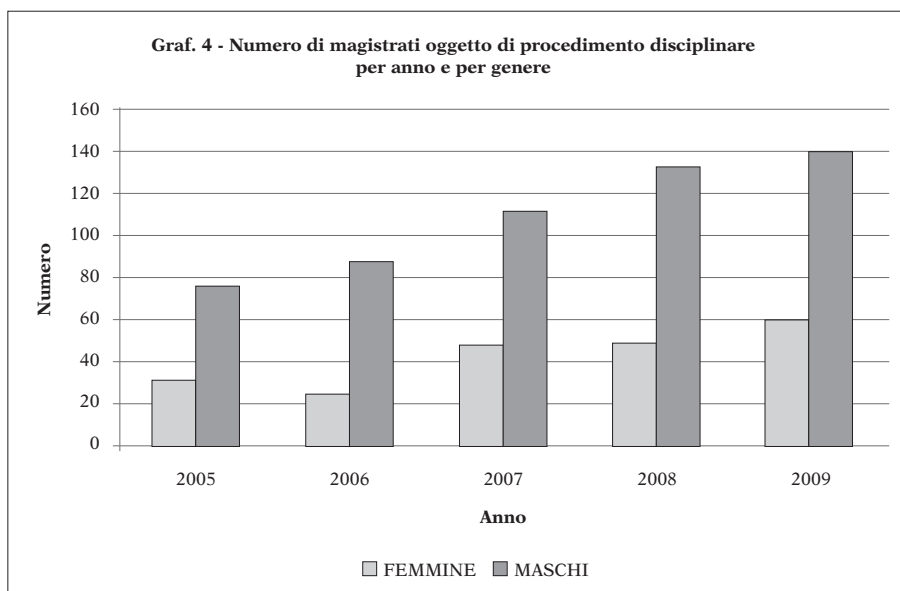


Va osservato, tuttavia, che il numero di magistrati requirenti oggetto di procedimento disciplinare risulta ancora superiore a quello dei magistrati giudicanti, se rapportato alla corrispondente popolazione dei magistrati in servizio.

Al 31/12/2009, infatti, i magistrati in servizio presso gli uffici giudiziari sono, secondo fonte del Consiglio Superiore della Magistratura, 8.504 di cui 2.093 requirenti, 6.411 giudicanti. Ne risulta un tasso specifico di "Incolpazione" pari a 20 magistrati giudicanti ogni 1.000 magistrati giudicanti e di 34 magistrati requirenti ogni 1.000 magistrati requirenti.

