



ANF
Associazione
Nazionale
Forense

RASSEGNA
degli
AVVOCATI
ITALIANI

ORGANO UFFICIALE
ANF
ASSOCIAZIONE
NAZIONALE
FORENSE

NUMERO 4 SETTEMBRE 2024

NEWS LETTER

NEWSLETTER DI AGGIORNAMENTO REALIZZATA DA 24 ORE PROFESSIONALE IN COLLABORAZIONE CON ASSOCIAZIONE NAZIONALE FORENSE



24 ORE
PROFESSIONALE

RASSEGNA degli AVVOCATI ITALIANI

ORGANO UFFICIALE
ANF
ASSOCIAZIONE
NAZIONALE
FORENSE

CdR - Comitato Scientifico della sezione:

Marcello Pacifico - Direttore
Palma Balsamo
Pier Enzo Baruffi
Giampaolo Di Marco
Milena Liuzzi
Giulia Maddalena
Mario Scialla

Newsletter realizzata
da 24 Ore Professionale in collaborazione
con Associazione Nazionale Forense

Proprietario ed Editore:

Il Sole 24 Ore S.p.A.

Sede legale e amministrazione:

Viale Sarca, 223 - 20125 Milano

Redazione:

24 ORE Professionale

© 2024 Il Sole 24 ORE S.p.a.

Tutti i diritti riservati.

È vietata la riproduzione
anche parziale e con qualsiasi
strumento.

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati
con scrupolosa attenzione, non possono com-
portare specifiche responsabilità per involonta-
ri errori e inesattezze.

CHIUSA IN REDAZIONE: 16 settembre 2024

NEWS ANF

Giurisdizione, riforme, I.A, l'avvocatura alle prese col suo futuro di Marcello Pacifico	6
Verso Parma, verso il Congresso di Giampaolo Di Marco	10
L'importanza del viaggio di Carmela, Milena Liuzzi	12
La giurisdizione pubblica: il confine (sempre più labile) tra diritto e libertà' di Bruno Sazzini	15
Lo Statuto dell'Avvocato. Appunti per una discussione congressuale di Palma Balsamo	20
La concorrenza sleale nel mercato legale di Francesco Leone	30
La Riforma Nordio e la cultura delle regole di Donata Giorgia Cappelluto	34
La "nuova" costituzione di parte civile nel processo penale di Lorenzo Letti	39
Emergenza carceri ed uso improprio delle parole di Donata Giorgia Cappelluto	44
Il dio della Macchina va benedetto o arginato? di Andrea Lisi	49
Il caso Natoli agita il CNF La Redazione	53
Il X Congresso Ordinario Associazione Nazionale Forense a Parma, per l'APF un sogno diventato realtà di Andrea Cevoli	57
Alla scoperta di Parma di Ubaldo Arduini	61

NEWS E APPROFONDIMENTI

PENALE

Dubbi sulla portata applicativa del nuovo peculato per distrazione Giuseppe Amato Il Sole 24 Ore, Estratto da "Guida al Diritto", n. 32 del 7 settembre 2024	65
---	----

PENALE

Abolito il reato, tutela in bilico contro l'azione illecita intenzionale Giuseppe Amato Il Sole 24 Ore, Estratto da "Guida al Diritto", n. 32 del 7 settembre 2024	71
---	----

TRIBUTARIO

Trust, retrocessione irrilevante: non c'è arricchimento gratuito Andrea Vasapoli, Annapaola Tonelli Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 2 settembre 2024	83
--	----

PENALE

Traffico di influenze esposto a morte lenta e silenziosa

Daniele Piva

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 24 agosto 2024

85

PENALE

Interrogatorio per la custodia cautelare

Giovanni Negri

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 24 agosto 2024

87

LAVORO

Obiettivo delle sentenze è equiparare le ammende per esoneri ingiustificati

Francesco Maria Ciampi

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Guida al Diritto", n. 30 del 3 agosto 2024

89

PENALE

Sulla "qualità" delle segnalazioni si gioca l'efficacia del contrasto

Alberto Cisterna

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Guida al Diritto" n. 29 del 27 luglio

94

NOTE A SENTENZE

SOCIETÀ

Violare la regola potrebbe dare luogo a diverse tutele verso i creditori

Nota a Corte di cassazione - Sezione I Civile - Sentenza 30 maggio 2024, n. 15196

Fabio Valenza,

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Guida al Diritto", n. 34 del 14 settembre 2024

98

SOCIETÀ

Spa «chiuse», azioni proprie valide per il quorum costitutivo e deliberativo

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Sentenza 3 settembre 2024, n. 23557

Francesco Machina Grifeo,

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 3 settembre 2024

104

RESPONSABILITÀ

Infortunio nell'ora di educazione fisica, niente risarcimento se il sinistro non poteva essere impedito

Nota a Corte di Cassazione, Civile, Sezione 3, Ordinanza del 25-07-2024, n. 20790

Pietro Alessio Palumbo,

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 3 settembre 2024

106

CIVILE

Composizione negoziata della crisi: alla ricerca di un costruttivo rapporto tra Erario ed impresa

Nota a Tribunale Modena, Sezione 3, Civile, Ordinanza 22 luglio 2024, n. 6167

Francesco Brammerini, Studio Legale Senni&Partners - Partner 24 ORE

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 3 settembre 2024

108

CIVILE

Associazioni non riconosciute, responsabilità collegata all'attività negoziale svolta

Nota a Tribunale di Salerno, Sentenza 25 luglio 2024, n. 3913

Giuseppe Cassano

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 2 settembre 2024

111

RESPONSABILITÀ MEDICA

Malpractice medica, la displica del riparto dell'onere della prova

Nota a Tribunale di Rimini, Sentenza 29-07-2024, n. 754

Giuseppe Cassano

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 30 agosto 2024

114

TRIBUTARIO

La stretta dei giudici sul concorso nel reato del professionista

Nota a Corte di Cassazione, Civile, Sezione TRI, Sentenza del 28-08-2024, n. 23229

Antonio Iorio, Laura Ambrosi

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 30 agosto 2024

117

PROFESSIONE FORENSE

L'avvocato senza procura speciale paga le spese di giudizio

Nota a Corte di Cassazione, Sezione TRI, Civile, Ordinanza 27 agosto 2024, n. 23136

Francesco Machina Grifeo

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 28 agosto 2024

119

CIVILE

Inammissibile il regolamento di competenza per risolvere un conflitto tra giudici dell'esecuzione

Nota a Corte di Cassazione, Sezione 1, Civile, Ordinanza 21 maggio 2024, n. 14101

Mario Finocchiaro

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 27 agosto 2024

121

CIVILE

Divieto di anatocismo: la Cassazione mette la parola fine?

Nota a Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Sentenza del 30-07-2024, n. 21344

Antonino La Lumia e Claudia Carmicino (Lexalent)

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 27 agosto 2024

123

CIVILE

Il terzo genere non è affare della Corte costituzionale

Nota a Corte Costituzionale, Sentenza del 23-07-2024, n. 143

Patrizia Maciocchi

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 24 luglio 2024

127

RESPONSABILITÀ E RISARCIMENTO

Il danno da lucida agonia non è risarcibile in base a presunzioni semplici

Nota a Corte di Cassazione, Sezione 3, Civile, Ordinanza 16 luglio 2024, n. 19506

Antonio Serpetti di Querciara

Il Sole 24 ore, Estratto da "Norme e Tributi", 20 luglio 2024

129

PENALE

Il cambio di orientamento delle Sezioni unite equivale a nuova norma

Corte di Cassazione, Sezione 6, Penale, Sentenza 16 luglio 2024, n. 28594

Giovanni Negri

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 20 luglio 2024

131

Massime della Cassazione Civile e Penale

133

NEWS ANF



NEWS ANF

Giurisdizione, riforme, I.A., l'avvocatura alle prese col suo futuro

**di Marcello Pacifico**

Marcello Pacifico: avvocato civilista in Pescara, giornalista pubblicista, già componente la giunta esecutiva ed il consiglio nazionale FNSI, già presidente ANF, DR de La Rassegna degli Avvocati Italiani

La prima volta che ho sentito il termine “degiurisdizionalizzazione” è stato in un convegno tenuto a Catania inizio anni 2000, o giù di lì credo. A pronunciarlo fu Antonio Leonardi, già ai vertici dell’OUA e dell’ANF, una vita nell’associazionismo forense, dal quale si è purtroppo distaccato pressochè del tutto ormai da qualche anno.

Impiegai non poco a metabolizzare quella parola, un neologismo difficile da pronunciare ed anche per questo di non agevole immediata comprensione. I ragionamenti che la richiamaavano consentivano di percepire solo vagamente quella che si sarebbe poi rivelata la sua reale, incalcolabile portata, ossia una progressiva contrazione dell’area della giurisdizione pubblica a vantaggio di una correlativa privatizzazione della giustizia civile.

A distanza di qualche anno, dopo taluni interventi riformatori che già rivelavano intenti deflattivi, il d.l. 132/2014 consacrava definitivamente la “degiurisdizionalizzazione” nel nostro ordinamento: “*Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di degiurisdizionalizzazione e adottare altri interventi per la definizione dell’arretra-*



Una recente protesta in piazza degli avvocati francesi

to in materia di processo civile", il legislatore introduceva infatti significative modifiche per la maggiore funzionalità ed efficienza della giustizia civile, sancendo in particolare, nel dichiarato intento di favorire una minor durata dei processi, la **sottrazione alla giurisdizione pubblica** di tutta una serie di controversie da devolversi ad arbitrati e negoziazioni.

Degiurisdizionalizzare, l'avvocatura lo ha poi ben compreso, significava ridurre le possibilità per il cittadino di rivolgersi al giudice ordinario e dover cercare altrove la tutela dei propri diritti. L'assioma sottinteso era "meno cause, processi più veloci". Giuliano Scarselli in un suo interessante scritto ne ha ben chiarito il significato: *"Degiurisdizionalizzare significa infatti proprio questo: **togliere "qualcosa" alla giurisdizione**, ovvero ai giudici ordinari, ed affidarlo ad altri soggetti, che giudici non sono, ma che egualmente possono essere in grado di decidere una lite, o comunque risolverla"*.

Questo numero della Rassegna, che esce alla vigilia del Congresso Nazionale che l'ANF terrà in quel di Parma, ospita contributi che offrono stimolanti motivi di riflessione in materia di giurisdizione e riforme sia in ambito civile che penale. Quello delle riforme del processo, valga per i più giovani, è un cantiere sempre aperto. Dal 2000 in poi se ne possono annoverare almeno una ventina - sempre ad invarianza zero - il più delle volte disorganiche, settoriali, non coordinate con i preesistenti quadri normativi, accomunate soltanto da quell'intento deflattivo necessitato dall'esigenza di ridurre il numero di processi pendenti, o anche di adeguare le norme interne a quelle di rango europeo, o alle mutate necessità di una società in continua trasformazione.

La cd. riforma Cartabia, nata per rispondere alle sollecitazioni della UE e per consentirci di fruire delle risorse del PNRR sul fronte giustizia, pur volendo nelle sue dichiarate intenzioni introdurre miglioramenti ispirati ad un criterio organico, non si è, a mio avviso, sottratta a questo andazzo.



La percezione di chi opera quotidianamente sul fronte della giustizia, e del processo in particolare, è che la maggior parte di queste riforme provenga da un legislatore ben lontano da corti e tribunali, che non ne respiri da tempo l'aria, che non viva da vicino, anzi da protagonista le distorsioni di un sistema che avrebbe invece bisogno di interventi mirati a realizzare effettivamente un processo breve ed equo.

All'intento dichiaratamente deflattivo che ha di fatto ristretto non poco l'area della giurisdizione, si è aggiunto nel tempo, almeno nel settore civile, un altro fenomeno di non minore gravità: il progressivo **allontanamento dell'avvocato e del cittadino dal giudice**. Di fatto l'oralità del processo è ormai un simulacro, la virtualità dell'udienza va divenendo la regola, facendo così venir meno quel confronto, quel contraddittorio da ritenersi invece fondamentale tra le parti e tra queste ed il magistrato. E mostra scarsa avvedutezza, nonché ingiustificata assenza di lungimiranza, a mio modo di vedere, quella parte dell'avvocatura totalmente e supinamente favorevole a simili riforme. La comprensibile aspettativa di accorciare nei termini preannunciati la durata dei processi pare infatti destinata a restare tale: i primi riscontri sull'applicazione della riforma Cartabia (vds. l'indagine di Giovanni Bertino pubblicata sul n. 1/24 della Rassegna degli Avvocati Italiani) stanno infatti smentendo le ottimistiche previsioni del legislatore.

In realtà la più rilevante e purtroppo deleteria conseguenza di queste riforme è che il ruolo del difensore va conoscendo, oltre a quelle già subite, nuove ulteriori limitazioni, mentre il potere discrezionale del giudice va raggiungendo livelli mai toccati in precedenza. L'avvocatura sta mostrando un adattamento ed una assuefazione preoccupanti a questo stato di cose, laddove occorrerebbe invece riaffermare la valenza della professione dentro e fuori la giurisdizione riequilibrando il rapporto tra magistrato e avvocato, sempre più pericolosamente sbilanciato in favore del primo.

La categoria, fatte rare eccezioni, non ha evidenziato, a differenza di quanto avvenuto in altri Paesi, ad es. la Francia, la determinazione di voler contrastare questo inarrestabile scivolamento verso una condizione di crescente ipotassi. Una battaglia che l'avvocatura non ha mai convintamente intrapreso e combattuto, per citarne una, è quella di reclamare una maggiore dignità, in termini di presenza e competenza, nelle commissioni legislative, composte in massima parte da magistrati distaccati e docenti universitari. Perdurando tale stato di cose, attendersi riforme rispondenti in modo equo alle esigenze ed ai ruoli dei vari protagonisti del processo resterà una pia illusione, la bilancia continuerà a pendere sempre in favore dell'altra parte.

In questo problematico scenario le incertezze sul futuro di una professione che non consente più di sperare in un avvenire sereno hanno ormai avviato quello che sembra essere un esodo dalla professione. Dopo decenni di crescita in misura quasi esponenziale, si registra una chiara inversione di tendenza. I numeri dell'avvocatura vanno al ribasso soprattutto perché c'è disaffezione dei giovani verso la professione, perché non si superano le difficoltà delle donne (ormai la maggioranza) a conciliare vita e professione, in quanto il mondo evolve sulle questioni di genere mentre l'avvocatura è ferma nel passato.

C'è molto da riflettere sulla perdita della percezione da parte del cittadino dell'avvocato come figura cardine e di riferimento per la difesa e dunque sulla funzione sociale e di protezione dei diritti dei cittadini che l'avvocatura dovrebbe rappresentare. E questo, lo spiega bene Francesco Leone nelle pagine che seguono, anche per la concorrenza sleale di altri soggetti che, privi delle limitazioni deontologiche che gravano sugli avvocati, si vanno vieppiù inserendo, senza regole, in quello che è diventato il mercato dei servizi legali.

C'è anche da prendere atto dell'innovazione tecnologica e dell'avvento dell'I.A., di quella *digital revolution* che interessa ogni settore della vita sociale, e dunque economia, istruzione, cultura, anche e soprattutto il mondo del lavoro. Occorre una nuova consapevolezza del digitale perché il futuro sarà ancora più digitale.

Sono temi fondamentali, da analizzare e conoscere a fondo per trovare contro-misure idonee a restituire prestigio e credibilità alla figura ed al ruolo dell'avvocato e consentirgli di continuare a svolgere adeguatamente il proprio importante ruolo in un contesto in rapida evoluzione.

Le nuove generazioni si trovano di fronte, dunque, a una sfida senza precedenti: riconcettualizzare il significato stesso del lavoro, rimuovendo le tradizionali strategie di orientamento professionale, perché comprendere e navigare questa trasformazione sarà cruciale.

Di tutto questo, e di tanto altro ancora, si parlerà nel X° Congresso che l'ANF celebrerà a Parma. Nelle varie tavole rotonde saranno affrontati temi di estrema attualità e rilevanza: dalle sorti della giurisdizione statale all'organizzazione della giustizia nell'era digitale, dall'intelligenza artificiale all'etica e alla sostenibilità, alla sempre presente previdenza. Argomenti che l'ANF sta affrontando in modo deciso con approfonditi dibattiti interni e con iniziative esterne che oltre a darle una visibilità non di poco conto, le consentono di confrontarsi autorevolmente con gli altri attori del mondo della giustizia, della politica e della cultura. Una forte spinta in questa direzione è arrivata sia grazie ad un ricambio generazionale che ha dato nuova linfa all'Associazione tanto nelle sue sedi locali che negli organi di vertice, sia alle attitudini e capacità mostrate dalla sua attuale infaticabile dirigenza.

Al Congresso si parlerà, *dulcis in fundo*, delle sorti di una legge professionale che tutti vorrebbero cambiare. Ma solo a parole, perché, se il buongiorno si vede dal mattino, i tavoli di lavoro costituiti dopo il recente Congresso Nazionale Forense, nei suoi momenti di Lecce e Roma, paiono destinati a partorire topolini.

NEWS ANF

Verso Parma, verso il Congresso



di Giampaolo Di Marco
Avvocato del foro di Vasto, civilista e amministrativista, collabora con la cattedra di Diritto Privato della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Bologna. Arbitro, mediatore e formatore nella mediazione, è il Segretario Generale uscente dell'ANF.

Giunge al termine la mia esperienza da Segretario Generale della nostra prestigiosa Associazione, che proprio quest'anno compie sessant'anni.

Nel corso di questo triennio ho attraversato in lungo e in largo il nostro Paese per tornare vicino alle colleghe e ai colleghi di tutti i Fori e di tutte le sedi, che con noi vivono questo viaggio nel più grande e antico Sindacato Forense d'Italia.

Il motore del mio viaggio è stata la voglia di dare nuovo impulso e linfa all'Associazione, facendola sentire più presente nei territori, nei tribunali, nelle sedi istituzionali, nazionali e locali.

Spero di essere riuscito almeno in parte a realizzare questo ambizioso obiettivo, ma di certo ringra-



SETTEMBRE
19-22

DIRITTO,
TECNICA
E PROFESSIONE



**CONGRESSO
NAZIONALE
ANF 2024**



zio tutti coloro che mi sono stati accanto, dal Direttivo all'Ufficio di Presidenza, dai collaboratori della comunicazione ai *partner* editoriali.

Sono stati anni difficili, di natura elettorale, congressuale, ma anche e soprattutto di riposizionamento della nostra Associazione nell'ambito del mondo forense, dopo anni di duri scontri spesso finiti nelle aule di tribunale, che poco hanno giovato, e forse troppo hanno tolto, allo smalto storico della nostra Associazione.

Lo sguardo che da qualche tempo rivolgiamo al futuro ora deve farsi più acuto, profondo, capace di scrutare tra le maglie delle difficoltà del calo del numero degli Avvocati, per trovare un sicuro punto di caduta quando "l'esodo" sarà terminato e torneremo a contarci, in una nuova prospettiva professionale.

Abbiamo cercato di sensibilizzare il mondo forense, e non solo, alle nuove fragilità, abbiamo provato a dare un orizzonte di senso alla giustizia robotica e digitalizzata e abbiamo lottato contro quella cervellotica e delle riforme. Spero che si possa proseguire in questo solco, che altro non è che quello che ci ha sempre contraddistinti, ovvero saper anticipare, riuscire a intuire, quale potesse essere la migliore direzione per tutti e per ciascuno.

Siamo certi che sarà necessario trovare nuove ragioni di unità associativa, cessando un'identità collettiva e plurale.

Ognuno di Noi sarà chiamato ad un'assunzione di responsabilità a difesa dei valori della giurisdizione e dell'esperienza unica della nostra associazione.

Il Congresso sarà il punto di partenza di un percorso di riflessione comune sui valori fondamentali dell'etica, della deontologia e della professionalità, del tempo di un'analisi severa dei cambiamenti culturali che sono alla base di uno scadimento della tensione ideale, illuminando i punti oscuri delle degenerazioni professionali e sociali.

A tutti noi auguro buon Congresso.

NEWS ANF

L'importanza del viaggio



di Carmela, Milena Liuzzi
Avvocato civilista in Taranto,
esperta in procedure concorsuali e fallimentari, Presidente dell'Associazione Nazionale Forense 2021-24

Dal 19 al 22 settembre, a Parma, l'Associazione Nazionale Forense celebrerà il suo X^o Congresso Ordinario, da quel 1997, in Chianciano, allorquando le due principali associazioni sindacali italiane, la *Federavvocati* e la *Assoavvocati*, riunirono le strade che si erano divise a Bologna nel 1988 e diedero vita al più importante Sindacato degli Avvocati Italiani che vantava, attraverso le due compagini, una storia risalente al 1964.

Lo c'ero, a Chianciano, quel 22 giugno 1997, quando furono apposte le firme sull'atto costitutivo dell'ANF che da allora ha affrontato quasi un trentennio di battaglie politiche e sindacali dell'avvocatura italiana, fino ad arrivare ad oggi, con il triennio di questa Dirigenza che si chiude a Parma.

E, come ad ogni occasione di chiusura, se doveroso appare il bilancio del lavoro fatto, è importante soprattutto l'individuazione delle nuove sfide che possano costituire il percorso futuro, con un occhio al viaggio fatto e alle mete raggiunte, ma anche e soprattutto alle tappe future.



il Segretario Generale Giampaolo Di Marco, Donata Cappelluto del Direttivo, la Presidente Carmela Milena Liuzzi

Se il viaggio fatto viene valutato dallo zaino, non quello della sessione straordinaria del Congresso Nazionale Forense che ci ha fatto tribolare, lo zaino di ANF si è arricchito di esperienze, di nuove prospettive e di persone.

Dal mese di gennaio 2022, in cui si è tenuto il primo Consiglio nazionale della nuova dirigenza, l'ANF è andata nei suoi territori, celebrando 19 consigli Nazionali, di cui due da remoto e due in sessione permanente durante il Congresso Nazionale Forense e una Conferenza di Medio termine, riunendo i suoi consiglieri nazionali non solo a Roma, ma anche a Palermo, Pescara, Verona, Milano, Sassari, Firenze, Lecce, Forlì, Catania e Siracusa.

Un percorso lungo due anni e mezzo in cui l'ANF, andando sul territorio, ha ripreso i temi più cari alla sua storia, a cominciare dalla legge professionale. Questa volta, però, non solo partecipando ai tavoli istituzionali di lavoro, ma anche elaborando autonomamente un'idea di avvocatura più moderna, più versatile e cimentandosi in un esercizio non di stile ma concreto di riscrittura del testo, per disegnare un avvocato più consapevole del proprio ruolo sociale, del proprio ruolo di operatore economico strategico per il sistema paese.

Dato che non si vive di sola legge professionale, l'ANF ha anche affrontato temi di stretta attualità come l'Intelligenza Artificiale, dimostrandosi ancora una volta avanguardia, potendo vantare certamente di essere stata tra le prime associazioni ad occuparsene, con il bellissimo Convegno, pre-pandemia, in Pescara (*La Giustizia dei Robot*).

Non è mancato poi l'impegno con tematiche di più ampio respiro, come le fragilità, di cui l'ANF ha fatto tema centrale della propria azione, nell'intento di coprire quell'ultimo miglio, spesso privo di diritti ovvero di diritti disattesi, in una nuova visione di avvocato che faccia dei bisogni la propria *mission*, individuando le lacune del sistema e interagendo con gli altri operatori, in un'ottica di risposta efficace e tempestiva.

Partendo dalla risposta ai bisogni del cittadino, l'ANF ha anche cercato di immaginare un ruolo attuale per un'associazione sindacale, in un momento di crisi delle libere professioni, ma soprattutto di grande cambiamento, come quello già in atto, prendendo le mosse dalle origini della nostra storia e dando una risposta che coniughi le nostre nature di sindacato di idee e di sindacato di servizi, e a quale aspetto dare la prevalenza, ovvero come suddividere gli sforzi per dare risposta ad entrambi i bisogni.

È indubbio, infatti, che tutto il mondo associativo abbia vissuto e stia ancora vivendo un momento di grande difficoltà. In un momento in cui possiamo restare in contatto con il resto del mondo, attraverso uno schermo, senza spostarci dal nostro studio e senza interagire fisicamente con altri esseri umani, la tentazione di isolamento dell'avvocato, la cui natura individualistica è un elemento caratterizzante del proprio essere, deve essere arginata, operando uno sforzo di condivisione di percorsi, con gli altri operatori del mondo giuridico, in primo luogo con le altre componenti associative ed istituzionali forensi, ma anche con la magistratura e con le altre libere professioni, non esenti anch'esse da un momento di crisi. Uno sforzo cui l'ANF, nell'ultimo triennio ha dato concreta risposta, sia attraverso una partecipazione costante e collaborativa in tutte le occasioni d'incontro, sia attraverso un'azione di stimolo per la ricerca di obiettivi comuni e condivisi. Un segnale confortante in tal

senso è certamente il rapporto con l'Associazione Nazionale Magistrati, divenuta nostro interlocutore su tematiche d'interesse condiviso, la legge sulla separazione delle carriere, ma anche di quotidiana attività, come l'organizzazione degli uffici e la loro informatizzazione.

Un tentativo di risposta concreta all'obsoleta concezione di una giustizia in cui le decisioni vengono assunte senza una prospettiva più ampia e senza visionare facce di una medaglia comune. In cui, ad esempio, la gestione del processo telematico viene delegata solo ai tecnici, senza la necessaria condivisione con i giuristi e con coloro che quegli strumenti devono adoperare, per rendere più efficiente il processo.

E, nell'ottica di coniugare le due anime di idee e servizio, si è anche data attuazione alla programmazione e realizzazione di percorsi formativi, sviluppati su due livelli, il primo quello nazionale, dei corsi di alta formazione, stipulando altresì importanti convenzioni, quali quella con Unimarconi, con la Pontificia Università Antoniana e con la Giappichelli; il secondo attraverso la valorizzazione dell'enorme lavoro fatto nei territori dai nostri dirigenti, le nostre persone che hanno cercato di dare risposte tangibili ai bisogni dei propri iscritti, attraverso la condivisione delle idee e delle risorse, soprattutto umane e attraverso la creazione di un programma formativo, che consentisse di rendere un servizio ai tanti che devono assolvere all'obbligo di legge, non con la mera concessione dei crediti, ma somministrando formazione di qualità. Alla fine di questo triennio, e guardando al futuro del prossimo, possiamo certamente dire che la strada individuata è sicuramente impervia, ma consente di intraprendere il viaggio con un bagaglio idoneo ad affrontare le tappe che ci attendono.

Diritto, Tecnica e Professione, le 3 parole chiave del futuro di ANF. Diritto, per rivendicare il fulcro della nostra attività professionale, ma anche come direzione, già intrapresa nel 2021, con il nostro ultimo Congresso, per non dimenticare né le radici, né la strada fatta per arrivare fino a qui. Tecnica, per rivendicare l'importanza della competenza, in un mondo in cui ci viene chiesta una sempre maggiore qualità del servizio. Professione, per esigere uno spazio nell'ambito della società, con un rinnovato ruolo da protagonisti nel sistema economico del paese.

Per *Essere Presenti* dove serve e dare risposte ai bisogni di diritto dei nostri clienti, ma anche per dare risposte a quelli dei nostri iscritti ed accompagnare il loro cammino – che è il nostro cammino – verso una migliore condizione di vita professionale, avendo negli occhi il viaggio... verso la *méta*, ma godendosi il cammino, inciampando qualche volta, cadendo e rialzandosi, senza smettere di credere mai, che non ci sia un'altra tappa e non ci sia un nuovo traguardo.

NEWS ANF

La giurisdizione pubblica: il confine (sempre più labile) tra diritto e libertà'



di Bruno Sazzini

Avvocato civilista in Bologna, ha svolto il proprio *cursus honorum* in ANF prima nel Direttivo locale e poi in quello Nazionale. Ha ricoperto la carica di Segretario Generale dell'Associazione Nazionale Forense nel periodo 2008-2009, attualmente Consigliere Nazionale ANF.

"Non è la cosa in sé ad essere buona o cattiva, ma il punto in cui si è"

M. de Montaigne

Lo Statuto dell'Associazione Nazionale Forense all'art. 2, nell'elencarne gli scopi, ne dichiara anche l'*humus* culturale e politico: l'Associazione, si afferma nell'atto fondativo, *"opera per il diritto inviolabile di difesa e azione quale contenuto essenziale della libertà dei cittadini"*; *"si adopera per garantire ad ogni cittadino una udienza pubblica davanti ad un giudice terzo"*; *"si impegna perché si realizzi un modello giurisdizionale unico che nell'equilibrio delle funzioni dell'Avvocatura e della Magistratura contribuisca a realizzare la legalità"*.

Il richiamo allo Statuto serve a circoscrivere l'oggetto della presente riflessione, perché un argomento come la giurisdizione pubblica è denso di implicazioni politiche, filosofiche, storiche e giuridiche, riguardando un tema essenziale come il contratto sociale tra la comunità e lo Stato.

Stabiliamo così un punto di partenza più circoscritto e cioè l'idea, figlia del periodo in cui l'Associazione è nata e cresciuta, per cui attraverso il diritto (o meglio: anche attraverso il diritto) si potesse dare piena attuazione al dettato costituzionale di maggior eguaglianza sostanziale e partecipazione alla democrazia, anche con regolamentazione terza (l'accesso alla giurisdizione) delle attività economiche e sociali e, di conseguenza, per il miglioramento della tutela dei cittadini, soprattutto quelli delle classi meno agiate¹.

¹ *"...l'opera della giurisprudenza e l'interpretazione della Corte Costituzionale ha ampliato il catalogo dei diritti in direzioni un tempo impensate: dal diritto alla casa e al lavoro, alla tutela*



Napoli, cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2024

Nella seconda metà del secolo scorso, pertanto, si è accentuato l'accesso sempre più ampio alla giurisdizione pubblica, con l'estensione dei diritti tutelabili e azionabili, in una continua evoluzione dei modelli economici e sociali in forme sempre più complesse (basti pensare all'impatto, ad esempio, della globalizzazione). Il sistema giudiziario, però, non è stato in grado di assorbire questa "domanda di giustizia" per le ragioni note, e che non è necessario ripetere, con l'effetto di produrre una incapacità dell'organizzazione nel dare i giusti riscontri, cioè giudizi (o meglio: risoluzione dei conflitti) che fossero tempestivi, prevedibili, comprensibili e rispondessero a criteri di sostenibilità².

La maggior parte della magistratura e dell'avvocatura ha condiviso a lungo l'idea del diritto quale strumento di emancipazione e di piena attuazione delle tutele dei cittadini nella giurisdizione pubblica, con piena dialettica processuale ed extraprocessuale, nel bilanciamento e riconoscimento dei rispettivi ruoli e della essenzialità delle reciproche funzioni.

I tumulti della storia (gli anni di piombo, tangentopoli, la crisi della politica), hanno poi portato la magistratura a ritenersi la principale depositaria nella realizzazione dei principi costituzionali o più correttamente dell'applicazione e della difesa della democrazia "sostanziale"³.

A ciò si aggiunga la necessità dello Stato, nel finire del secolo scorso, di dover prendere il controllo dei conti pubblici per il deciso *input* della Comunità Europea che ha, di fatto, provocato un mutamento della natura e dell'oggetto della

della salute e dell'ambiente, dal diritto all'identità personale a quello dell'autodeterminazione e all'obiezione di coscienza, ai diritti sociali originari e derivati, a quello della privacy e della riservatezza avanti sino alla bioetica, e alle frontiere per cui è incerto il confine tra morale e diritto, ecc." G. Gilardi in "Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli di udienza" a cura di Giovanni Berti Arnoaldi, Il Mulino.

2 D. Piana, *Uguale per tutti*, Il Mulino.

3 Basti ricordare il dibattito, principalmente interno alla magistratura (Pino, Ferrajoli, ecc.) sulla distinzione tra democrazia formale e sostanziale, garantismo formale e sostanziale, per la definizione del ruolo e dei poteri della componente togata quale custode della Costituzione.



giurisdizione pubblica: la maggior realizzazione e tutela dei diritti, infatti, sono state sacrificate alla ricerca di efficienza del sistema giudiziario, diventando questo l'obiettivo principale da perseguire, con poca o nulla attenzione alle ripercussioni sulla società civile.

Il problema non è più stato (e non è) la piena attuazione dei dettati costituzionali, ma il costo dei diritti⁴, significando ciò il passaggio dalla attuazione della norma giuridica alla prevalente funzione istituzionale e organizzativa, nell'impegno di monitorare l'allocazione di risorse (magistrati, personale, strumenti, ecc.) e la loro produttività in termini di mero recupero dell'efficienza.

La giurisdizione pubblica, però, laddove si introducano in maniera discrezionale e non ponderata limiti all'accesso e si comprimano i diritti soggettivi, muta nei tratti essenziali e, di riflesso, anche la società civile: infatti la risoluzione dei conflitti devoluta a forme volontarie (mediazione, arbitrati, ecc.), a circuiti minori e meno attrezzati (giudici di pace) porta ad una sostanziale modifica del concetto di giudizio, perché questo non è più percepito dal singolo cittadino *"come ugualmente accessibile e funzionante in modo agevole, e al di là delle variabili in gioco: sociali, economiche, culturali, ma anche territoriali, geografiche e storiche"*⁵ ma come diverso e variabile per regole e contenuti da luogo a luogo. Il prevalere delle ragioni economiche (il costo dei diritti) ha influenzato negativamente il fine ultimo della giurisdizione, che non è più quello di assicurare la corretta risoluzione delle controversie attraverso un processo giusto nell'accezione sopra riportata, perché la prevalenza è invece prevalentemente la rapida definizione, non sempre con gli opportuni contrappesi e garanzie⁶.

4 Holmes - Sunstein, *Il costo del diritto*, Il Mulino.

5 D. Piana *op. cit.* pag. 10.

6 *"La ragionevole durata del processo non è l'unico valore costituzionale che lo Stato deve perseguire, perché, tutto al contrario, ci sono valori da tenere in considerazione, primi fra tutti la qualità delle decisioni"*

Questa strada sembra essere irreversibile, ma non è pienamente convincente, come già era stato osservato in tempi più risalenti: la narrazione della crisi di un sistema giudiziario, descritto come onnipotente e sommerso di cause, è, nella realtà, una costruzione spesso strumentale per rimettere in discussione la tutela dei diritti dei cittadini⁷.

Forse non c'è un disegno consapevole ed unitario nei vari provvedimenti che hanno sempre più compresso la giustizia pubblica, ma le conseguenze non sono neutre e disegnano una diversa società civile: l'indebolimento della giustizia ordinaria e la sua progressiva amministrativizzazione vira verso un modello autoritario del rapporto Stato-Cittadino; l'estensione degli strumenti alternativi di risoluzione come la mediazione, nel suo aspetto migliore presuppone una visione palingenetica dei rapporti sociali⁸ di là da venire; l'implementazione di strumenti di Intelligenza Artificiale, spesso evocata ma non concreta, è ancora indefinibile, in termini pratici, sulle possibili applicazioni ed il relativo rapporto costi/benefici. I diritti soggettivi sono stati così sacrificati alla logica del tutto discrezionale della compatibilità con l'interesse pubblico⁹ e portati sino ad un punto dove è divenuto sempre più labile il confine di demarcazione tra diritto e arbitrio; libertà e autoritarismo; oggetti di diritti o soggetti di diritto, in una presunzione di efficienza che è, in realtà, una limitazione del diritto di ogni cittadino, perché come ricorda l'aforisma di Montesquieu *"le difficoltà, le spese, le lungaggini i pericoli stessi della giustizia sono il prezzo che ogni cittadino paga per la libertà"*¹⁰. Considerazione enfatica, ma anche squisitamente politica per la quantità di verità che può contenere, e che, come tale, dovrebbe essere oggetto di riflessione per l'Avvocato affinché riprenda coscienza del suo ruolo sociale, di intermediario/interlocutore necessario per il cittadino nella risoluzione dei conflitti e la tutela della libertà nei confronti dello Stato, attraverso un percorso integrato tra i vari comparti della giustizia (onoraria, togata, mista) e le modalità di esercizio (ADR, mediazione) da comparare in modo sistematico con il costo dei diritti, in una logica riformatrice che non sia episodica e mirata solo alla costruzione di barriere formali e/o economiche all'accesso.

La questione giustizia deve essere affrontata con maggiore attenzione, per le implicazioni sociali e politiche, di quanta se ne sia prestata nei decenni precedenti, dove ha prevalso la logica economicistica del contenimento all'accesso e alle prestazioni in una ricerca di una presunta efficienza che di fatto sta già producendo gli effetti di *"ingiustizia aggregata, (tempi imprevedibili, risultati in-*

giurisdizionali; l'indipendenza e la terzietà del giudice; il diritto di azione e il diritto al contraddittorio, alle prove e alle impugnazioni; e anzi, se si deve dire una scala di valori, questi ultimi non possono venire affatto dopo la ragionevole durata, perché nessun processo è giusto se per durare poco sacrifica questi principi!". G. Scarselli, Mala tempora currunt, Pacini giuridica.

7 L. Brael "Le armi del diritto" Giuffrè Editore.

8 *"Mediazione, in tutti gli ambiti, significa pertanto realizzare una giustizia profondamente anelata da ogni essere, che pone al centro la persona, in carne ed ossa e alla sua relazione con l'altro. Migliora la società costruendo le basi di un nuovo umanesimo"*. M. Martello "Mediazione dei conflitti, una risposta concreta" Sole 24 Ore 29.8.2024.

9 G. Gilardi in op. cit.

10 G. Scarselli op. cit.

certi, sentenze non eseguite in tempi certi o concretamente ineseguibili)”¹¹.

Una ultima osservazione: l’idea di utilizzare, nell’attuazione della giurisdizione pubblica, in via diretta o indiretta, strumenti di Intelligenza Artificiale (I.A.) ri-torna costantemente e non si può certo escludere, ma con molta cautela, per-ché apre a scenari incogniti che sintetizziamo in un breve apologo di Norbert Wiener, considerato il fondatore della cibernetica:¹² *“a Mr. White il figlio porta dall’Oriente un amuleto, una zampa di scimmia, e lo invita a formulare un deside-rio che garantisce si realizzerà.*

“Vorrei 200 sterline” chiede Mr. White.

Le settimane passano senza che nulla accada, finché un giorno bussano alla sua porta e un messaggero gli dice che il figlio è morto in un incidente di lavoro e per questo l’Assicurazione della Ditta gli erogherà 200 sterline”.

Il senso è che la realizzazione degli obiettivi assegnati allo strumento può pren-dere strade impreviste e incompatibili con i nostri valori (nel caso per guada-gnare 200 sterline vi è la morte di una persona) e ciò invita ad una riflessione sui potenziali pericoli dell’I.A.

La funzione sociale dell’Avvocato si dovrebbe esplicitare anche in questi nuo-vi scenari se applicati alla giurisdizione: nell’essere compartecipe al controllo (HTL: *human in the loop*¹³), soprattutto per l’intelligenza artificiale generativa, e alla formulazione delle regole di ingaggio (*prompting*), alla creazione di con-trappesi a tutela dei cittadini.

Compito improbo nelle attuali contingenze, ma non impossibile.

11 D. Piana op. cit.

12 Citata da N. Cristianini “La Scorciatoia come le macchine sono diventate intelligenti senza pensare in modo umano”, Il Mulino.

13 Necessità del contributo umano capace di controllare, validare o smentire la pronuncia automatica.

NEWS ANF

Lo Statuto dell'Avvocato. Appunti per una discussione congressuale



di Palma Balsamo
Avvocato giuslavorista in Catania, consigliere nazionale ANF, già nel Direttivo nazionale ANF

Le pretese ragioni di una riforma

Ce le ricordiamo ancora al Congresso Forense di Bologna 2008 le ovazioni al Ministro Alfano e alle sue promesse di dotare l'Avvocatura di una nuova legge professionale che l'avrebbe traghettata nella modernità.

A seguire, le tante riunioni del tavolo unitario e l'elaborazione del testo di un disegno di legge, che presentava davvero poche luci e tante criticità. Il testo nasceva già controverso, tanto che chi ne chiedeva a gran voce l'approvazione aggiungeva che poi ci sarebbe stato tutto il tempo per modificarla e migliorarla. Nel frattempo l'emanazione di una legge, fonte di rango primario, avrebbe messo al sicuro la professione da possibili colpi di mano dei governi di turno. L'accoglienza al Ministro, sempre Alfano, due anni dopo, a Genova sulla Costa Concordia, era stata molto più critica.

Infine l'approvazione della legge 247 il 31 dicembre



del 2012, pochi giorni dopo le dimissioni del Primo Ministro Monti, che aveva reso necessario lo scioglimento della XVI legislatura.

Legge che ha fatto acqua sotto tutti i profili: dalla normativa sull'accesso alla mai risolta questione del compenso ai praticanti o alla frequenza obbligatoria di corsi di formazione; dai meccanismi elettorali alla specializzazione, mai entrata a regime; dal processo disciplinare che si è rivelato lento, farraginoso e inefficiente, ai tanti interventi della Magistratura, complici vergognose interpretazioni di chi ha ritenuto che i limiti che la legge pone (di doppio mandato, di parità di genere, di rotazione territoriale fra Ordini) riguardino sempre e solo "gli altri" e mai sé stessi. E così dopo una serie di rimpalli da un congresso all'altro, in sede ordinaria e persino in sede straordinaria, inutilmente convocata a Roma nel dicembre 2023 con la finalità di mettere mano alla riforma della legge professionale, si è decisa la costituzione di un c.d. tavolo tecnico perché tanti "brillanti" risultati aveva raggiunto questo sistema per la legge 2012. Considerazione che costituisce, semmai, un'ottima ragione per cambiare metodo.

Peraltro un tavolo che è nato già condannato alla inconsistenza dei risultati, un po' per la preclusione, posta come un mantra, secondo cui "di governance dell'Avvocatura non si discute"; un po' perché è un tavolo fintamente inclusivo, in realtà tutto interno al Mondo ordinistico (CNF, OCF - di provenienza prevalentemente ordinistica -, Presidenti di tutti gli Ordini distrettuali, Presidenti delle Unioni Regionali, e solo un rappresentante per ogni associazione maggiormente rappresentativa, e il rappresentante è rimasto uno soltanto, anche dopo lo spezzettamento del tavolo in tanti sottogruppi).

La mozione n. 44 approvata al Congresso forense di Roma nel dicembre 2023, del resto, richiama una serie di principi, che evidentemente dovrebbero condizionare l'esito dei lavori del tavolo, e che perpetuano il modello, sostanzialmente ottocentesco, della professione, giunto sino a noi.

Quindi, se non si può toccare la governance, e se non si può mettere in discussione il modello di avvocatura, cosa resta che renda sensato e utile un impegno di tale dimensione?



La professione di avvocato: un modello ottocentesco sostanzialmente immutato

La regolamentazione delle professioni intellettuali, rispetto alle quali la prima legge sulla professione di avvocato (n. 1938 del 1874) ha fatto da paradigma, non è universalmente e storicamente valida, ma è frutto del contesto storico e sociale in cui nasce.

L'Italia, che divenne stato nazionale nella seconda metà dell'Ottocento, aveva sì proceduto alla laicizzazione delle università, diffuse sul territorio secondo il modello preunitario, ma essendo l'istruzione di rango superiore poco diffusa fra la popolazione ed avendo la necessità di garantire alcune funzioni pubbliche essenziali (la giustizia, la salute, la certezza degli atti pubblici) sostanzialmente affidò alle professioni, in quanto élite di competenza, lo svolgimento di dette funzioni, dando in contropartita riconoscimento pubblico e legittimazione.