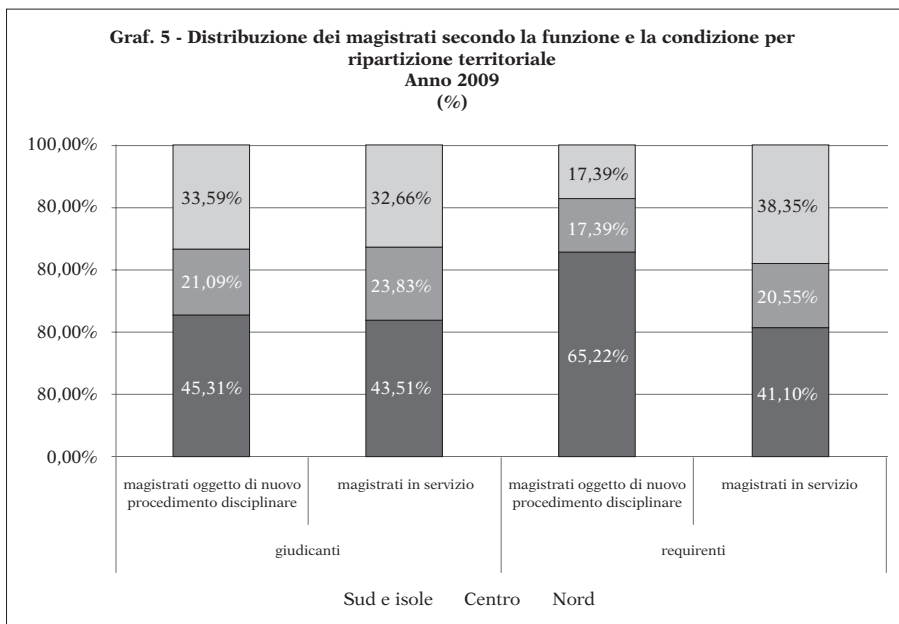
#### *Per genere dei magistrati*

L'aumento del numero di magistrati oggetto di procedimento disciplinare si è ripartito in modo proporzionale tra maschi e femmine, lasciando quasi invariato il rapporto fra i due sessi rispetto al totale per anno, pari al 70% per i maschi ed il 30% per le femmine. Un rapporto non molto diverso da quello che si otterrebbe considerando i tassi specifici per genere in base alla popolazione dei magistrati in servizio. Sempre da fonte del Consiglio Superiore della Magistratura, tale popolazione si compone di 4.819 uomini e 3.685 donne risultando così prossima all'equa ripartizione. E' probabile, invece, una modifica dei rapporti qualora si tenga conto anche dell'età.



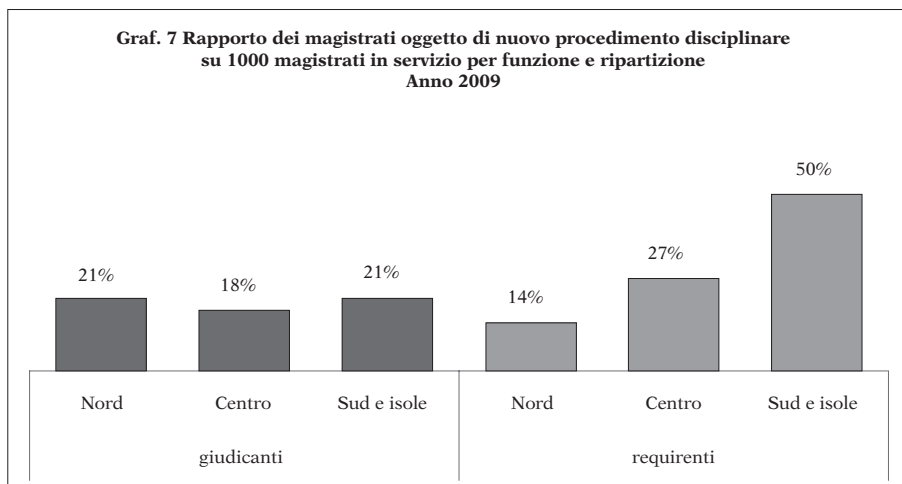
*Per sede di servizio dei magistrati*

Nell'anno 2009 la distribuzione tra Nord, Centro, Sud ed isole di magistrati giudicanti oggetto di nuovo procedimento disciplinare risulta simile (in termini percentuali) a quella corrispondente dei magistrati in servizio, mentre l'analoga distribuzione dei magistrati requiranti risulta maggiormente concentrata di quella in servizio nel Sud ed isole (65% contro 41%).<sup>184</sup>



Ne consegue che per i magistrati giudicanti si ottengono tassi di “Incolpazione” pressoché uguali nelle tre ripartizioni territoriali (21‰ al Nord e al Sud ed isole, 18‰ al Centro), mentre per i magistrati requiranti si ottengono tassi crescenti da Nord a Sud (dal 14‰, al Nord, al 50‰, al Sud e isole).

<sup>184</sup> Per la ripartizione territoriale, in conformità di quella utilizzata dall'ISTAT, sono state comprese nel Nord le sedi ricadenti nei distretti di BOLOGNA, BRESCIA, GENOVA, MILANO, TORINO, TRENTO, TRIESTE, VENEZIA; nel Centro le sedi ricadenti nei distretti di ANCONA, FIRENZE, PERUGIA, ROMA (compresi gli uffici giudiziari con competenza nazionale); nel Sud ed isole le sedi ricadenti nei distretti di BARI, CAGLIARI, CALTANISSETTA, CAMPOBASSO, CATANIA, CATANZARO, L'AQUILA, LECCE, MESSINA, NAPOLI, PALERMO, POTENZA, REGGIO CALABRIA, SALERNO.