Lo Stato ha scelto di regolare le libere professioni tramite la selezione dell'accesso attraverso gli esami di stato e la natura di ente pubblico attribuita ai loro istituti rappresentativi. In cambio ha riconosciuto alcuni importanti privilegi, fra cui il potere di fissare le proprie tariffe, e quindi la eliminazione della concorrenza, e quello di esercitare il controllo disciplinare sull'intero corpo forense, obbligato al rispetto di principi etici che ne garantivano la dimensione morale. Le basi del sistema educativo e di quello professionale, quali gettate dopo l'unificazione nazionale, hanno mantenuto un carattere costante nonostante le variazioni intervenute con l'avvento dei regimi totalitari e poi della costituzione repubblicana, in virtù della necessità di consentire, ed anzi garantire, ai cittadini un accesso diretto ed equo agli organi giurisdizionali a difesa dei loro diritti.

La preparazione tecnica degli avvocati, e le garanzie loro riconosciute di poter liberamente esercitare la loro professione senza ingerenze dell'autorità pubblica, nella prospettiva costituzionale e dello stato di diritto, diventano un elemento essenziale per assicurare un corretto funzionamento del sistema di tutela dei diritti dei singoli.



“Le professioni intellettuali hanno svolto nei grandi processi di costruzione della modernità europea un ruolo costituzionale, lo stesso svolto dalla scienza e dalle università. Sono state vettori della transizione dall’antico regime alla modernità, dalla modernità al post-moderno; hanno partecipato come attori non secondari ai momenti cruciali della storia dell’Europa occidentale, quali la costruzione degli stati nazionali, la crescita economica e sociale, i regimi totalitari, il welfare state, le democrazie di massa. Le professioni hanno contribuito al mutamento delle società e a loro volta ne sono state cambiate. La storia delle professioni intellettuali è quella dell’Europa degli esperti: un universo virtuoso che ha partecipato alla costruzione della modernità e al consolidamento delle società usando come strumenti fondamentali la conoscenza e la mediazione. Il ruolo costituzionale delle professioni intellettuali sta anche in questa funzione essenziale di comunicazione tra lo Stato e la società, tra la sfera pubblica e quella privata” (M. Malatesta).

Lo Stato di diritto e il suo precario stato di salute

Parlare di nuovo Statuto dell’avvocatura, quindi, non può non implicare una riflessione sulle modifiche del contesto in cui essa si trova ad operare.

È noto che lo Stato democratico si fonda su due cardini, sintetizzati nel secondo comma dell’art. 1 della Costituzione italiana.

Da un lato la sovranità popolare, vale a dire la remissione delle decisioni politiche al popolo, a maggioranza, attraverso il principio del governo rappresentativo, il che implica la libera formazione del consenso attraverso una dialettica democratica.

Dall’altro il *rule of law* costituzionale, ovvero la limitazione del potere, anche quello delle maggioranze politiche democratiche, attraverso il diritto, in nome della garanzia del pluralismo che trova la sua espressione nei diritti fondamentali delle persone.

Il grido di allarme dei costituzionalisti è che, oltre a singoli e importanti problemi, sia messa in discussione proprio la stessa forma di Stato che del costituzionalismo costituisce il prodotto più maturo.

Mi limiterò a considerazioni flash su alcune tematiche che richiederebbero ben altro approfondimento.

Credo sia incontestabile che, fra le sfide attuali che incidono in misura rilevante sul costituzionalismo, tre sono quelle più importanti: la prima è la sfida ambientale, la seconda quella connessa allo sviluppo dell’intelligenza artificiale, la terza quella connessa ai flussi migratori.

1. Siamo ormai tutti consapevoli della deteriorabilità e del deterioramento del contesto naturale: l’ambito terrestre in cui vive la popolazione mondiale si consuma molto e molto più in fretta di quanto avveniva in passato, e di pari passo diveniamo sempre più coscienti della necessità impellente e imprescindibile di preservarlo e curarlo.

Questa consapevolezza non è più appannaggio solo di scienziati o di frange ristrette della popolazione, ma ormai è ampiamente avvertita e condivisa, grazie anche alle azioni intraprese da varie organizzazioni internazionali.

Sul piano costituzionale questo incide sul paradigma tradizionale fondato sulla centralità della persona, tanto che si è parlato di un cambiamento in chiave eco-centrica. Ma anche chi ritiene che la persona continui ad essere centrale, si imbat-

te nella necessità di prendere in considerazione una proiezione futura e quindi concettualizzare uno spazio diverso nella sua applicazione, non più limitato al presente ma proiettato anche in una dimensione futura.

In altre parole, la tutela dell'ambiente si coniuga necessariamente con la tutela dei diritti delle generazioni future: un tema di sicura rilevanza costituzionale, e non solo per la riforma dell'art. 9 della Costituzione.

Il costituzionalismo deve allora chiedersi come e chi deve tutelare i diritti delle generazioni future, perché la sovranità appartiene al popolo nel momento attuale, e ad esso, per il tramite dei suoi rappresentanti, compete farsi carico anche della proiezione futura dei diritti e degli interessi, potendo anche dover fronteggiare la necessità di rinunciare alle proprie prerogative e ai propri interessi a vantaggio dei diritti delle generazioni future.

2. L'altro aspetto concerne lo sviluppo dell'intelligenza artificiale: tema che, come ha sottolineato Massimo Luciani, *"potrà determinare un mutamento antropologico mai registrato prima, mutamento così profondo che potrebbe non essere lontana l'estinzione della specie, almeno per come sinora l'abbiamo conosciuta"* (La sfida dell'intelligenza artificiale, in Rivista AIC, n. 12/2023).

A fronte infatti dell'insufficienza della dimensione nazionale per la tutela dei diritti fondamentali, e con la consapevolezza di dover guardare ad una dimensione sovranazionale, con la impossibilità oltretutto di individuare il livello atto a governare processi globali, quella posta dall'intelligenza artificiale rappresenta una sfida ancora in fase di esplorazione da parte dei giuristi.

Un tema che tocca i principi del costituzionalismo sotto più aspetti: dal condizionamento che i sistemi di AI sono in grado di operare sulle decisioni sia individuali che collettive (si consideri il caso di *Cambridge Analytica* o la disinformazione su questioni politiche ed elettorali), alla sostituzione della decisione pubblica con sistemi algoritmici, alla gestione di grandissime quantità di dati da parte di gruppi sociali ed economici ristretti e senza controlli, e così via.

È la stessa sovranità popolare ad essere condizionata, e dunque limitata, dalle trasformazioni delle tecnologie della comunicazione e dell'informazione, le cui principali fonti sono costituite da piattaforme tecnologiche in mano a pochi soggetti privati che, attraverso un meccanismo di profilazione dei propri utenti, sono in grado di influenzarne i comportamenti e le scelte, anche sul piano politico.

La letteratura sui pericoli di una "dittatura algoritmica", e della sua incidenza sulla formazione delle opinioni politiche e del consenso democratico, è amplissima.

Ad essere minacciati sono i principi stessi della democrazia costituzionale, basata sulla formazione dialettica del consenso, attraverso processi deliberativi funzionali al componimento delle posizioni opposte, per mezzo del dialogo e del confronto.

È lo stesso *rule of law* ad entrare in crisi di fronte all'affermarsi di nuovi poteri globali, quelli delle grandi corporation private che gestiscono i big data, grazie ai quali progredisce l'intelligenza artificiale, che attraverso alcuni processi, quali il machine learning o il deep learning, è in grado di affidarsi a macchine sempre più autonome rispetto ai loro creatori, oltre a consentire l'attività di profilazione alla base del cd. "capitalismo della sorveglianza", secondo l'espressione coniata da Zuboff.

Come affermato dalla costituzionalista T. Groppi, *"siamo alle frontiere dello Stato costituzionale, perché è così forte la torsione che probabilmente dobbiamo prendere*

atto che stiamo vivendo uno dei turning point della storia, cioè una di quelle trasformazioni economico-sociali alle quali segue un mutamento della forma di Stato. Così è accaduto per la nascita dello Stato moderno e per l'affermarsi dello Stato assoluto, per la nascita dello Stato liberale di diritto e più recentemente di quello democratico-pluralista”.

3. Se gli Stati devono rispettare la dignità delle persone e dei popoli formulate solennemente dal diritto internazionale (dallo Statuto dell'ONU alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue), e se la tutela dei diritti fondamentali costituisce un limite invalicabile per tutti, anche per i legislatori e i governi, che devono indicare prospettive e fornire soluzioni che rendano effettivi i diritti umani e l'aspirazione alla pacifica convivenza tra diversi, l'attuale gestione del fenomeno migratorio mette in crisi l'immagine e la sostanza stessa della società democratica.

Per dirla con Luigi Ferraioli *“Il consenso popolare viene perseguito, dagli odierni populismi, non soltanto nei confronti di misure punitive, ma anche nei confronti di politiche e di pratiche che apertamente violano i diritti umani delle persone e talora consistono in veri e propri reati: come la preordinata omissione di soccorso, la chiusura dei porti (misura informale equivalente di fatto a un provvedimento discriminatorio, perché adottato unicamente nei confronti delle navi recanti a bordo migranti), la costrizione dapprima dell'Aquarius e della Diciotti e poi della Sea-Watch a vagare in mare con i loro carichi sofferenti di centinaia di persone, il trattenimento in ostaggio e perciò la privazione della libertà dei migranti a bordo di queste navi. Qui il populismo penale consiste nella ricerca del consenso non già facendo leva sulla paura per la criminalità di strada e inasprendo le pene, bensì ostentando politiche esse stesse illecite, consistenti in violazioni massicce dei diritti umani.... Non si tratta solo di politiche che alimentano il veleno razzista dell'intolleranza e del disprezzo per i diversi quale veicolo di facile consenso. L'esibizione dell'illegalità e della disumanità equivale a deprimere la moralità corrente e ad alterare, nel senso comune, le basi del nostro Stato di diritto: non più la soggezione alla legge e alla Costituzione, ma il consenso elettorale quale fonte di legittimazione di qualunque arbitrio, persino se delittuoso”.*

Il problema non è, ovviamente, solo italiano: l'Unione Europea continua a ritenere l'immigrazione un fattore di pericolo e di rischio per i confini e per l'ordine pubblico. Il nuovo Patto su migrazione e asilo approvato quest'anno è caratterizzato dal rifiuto di aperture nei confronti del Sud del mondo, con l'ulteriore invenzione di “stati terzi di primo asilo” che, insieme alla “finzione di non ingresso” e alla qualificazione di “soggiorno” riferita ai campi di detenzione amministrativa, rappresentano una sostanziale forma di *fictio iuris*. Se si aggiunge la legalizzazione dell'esternalizzazione, fino a ieri illegale e oggi normalizzata, non è azzardato affermare che è stata compiuta una concreta ulteriore regressione giuridica, politica e culturale (Immigrazione in Europa e diritti fondamentali -speciale Questione Giustizia-Medel 2024).

Affrontare il fenomeno dell'immigrazione soltanto in chiave di sicurezza e di ordine pubblico, comporta l'utilizzo di tecniche di “criminalizzazione legale” dei migranti, e l'introduzione di reati collegati all'ingresso o al soggiorno illegale: il migrante viene punito per quello che è e non per quello che fa; porta alla introduzione, con la valenza di ordinario strumento di governo del fenomeno, della detenzione amministrativa, con gravissimi problemi di rispetto dei diritti umani e di compatibilità con



il nostro sistema di rigide e inderogabili garanzie previste per la privazione della libertà personale; comporta, ancora, come denunciato nel febbraio 2022 dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, il ricorso alla violenza per il controllo e la sorveglianza delle frontiere esterne e interne dell'Europa.

Senza dimenticare le ulteriori ipocrisie del sistema per cui i Paesi di emigrazione possono diventare «sicuri» per decreto, e per cui, nonostante il principio di *non-refoulement*, i migranti o richiedenti asilo, benché su navi italiane o sul territorio italiano, possano essere deportati in Albania per l'esame delle loro domande, fingendo che non siano entrati nel territorio italiano ovvero che le strutture per il loro trattenimento in Albania siano assimilate al territorio italiano, perché amministrate dall'Italia, comprendiamo quale scempio sia stato fatto dei diritti universali, appannaggio di tutti gli esseri umani.

Insomma le costituzioni nazionali, la cui funzione è quella di limitare i poteri a garanzia dei principi in esse formulati - la pace, l'uguaglianza, la pari dignità di tutti gli esseri umani, l'universalismo dei diritti umani -, risultano inadeguate ad affrontare le sfide che provengono da problematiche globali: le guerre e il pericolo della distruzione nucleare; il riscaldamento climatico che, se non affrontato efficacemente ed immediatamente, comporterà l'impossibilità di abitare parti crescenti del nostro pianeta; l'aumento, nel mondo, delle disuguaglianze e delle violazioni dei diritti umani; il dramma di migliaia di migranti, in fuga da queste catastrofi.

Anche a voler in questa sede sorvolare sulle caratteristiche di cortissimo respiro delle politiche nazionali che rimuovono il passato e non si fanno carico di quanto accadrà oltre i tempi delle scadenze elettorali e al di là dei confini nazionali, va comunque detto che i singoli governi nazionali e le loro costituzioni poco possono fare di fronte alle catastrofi planetarie in atto, destinate purtroppo a divenire ancor più gravi.

Nessuno Stato, da solo, è in grado di far fronte alle sfide globali. Nessuno Stato sarà mai in grado di affrontare, da solo, i problemi del riscaldamento climatico, delle disuguaglianze globali, della fame, della sete e delle malattie nel mondo. Mentre proprio per la dimensione globale delle imprese, a differenza di quella locale degli Stati, non sono più questi ultimi a garantire la concorrenza tra le imprese, ma sono le grandi multinazionali che mettono in concorrenza gli Stati investendo nei paesi in cui si può più facilmente sfruttare il lavoro, pagare imposte più basse, devastare l'ambiente e, possibilmente, corrompere i governi.

Il primo effetto di tutto questo è l'abbassamento del senso morale nella cultura corrente. Se le istituzioni non solo praticano, ma ostentano indifferenza per le sofferenze e per la morte di tanti migranti, non solo si legittimano, ma in qualche modo si normalizzano pratiche di omissione di soccorso immorali e disumane. Sollecitando ostilità nei confronti dei soggetti più deboli, screditando e diffamando coloro che salvano vite umane, annullando l'umanità e la solidarietà che formano il presupposto basilico della democrazia.

Una riforma seria presuppone un progetto

Le minacce per lo stato di diritto cui ho, in maniera necessariamente superficiale, accennato non sono certo ignote al mondo forense. Se diamo un'occhiata alla attività convegnistica e formativa di istituzioni ed associazioni, non si contano gli eventi e gli approfondimenti in materia di intelligenza artificiale o di diritti dei migranti o di minacce all'ecosistema.

Ma assistiamo ad uno strano sdoppiamento: siamo consapevoli dei cambiamenti in atto e dei pericoli connessi, ma al contempo continuiamo a ragionare di ordinamento professionale con le lenti del passato, pensando di cavarcela con qualche piccolo aggiustamento, lasciando immutato il nostro assetto ordinamentale, come se ancora fossimo nel mondo che ci aveva visto nascere.

Un ragionamento serio, ma soprattutto foriero di qualche risultato, dovrebbe individuare, prima di tutto, il ruolo e la funzione che nel mutato contesto socio-giuridico gli avvocati intendono svolgere.

E ciò in vista di un nuovo patto con lo Stato, in chiave di sostenibilità sociale e ambientale. I concetti su cui si basa la sostenibilità sociale sono la promozione del benessere, dell'equità, della giustizia, della coesione sociale, valori che possono garantire un futuro migliore per tutti, preservando allo stesso tempo le risorse e l'ambiente.

Non si tratta solo di un esercizio retorico, ma di obiettivi precisi: adoperarsi per la creazione di società inclusive in cui tutti gli individui, indipendentemente dalla loro origine, genere, etnia o classe sociale, possano avere accesso a risorse, opportunità ed equità nel trattamento; o ancora per obiettivi di coesione sociale, ovvero la capacità di assicurare il benessere della collettività sulla base di relazioni sociali forti.

Obiettivi che sottendono il rispetto e la tutela dei diritti umani fondamentali; il diritto all'istruzione, alla salute, ad un lavoro dignitoso e alla partecipazione politica; la promozione dell'inclusione di gruppi svantaggiati o emarginati; la riduzione delle disuguaglianze.

Obiettivi che andrebbero perseguiti non soltanto attraverso la tradizionale difesa

dei propri clienti, ma attraverso vere e proprie azioni finalizzate, individuali e collettive.

Funzionale alla creazione di una professione legale orientata alla sostenibilità e alla utilizzazione etica dell'intelligenza artificiale è una sufficientemente radicale riforma della formazione universitaria e *post lauream*.

Occorre ripensare le competenze e le abilità richieste agli avvocati se non si vuole incorrere in uno *skill mismatch*, in una discrepanza tra le competenze richieste per l'esercizio della professione e le competenze effettive.

L'uso di soluzioni automatizzate, chatbot, sistemi di giustizia predittiva e altre forme di servizi legali prodotti aumenterà, e questo comporterà la necessità, all'interno degli studi legali, di competenze diverse da quelle normalmente possedute dagli avvocati. Non basta più acquisire le tradizionali competenze legali, tenuto conto che in maniera sempre crescente gli avvocati di domani dovranno incorporare gli strumenti di intelligenza artificiale nella fornitura di servizi legali. E dovranno integrare la formazione sull'uso efficace degli strumenti tecnologici nel loro curriculum. Come minimo, gli avvocati dovranno capire come funziona l'intelligenza artificiale, come viene sviluppata e utilizzata, quali vantaggi può portare, i rischi che può creare e le questioni legali ed etiche che si presentano.

L'alternativa è delegare un'alta percentuale di lavoro legale ad analisti di dati, esperti operativi e altri specialisti dei sistemi digitali, sino al punto da far diventare quasi una minoranza gli avvocati all'interno degli studi legali.

Ma la comprensione del fenomeno non soltanto sotto il profilo tecnologico, ma anche sotto quello più propriamente giuridico, rende preferibile l'ibridazione delle competenze degli avvocati, senza contare l'importanza dell'umanità che apportiamo nelle nostre questioni e l'empatia e la compassione che abbiamo nei confronti dei nostri clienti.

Le facoltà di giurisprudenza devono aumentare la consapevolezza degli studenti sulle capacità e sui limiti dell'IA e sugli obblighi etici correlati. Gli avvocati dovranno capire come funziona, come si sviluppa e quali vantaggi può portare, nonché le sue insidie.

Bisognerebbe inoltre implementare percorsi formativi accademici indirizzati alle materie green, anche in correlazione con la previsione, tra le specializzazioni forensi, del diritto ambientale e dell'energia.

Come si legge nel Rapporto della Law Society britannica: *"Agli avvocati verrà chiesto di aiutare i loro clienti a identificare, evitare e gestire i rischi fisici, di responsabilità e di transizione legati al cambiamento climatico"*. (Climate Change Risks – the Future of Law as we know it?).

Infine, nel regolamentare la formazione ed il tirocinio dei futuri avvocati, non si dovrebbe prescindere da due fenomeni evidenti: il primo è costituito dalla progressiva perdita di centralità della giurisdizione, che si manifesta in una vistosa riduzione del contenzioso civile (passato da 3.854.240 procedimenti a 2.377.350 procedimenti nel corso del ventennio 2003-2023), nell'affermarsi dei procedimenti di ADR, e non sempre e non solo per la loro obbligatorietà; nella introduzione, nel settore penale, della c.d. giustizia riparativa, la cui disciplina organica è stata introdotta con il d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

Il secondo è un processo civile, caratterizzato dalla scomparsa dell'oralità, dal ri-

può di un processo che faceva dell'incontro il fulcro della sua funzione, in quanto mezzo che consente meglio l'esercizio dell'azione e della difesa. Gli atti scritti hanno imposizioni e limiti di forma e di lunghezza, in un processo sempre più dominato da una scrittura che a volte alimenta ripetitivamente se stessa, altre volte va obbligatoriamente contenuta in una dimensione che mortifica la funzione difensiva. Il giudice della famiglia esercita poteri d'ufficio esorbitanti e, ai sensi dell'art. 473 *bis* 2 c.p.c., non è tenuto né al rispetto della domanda, né a quello di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, né infine a quello dispositivo in ordine alle prove.

Occorrerà quindi tarare la formazione e il tirocinio in funzione di queste nuove caratteristiche, della considerazione che c'è sempre meno spazio per argomentazioni evolutive, e soprattutto valorizzare l'apporto fondamentale dell'avvocato nella composizione dei conflitti in sede diversa da quella giurisdizionale.

Volare alto

Il mondo ha più che mai bisogno di avvocati per difendere la democrazia di fronte alle crescenti sfide allo stato di diritto, per opporsi alle violazioni dei diritti civili in un'epoca di crescente disuguaglianza sociale, per affrontare le sfide etiche poste dall'innovazione tecnologica, dalla privacy all'intelligenza artificiale, per sensibilizzare la società sull'importanza della sostenibilità ambientale. Ma soprattutto, ha bisogno di avvocati per dare voce a chi è stato messo a tacere o messo da parte. Dobbiamo assegnarci obiettivi e compiti "alti", e preparare i futuri avvocati a farsi interpreti di una funzione meglio messa a fuoco.

Rispetto a questo, continuare a discutere di sei mesi in più o in meno di pratica, di ammissibilità del socio di solo capitale nelle società di avvocati, o di compatibilità per alcune cariche dei consigli di amministrazione delle imprese, appare sinceramente una gran perdita di tempo, con risultati inevitabilmente destinati all'irrelevanza.

Riappropriarci, anche pubblicamente, dell'importante funzione sociale che possiamo ricoprire, sviluppare nuove competenze e promuovere l'adozione di strumenti e tecnologie trasformative nel modo più equo possibile, significa per noi avvocati avere un ruolo chiave nella creazione di un efficace accesso alla giustizia e nel recupero di valenza della tutela dei diritti fondamentali, fornendo soluzioni alle attuali sfide sociali e ambientali.

NEWS ANF

La concorrenza sleale nel mercato legale



di Francesco Leone

Avvocato civilista in Palermo, presidente di AGIUS - Associazione dei Giuristi Siciliani e del Tribunale Federale della FIS. Socio fondatore e general manager dello Studio legale Leone-Fell & C. Consigliere nazionale ANF.

La sfida degli avvocati tra deontologia e nuove forme di competizione

La premessa è d'obbligo: noi avvocati siamo i più bravi tra i professionisti italiani ad ingaggiare battaglie di retroguardia che finiscono con il danneggiare noi stessi.

Questa tendenza a voler incarnare "i polli di Renzo" è assolutamente ravvisabile nel modo in cui le istituzioni forensi hanno affrontato, o meglio non hanno affrontato in questi anni, il grande tema del mercato dei servizi legali e dei diversi soggetti, eterogenei tra di loro, che se lo contendono.

Partiamo con un esempio che da solo spiega tutto. Immaginate di essere un avvocato con un piccolo studio legale, magari situato in una città di provincia. Dopo anni di studio e formazione, siete finalmente pronti a offrire la vostra competenza ai clienti nel rispetto delle rigorose norme deontologiche che regolano la nostra professione.

Ad un certo punto, però, vi accorgete che la vostra professionalità è destinata a competere non tanto con altri colleghi o studi legali ma piuttosto con associazioni, sindacati e persino grandi multinazionali che pubblicizzano e offrono assistenza legale utilizzando metodi, strumenti e politiche dei prezzi vietati a chi indossa una toga.

Viene spontaneo chiedersi: "Dove sono le regole per loro?"

Qual è, ad esempio, la differenza tra un sindacato che offre assistenza legale gratuita ai propri iscritti e un avvocato professionista che opera in conformità con le norme del Codice Deontologico?

Apparentemente entrambi offrono lo stesso servizio: tutela legale.



Tuttavia, l'avvocato "tradizionale" viene scelto *intuitu personae* ed è vincolato dal codice deontologico mentre associazioni, sindacati e società di consulenza acquisiscono clientela facendo leva su fattori che nulla hanno a che fare con il professionista che materialmente si occuperà di offrire la prestazione.

Il Codice Deontologico e i Limiti degli Avvocati

Il Codice Deontologico Forense, in parte rinnovato a seguito delle condanne inflitte dal Garante della concorrenza e del mercato, impone tutt'oggi agli avvocati degli obblighi e dei limiti che possono considerarsi ragionevoli solo a patto che le "regole" valgano per tutti e non solo per i liberi professionisti. Ad esempio, l'articolo 35 del Codice impone limiti rigidi in materia di pubblicità: le informazioni diffuse devono essere **trasparenti, veritiere e corrette**, e non possono essere né ingannevoli né comparative. Gli avvocati non possono promuovere apertamente azioni legali gratuite o a basso costo, poiché ciò potrebbe violare il principio di dignità della professione, come stabilito dall'articolo 37, che vieta l'**accaparramento di clientela**.

Di contro, come già detto in precedenza, diversi soggetti non sono sottoposti agli stessi vincoli e pertanto possono offrire i loro servizi attraverso campagne di marketing aggressive, utilizzando veri e propri testimonial a pagamento (ricordate la pubblicità in tv con protagonista Enrica Bonaccorti che vendeva azioni legali contro la responsabilità medica?) e promettendo formule di pagamento "a percentuale" o addirittura dietro il corrispettivo di una semplice quota associativa.

Ma vi è di più.

La mancanza di una legislazione che regolamenti tale fenomeno ha fatto sì che alle associazioni e sindacati che alle loro attività ordinarie hanno affiancato anche la tutela legale dei propri associati, se ne siano aggiunte tante altre che proprio nella vendita di servizi legali hanno il loro *core business*. In altre parole, un buon metodo per aggirare le regole deontologiche e fare profitti milionari.

Le Grandi Multinazionali e le Big Four

Su associazioni e sindacati abbiamo già detto ma un altro fronte di competizione viene dalle grandi multinazionali, come le Big Four (PwC, Deloitte, EY, KPMG). Questi giganti della consulenza globale offrono servizi legali attraverso studi professionali associati alle loro reti, aggirando in parte le restrizioni imposte dal Codice Deontologico. Le loro filiali legali in Italia, pur rispettando formalmente la normativa, beneficiano della sinergia con i servizi di consulenza aziendale, marketing e branding che un piccolo o medio studio legale non potrebbe mai permettersi.

Un esempio emblematico è Deloitte Legal, che opera in Italia con centinaia di professionisti.

Pur essendo soggetto alla normativa deontologica, la sua affiliazione con il marchio Deloitte consente di sfruttare una rete già esistente di clientela, attratta principalmente dai servizi di consulenza della casa madre. Questo modello integrato consente loro di proporre soluzioni legali supportate da una struttura globale, con risorse ben superiori a quelle di un singolo avvocato o di uno studio legale tradizionale.

Naturalmente, in questi casi, anche il tema della mancata regolamentazione della monocommittenza dovrebbe essere fonte di grande preoccupazione ma, come dimostrato dalle audizioni in Commissione giustizia della Camera, né il tema dell'avvocato dipendente né la sleale concorrenza che tali soggetti operano nel mercato dei servizi legali pare interessare i vertici istituzionali dell'avvocatura e gran parte delle associazioni forensi.



L'Intelligenza Artificiale e il Futuro della Professione Legale

Il gap tra avvocato artigiano e grandi enti e società di consulenza rischia di diventare incolmabile con lo sviluppo e l'affinamento di software performanti di intelligenza artificiale. La nuova tecnologia sta aprendo possibilità impensabili fino a pochi anni fa, consentendo di automatizzare sempre di più molte attività che tradizionalmente richiedevano l'intervento umano. Questo significa che chi ha la capacità economica di investire in infrastrutture di IA potrà offrire servizi legali su larga scala, a costi decisamente inferiori.

Piattaforme di "legal tech", come DoNotPay, svincolate dalla legge professionale e dai limiti deontologici, consentono di automatizzare processi legali semplici, come contestare multe o richiedere rimborsi. Ma con l'evoluzione dell'IA, queste tecnologie stanno rapidamente diventando in grado di gestire anche questioni legali più complesse. Chi saprà capitalizzare su queste innovazioni, soprattutto in ambito corporate, avrà un vantaggio competitivo significativo.

Si arriverà probabilmente, nel giro di un paio di anni, ad avere fette sempre più consistenti di mercato - pensiamo alle consulenze di media complessità, stesura di atti e documenti stragiudiziali e parte del contenzioso - ad esclusivo

appannaggio di portali “para legali” che offriranno servizi a basso costo scalabili a danno di migliaia di avvocati.

Eppure, nonostante tutto ci indichi che quella prospettata non è una mera ipotesi ma una prossima realtà, anche in questo caso nessuno dalle parti del CNF sembra avere voglia di occuparsene tendendo piuttosto a minimizzare l’impatto che l’I.A. avrà nella nostra professione.

Innovare per Sopravvivere

In un mondo sempre più globalizzato e tecnologicamente avanzato, la professione legale è a un bivio.

Da un lato, ci sono le norme deontologiche, concepite nel secolo scorso per proteggere l’integrità della professione e l’interesse dei clienti. Dall’altro, c’è un mercato in rapida evoluzione, dove le nuove tecnologie e le nuove forme di concorrenza stanno mettendo alla prova la capacità degli avvocati di adattarsi e sopravvivere.

Il rischio è che, se non si affrontano queste sfide in modo proattivo, la professione legale tradizionale - quella dell’avvocato, con il suo studio legale e la targhetta “Avv. Mario Rossi” dietro la porta, possa diventare sempre più irrilevante, schiacciata tra le nuove esigenze dei clienti e la concorrenza di attori che operano al di fuori delle regole tradizionali.

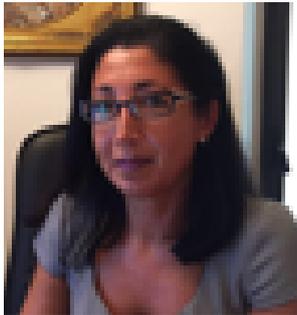
Ma c’è anche un’opportunità: quella di reinventare la professione legale per il XXI secolo, trovando un nuovo equilibrio tra etica e innovazione.

E, alla fine, forse è proprio questo il vero test della professione legale: la capacità di evolversi senza perdere di vista ciò che rende un avvocato più di un semplice fornitore di servizi, ma un custode della giustizia e della verità.

Sempre che l’evoluzione non continui ad essere ostacolata da paletti che forse piaceranno tanto ai *grandi latifondisti*, ma che danneggiano immensamente tutti coloro che di un “Ad Vocatus” - chiamato in aiuto - avrebbero bisogno.

NEWS ANF

La Riforma Nordio e la cultura delle regole



di Donata Giorgia Cappelluto
Avvocato penalista in Parma, docente a contratto presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali presso l'Università degli Studi di Parma dal 2001 in diritto processuale penale. Docente di procedura penale alla Scuola di Polizia Penitenziaria di Parma dal 1999. Componente del Direttivo Nazionale ANF dal 2015

In data 10 agosto 2024 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale¹ la legge n. 114 nota come Riforma Nordio della giustizia penale, di cui il decreto legge c.d. “carceri” del 4 luglio 2024 n. 92², convertito lo scorso 7 agosto 2024, costituisce il completamento.

Le modifiche al codice penale introdotte dall’art. 1 L.114/2024 hanno definitivamente depennato il reato di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.) dal nostro ordinamento e ridefinito il reato di traffico di influenze illecite (art. 346 *bis* c.p.); in entrambi i casi l’intervento del legislatore è destinato a deflazionare una percentuale del contenzioso penale davvero marginale atteso l’ambito di applicazione delle due norme in questione.

Trattasi di norme incriminatrici di chiusura dello “statuto” dei delitti contro la P.A., disciplinati nel libro II



Il Ministro della Giustizia Carlo Nordio

¹ *Gazzetta Ufficiale del 10/08/2024 - Serie Generale n.187/2024 recante le Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare.*

² *Recante misure urgenti in materia penitenziaria, di giustizia civile e penale e di personale del Ministero della Giustizia.*



– titolo II del codice penale che si applicano in casi del tutto residuali in cui le condotte punibili, poste in essere contro la P.A., sfuggono alla casistica (tassativa) sussumibile nelle ipotesi di reato tradizionali e più gravi.

Come già osservato in sede di approvazione del disegno di legge Nordio³, l'effetto reale di detto intervento normativo, almeno per quanto riguarda la prevista **abrogazione del reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)** appare volto ad incontrare solo il favore della politica ed in particolare degli amministratori locali degli enti pubblici territoriali, soprattutto in vista dell'intensa azione amministrativa che si apprestano a realizzare in vista della messa a terra del P.N.R.R. entro giugno 2026.

Autorevoli commentatori in proposito hanno osservato in senso molto critico che *"quando uno Stato abolisce i reati per fermare i pubblici ministeri, invece di riformare l'azione penale e di migliorare la formazione e la cultura dei magistrati, ha raggiunto un livello di crisi istituzionale [...] inconfessabile"*⁴

Invero, l'intervento in questione non appare neppure di pregio sul piano giuridico in quanto non in linea con la normativa euro-unitaria⁵, comportando il rischio di esporre il nostro Paese ad una procedura di infrazione; né appare in linea con le norme internazionali in tema di lotta alla corruzione che l'Italia è obbligata a rispettare⁶.

Per detta ragione, quasi in dirittura di arrivo e *melius re perpensa*, con il c.d. decreto "carcere" n. 92/2024 è stato introdotto il nuovo reato di "peculato per distrazione" (art. 314 bis c.p.) appunto per controbilanciare, *rectius* neutralizzare, gli effetti negativi derivanti proprio dall'abrogazione del reato di abuso d'ufficio nella lotta al fenomeno diffuso, anche in Italia, della corruzione.

³ Vedasi questa rivista n.4/2023.

⁴ M. DONINI, *Abrogare i reati per risolvere problemi del processo. Da falso in bilancio all'abuso di ufficio, in Sistema Penale*, 15 luglio 2024.

⁵ Direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale.

⁶ Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata il 31 ottobre 2003 e ratificata dall'Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116.

In sintesi, il legislatore in tema di reati contro la P.A. ha fatto, almeno parzialmente, marcia indietro temendo che il Presidente della Repubblica non firmasse la pubblicazione della legge di Riforma della Giustizia Penale targata Nordio.

Il dato cronologico che il decreto “carcere” sia stato convertito il 7 agosto scorso (con l'introduzione art. 314 *bis* c.p.), ovvero proprio solo qualche giorno prima della Riforma della giustizia penale, pubblicata il successivo 10 agosto, accredita l'opinione di chi sostiene che il Capo dello Stato non abbia formulato alcuna osservazione (pur attesa) sul testo di legge Nordio proprio in ragione della portata di fatto “ridimensionata” degli effetti derivanti dalla Riforma in tema di lotta alla corruzione.

Da ultimo, per il codice penale l'art. 1 L. 114/2024 prevede anche un marcato *re-styling* del **reato di traffico di influenze illecite** (articolo 346-*bis*).

Diversamente da prima si prevede che le relazioni dell'autore del reato con il pubblico ufficiale, per essere punibili, non possano essere meramente vantate o asserite, ma realmente sfruttate ed esistenti o “intenzionalmente” abusate; l'utilità data o promessa deve essere economica, il denaro o altra utilità deve essere dato o promesso per remunerare il soggetto pubblico o per far realizzare all'autore del reato una mediazione illecita. Si prevede infine la modifica del suo trattamento sanzionatorio con l'aumento del minimo edittale da 1 anno a 1 anno e 6 mesi.

Nel complesso le modifiche al **codice di procedura penale** introdotte dall'art. 2 L. 114/2024 costituiscono la parte più corposa della riforma Nordio, per numero e maggiore impatto nel comparto della giustizia penale.

La gran parte degli interventi “chirurgici” che hanno interessato gli articoli del codice di rito sono invero condivisibili in quanto caratterizzati dal *fil rouge* di espandere il terreno delle garanzie da preservare nel corso procedimento penale nell'interesse e dei soggetti protagonisti e dei terzi incolpevoli, incidentalmente coinvolti loro malgrado.

Come commentato già in sede di approvazione del relativo disegno di legge⁷, sono da accogliere con estremo favore gli interventi previsti in tema di:

- informazione di garanzia,
- tutela rafforzata dei terzi (estranei alle indagini) in caso di intercettazioni e divieti di pubblicazione degli atti,
- previsione di interrogare l'indagato prima di disporre la misura cautelare a suo carico (e non dopo, come avvenuto finora),
- competenza collegiale del Giudice per le indagini preliminari in caso di custodia cautelare in carcere e misura di sicurezza,
- obbligo di *discovery* effettiva in tema di deposito degli atti di indagine e di intercettazioni,
- divieto per il pubblico ministero di impugnare le sentenze di assoluzione per le ipotesi di reato a citazione diretta.

Innanzitutto, a maggior garanzia dell'indagato il legislatore dispone che il Pubblico Ministero dovrà necessariamente introdurre una «*descrizione sommaria del fatto*» nella notificanda informazione di garanzia (invece di limitarsi ad indicare la sola norma che si assume violata, come oggi previsto); in aggiunta viene intro-

⁷ Disegno di legge n. S. 808 (vedasi questa rivista n.4/2023)

dotto espressamente il divieto di pubblicare l'informazione di garanzia fino alla conclusione delle indagini preliminari.

La riforma prevede anche l'**inappellabilità da parte del p.m. delle sentenze di proscioglimento** per i reati oggetto di citazione diretta indicati all'art. 550 del Codice di procedura penale (contravvenzioni, delitti puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a quattro anni o con la multa, sola o congiunta alla pena detentiva e altri reati specificamente indicati). Restano invece appellabili le decisioni di proscioglimento per i reati più gravi e le sentenze di condanna per i reati a citazione diretta nei casi in cui l'ordinamento vigente consente l'appello delle sentenze di condanna da parte del p.m.

Intercettazioni ed interrogatorio preventivo

In particolare, in tema **di intercettazioni** la riforma Nordio amplia il divieto di pubblicazione del contenuto delle intercettazioni, che viene consentita solo se il contenuto è riprodotto dal giudice nella parte motiva dell'ordinanza o è utilizzato nel corso del dibattimento; vieta espressamente l'acquisizione di qualsiasi comunicazione tra l'imputato e il proprio difensore prevedendo che le captazioni siano interrotte immediatamente nei casi in cui esse siano appunto vietate (salvo che si abbia motivo fondato di ritenere che la comunicazione sia essa stessa corpo di reato).

È introdotto il divieto di rilascio di copia delle intercettazioni, delle quali è vietata la pubblicazione, a soggetti diversi dalle parti e dai loro difensori (salvo che tale richiesta sia motivata dalla esigenza di utilizzare i risultati delle intercettazioni in altro procedimento specificamente indicato).

La polizia giudiziaria non può riportare nei verbali di intercettazione i dati relativi a soggetti diversi dalle parti, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini; è altresì vietato al Giudice di acquisire - in fase di stralcio - le registrazioni e i verbali di intercettazione afferenti soggetti diversi dalle parti, a meno di non dimostrare la loro rilevanza; è vietato indicare i dati personali dei soggetti diversi dalle parti, a meno che ciò sia indispensabile per la compiuta esposizione dei fatti, sia nella richiesta di misura cautelare ad opera del P.M., sia nell'ordinanza applicativa della misura da parte del Giudice, per le conversazioni intercettate.

La regola dell'**interrogatorio preventivo** viene generalizzata in caso di misura cautelare carceraria ed esteso il principio del contraddittorio preventivo a quei casi in cui le esigenze investigative non richiedano che l'adozione della misura cautelare sia emessa "a sorpresa".

Ne deriva che l'interrogatorio preventivo è escluso in caso di pericolo di fuga e inquinamento probatorio; mentre è necessario in caso di pericolo di reiterazione del reato (a meno che non si proceda per reati di rilevante gravità).

Il giudice della cautela ha l'obbligo di valutare, nell'ordinanza costitutiva della misura cautelare, quanto dichiarato dall'indagato in sede di interrogatorio preventivo **a pena di nullità** della misura; la medesima sanzione processuale è prevista anche in caso di omesso interrogatorio preventivo.

L'interrogatorio di garanzia, che secondo il codice di rito vigente è fissato sempre dopo l'esecuzione della misura cautelare, non è più espletato se preceduto da quello preventivo.

In merito alla composizione collegiale del giudice che applica la custodia in car-

cere la novella normativa prevede che il giudice della cautela sia solo collegiale (come pure in caso di misura di sicurezza provvisoria, purché detentiva).

Tale previsione costituisce un chiaro segnale, senz'altro molto positivo, che il legislatore intende approntare per il futuro maggiori garanzie per prevenire l'abuso dell'istituto della custodia cautelare registrato in passato.

Detto intervento, proposto per garantire l'inviolabilità della libertà personale con maggiore efficacia, ha però il forte limite di non costituire la regola!

La competenza collegiale del Giudice della cautela non opera per tutte le misure cautelari suscettibili in astratto di essere adottate, quali, in particolare, quelle coercitive personali non detentive, interdittive e reali (che sono come noto la parte più numerosa).

Il successo della Riforma Nordio in tema di competenza collegiale del Giudice della cautela (in caso di custodia cautelare in carcere o misura di sicurezza detentiva) dipenderà necessariamente dall'implementazione doverosa del numero dei magistrati presso i Tribunali, con funzione di giudice per le indagini preliminari.

Per tale ragione, eccezionalmente, il legislatore **non** ha previsto nel testo di legge la nota clausola c.d. **a invarianza zero** della dotazione organica dei magistrati ordinari, con funzioni di Giudice della cautela o della c.d. pericolosità sociale, prevedendo all'art. 5 l. 114/2024 **un aumento progressivo del ruolo di organico** del personale dei magistrati ordinari appunto ed uno stanziamento economico imponente per la gestione dei relativi concorsi per il loro reclutamento **fino al 2034**. In difetto di ampliamento dell'organico necessario si rischia di paralizzare il procedimento applicativo delle misure custodiali di massimo rigore a causa delle incompatibilità che deriveranno in capo ai singoli magistrati che non potranno più occuparsi della cognizione del medesimo reato durante tutto il procedimento penale, avendo avuto cognizione di un determinato reato ascritto all'indagato in fase di indagini preliminari nella sottofase (incidentale) cautelare.

Per evitare il corto circuito "da incompatibilità" su enunciato **l'entrata in vigore di questa parte della Riforma è posticipata di due anni** rispetto alla data di entrata in vigore della l.114/2024 (25 agosto 2024).

Il Ministro Nordio ed il Governo confidano che lo slittamento in avanti dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, in materia di restrizione della libertà personale e garanzie introdotte, possa tacitare le censure formulate dalla Magistratura, associata e non, al testo di Riforma.

Come noto l'introduzione dell'ennesima riforma della giustizia penale a distanza di poco più di soli due anni dalla riforma Cartabia non ha certo giovato a pacificare i rapporti, già molto tesi, tra potere esecutivo e giudiziario avendo anzi innalzato la soglia del sospetto e della sfiducia dei politici verso l'autorità giudiziaria.

Tutti, addetti ai lavori e meno addetti, dovrebbero ispirarsi alla **cultura delle regole**: intesa come conoscenza delle specifiche regole da applicare e, prima ancora, come percezione del loro significato giuridico e della loro cogenza quale **idoneità a limitare il potere** (anche discrezionale) e, quindi, a generare obblighi di comportamenti virtuosi, invece di continuare ad abolire norme che non si vuole o non si è capaci di interpretare in senso costituzionalmente orientato e di applicare, come continua a fare il legislatore quanto meno in ambito penale.

NEWS ANF

La “nuova” costituzione di parte civile nel processo penale

Le previsioni della Riforma Cartabia alla luce della Sentenza delle SS.UU. n. 38481/2023



di [Lorenzo Letti](#)

avvocato del Foro di Roma, mediatore professionista, Procuratore Federale F.I.S.E., corsi di perfezionamento in “Coding for lawyers, Legal tech, legal writing and legal design” presso l’Università degli Studi di Milano e in “Big data, artificial intelligence e piattaforme. Aspetti tecnici e giuridici connessi all’utilizzo dei dati e alla loro tutela”.