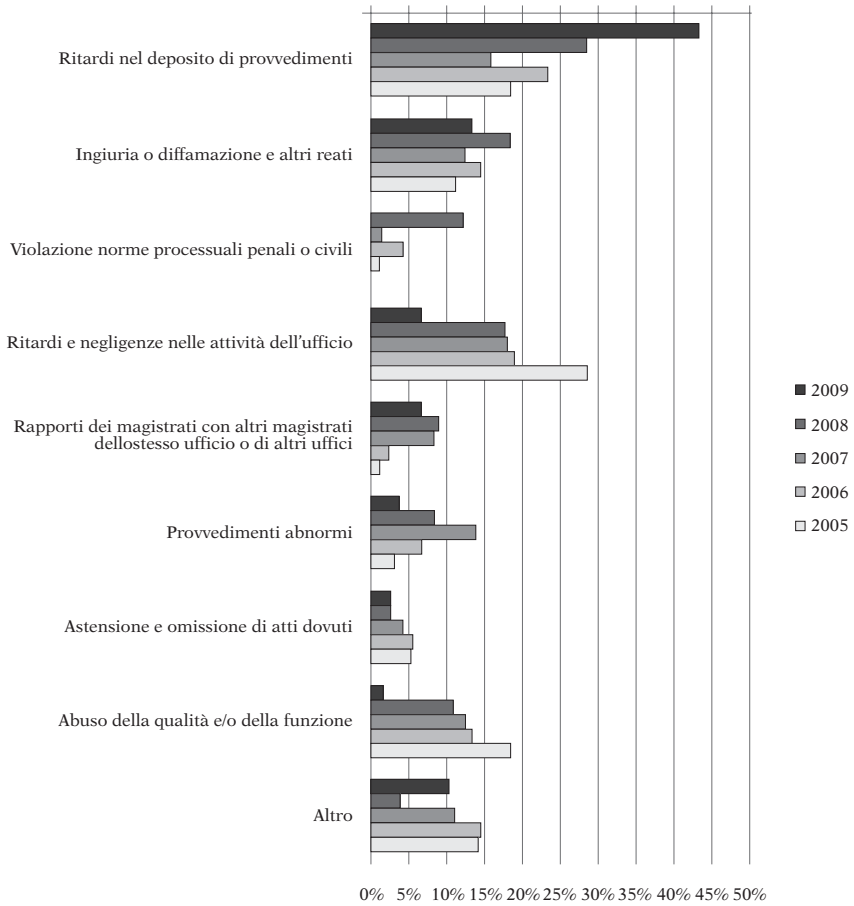
*Per tipologia di illecito contestato*

Nel 2009 vi è stato un significativo incremento (+ 89%) delle incolpazioni per “Ritardi nel deposito di provvedimenti”, che rappresentano il 43% del totale. Tale incremento è dovuto principalmente all’aumento dei procedimenti disciplinari ad iniziativa del Ministro. Diminuisce del 50% l’incolpazione per “Ritardi e negligenze nell’attività dell’ufficio”, che scende al 7% del totale. Viene così confermata la tendenza osservata nel 2008 per i due tipi di illecito. Per gli altri tipo di illecito si registrano variazioni del tutto casuali.

**Tab. 6 - Numero di incolpazioni per principale tipo di illecito  
e per anno  
Periodo 2008-2009**

Illecito disciplinare	Anno				
	2009	2008	variazione	2009	2008
	Numero		relativa 2009 rispetto 2008	%	
Ritardi nel deposito di provvedimenti	85	45	88,89%	43%	28%
Ingiuria o diffamazione e/o altri reati	26	29	-10,34%	13%	18%
Violazione norme processuali penali o civili	24	2	1100,00%	12%	1%
Rapporti dei magistrati con altri magistrati dello stesso ufficio o di altri uffici	13	14	-7,14%	7%	9%
Ritardi e negligenze nelle attività dell'ufficio	13	28	-53,57%	7%	18%
Provvedimenti abnormi	7	13	-46,15%	4%	8%
Astensione e omissione di atti dovuti	5	4	25,00%	3%	3%
Abuso della qualità e/o della funzione	3	17	-82,35%	2%	11%
Altro	20	6	233,33%	10%	4%
<b>Totale</b>	<b>196</b>	<b>158</b>	<b>24,05%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

**Graf. 6 - Ripartizione del numero di incolpazioni per tipo di illecito e per anno  
(% sul totale incolpazioni per anno anno)**



Finito di stampare nel mese di maggio 2010  
dallo Stab. Tipolit. Ugo Quintily S.p.A.  
Viale Enrico Ortolani, 149/151 - Roma - Tel. 06.52.16.92.99 r.a.