Con questo scritto intendo cercare di sintetizzare quanto riportato dalla decisione della Corte di Cassazione a SSUU n. 38481/23 ed analizzare le ricadute che ha determinato nell’attività degli avvocati che intendano proporre azioni civili nel processo penale.

La Corte era stata chiamata a valutare l’applicabilità del riformato comma 1 *bis* dell’articolo 573 c.p.p. ad un ricorso proposto da un difensore della parte civile contro una sentenza della Corte d’appello sul mancato riconoscimento delle spese civili.

La sezione della Corte aveva rimesso alle sezioni unite la questione relativa al contrasto insorto nella giurisprudenza di legittimità sulla applicabilità dell’articolo 573 comma 1 *bis* ai ricorsi pendenti al 30 dicembre 2022 ovvero la sua applicabilità solo ai ricorsi proposti contro sentenze pronunciate dopo il 30 dicembre 2022.

Le tesi contrapposte

Le differenti tesi che le sezioni della Corte avevano adottato si fondavano su principi e ragionamenti originati da differenti prospettive.

Secondo la tesi per la quale la nuova disposizione sarebbe **immediatamente applicabile alle impugnazioni pendenti al 30 dicembre 2022**, in applicazione del principio *tempus regit actum*, il giudizio di impugnazione deve essere svolto secondo le nuove regole senza che alla parte civile derivi alcun pregiudizio dal fatto che l’impugnazione sia decisa dal giudice civile.

Secondo il differente orientamento, invece, **la nuo-**



va norma - poiché potenzialmente pregiudizievole per chi abbia già proposto appello - **dovrebbe applicarsi solo alle impugnazioni proposte avverso le sentenze emesse dopo il 30 dicembre 2022**. Questo differente orientamento si fonda sull'interpretazione data dalla decisione delle Sezioni Unite numero 27614/2007 che, sempre in applicazione del principio *tempus regit actum*, ha individuato nella sentenza impugnata l'*actus* cui far riferimento perché è in relazione ad essa che si deve valutare la facoltà di impugnazione.

La decisione

La decisione in commento, invece, dopo aver valutato entrambe le posizioni interpretative sviluppa un'argomentazione differente fondata principalmente sull'analisi della ratio sottesa alle modifiche introdotte al codice di rito dalla cd. "riforma Cartabia" con il D. Lgs. 150/2022.

La Corte, preliminarmente, ritiene opportuno valutare la modifica introdotta all'articolo 573, comma 1 *bis*, nonché il contenuto e il significato delle norme del d. lgs. 150/2022. L'analisi delle modifiche, la loro ragione e la loro introduzione nel sistema processuale consente di giungere ad una valutazione sistematicamente coerente.

Il punto nevralgico risiede nella valutazione della tutela del legittimo affidamento di chi abbia presentato l'impugnazione per i soli interessi civili confidando nella vigenza del precedente regime.

La Corte osserva che il legislatore, in applicazione della legge delega n. 134/2021 che prescriveva di adeguare la disciplina delle impugnazioni per i soli interessi civili, assicurando una regolamentazione coerente della materia - anche allo scopo di disciplinare i rapporti tra il nuovo istituto della improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione e l'azione civile esercitata nel processo penale - ha modificato l'articolo 573 sia in riferimento alle impugnazioni per gli interessi civili, sia introducendo il comma uno *bis*.

L'altra rilevante modifica - compiuta in armonia con i principi della legge delega



- ha riguardato l'art. 78 sulle formalità della costituzione di parte civile introducendo l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda da svolgersi specificamente "agli effetti civili".

L'introduzione del comma 1 *bis* dell'art. 573 è espressione - in caso di mancanza della impugnazione anche agli effetti penali - della innovativa regola del trasferimento della decisione al giudice civile dopo la imprescindibile verifica sulla non inammissibilità dell'atto compiuta dal giudice penale, allo scopo di determinare un'ulteriore risparmio di risorse nell'ottica di implementare l'efficienza giudiziaria nella fase delle impugnazioni, come si legge nella relazione illustrativa al decreto legislativo 150 del 2022.

In essa è anche specificato che, con il rinvio al giudice civile, l'oggetto di accertamento non cambierebbe ma si restringerebbe dal momento che la domanda risarcitoria da illecito civile è già implicita nella domanda risarcitoria da illecito penale, aggiungendo il passaggio fondamentale - che sembra aver ispirato la decisione della Suprema Corte - in cui si afferma che **il danneggiato dal reato debba prevedere sin dal momento della costituzione di parte civile il rinvio ad un giudice civile, imponendo nell'atto di costituzione di parte civile l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda agli effetti civili secondo la nuova formulazione dell'articolo 78 lettera d**. La Corte ravvisa una prosecuzione dello stesso giudizio ma avanti al giudice civile per la valutazione nel merito dell'impugnazione. Anche la disciplina in ordine al regime di utilizzazione delle prove, a parere della Corte, conferma l'unicità del giudizio. Difatti continuano ad essere utilizzate in sede civile le prove già acquisite in sede penale e confluiscono nello stesso giudizio le prove eventualmente da acquisire nel giudizio di rinvio.

Struttura dell'atto di costituzione di parte civile

Considerando che il giudizio senza soluzione di continuità prosegue dalla sede penale a quella civile, il possibile epilogo decisorio, in caso di impugnazione residua per i soli effetti civili ai sensi dell'art. 573 comma 1 *bis* c.p.p., dovrà

essere contemplato dalla parte civile sin dal momento dell'atto di costituzione e a questo eventuale epilogo la parte civile dovrà far fronte strutturando le ragioni della domanda in sintonia con i requisiti richiesti dal rito civile.

Afferma la Corte che sarà necessaria una precisa determinazione della *causa petendi* nelle forme prescritte per la domanda proposta nel giudizio civile cosicché ai fini della ammissibilità della costituzione di parte civile non sia più sufficiente far riferimento all'avvenuta commissione di un reato, ma sia necessario indicare le ragioni in forza delle quali si pretende che dal reato siano scaturite conseguenze pregiudizievoli, nonché il titolo che legittima a far valere la pretesa secondo quanto oggi prevede l'articolo 163, comma tre, numero 4, del codice di procedura civile.

Individuazione dell'*actus*

Nel rispondere al quesito sottoposto la Corte preliminarmente si perita di individuare l'*actus* al quale - per l'applicabilità del canone sopra ricordato - sia necessario far riferimento in considerazione del principio che il processo non è un fenomeno isolato e istantaneo ma si compone di una serie concatenata di atti che si sviluppano nel tempo, compiuti da soggetti differenti e caratterizzato dalla compresenza di norme regolatrici con contenuto e finalità diversi tra loro.

Ragion per cui possibili limiti o mitigazioni rispetto alla regola *tempus regit actum* sono stati ricavati dalla Corte costituzionale non solo dal principio di ragionevolezza (Corte Cost., ord. 560/2000), ma anche dall'esigenza di tutela dell'affidamento che il singolo deve poter nutrire nella stabilità di un determinato quadro normativo (Corte Cost. 394/2002).

In conclusione, nell'individuazione di quale norma vada applicata all'atto o alla sequenza di atti da disciplinare devono essere considerate diverse istanze di rilievo costituzionale in base ai criteri sopra enunciati.

Pertanto questi principi valgono anche nella situazione affrontata che è connotata ugualmente dalla variazione di aspetti che, sebbene collegati alla sola fase decisoria, finiscono per riverberarsi su quegli atti propedeutici all'impugnazione così da mutare imprevedibilmente i connotati tanto da lasciare senza difesa la parte che quegli atti abbia già svolto secondo quanto prescritto dalla precedente normativa.

Il rispetto delle ragioni di affidamento dell'impugnante nel quadro di sistema coesistente al momento dell'impugnazione conduce ad individuare nel momento del deposito dell'atto di costituzione di parte civile il confine tra impugnazioni soggette al regime previgente e impugnazioni assoggettate invece alla nuova norma dell'art. 573, comma 1 *bis*.

Collegamento tra atti

Ripercorse così le considerazioni esposte dalla sentenza, si tratta adesso di esporre il collegamento che ha introdotto la riforma tra l'atto di costituzione di parte civile e l'atto introduttivo di un giudizio civile. L'articolo 78 c.p.p. specifica che la dichiarazione di costituzione di parte civile deve contenere, a pena di inammissibilità: le generalità di chi si costituisce parte civile, le generalità

dell'imputato nei cui confronti viene esercitata l'azione civile, le generalità del difensore con l'indicazione della procura, l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda agli effetti civili.

Nell'atto di costituzione di parte civile occorre esporre, secondo l'enunciazione scelta dal legislatore, le ragioni in forza delle quali si pretende che dalla condotta costituente reato siano scaturite conseguenze pregiudizievoli.

La tecnica legislativa, in effetti, ricalca le parole utilizzate nel c.p.c. nell'articolo che individua gli elementi che deve contenere l'atto di citazione. Al punto 4. dell'articolo 163 si fa menzione della *"esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda con le relative conclusioni"*. La riforma del D. lgs. 140 del 2022 sul processo civile ha introdotto l'obbligo di esporre con chiarezza e specificità i fatti e gli elementi di diritto.

Ma ancor prima il principio era stato esposto nel codice del processo amministrativo e la Cassazione con la sentenza n. 21297 del 2016 aveva affermato che il principio di sinteticità degli atti processuali introdotto nell'ordinamento processuale con l'articolo 3, comma 2, del codice del processo amministrativo, esprime **un principio generale del diritto processuale**, destinato ad operare anche nel processo civile, in quanto funzionale a garantire, per un verso, il principio di ragionevole durata del processo, costituzionalizzato con la modifica dell'articolo 111 Cost. e, per altro verso, il principio di leale collaborazione tra le parti processuali e tra queste ed il giudice.

Cosa è cambiato dalla pronuncia

Trasponendo questa tecnica di redazione nell'atto di costituzione di parte civile, attraverso il condivisibile parallelismo compiuto dalla sentenza in commento, si è assistito nelle aule di tribunale a fenomeni di eccessivo rigore formalistico ai danni di chi intendeva costituirsi parte civile.

Si può dire che, dopo anni in cui nell'atto di costituzione di parte civile si riteneva sufficiente esporre, richiamare ovvero sintetizzare la condotta e/o gli atti illustrati nel capo di imputazione e aggiungere una generica richiesta di condanna al risarcimento dei danni tutti subiti, si è reso necessario sviluppare una maggiore sensibilità negli avvocati allo scopo di evitare che il Tribunale respinga la richiesta di costituzione di parte civile perché carente dei suoi elementi essenziali.

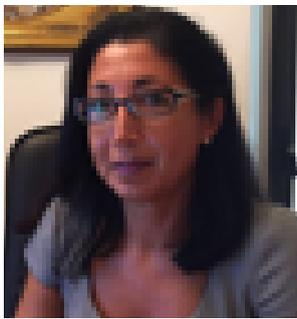
Ma l'atto di costituzione di parte civile non può trasformarsi nell'esatta copia dell'atto di citazione di cui all'articolo 163 del codice di procedura civile; sebbene le Sezioni Unite lo abbiano chiaramente esposto, è utile sottolineare che avanti alla Corte d'appello civile ovvero alla sezione civile della Corte di Cassazione prosegue il medesimo giudizio.

Ciò impone una maggior cautela nella redazione e compilazione dell'atto di costituzione di parte civile affinché contenga gli elementi essenziali sanciti dall'articolo 78 ma senza che si trasformi in un atto di citazione.

NEWS ANF

Emergenza carceri ed uso improprio delle parole

Persistente e sistematica violazione dell'art. 3 Cedu e art. 27 della Costituzione da parte dello Stato italiano



di [Donata Giorgia Cappelluto](#)
Avvocato penalista in Parma, docente a contratto presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali presso l'Università degli Studi di Parma dal 2001 in diritto processuale penale. Docente di procedura penale alla Scuola di Polizia Penitenziaria di Parma dal 1999. Componente del Direttivo Nazionale ANF dal 2015

In data 7 agosto 2024 è stata pubblicata la legge di conversione del c.d. "decreto carcere"¹ Nordio che ha introdotto anche le "**Misure urgenti in materia penitenziaria**".

Il complesso delle misure approvate costituisce la risposta dello Stato italiano alla c.d. "emergenza carceri", espressione tanto infelice quanto improvvida, con la quale in modo superficiale si fa riferimento al drammatico fenomeno dei suicidi in carcere.

Al 30 agosto 2024² il numero dei suicidi "consumati" negli istituti di pena distribuiti sull'intero territorio nazionale è di **67 persone ristrette**; ma per comprendere le dimensioni effettive del fenomeno al numero suindicato, già di per sé allarmante, occorre aggiungere anche quello degli appartenenti al personale di Polizia penitenziaria (in aumento), ed il numero dei tentati suicidi, sventati dal personale della Polizia penitenziaria, quali "custodi" delle persone ristrette, di cui però non è dato conoscere il numero! Come noto, la posizione di garanzia rivestita dall'Amministrazione Penitenziaria è da identificarsi nell'**obbligo di protezione** che impone alla medesima Amministrazione di garantire, per il tramite del proprio personale (Corpo di Polizia penitenziaria) la salvaguardia dei beni fondamentali del detenuto in relazione a qualsiasi fonte di pericolo, *ergo* anche da se stesso!

In sintesi, durante la detenzione la persona ristret-

¹ Legge 114/2024 pubblicata in Gazz. Uff. il 10 agosto 2024 "misure urgenti in materia penitenziaria, di giustizia civile e penale e di personale del Ministero della giustizia".

² Data di redazione del presente articolo.



ta si trova totalmente sotto la responsabilità dello Stato, che deve garantire **condizioni di restrizione della libertà personale compatibili con la dignità umana**; le modalità di restrizione non possono eccedere in degenerazioni, in trattamenti disumani e degradanti; l'interessato *in vinculis* non può essere sottoposto *"ad un tasso di sconforto né ad una prova di intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente lo stato di detenzione"*³ essendo recepito il principio che **la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione**.

Peraltro, *"un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato"*⁴.

In caso contrario si prospetta una chiara violazione dell'art. 3 della CEDU a mente del quale: *"nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti"*, oltre che dell' art. 27, comma 3, della nostra Carta fondamentale.

Il dramma dei suicidi in carcere è fenomeno strettamente connesso al "mal di vivere" che connota la popolazione carceraria per le condizioni di vita che contraddistinguono negativamente lo stato di restrizione della libertà personale in Italia, sia provvisorio (in regime di custodia cautelare) sia definitivo (in regime di espiazione pena definitiva) dovuto anche e soprattutto al sovraffollamento carcerario; situazione, quest'ultima, che compromette fortemente il doveroso bilanciamento tra esigenze di sicurezza pubblica e la tutela dei diritti inviolabili delle persona (anche detenuta).

Un fenomeno per nulla emergenziale!

Infatti, il significato figurativo del termine "emergenziale" allude ad una situazione di eccezionalità o di urgenza, ad una difficoltà imprevista ovvero ad una circostanza imprevista o grave.

Nel caso che ci occupa, a far tempo almeno dal 2013 la Corte Edu ha accer-

3 Così la sentenza pilota *Torregiani e A.C. Italia* 2013.

4 *Sentenza n. 12/1966*.



tato, dati statistici alla mano⁵, l'esistenza di un problema cronico di sovraffollamento carcerario negli istituti penitenziari italiani, asserendo chiaramente che esso non è un fenomeno episodico, ma strutturale del nostro ordinamento. La Corte ha concluso che tale malfunzionamento sistemico delle carceri italiane viola il diritto convenzionale.

La pronuncia della Corte Edu, di tipo pilota, pesa come un vero e proprio macigno nella recente, o meno recente, storia degli istituti penitenziari italiani se si considera che essa è stata pronunciata persino in epoca successiva alla **dichiarazione dello "stato di emergenza"** da parte del Consiglio dei Ministri italiano, il quale già in data 13 gennaio 2010 ebbe a decretare per la prima volta *"lo Stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli Istituti penitenziari presenti nel territorio nazionale"*⁶ fino al 31/12/2010 al fine di edificare nuove strutture, considerando:

- *"la situazione di grave criticità conseguente al sovrappopolamento del sistema carcerario nazionale, causato dall'inadeguatezza delle strutture che ospitano gli istituti di pena;*
- *che la predetta situazione di criticità determina un grave rischio per la salute e l'incolumità dei soggetti detenuti presso gli istituti di pena;*
- *ravvisata la necessità di procedere, in termini di somma urgenza all'immediato avvio di interventi volti alla realizzazione di nuove infrastrutture carcerarie e l'aumento della capienza di quelle esistenti, al fine di assicurare la tutela della salute e la sicurezza dei detenuti, garantendo una migliore condizione di vita degli stessi e la funzione rieducativa della pena;*
- *tenuto conto che tali interventi, per il carattere di straordinarietà e di somma urgenza che rivestono, dovevano essere assunti anche nell'esercizio di poteri in deroga alla normativa (allora) vigente".*

Il decreto venne anche prorogato ma con risultati molto modesti che poco hanno scalfito il quadro drammatico delle carceri italiane fotografato dalla sentenza Torregiani.

⁵ Enunciati nella c.d. sentenza pilota Torregiani e A.C. Italia 2013 e, ancor prima, nel caso Sulejmanovic c. Italia 2003.

⁶ Con decreto del 13 Gennaio 2010.

Il problema dei suicidi è impellente

La condizione particolarmente critica delle carceri finora esposta, che si protrae senza soluzione di continuità appunto almeno dal 2010, avrebbe richiesto da anni un **intervento immediato ed adeguato da parte del legislatore** e, più in generale, da parte del Stato italiano per “umanizzare la pena”; l'intervento, davvero improcrastinabile, non solo è stato colpevolmente omesso, ma quel che è più grave è che il Ministro della Giustizia⁷, benchè addetto ai lavori in quanto già magistrato, abbia inaugurato una nuova stagione di riforme dalla dubbia efficacia nelle condizioni date ignorando tutti gli insegnamenti della giurisprudenza europea.

Dalla disamina del decreto carceri emerge che egli ha deciso di puntare l'azione di Governo, con l'appoggio della maggioranza, solo sull'aumento della recettività degli Istituti di pena, non costruendo *ex novo* strutture detentive (perché edificare nuove carceri richiede tempo ed è difficile per ragioni burocratiche), ma recuperando o convertendo caserme e scuole di polizia dismesse e/o in disuso, ritenute più consone almeno per l'espiazione delle pene brevi. Ma anche per questa operazione è necessario tempo, mentre il problema dei suicidi è impellente!

Le misure adottate si risolvono nell'aver disposto:

- un incremento del personale di Polizia penitenziaria anche in ambito minore e del relativo personale amministrativo, stanziando fondi per i concorsi fino al 2026 per il loro reclutamento e le relative assunzioni;
- aver disposto la razionalizzazione di alcuni benefici, come la liberazione anticipata;
- la razionalizzazione di alcune regole di trattamento intramurario;
- la semplificazione dell'accesso ai cc.dd. benefici.

Come è dato evincere dalla lettura del testo normativo (L. 114/2024), **nessuna di queste misure è di immediata applicazione**, essendo subordinate alla loro attuazione con normativa secondaria (come i decreti, regolamenti, o peggio gare di appalto e bandi di concorso), e **come detto inidonee allo scopo perseguito di ridurre il coefficiente di affollamenti degli istituti di pena**.

Nessuna proposta volta a ridurre i numeri della popolazione carceraria con effetto immediato è stata recepita, quali, a titolo esemplificativo:

- l'aumento dei giorni fino a 60 o 75 per la liberazione anticipata;
- espiazione in regime di semilibertà delle pene brevi fino a 4/6 anni;
- espiazione in regime di arresti domiciliari per gli ultrasessantenni o per detenuti con gravi patologie;
- esclusione dell'accesso in carcere per le persone in attesa di giudizio salvo i casi di eccezionale gravità etc.

Tali possibili misure, di impatto a breve termine, sono state obliterate nonostante le sollecitazioni provenienti dalla società civile, dai Garanti dei detenuti territoriali e persino da parte della magistratura di sorveglianza e ciò sebbene sia pacificamente accertato dalla Corte di Strasburgo che l'attitudine al sovraffollamento carcerario in Italia pregiudica in modo evidente i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale.

Finora, peraltro, né gli ipotizzati rimedi preventivi (ricorsi-reclami), che compensativi (risarcimento del danno reclamabile), hanno ristorato in modo efficace i dete-

⁷ Relazione del 18 gennaio 2024

nuti che hanno denunciato il *vulnus* subito in pendenza dello stato di detenzione.

Umanizzare la pena e le condizioni di lavoro

Ne deriva che lo Stato italiano ha nuovamente perso l'ennesima occasione per "umanizzare la pena", non solo ed innanzitutto a beneficio dei detenuti quanto anche del personale di Polizia penitenziaria che lavora all'interno delle strutture detentive in condizioni di lavoro che li espone quotidianamente ed in modo continuativo con ogni forma di disagio umano ed ambientale; gli agenti in sezione, in particolare, devono fronteggiare numerosi eventi critici con forte senso del dovere all'interno di un sistema rigidamente gerarchico che è foriero di creare una miscela potenzialmente letale.

Umanizzare le condizioni di lavoro è un valido strumento per contrastare il *burnout* che pone in pericolo la salute mentale degli operatori della Polizia penitenziaria, salute che deve essere tutelata con lo stesso impegno con cui gli operatori della sicurezza proteggono la società.

Anche i suicidi di persone appartenenti alla Polizia penitenziaria è un dramma reale e costante legato a molteplici cause quali:

- l'esposizione continua ad eventi traumatici e critici;
- stress psicofisico molto elevato;
- un tasso di depressione di gran lunga superiore alla media della popolazione civile.

Ciononostante nessuna o poche azioni di contrasto a detto fenomeno sono state intraprese per migliorare il benessere lavorativo del personale benché le situazioni stressogene non siano prerogativa esclusiva delle persone fragili o indifese soltanto, ma anche tipiche delle cc.dd. professioni di aiuto, soprattutto quando si opera in un contesto molto difficile caratterizzato da una carenza endemica di personale come il carcere.

Anche per il contrasto al disagio lavorativo in cui opera il personale di Polizia penitenziaria occorre approntare misure idonee a tutelare la salute dei dipendenti dell'Amministrazione penitenziaria per prevenire anche in questo ambito la drammatica realtà dei suicidi.

Il senso di umanità e di pietà umana dovrebbero indurre presto, *re melius perpensa*, il Ministro e il suo Sottosegretario, titolare della delega del DAP⁸, ad adottare migliori strategie di quelle annunciate ed allo stato adottate.

È dovere delle istituzioni, prima che dei singoli e della società, aiutare le persone - lavoratrici e lavoratori - che dopo aver dedicato la loro vita alla sicurezza pubblica sono caduti in depressione. In costanza del rapporto di lavoro tutelare la salute degli appartenenti al Corpo di Polizia penitenziaria è funzionale a garantire la tutela dei detenuti affinché l'esecuzione della pena detentiva intramuraria si svolga nel rispetto dei diritti umani fondamentali, con particolare riguardo al diritto alla salute ed alla vita.

Per ogni accesso in carcere di una persona ristretta il personale assume l'obbligo di difendere i diritti e gli interessi del detenuto da ogni forma di aggressione, ancorché autoinferta, non essendo codificato il diritto a morire di alcuno, neppure del detenuto!

8 Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

NEWS ANF

Il dio della Macchina va benedetto o arginato?



di [Andrea Lisi](#)

Avvocato e docente universitario. Si occupa da circa 25 anni di diritto applicato all'informatica, digitalizzazione documentale e protezione dei dati. Consulente e professore nel Diploma Universitario biennale di Alta Specializzazione in Etica e Intelligenza Artificiale, Facoltà di Filosofia, Pontificia Università Antonianum (a.a. 2024-2026).

Quando ho iniziato a occuparmi di diritto applicato all'informatica, più o meno 25 anni fa, era in atto una rivoluzione. L'Internet, servendosi del Web, aveva esteso universalmente il suo linguaggio, rendendo il mondo della materia "un grande nervo, vibrante migliaia di miglia in un impetuoso punto del tempo"¹. **Se nel 1996 erano connessi a Internet circa 10 milioni di computer, nel 2008 quegli utenti diventarono 600 milioni in tutto il mondo:** solo in pochi allora si resero conto di quanto quella rivoluzione avrebbe potuto impattare pesantemente sui nostri diritti e libertà fondamentali.

Oggi siamo miliardi di utenti onnipresenti *on line*² e, come ben sappiamo, le nostre "vite analogiche" interagiscono costantemente e senza soluzione di continuità con la nostra vita nel social web. E, da qualche tempo a questa parte, **ogni anno spunta una più o**



¹ La frase è di Nathaniel Hawthorne (4 luglio 1804 - 19 maggio 1864) e si riferiva all'invenzione dell'elettricità, ma è perfettamente calzante per l'Internet e il web.

² È utile ricordare l'espressione "on life" coniata da Luciano Floridi che ben rappresenta i nostri tempi digitali.

meno nuova “rivoluzione digitale”, dal metaverso ai registri blockchain, sino agli odierni sistemi di intelligenza artificiale, proponendo miracoli da una parte e **mettendo in discussione le nostre certezze economiche, esistenziali, etiche, quindi, giuridiche**, dall'altra.

Eppure, delle problematiche dell'intelligenza artificiale si discute sin dagli anni '50, non solo negli incubi distopici di qualche regista, musicista o scrittore, ma anche a livello scientifico³. E le tre leggi della robotica, citate in un considerando della Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017 contenente “Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica”⁴, appartengono addirittura agli anni '40⁵.

Insomma, ci sarebbe stato tutto il tempo per non farci sorprendere dalla “nuova” rivoluzione in atto attraverso i sistemi di intelligenza artificiale immessi nel mercato digitale e che costituiscono inevitabilmente un'evoluzione (senz'altro incredibile) di ciò che già c'era, poggiandosi su una progressione algoritmica che si affida alle attuali potenze di calcolo e alle grandi capacità di memoria di cui disponiamo oggi. E gli stessi dubbi, i rischi, le possibili discriminazioni e manipolazioni che ci preoccupano in questi giorni, caratterizzavano i dibattiti di (pochi, attenti) studiosi di anni fa.

Nulla, quindi, di davvero nuovo all'orizzonte, ma senz'altro **è in atto un'evoluzione vertiginosa di strumenti tecnologici che, se utilizzati male, possono arrivare a mettere in discussione la nostra stessa esistenza** e non perché un'intelligenza artificiale possa sostituirsi a noi, ma più che altro perché strumenti innovativi e potenti (come anni fa è stata, ad esempio, l'energia nucleare) possono essere in grado di sterminarci, se non usati correttamente per il bene comune. Del resto, “il nostro futuro è una gara tra il potere crescente della tecnologia e la saggezza con cui la usiamo”, come ci ha spiegato efficacemente Stephen Hawking.

I sistemi di Intelligenza Artificiale odierni sono espressione dei **Big Data** e di essi si nutrono per **representarci un intelligente inganno**, che - nella sua mutevole neutralità tecnologica - da noi deve essere guidato. Le decisioni ultime che ci riguardano devono, infatti, spettare sempre e comunque a noi, mai delegate in toto alla macchina. E le decisioni ultime non sono solo giuridiche, ma anche etiche. Perché l'IA, come la bomba atomica, è oggi “una necessità organica. E se sei uno scienziato non puoi fermare queste cose” (Robert Oppenheimer).

³ Si possono ricordare a livello scientifico John McCarty o Herbert Alexander Simon. A livello cinematografico non si può non ricordare Stanley Kubrick con il capolavoro 2001, Odissea nello Spazio. A livello musicale, la memorabile e ipnotica canzone Welcome to the Machine dei Pink Floyd ha segnato il solco della incomunicabilità tra esseri umani causata dall'abuso della Macchina.

⁴ La Risoluzione è disponibile qui: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_IT.html. Qui di seguito il testo del considerando T “considerando che le leggi di Asimov devono essere considerate come rivolte ai progettisti, ai fabbricanti e agli utilizzatori di robot, compresi i robot con capacità di autonomia e di autoapprendimento integrate, dal momento che tali leggi non possono essere convertite in codice macchina”.

⁵ Le Leggi nacquero agli inizi degli anni quaranta, dalla mente di Isaac Asimov, grazie a fruttuose discussioni sulle sue storie robotiche con John W. Campbell, amico nonché curatore di Astounding Science Fiction. Sono divenute un must per la fantascienza sino ai giorni nostri. Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, un essere umano riceva danno (cfr. Isaac Asimov, Circolo vizioso, 1942).

L'ordinamento europeo in questi anni ha quindi - dopo un lungo sonno politico su tematiche che già si discutevano con preoccupazione mista a fascinazione da diversi anni, tra alcuni studiosi di queste materie - intrapreso una strada di **sofisticata regolamentazione** che consentisse non di bloccare un fiume in piena, ma di **arginarne la portata rivoluzionaria**, per canalizzarlo così verso il rispetto di nostri diritti e libertà e fondamentali⁶.

E la fonte ispiratrice di questa regolamentazione ipertrofica di oggi può essere individuata in Giovanni Buttarelli, il quale nel luglio 2019 ci ha lasciati con questo importante monito: "L'ecosistema digitale si fonda sullo sfruttamento intensivo ed indiscriminato delle informazioni e dei dati personali. Nel corso di poco più di un decennio, la struttura dei mercati è andata convergendo verso situazioni di quasi-monopolio, decretando l'accrescimento esponenziale del potere di mercato di pochi, ma potentissimi, attori privati. Il risultato è la concentrazione del potere di controllo dei flussi d'informazione nelle mani dei giganti del tech, circostanza che facilita il consolidamento di un modello di business basato sulla profilazione e finanche manipolazione delle persone. Si rende a tal proposito necessario un ripensamento strutturale del modello di business prevalente. Si impone, inoltre, un intervento coordinato delle autorità della protezione dei dati, della protezione dei consumatori e della concorrenza, che tenga conto delle sinergie e sfide comuni alle diverse aree di regolazione"⁷.

Non c'è traccia in queste profetiche parole dell'intelligenza artificiale, eppure in esse, nella loro incredibile sinteticità, sono condensati tutti i problemi di oggi: disinformazione, manipolazione anche predittiva, profilazioni diffuse in mano a pochissimi player che ovviamente detengono oggi anche i codici relativi ai sistemi di intelligenza artificiale.

Ma le problematiche insite nell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale esplodono in tutta la loro controversa attualità nel momento in cui l'uomo subisce la tentazione (e la seduzione) di delegare decisioni che urtano con la propria coscienza etica, oltre che con i principi fondamentali che regolano gli ordinamenti democratici. Nelle terribili guerre che accadono intorno a noi si combatte ormai da tempo **affidando agli algoritmi scelte che non ci permetteremmo mai di compiere in modo così scellerato**: poiché la macchina mi confida che con una certa probabilità in quel determinato contesto territoriale potrebbe nascondersi un terrorista,

⁶ Non si può non ricordare che in questi ultimi giorni Marck Zuckerberg ci ha rivelato candidamente come Meta abbia manipolato l'informazione social cedendo a pressioni politiche. Durov, il fondatore di Telegram, è stato arrestato in Francia. E il CEO di Spotify si è platealmente lamentato delle normative UE che - a suo avviso - imbrigliano il mercato digitale.

Che attinenza hanno queste tre notizie così diverse tra loro?

Tutte e tre sono espressione diretta sia delle costanti profilazioni e manipolazioni che può subire la formazione del nostro pensiero sulle piattaforme social e sia delle sempre più veementi tensioni tra Stati nazionali e colossi del Tech. Ma allo stesso tempo esse rischiano di costituire l'effetto boomerang dell'ipertrofia normativa in ambito IT che da tempo viene sottolineata in Europa e che potrebbe, nel tentativo (corretto) di delimitare gli strapoteri dei big player, finire per soffocare proprio il mercato unionale, rendendolo meno competitivo. Consiglio la lettura di un mio pezzo in cui ho affrontato questa delicata questione pubblicato da il Fatto Quotidiano in data 28 agosto 2024 e disponibile alla pagina <https://www.ilfattoquotidiano.it/2024/08/28/il-caso-durov-le-parole-di-zuckerberg-spotify-in-allarme-perche-e-in-gioco-la-liberta-dinformarsi/7672048/>.

⁷ Giovanni Buttarelli, relazione nell'evento Dig.eat 2019, "The dark side of...", atti editi da Moscara Associati.

pur se con altrettanta probabilità altre vite umane potrebbero essere annientate, ci possiamo così permettere, in una delega dissennata, di affidare all'algoritmo la scelta di decidere come comportarci, accettando il rischio di un incredibile errore. E spensieratamente si decide di pigiare il fatidico bottone se "lui", esso, ci ha autorizza a farlo.

Il dramma è questo.

Non sorprende quindi che su tematiche così profonde, delicate e complesse i grandi del G7 abbiano recentemente richiesto un aiuto anche di natura etica e morale, anche perché più volte la Santa Sede ha dimostrato di comprendere l'importanza della sfida antropologica che ci attende⁸. E mai era accaduto in passato che un Pontefice venisse ammesso in tale consesso internazionale.

Credo che sia indispensabile riportare qui di seguito integralmente la profondità delle parole del Pontefice in questo passaggio: "Di fronte ai prodigi delle macchine, che sembrano saper scegliere in maniera indipendente, dobbiamo aver ben chiaro che all'essere umano deve sempre rimanere la decisione, anche con i toni drammatici e urgenti con cui a volte questa si presenta nella nostra vita. Condanneremo l'umanità a un futuro senza speranza, se sottraessimo alle persone la capacità di decidere su loro stesse e sulla loro vita condannandole a dipendere dalle scelte delle macchine. Abbiamo bisogno di garantire e tutelare uno spazio di controllo significativo dell'essere umano sul processo di scelta dei programmi di intelligenza artificiale: ne va della stessa dignità umana. Proprio su questo tema permettetemi di insistere: in un dramma come quello dei conflitti armati è urgente ripensare lo sviluppo e l'utilizzo di dispositivi come le cosiddette "armi letali autonome" per bandirne l'uso, cominciando già da un impegno fattivo e concreto per introdurre un sempre maggiore e significativo controllo umano. Nessuna macchina dovrebbe mai scegliere se togliere la vita ad un essere umano"⁹.

E qui, in questa **diabolica scelta di affidare all'algoritmo ciò che nessuno Stato democratico e assennato consentirebbe**, si annida oggi la complessità del confronto tra Diritto e Etica, in una scacchiera dove è in gioco la nostra stessa esistenza.

Il presente contributo, pur se si è provveduto ad aggiornarlo e arricchirlo in alcuni punti, è stato originariamente pubblicato in data 19 giugno 2024 sulla Rivista Digeat - trimestrale di diritto applicato all'informatica, iscritto al N. 2/2024 e al N. 239/2024 RGVG del Registro della Stampa del Tribunale di Lecce, ISSN 3034-9591, disponibile alla pagina www.digeat.info.

⁸ Il Papa, oltre a donarci profondissime riflessioni sull'ecologia integrale con l'enciclica "Laudato si'" (maggio 2029) ha anche dedicato ben due messaggi all'Intelligenza artificiale: il primo intitolato "Intelligenza artificiale e pace», in occasione della 57esima Giornata mondiale della pace; il secondo «Intelligenza artificiale e sapienza del cuore: per una comunicazione pienamente umana», in occasione della 58esima Giornata mondiale delle comunicazioni sociali.

⁹ Papa Francesco al G7, il testo integrale del discorso, 14 giugno 2024, in Vatican News, https://www.vaticannews.va/it/papa/news/2024-06/papa-discorso-integrale-g7-puglia-intelligenza-artificiale.html?fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTAAR0dAoVXEXi0fT65mTxYToONVeWBLgDM86MY21srNVPkDnLi6Liuz4x6sG8_aem_ZmFrZWR1bW15MTZieXRlcw#_ftn9.

NEWS ANF

Il caso Natoli agita il CNF

La Redazione

Non è solo l'avvocatura ad aver conosciuto momenti problematici per quanto concerne aspetti ordinali ed istituzionali, legati al funzionamento dei suoi organi nazionali e locali, leggi *in primis* la questione del doppio mandato, oggetto di infinite querelles giudiziarie, etc. Anche il Consiglio Superiore della Magistratura ha da affrontare e risolvere le sue beghe, l'ultima delle quali legata ad una vicenda che sta gettando ombre non lievi sull'istituzione, risolvendo un antico punto di discussione, quello del sistema di nomina dei membri laici del CSM, spesso frutto di compromessi politici piuttosto che di meriti indiscussi. Come noto, il Consiglio Superiore della Magistratura è un organo a composizione mista. È composto da 3 membri di diritto e da membri elettivi che vengono scelti per 1/3 dal Parlamento (componenti laici) e per 2/3 dai magistrati (componenti togati). La normativa attualmente in vigore prevede che i membri laici vengano eletti dal parlamento in seduta comune a scrutinio segreto e con la maggioranza dei 3/5 dei componenti l'assemblea. I membri togati invece vengono eletti in diversi collegi tra magistrati di legittimità, pubblici ministeri e magistrati di merito. Il plenum del Consiglio è di 33 membri: oltre ai 3 che ne fanno parte di diritto, 20 sono togati e 10 laici. Questi ultimi, in base al dettato costituzionale, vengono eletti come detto dal Parlamento in seduta comune tra docenti universitari e avvocati con almeno 15 anni di esercizio. Recenti interventi legislativi (L. 71/22) hanno modificato in parte i meccanismi elettorali con lo scopo dichiarato di favorire l'equilibrio di genere e soprattutto di ridurre l'influenza delle correnti, obiettivo quest'ultimo a quanto pare lungi dall'essere raggiunto.



Rosanna Natoli, Consigliere CSM

Il *casus belli* che oggi scuote il CSM ruota intorno alla figura della consigliera laica Rosanna Natoli, avvocatessa siciliana di consolidata esperienza, componente eletta in quota centrodestra, al centro di un grave “infortunio”, o “scivolone” che dir si voglia, seguito alla divulgazione della registrazione di un suo incontro di natura privata con la giudice catanese Maria Fascetto Sivillo, sottoposta a procedimento disciplinare.

La consigliera Natoli, che sedeva nella commissione disciplinare del CSM, deputata a valutare la condotta dei magistrati, avrebbe infranto la sacralità del proprio incarico, consigliando la giudice Fascetto Sivillo su come affrontare il processo a suo carico, in tal modo venendo meno ai principi di imparzialità e riservatezza richiesti dal ruolo. La registrazione dell'incontro, consegnata alla commissione disciplinare del CSM dall'avvocato difensore della giudice Fascetto, l'Avv. Carlo Taormina, subito trasmessa alla Procura di Roma, ha scatenato vibranti reazioni e reso inevitabile l'abbandono della commissione da parte della Natoli, che non ha però inteso dimettersi dal ruolo di consigliera, tanto che il CSM ha infine deciso di sospenderla.

L'episodio, per certi versi assai imbarazzante, per altri ancor più preoccupante, impone una riflessione profonda sulla necessità di preservare con adeguate riforme l'integrità e la credibilità del Consiglio Superiore della Magistratura. Le criticità insite nel processo di nomina attuale dei membri laici del CSM, i quali, pur essendo selezionati tra avvocati e professori di diritto di comprovata esperienza, sono indicati dal Parlamento e quindi dai partiti politici, ed il loro legame con essi, legittimano talvolta, a fronte di casi eclatanti come quello in questione, chiari dubbi sulla imparzialità e sul rispetto di quella convenienza che vorrebbe che chi ne fa parte sia al di sopra di ogni sospetto e immune da qualsivoglia pressione esterna o conflitto d'interessi.

La vicenda mette in luce la delicata questione dell'influenza politica nel processo decisionale di organi come il CSM. Essa richiama l'attenzione sulla necessità di riformare il sistema di nomina dei suoi membri, per garantire che siano scelti esclusivamente in base a criteri di merito e integrità, al riparo da qualsiasi sospetto di indebite pressioni o favoritismi. L'indipendenza del potere giudiziario, pilastro di uno Stato di diritto, non può essere messa a rischio da logiche di appartenenza politica o da indebite interferenze.

Nel suo intervento commemorativo pronunciato al Palazzo del Quirinale il 18 giugno 2020, il Presidente della Repubblica aveva registrato con preoccupazione la diffusione di una *“immagine di una Magistratura china su se stessa, preoccupata di costruire consensi a uso interno, finalizzati all'attribuzione di incarichi,*



emersa da recenti indagini giudiziarie che sembrano aver messo in luce anche sciagurate commistioni fra politica e magistratura. Questa immagine va cancellata e uno degli strumenti per farlo è proprio la riforma delle regole che disciplinano l'elezione dei componenti togati del Consiglio”.

L'affaire Natoli rappresenta dunque non solo un caso specifico di presunta mala gestione, ma costituisce un nuovo campanello d'allarme per l'intero sistema giudiziario e politico del Paese. Indispensabile, dunque, che se ne traggano le dovute indicazioni affinché la Magistratura possa sempre garantire quella imparzialità e quella l'integrità che vanno riaffermate come valori non negoziabili all'interno di un sistema che ha il compito supremo di amministrare la giustizia.

SETTEMBRE
19-22



ANF
Associazione
Nazionale
Forense

PROGRAMMA
COMPLETO

**DIRITTO,
TECNICA
E PROFESSIONE**

**CONGRESSO
NAZIONALE
ANF 2024**

STARHOTELS Du Parc



PARMA

NEWS ANF

Il X Congresso Ordinario Associazione Nazionale Forense a Parma, per l'APF un sogno diventato realtà



di **Andrea Cevolo**
Presidente APF Parma

L'Associazione Forense di Parma (APF) ha il piacere e l'onore di ospitare nella sua città il X Congresso Ordinario di ANF.

Si realizza, così, quel sogno da tempo accarezzato dalla nostra ATA grazie al laborioso impegno dell'attuale consiglio direttivo di AFP ed alla fiducia ed al supporto della dirigenza nazionale, oltre che di tutti i Consiglieri Nazionali che hanno scelto Parma quale sede congressuale.

L'ANF con questo Congresso affronterà, come sempre, in modo propositivo e pragmatico le sempre più crescenti difficoltà con cui si misurano quotidianamente tutti gli avvocati nelle aule di giustizia e non solo, tutto ciò in un momento di radicale trasformazione della professione forense già da anni in difficoltà ed all'alba della nuova IA che stravolgerà il mondo e con esso anche quello del diritto. Del resto gli ultimi Congressi dell'avvocatura, svoltisi a Lecce (2022) e a Roma (2023), hanno messo in evidenza tutti i temi e le posizioni che da tempo



Parma, Piazza Garibaldi

ANF porta avanti. Si fa riferimento ad una pluralità di interventi che appaiono di estrema urgenza. Primi tra tutti quelli che possano incidere profondamente ed in tempi brevi sul ruolo dell'avvocatura per renderla protagonista della tutela dei diritti in un momento di cambiamenti globali. A tal fine la necessità di intervenire sulla legge professionale, in modo che modifichi, da un lato, i criteri di accesso alla professione con la creazione di un percorso formativo che già da subito, a livello universitario, individui percorsi diversi e formanti per chi intraprenderà la professione legale rispetto ad altre professioni in ambito giuridico; e, dall'altro, preveda un nuovo e diverso tirocinio di pratica forense, con l'inserimento, tra le materie di apprendimento, di quelle *skills* operative fondamentali volte a conseguire non solo le capacità necessarie per l'esercizio della professione di avvocato, ma anche saper comunicare e rapportarsi in modo adeguato sul mercato, nonché per gestire uno studio legale in un'era digitale. Altre professioni, anche non ordinistiche, soprattutto in ambito tecnico, amministrativo ed economico, hanno, infatti, già saputo intercettare e fare proprie nuove competenze professionali nel settore della *green economy*, della tutela ambientale, della sostenibilità sociale, ambientale ed economica e quindi anche il diritto dovrà fare la sua parte per uno sviluppo sostenibile.

La scelta del titolo di questo Congresso "*Diritto, tecnica e professione. Essere presenti*" non è, dunque, casuale in quanto rispecchia pienamente la volontà della nostra Associazione, sia a livello nazionale che locale, di essere presente e protagonista di questo cambiamento, non solo per capire come "essere avvocati" negli anni che verranno, dentro e fuori della giurisdizione, ma soprattutto per supportare tutti i colleghi che vogliono acquisire le competenze necessarie per gestire ed utilizzare al meglio gli strumenti offerti da IA, con la consapevolezza che IA seppur potrà coadiuvare il nostro lavoro, non potrà sostituire il ruolo dell'avvocato, solo se sapremo cogliere le opportunità di queste nuove frontiere. Durante i lavori congressuali si parlerà del futuro dell'avvocatura, di Intelligenza Artificiale, di sostenibilità, di come il diritto possa contribuire ad uno sviluppo sostenibile ed inclusivo delle diversità, di come cambierà la giustizia nell'era digitale, di come sia importante favorire le diverse forme di aggregazione tra i liberi professionisti e l'interdisciplinarietà, per consentire ai singoli avvocati di scegliere se esercitare la professione in forma aggregata o individualmente, come liberi professionisti o avvicinandosi al mondo del lavoro subordinato.

Nelle giornate congressuali si affronterà anche il tema legato alle prospettive che avrà nel futuro la giurisdizione, se ed in che termini la tutela dei diritti potrà continuare ad avere, come sede naturale, una giurisdizione che si sta rilevando, da plurimi punti di vista, sempre meno adeguata a rispondere in modo concreto e puntuale alle esigenze dei privati e delle aziende.

Si approfondiranno i temi legati ad etica & sostenibilità, implementando quanto gli operatori del diritto possono e devono fare per "*soddisfare i bisogni della generazione presente senza compromettere quelli della generazione futura*" e come contribuire alla creazione di un nuovo modello di società, secondo criteri di maggior responsabilità in termini sociali, ambientali ed economici.

Non ultimo si parlerà, del futuro della previdenza delle libere professioni, argomento che coinvolge ed interessa non solo gli avvocati ma in generale le



Parma, Teatro Regio

libere professioni, che vedono sempre con maggior preoccupazione minata la loro autonomia nonostante diversi enti previdenziali del comparto dei liberi professionisti godano di una buona salute economica. Quale dunque il futuro della Cassa Forense e della previdenza dei giovani e meno giovani avvocati? Di questo e di altro si parlerà tentando di fare sintesi e lasciare spunti di riflessione e operatività.

Ancora, si affronterà il tema della Legge Professionale, dallo stato dell'arte attuale sino alle prospettive di riforma sulla scorta delle delibere approvate in sede di CNF.

Vi sarà, infine, un'importante spazio per discutere dei temi più vicini alla nostra Associazione, quali il rinnovo delle cariche, le proposte di deliberati e documenti politici, fulcro della nostra vita associativa e irrinunciabile "motore interno" del nostro incedere.

Alla scoperta di Parma e delle sue ricchezze

Ai lavori congressuali si alterneranno diversi momenti conviviali, dall'aperitivo alla cena di gala, dove potranno essere degustati i prodotti ed i piatti tipici della cucina parmigiana; senza dimenticare il programma *ad hoc* per gli accompagnatori, che avranno l'opportunità di visitare il museo del culatello di Zibello dop e conoscere i segreti dei salumi della bassa parmense, di vivere la magia della nascita del Parmigiano Reggiano in un caseificio seguendo i passaggi e la maestria del casaro anche nell'apertura della "forma" con successiva degustazione; insomma avrete l'opportunità di conoscere, da molto vicino..., le eccellenze della food valley .

Questo Congresso sarà l'occasione anche per la nostra ATA di rinnovare il suo impegno costante anche a livello territoriale su temi che la impegnano da anni al fianco dei colleghi, nel percorso di transizione verso l'era della IA e della di-

gitalizzazione, attraverso la promozione, anche attraverso la rete regionale, di corsi formativi gratuiti per migliorare la produttività dei servizi professionali, per imparare ad utilizzare strumenti digitali per il lavoro collaborativo, corsi per acquisire competenze trasversali come quello di comunicazione e *public speaking*. La nostra ATA, infatti, ogni volta che c'è la possibilità, promuove e continuerà a promuovere e divulgare i bandi della Regione Emilia Romagna dedicati ai liberi professionisti, molto spesso tesi a rafforzare, riorganizzare e ristrutturare le attività dei professionisti emiliano-romagnoli, anche attraverso processi di innovazione tecnologica favorendone, al contempo, il riposizionamento strategico e le iniziative di aggregazione.

Diverse saranno le iniziative che la nostra ATA ha in programma per supportare ed aiutare i colleghi nei prossimi mesi e nei prossimi anni volte ad affrontare e governare questa radicale trasformazione della professione forense.

Lo faremo con il sorriso, con quella capacità di essere accoglienti e solidali verso i colleghi, che contraddistingue chi vive in questo territorio, ancora a misura d'uomo, con quella caparbia, costanza e passione nelle cose che si fanno, grandi o piccole che siano, che ci contraddistinguono come emiliani, anche nei momenti di avversità, senza piangerci addosso, ma cercando sempre di essere propositivi, pragmatici e positivi, tentando in sintesi, di cogliere da ogni difficoltà nuove opportunità.

Noi ci siamo, ci saremo e continueremo ad presenti a credere nell'Associazione ed a spenderci perché gli avvocati di riappropriino del loro ruolo in questa era di grandi cambiamenti, sicuri di poter dare il proprio contributo per uno sviluppo sostenibile.

Vi aspettiamo a Parma per lavorare insieme su questi importanti temi in una città d'arte, cultura e tradizione culinaria.

NEWS ANF

Alla scoperta di Parma



di Ubaldo Arduini
Consigliere del Direttivo AFP
Associazione Forense Parma

L'APF Parma, in vista dell'approssimarsi del Congresso Nazionale dell'Associazione Nazionale Forense nella cornice della sua città, vuole con questo articolo accompagnare con grande piacere il lettore alla scoperta di Parma, piccolo gioiello del patrimonio italiano che unisce a storia, cultura, tradizione giuridica, il sapere enogastronomico.

Situata nel cuore dell'Emilia-Romagna, Parma è una città che, pur mantenendo intatta la sua antica bellezza, ha saputo proiettarsi nel futuro come centro di eccellenza in diversi ambiti.

Alcuni cenni storici ed architettonici

Parma ha radici molto antiche, anzi antichissime, che risalgono all'antica Roma. Durante il Rinascimento, grazie al ruolo assunto dalla dinastia dei Farnese, la città ha vissuto un momento di massimo splendore architettonico, apprezzabile girovagando per la città. Molti sono i monumenti storici da visitare, tra cui il Duomo (magnifico di architettura romanica), il Battistero (un capolavoro del Medioevo italiano), nonché il complesso monumentale della Pilotta, che è passato dall'essere sede della corte dei Farnese, ad ospitare i musei ed il teatro Farnese. Non degne di minor nota sono non solo la Galleria Nazionale di Parma, con opere di maestri come Correggio e Parmigianino, che contribuiscono a fare di Parma una meta imperdibile per gli amanti dell'arte. ma anche la Chiesa della Steccata, la Camera di San Paolo e il Museo Glauco Lombardi, dove sono custoditi gli oggetti appartenuti a Maria Luigia, seconda moglie di Napoleone, a cui venne assegnato il ducato di Parma, Piacenza e Guastalla.



Parma, il Duomo e il Battistero



Parma, Teatro Farnese

Il patrimonio artistico e culturale è tale che nel 2020-2021 Parma è stata nominata Capitale Italiana della Cultura, un riconoscimento che ne ha messo in luce la vivacità culturale e il ruolo di polo di innovazione culturale.

Scegliere di visitare Parma significa, inoltre, avere l'opportunità di estendere il proprio raggio di interesse anche a tutto quello che offre il territorio limitrofo. A pochi chilometri dalla città, infatti, si possono ammirare ben 14 Castelli appartenenti al Ducato di Parma e Piacenza, tra cui i più conosciuti il Castello di Torrechiara, la Fortezza di Bardi, la Reggia di Colorno, il Castello di Fontanellato, quello di Soragna e San Secondo Parmense.

Parma e la Tradizione Giuridica

Parma, tuttavia, non si distingue a

livello culturale solo per arte e architettura.

La città vanta anche una lunga tradizione giuridica, con radici che risalgono ai tempi del Ducato di Parma e Piacenza. La città è stata, infatti, un importante centro per lo sviluppo delle leggi e delle istituzioni giuridiche locali, influenzando in modo significativo il diritto in Italia.

L'Università di Parma, una delle più antiche d'Italia, ospita una prestigiosa Facoltà di Giurisprudenza che ha formato generazioni di giuristi e avvocati. Questa istituzione non solo ha contribuito alla crescita della città come polo accademico, ma continua a rappresentare un punto di riferimento per la ricerca e l'innovazione giuridica.

Parma, inoltre, è spesso sede di congressi, conferenze e seminari giuridici, grazie alla presenza di strutture moderne e attrezzate come il Centro Congressi Paganini. La città è dunque un luogo ideale per incontri professionali, grazie alla sua combinazione unica di storia, cultura e accessibilità.

Parma: Un Centro di Eccellenza per Innovazione e Sostenibilità

Parma è una città che offre una qualità della vita eccellente, con spazi verdi, una buona rete di trasporti e un ambiente sicuro e accogliente. La sua dimensione a misura d'uomo la rende un luogo ideale non solo per vivere, ma anche per stabilire una attività lavorativa.

La città è infatti un punto d'incontro per i liberi professionisti provenienti da tutta Italia. La sua vibrante comunità offre numerose opportunità di networking e collaborazione, sia attraverso eventi ufficiali che tramite associazioni di settore.

Parma si contraddistingue per essere all'avanguardia nell'innovazione e nella sostenibilità. Le iniziative locali mirano a creare un ambiente sempre più favorevole per le imprese e i professionisti, con un'attenzione particolare alle nuove tecnologie e alla sostenibilità ambientale. Le grandi imprese, anche a livello multinazionale, presenti a Parma e sul suo territorio ed operanti nei settori agroalimentare, della trasformazione dei prodotti tipici nonché nel settore farmaceutico, sono particolarmente attente ai temi della sostenibilità ed al welfare.

Parma si caratterizza per essere da sempre un centro dove si pongono al centro dell'attenzione le persone ed i loro bisogni, e dove pubblico e privato ed il mondo dell'associazionismo fanno rete per superare le criticità ed i disagi sociali e contribuire ad uno sviluppo sostenibile.

Parma è anche sviluppo di progetti come per esempio WellDone, a cui hanno aderito diverse imprese presenti non solo sul territorio, per condividere best practice e fare cultura intorno al tema del welfare aziendale.

Parma è, infine, sede dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), un'agenzia dell'Unione europea istituita nel 2002, che fornisce consulenza scientifica e una comunicazione efficace in materia di rischi alimentari e punto d'incontro e di sviluppo per le future tendenze normative in tema di food.

Gastronomia e Cultura Enogastronomica

Parma, infine, è conosciuta in tutto il mondo per le sue eccellenze gastronomiche, come il Parmigiano Reggiano e il Prosciutto di Parma e diversi prodotti di salumeria DOP. La città è un vero e proprio paradiso per gli amanti della buona tavola e rappresenta una parte fondamentale della sua identità culturale.

Il turismo enogastronomico è un pilastro dell'economia locale, attirando visitatori da ogni parte del mondo per degustare i prodotti tipici e scoprire le tradizioni culinarie della zona.

Ed eccoci alla fine di questo *breve excursus*

Parma, dunque, non è solo una città di grande bellezza e cultura, ma è anche un luogo di grandi opportunità per il mondo giuridico ed in genere professionale, dove sperimentare nuovi modi di esercitare l'attività di libero professionista, avvicinarsi a nuove competenze professionali fare rete ed aggregarsi, per affrontare e gestire questo momento di radicale trasformazione delle libere professioni ed in particolare di quella forense; a ciò si aggiunga una qualità della vita che poche altre città possono vantare.

Non ci resta che aspettarvi numerosi al Congresso per scoprire con i vostri occhi la nostra Parma, non solo per il suo patrimonio artistico e culturale, ma anche per le sue straordinarie opportunità professionali e la sua eccellenza in campo giuridico.

NEWS E APPROFONDIMENTI

PENALE

Dubbi sulla portata applicativa del nuovo peculato per distrazione

Giuseppe Amato

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Guida al Diritto", n. 32 del 7 settembre 2024

L'articolo 9 della legge 8 agosto 2024 n. 112 (pubblicata sulla "Gazzetta ufficiale" n. 186 del 9 agosto 2024 ed entrata in vigore il 10 agosto 2024) ha convertito, con modificazioni, l'articolo 9 del decreto legge 4 luglio 2024 n. 92 (si veda per il testo originario e per una prima analisi del provvedimento «Guida al Diritto» n. 29/2024, pagina 76 e seguenti), così inserendo definitivamente nel nostro ordinamento il nuovo articolo 314-bis del Cp, con il quale si è introdotta una nuova fattispecie di peculato [rubricato: «indebita destinazione di denaro o cose mobili»), che punisce, con la reclusione da sei mesi a tre anni, «fuori dei casi previsti dall'articolo 314, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto».

Modifiche al codice penale (DI n. 92/2024, convertito con modificazioni dalla legge di conversione n. 112/2024, articolo 9)

Le modificazioni rispetto al decreto-legge hanno riguardato l'introduzione, nel corpo dell'articolo 314 bis del Cp, del comma 2, mediante il quale la nuova condotta incriminata viene punita con la [maggiore] pena della reclusione da sei mesi a quattro anni allorquando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto sono superiori ad euro 100.000.

Le modifiche in sede di conversione

Il *novum* si spiega in ragione dell'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale ("direttiva PIF"), recepita con il decreto legislativo 14 luglio 2020 n. 75, laddove si prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie

affinché le frodi e gli altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione siano punibili con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione qualora il danno o il vantaggio procurati siano considerevoli, e che, a tal fine, si presumono "considerevoli" il danno o il vantaggio superiori a 100.000 euro. Inoltre, sempre nell'ottica di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione europea e al fine di contrastare i fenomeni corruttivi ed induttivi a livello internazionale, si è intervenuti sull'articolo 322 bis del Cp, inserendo anche il reato di nuovo conio tra quelli presi in considerazione della disposizione incriminatrice come punibili laddove commessi dalle specifiche figure di pubblici agenti dell'Unione europea, di uno Stato estero o di un'organizzazione internazionale o straniera ivi dettagliate; corrispondentemente è stata integrata la rubrica dell'articolo 322-bis del Cp, inserendo appunto tra le condotte punibili quella dell'indebita destinazione di denaro o cose mobili.

Ulteriore modifica ha riguardato il portato dell'attenuante della particolare tenuità del fatto prevista dall'articolo 323 bis del Cp, che è stata estesa anche al reato di cui all'articolo 314 bis del Cp.

Infine, si è intervenuti sulla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti, segnatamente sull'articolo 25 del decreto legislativo n. 231 del 2001: da un lato, è stato eliminato il riferimento al reato presupposto di abuso d'ufficio di cui all'articolo 323 del Cp (che, come è noto, è stato oggetto di abrogazione); mentre, dall'altro lato, è stato inserito il reato di cui all'articolo 314-bis del Cp, includendo così il reato di indebita destinazione di denaro o cose mobili tra quelli "presupposto" forieri di fondare la responsabilità dell'ente quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea; corrispondentemente è stata modificata la rubrica della disposizione.

Le modifiche non creano particolari problemi, trattandosi di interventi volti al coordinamento sistematico della nuova fattispecie incriminatrice dell'articolo 314-bis del Cp, colmando le dimenticanze che avevano caratterizzato la formulazione del decreto-legge.

I veri problemi, come avevamo già evidenziato commentando l'intervento d'urgenza, riguardano i rapporti tra il nuovo reato e quello di peculato e soprattutto l'apprezzamento delle "vere" ragioni che si sono volute soddisfare con l'introduzione di questa nuova ipotesi incriminatrice.

Il rapporto con il peculato

A tal proposito, come è noto, la condotta incriminata dall'articolo 314, comma 1, del Cp consiste nell'"appropriazione" del denaro o della cosa mobile altrui, che si realizza con l'«inversione del possesso» da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, il quale comincia a comportarsi *uti dominus* (come se ne fosse il proprietario) nei confronti del bene del quale ha appunto il possesso in ragione del suo ufficio o servizio.

Manca, quindi, l'esplicita indicazione della condotta di "distrazione", e, infatti, come è altrettanto noto, con la riforma introdotta dalla legge 26 aprile 1990 n. 86, era stata formalmente soppressa dal paradigma normativo dell'articolo 314 del Cp proprio l'ipotesi della distrazione a profitto proprio o di altri.

Potrebbe allora pensarsi che con la nuova ipotesi si voglia tornare a sanziona-

re la condotta distrattiva a titolo di peculato (e in questo senso sembra essere la Relazione al Disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 92 del 2024 presentato al Senato in data 5 luglio 2024).

Tale conclusione non sembra però pacifica e pacificamente accettabile.

Vale infatti considerare che, secondo la migliore interpretazione giurisprudenziale, il concetto di “appropriazione”, preso in considerazione dalla fattispecie incriminatrice del peculato, comprende anche la condotta di “distrazione”, in quanto imprimere alla cosa una destinazione diversa da quella consentita dal titolo del possesso significa esercitare su di essa poteri tipicamente proprietari e, quindi, impadronirsene (cfr. Sezione VI, 4 giugno 2014, Proc. gen. App. Cagliari in proc. Cherchi ed altro; nonché, Sezione VI, 17 luglio 2013, Proc. gen. App. Cagliari ed altro in proc. Boi ed altri).

E vale altresì considerare che, sempre secondo la giurisprudenza, la formale soppressione della condotta di “distrazione” non ha neppure determinato automaticamente il transito di tutte le condotte distrattive poste in essere dall’agente pubblico nell’area di rilevanza penale dell’abuso d’ufficio: infatti, qualora, mediante la distrazione del denaro o della cosa mobile altrui, tali risorse vengano sottratte da una destinazione pubblica e indirizzate al soddisfacimento di interessi privati, propri dello stesso agente o di terzi, proprio per le ragioni di cui si è detto, rimane configurabile il peculato (cfr., autorevolmente, sezioni Unite, 20 dicembre 2012, Vattani e altro). In altri termini, integra senz’altro il reato di peculato (e non quello di abuso d’ufficio) l’atto di disposizione del denaro compiuto - in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione meramente “di copertura” formale - per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali dell’ente (cfr. anche Sezione VI, 22 giugno 2017, Fitto; nonché, Sezione VI, 23 settembre 2020, Perricone; Sezione VI, 30 settembre 2020, Vasta).

Se questo è lo stato dell’arte, non si spiega immediatamente la necessità di affiancare la nuova norma a quella che già punisce il peculato laddove si fosse inteso estendere la sanzione penale alla condotta distrattiva.

Infatti, come si è visto, la distrazione intenzionalmente volta a soddisfare un interesse proprio sembra infatti già pacificamente ricompresa nel più grave reato di cui all’articolo 314 del Cp, perché il concetto di “appropriazione”, preso in considerazione da quella fattispecie incriminatrice, comprende anche la condotta di “distrazione”.

Lo stesso dovrebbe valere per la distrazione finalizzata a soddisfare un interesse altrui.

Mentre la distrazione “in danno” è ipotesi che, francamente, sembra di scuola e la casistica che la norma dovrebbe “coprire” può azzardarsi come prognosticamente inesistente.

I rapporti con l’abrogato abuso d’ufficio

E però l’introduzione dell’articolo 314-bis del Cp neppure sembra possa avere una valenza “compensativa” rispetto all’avenuta abrogazione del reato di cui all’articolo 323 del Cp (abrogazione avvenuta con legge 9 agosto 2024 n.

114, cosiddetta “Legge Nordio”, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare». La legge Nordio è entrata in vigore il 25 agosto 2024), nell’ottica cioè di voler conservare una rilevanza penale a condotte in ipotesi finora punite a titolo di abuso d’ufficio e che, diversamente, non sarebbero inquadrabili nel peculato: ciò perché, come si è appena visto, la distrazione della cosa a soddisfare un interesse privato rileverebbe pur sempre a titolo di peculato, senza bisogno di invocare l’abuso d’ufficio.

Resta solo da aggiungere che la formulazione dell’articolo 314-bis del Cp costruisce la rilevanza penale della condotta distrattiva solo allorquando questa sia indirizzata a soddisfare un interesse privatistico, perché diversamente non avrebbe senso il collegamento eziologico di tale condotta con l’evento del procurare a sé o ad altri “un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto”. Con il che non potrebbe neppure sostenersi che la norma di nuovo conio possa servire a garantire una sanzione penale a quelle condotte distrattive che certa giurisprudenza ha finora ricondotto all’abuso d’ufficio e non al peculato: si tratta delle ipotesi distrattive in cui la disposizione di risorse pubbliche avvenga per finalità (comunque pubbliche e non privatistiche) diverse da quelle specificamente previste, ma pur sempre nell’ambito delle attribuzioni del ruolo istituzionale svolto dall’agente pubblico in virtù delle norme organizzative dell’ente, perché in questa situazione permane la connessione fra la *res* ed il *dominus* e, quindi, la legittimità del possesso, con l’effetto che potrebbe ravvisarsi, in ipotesi e ricorrendone le condizioni, l’abuso d’ufficio e non il peculato [cfr. di recente Sezione VI, 30 settembre 2020, Vasta; nonché, Sezione VI, 23 gennaio 2018, Bellinazzo e altri; Sezione VI, 20 giugno 2013, Rinaldi].

In questo senso, non convincono le considerazioni sviluppate nella citata Relazione al disegno di legge di conversione del decreto-legge, proprio perché il portato del nuovo articolo 314-bis del Cp non sembra in grado di sanzionare le condotte di distrazione comunque caratterizzate da una finalità pubblica e, quindi, non caratterizzate dall’evento del procurare a sé o ad altri «un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto».

Una possibile ricostruzione della portata del nuovo reato

La portata dell’articolo 314-bis del Cp, allora, sembra finire con l’essere solo quella di “ridurre” gli spazi di applicabilità del peculato alle condotte distrattive a fini privati (che vi rientrerebbero senza problemi, alla luce della richiamata giurisprudenza), attraverso la costruzione di un reato non solo punito meno gravemente, ma anche caratterizzato da una condotta più rigorosamente circoscritta: la distrazione a un uso diverso da quello pubblicistico imposto al pubblico agente, per avere rilevanza penale, oltre ad essere assistita dal dolo intenzionale (di vantaggio o di danno), deve essere violativa di un vincolo di destinazione imposto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge (non basterebbero, quindi, atti di normazione secondaria, quali circolari, delibere, ecc.) che non solo impongano una specifica destinazione, ma la impongano in modo vincolato, senza lasciare alcun margine di discrezionalità al pubblico agente.

Si va quindi nella direzione non di ampliare la tutela penale, bensì di ridurre la portata del peculato di cui all'articolo 314 del Cp.

Mentre, giova ribadirlo, non sembra sostenibile che il reato di nuovo conio possa servire a colmare alcune situazioni che rimarrebbero scoperte con l'avvenuta abrogazione dell'abuso d'ufficio.

Lo si è visto a proposito della condotta distrattiva a fini di vantaggio privatistico, perché "coperta" già dal reato di peculato.

Ma ciò vale per le condotte che finora erano rimaste sanzionabili ex articolo 323 del Cp, dopo la modifica restrittiva di cui all'articolo 23 del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020 n. 120, e che non lo sono più a seguito dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio.

Si tratta, in particolare, della condotta di abuso d'ufficio qualificata dalla violazione dell'obbligo di astensione "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti": l'unica su cui non aveva inciso la riforma "restrittiva" del 2020 (cfr. Sezione VI, 5 maggio 2023, Minei).

Ma vale anche per le [residuali] condotte per cui ancora, dopo la riforma del 2020, poteva ravvisarsi la configurabilità del reato: segnatamente, le condotte ispirate a intenzionale favoritismo o, peggio, a intenzionale prevaricazione del privato, laddove qualificate dalla violazione di "regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge", cioè da fonti primarie, e che abbiano, inoltre, un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa.

Infatti, per un verso, la condotta tipica del nuovo reato non presenta alcun riferimento alla violazione dell'obbligo di astensione, ma soprattutto, per altro verso, è costruita esclusivamente sulla "distrazione" della cosa dalla finalità pubblicitaria imposta al pubblico agente, mentre l'abuso d'ufficio aveva una valenza più ampia venendo a ricomprendere tutte le condotte con cui il pubblico agente intenzionalmente procura[va] «a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca[va] ad altri un danno ingiusto»: la distrazione di denaro o di cose mobili di cui l'agente abbia il possesso è evenienza assolutamente marginale ed eventuale rispetto ad un reato, quello di abuso d'ufficio, dove era punito l'agire del pubblico agente che si sostanzia nell'esercizio del potere mediante l'adozione o l'omissione di un "atto". Era punita, cioè, una condotta non immediatamente [ed esaurientemente] riconducibile a quella appropriativa/distrattiva [di denaro o di altra cosa mobile] tipica del paradigma normativo delle fattispecie di peculato.

Una prima conclusione

Si è allora in presenza di una norma probabilmente inutile allorché finisce con il prevedere e punire condotte che già lo sarebbero invocando l'articolo 314 del Cp.

Peraltro, si tratta soprattutto di una norma che, in questa prospettiva, non solo non aggiunge nulla all'ambito dei fatti di rilevanza penale, ma, al contrario, finisce con il restringere l'ambito di operatività dell'articolo 314 del Cp, selezionando alcune delle possibili condotte distrattive (alcune delle quali finanche

particolarmente gravi, perché intenzionalmente volte ad arrecare un vantaggio o un danno ingiusto) con l'effetto di punirle meno gravemente di quanto lo sarebbero a titolo di peculato ex articolo 314 del Cp. Al riguardo, è particolarmente incomprensibile che il nuovo reato, meno grave rispetto a quello di peculato, sia punito non come quest'ultimo a titolo di dolo generico (cfr. Sezione II, 14 aprile 2021, Ruggeri, secondo la quale la natura generica del dolo del delitto di peculato comporta che, ai fini della configurabilità dell'elemento soggettivo, è sufficiente che coscienza e volontà ricadano sulla condotta di appropriazione del denaro o della cosa pubblica di cui il pubblico ufficiale abbia la disponibilità per ragioni del suo ufficio), bensì a titolo di dolo intenzionale, ossia valorizzandosi un elemento soggettivo certamente "più intenso".

Inoltre, se l'intenzione del legislatore sia da apprezzare nell'esigenza di "compensare" l'abrogazione dell'abuso d'ufficio, tale intenzione pare senz'altro non idoneamente soddisfatta, esponendo il nostro Paese a rilevi in sede sovranazionale [quantomeno] allorquando dovesse essere definitivamente approvata la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla corruzione, formalizzata il 3 maggio 2023, ma ancora in discussione, che, all'articolo 11, impegna gli Stati membri a prevedere come reato l'abuso d'ufficio, definito come l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo («Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale: 1.l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo; 2.l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione di un dovere, da parte di una persona che svolge a qualsiasi titolo funzioni direttive o lavorative per un'entità del settore privato nell'ambito di attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o commerciali al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo»).

PENALE

Abolito il reato, tutela in bilico contro l'azione illecita intenzionale

Giuseppe Amato

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Guida al Diritto", n. 32 del 7 settembre 2024

Dopo tante polemiche discussioni, è stato infine abrogato il reato di abuso d'ufficio, previsto dall'articolo 323 del Cp. L'abrogazione, avvenuta con legge 9 agosto 2024, n. 114 (pubblicata sulla "Gazzetta Ufficiale" n. 187 del 10 agosto 2024), ha riguardato il testo dell'articolo 323 del Cp, come già modificato in senso fortemente restrittivo dal decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, recante «misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito dalla legge 11 settembre 2020 n. 120.

Abuso d'ufficio (Legge n. 114/2024, articolo 1, comma 1, lettera a), b), c), n. 1).

L'intervento del 2020, come è noto, aveva inciso sul portato normativo dell'articolo 323 del Cp, con la evidente finalità di rendere definita in modo più compiuto la condotta rilevante ai fini della configurabilità del reato, così da restringere gli spazi di operatività della fattispecie incriminatrice.

Ci si era mossi valorizzando la "specificità" della norma di condotta la cui violazione poteva fondare l'addebito e, soprattutto, escludendo che potessero rilevare norme di condotta che avessero implicato comunque spazi di discrezionalità, confinando così, nelle intenzioni, l'intervento del giudice penale alle sole violazioni di norme a contenuto vincolato.

Ne era [già] derivata una notevole limitazione di applicabilità del reato di abuso d'ufficio.

La disposizione anteriforma

Solo per la "storia", vale allora ricordare che, secondo il testo previgente all'intervento del 2020 [quello realizzato con la legge 16 luglio 1997 n. 234], il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio era perseguibile ex articolo 323 del Cp se, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, «in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti», «intenzionalmente» «procura[va] a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca[va] ad altri un danno ingiusto» (cfr. articolo 323, comma 1, del Cp).

La riforma del 2020: la limitazione dello spazio di operatività dell'abuso d'ufficio

Con la riforma del 2020, come anticipato, si era voluto ridurre l'ambito di applicabilità dell'abuso intervenendosi, rispetto alla prima delle due ipotesi di abuso d'ufficio, sulle "violazioni" che potevano assumere rilievo: per l'effetto le parole "di norme di legge o di regolamento" erano state sostituite dalle parole «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Non bastava più, quindi, una «violazione di norme di legge o di regolamento», come nel testo precedente, ma doveva trattarsi di «specifiche regole di condotta» «espressamente» previste «dalla legge o da altro atto avente forza di legge», il cui contenuto escluda peraltro «spazi di discrezionalità valutativa o applicativa».

In definitiva, per effetto della riforma restrittiva del 2020, poteva assumere rilievo solo la violazione di norme primarie, di legge o assimilate.

Mentre nessuna rilevanza potevano assumere - come, invece, in precedenza - le eventuali violazioni di norme regolamentari, di decreti ministeriali, di circolari e/o di delibere di enti pubblici.

Una ulteriore novità aveva riguardato, poi, anche l'introduzione del carattere di "specificità" della disposizione regolante l'agire del pubblico funzionario.

Ciò, va detto, non escludeva la possibile rilevanza dell'articolo 97 della Costituzione, laddove questa disposizione impone di rispettare il principio di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97 della Costituzione.

È pur vero infatti che il reato di abuso d'ufficio era costruito come ravvisabile solo in presenza di violazione di norme specifiche aventi contenuto immediatamente "precettivo", ma, entro questo ambito, anche la disposizione di cui all'articolo 97 della Costituzione ben poteva integrare il *proprium* dell'abuso, nella misura in cui a tale disposizione poteva attribuirsi un residuale significato precettivo ["specifico"] relativo all'imparzialità dell'azione amministrativa e, quindi, un parametro di riferimento per il reato di abuso d'ufficio.

L'imparzialità a cui fa riferimento l'articolo 97 della Costituzione consiste, infatti, nel divieto di favoritismi e, quindi, nell'obbligo per la pubblica amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili alla stessa maniera, conformando logicamente i criteri oggettivi di valutazione alle differenziate posizioni soggettive.

In sostanza, il principio di imparzialità, quando riferito all'attività concreta della pubblica amministrazione, che ha l'obbligo di non porre in essere favoritismi e di non privilegiare situazioni personali che configgono con l'interesse generale della collettività, poteva senz'altro assumere i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'articolo 323 del Cp, quando impone[va] al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione.

In altri termini, la violazione del principio di imparzialità - come "specifico" regola di condotta del pubblico funzionario - poteva assumere rilievo laddove,

rispetto al provvedimento adottato, fosse risultata produttiva di ingiustificate preferenze o favoritismi ovvero, al contrario, di condotte ispirate a vessazione, emarginazione e discriminazione motivata da ritorsione e finalizzata a procurare un danno ingiusto.

La principale novità in senso restrittivo del *novum* del 2020 era rappresentata, infine, dalla puntualizzazione che la regola di condotta la cui violazione poteva assumere rilievo era [solo] quella “vincolante”: cioè, più precisamente, quella priva di profili di discrezionalità valutativa ed applicativa.

Ne derivava che, a seguito del *novum* del 2020, non potevano più censurarsi penalmente gli atti viziati semplicemente da “eccesso di potere”, cioè gli atti compiuti per uno scopo diverso da quello tipico: vuoi perché la norma penale, attesa l’inequivoca formulazione letterale, non si estendeva a tutte le condotte comunque integranti un uso illegittimo dei poteri funzionali o un esercizio illegittimo dei compiti inerenti a un pubblico servizio, ma era stata appunto ristretta alla forma, tipizzata e di stretta interpretazione, indicata dalla violazione di “specifiche regole di condotta”; vuoi perché comunque l’eccesso di potere è vizio di legittimità che attiene al contenuto discrezionale dell’atto, cosicché la rilevanza penale risultava altresì esclusa proprio dall’ulteriore specificazione normativa che voleva escludere il sindacato penale rispetto ad attività comunque qualificate da “margin di discrezionalità”.

Vale allora osservare che la limitazione degli spazi censori ai soli “atti vincolati”, privi di discrezionalità, aveva finito [già] con il neutralizzare praticamente gli spazi di applicabilità della norma incriminatrice, essendo la stragrande maggioranza degli atti e delle attività dell’amministrazione comunque caratterizzate dalla necessità di una scelta, quanto meno sotto il profilo dell’apprezzamento e della comparazione degli interessi in gioco (l’interesse pubblico e l’interesse del privato; a volte anche l’interesse privato di controinteressati).

La mantenuta rilevanza della violazione dell’obbligo di astensione

Di fatto, allora, la casistica dell’abuso d’ufficio sembrava essere confinata all’ipotesi della violazione dell’obbligo di astensione («in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti»), la seconda ipotesi presa in considerazione dall’articolo 323 del Cp (su tale disposizione, con particolare chiarezza, cfr. Sezione VI, 15 marzo 2013, De Martin Topranin e altri, secondo cui la norma che incrimina l’abuso di ufficio, nella parte relativa all’omessa astensione in presenza di un interesse proprio dell’agente o di un prossimo congiunto, ha introdotto nell’ordinamento, in via diretta e generale, un dovere di astensione per i pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio che si trovino in una situazione di conflitto di interessi: pertanto, l’inosservanza di tale dovere comporta l’integrazione del reato anche quando faccia difetto, per il procedimento ove l’agente è chiamato ad operare, una specifica disciplina dell’astensione ovvero quando, sussistendo una specifica disciplina, questa riguardi un numero più ridotto di ipotesi o sia priva di carattere cogente; in termini, Sezione VI, 15 dicembre 2015, Mancuso).

Infatti, la riforma del 2020, pur con la rilevata limitazione dell’ambito della rilevanza penale, non aveva esplicitato alcun effetto con riguardo all’altra

ipotesi di condotta di rilievo penale prevista dall'articolo 323 del Cp [quella sostanziata nell'inosservanza dell'obbligo di astensione "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti"] (cfr., tra le altre, dopo la riforma del 2020, Sezione feriale, 25 agosto 2020, Deidda).

La compatibilità con i principi costituzionali della riforma del 2020

Vale ricordare che la scelta restrittiva del legislatore del 2020 ha trovato conforto nelle determinazioni assunte dalla Corte costituzionale, che, con la sentenza 25 novembre 2021- 18 gennaio 2022 n. 8, ha escluso profili di incostituzionalità.

Nel pronunciarsi, infatti, sul *novum* normativo introdotto nel 2020, il giudice delle leggi ha avuto occasione di ritenere non manifestamente irragionevole o arbitraria, e quindi non censurabile, la scelta del legislatore di rendere definita in modo più compiuto la condotta rilevante ai fini della configurabilità del reato, così da restringere gli spazi di operatività della fattispecie incriminatrice e da contrastare la paralizzante prassi della "burocrazia difensiva" e della "paura della firma" derivante dal timore dei pubblici funzionari di esporsi a possibili addebiti penali.

In particolare, con riguardo alla *ratio* della riforma, la Corte ha con chiarezza affermato che l'intervento di modifica riflette[va] due diffuse convinzioni: quella che il "rischio penale" e, in particolare, quello legato alla scarsa puntualità e alla potenziale eccessiva ampiezza dei confini applicativi dell'abuso d'ufficio, rappresenti uno dei motori della "burocrazia difensiva"; e, quella, conseguente, che quest'ultima costituisca, a propria volta, un freno e un fattore di inefficienza dell'attività della pubblica amministrazione.

Questo ha "spiegato" e legittimato, secondo la Corte, l'inserimento della modifica dell'abuso d'ufficio nell'ambito di un provvedimento (il decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020 n. 120) che si è occupato in un apposito capo (Capo IV del Titolo II) delle due principali fonti di "timore" per il pubblico amministratore, e, dunque, dei suoi "atteggiamenti difensivistici": la responsabilità erariale e, appunto, la responsabilità penale a titolo di abuso d'ufficio.

In tal modo, in sostanza, la riforma del 2020 aveva completato, in ottica riduttiva dell'intervento del giudice penale, un percorso normativo che già con l'intervento realizzato con la legge n. 234 del 1997 aveva portato il legislatore a tentare di escludere quell'effetto "perverso" determinato dalla originaria disciplina dell'abuso d'ufficio (come costruita con la legge 26 aprile 1990 n. 86), che finiva con il determinare una sorta di "automatica" rilevanza penale dell'azione amministrativa illegittima, ritenendosi più opportuno, già allora, ricondurre la sanzione a sedi diverse da quella giudiziaria penale: quella giurisdizionale amministrativa, attivata da chi assumesse di essere stato leso in un proprio interesse dalla condotta illegittima, quella dell'autotutela amministrativa, quella del controllo interno od esterno, quella contabile, quella disciplinare.

Il nuovo intervento normativo attestava così della convinzione del Governo che questa finalità non era stata adeguatamente perseguita, in presenza di

un [ancora] ritenuto eccessivo ricorso ad una norma incriminatrice che, secondo i critici, non solo aveva finito con il paralizzare l'agire dell'amministrazione, ma anche, non infrequentemente, era stata caratterizzata da una forbice molto ampia tra le ipotesi contestate e quelle che infine erano pervenute ad un'affermazione di responsabilità [Giovanni Negri, su "Il quotidiano del diritto" del 15 luglio 2020, riporta dati emblematici: nel 2016 sono stati aperti 6.970 procedimenti, con 46 sole condanne; mentre nel 2017, le condanne sono state 57 a fronte di 6.582 fascicoli aperti]. Questa situazione trovava diretta conferma dai dati acquisiti dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, nell'ambito dell'esame di una delle tante iniziative parlamentari dirette all'abrogazione del reato: le risultanze fornite dal ministero della Giustizia hanno confermato, in termini obiettivi, di un reato caratterizzato da un modestissimo numero di condanne, assolutamente sproporzionato rispetto alle iscrizioni e agli esercizi dell'azione penale: basti pensare alla decisioni dei giudici del dibattimento per l'anno 2021, dove a fronte di 256 sentenze di assoluzione, vi sono state solo 18 sentenze di condanna.

Le ragioni della scelta abrogativa

Da quanto esposto emerge in tutta chiarezza l'esigenza che si è voluto perseguire con l'abrogazione: ridare tranquillità operativa ai pubblici funzionari a fronte di una fattispecie incriminatrice "abusata" e neppure in grado di "intercettare" le condotte realmente meritevoli di sanzione penale a fronte del rilevato numero modesto di condanne.

I numeri danno effettivamente ragione al legislatore, anche se, a nostro avviso, il vero problema dell'"abuso" dell'abuso d'ufficio ha riguardato non tanto la forbice tra i procedimenti iscritti e quelli per cui vi è stata effettivamente condanna, quanto piuttosto l'eccesso di iscrizioni a titolo di abuso d'ufficio, in situazioni in cui *ictu oculi*, fin da subito, difettavano i presupposti per la configurabilità, anche solo astratta, del reato.

In sostanza, l'abrogazione è un po' "colpa" di quei pubblici ministeri non abbastanza attenti ai presupposti dell'iscrizione di denunce solo genericamente ed assertivamente evocanti la violazione dell'articolo 323 del Cp.

Problema che, oggi, dovrebbe essere finalmente risolto, in generale (non certo, ormai, per l'abrogato abuso d'ufficio), grazie alla modifica dell'articolo 335 del Cpp, dedicato al registro delle notizie di reato, con la Riforma Cartabia (decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150), dove si introducono una rigorosa puntualizzazione in senso oggettivo delle condizioni in forza delle quali un fatto sia sussumibile nell'ambito di una determinata fattispecie criminosa [ergo, integri una notizia di reato da iscrivere] e, soprattutto, una altrettanto rigorosa puntualizzazione in senso soggettivo delle condizioni in forza delle quali "quella" notizia di reato debba essere iscritta "soggettivamente" a carico di una determinata persona.

Sotto il primo profilo, come è noto, il comma 1 dell'articolo 335 del Cpp [già] prescriveva che il pubblico ministero è tenuto ad iscrivere "immediatamente", nell'apposito registro, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa. Ora, si precisa che l'iscrizione nel registro debba

riguardare solo la notizia «contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi di ad una fattispecie incriminatrice».

Sotto il secondo profilo, viene introdotto il comma 1-*bis* dell'articolo 335, laddove si afferma che "il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, indizi a suo carico".

Le novità introdotte con la Riforma Cartabia non sono arrivate in tempo utile per "salvare" l'abuso d'ufficio, contrastando un eccesso di inutili e superficiali iscrizioni in assenza dei presupposti minimi di configurabilità di un reato estremamente tecnico e qualificato da presupposti rigorosi.

Il "danno" infatti, sotto l'aspetto della "paura della firma" e delle incertezze operative per i pubblici funzionari, è stato determinato - ne siamo convinti proprio dalle frequenti, superficiali scelte di iscrivere, magari financo a modello 21, esposti generici e aspecifici dove si ipotizzava l'abuso d'ufficio senza la rappresentazione, nella loro portata minima ed essenziale, degli elementi del fatto: condotta, evento, nesso causale, presupposti e modalità della condotta richiesti dalla fattispecie ipotizzabile.

Le condotte ora prive di tutela effettiva

Se questo è lo stato dell'arte, si tratta di un reato che si è rilevato comunque per lo più inadeguato e inidoneo a circoscrivere i fenomeni realmente meritevoli di attenzione in sede penale, per l'insufficienza di altre forme di tutela in altra sede giudiziaria.

Però, se non ci si deve stracciare le vesti per una norma penale costruita in modo infelice, non ci si può neppure nascondere che alcune condotte "abusive" particolarmente lesive rimangono ora completamente scoperte e prive di spazi di tutela sostanziale.

L'abrogazione dell'articolo 323 del Cp pone, infatti, problemi di tutela rispetto ad alcune delle [residuali] condotte per cui ancora, pur dopo la riforma del 2020, poteva ravvisarsi la configurabilità del reato: segnatamente, le condotte ispirate a intenzionale favoritismo o, peggio, a intenzionale prevaricazione del privato, e le condotte violative dell'obbligo di astensione produttive intenzionalmente di un danno o un vantaggio ingiusti.

Quid iuris rispetto a queste condotte? Possiamo dire che in tal modo si agevola l'ordinato svolgersi dell'attività amministrativa e si evita la paura della firma, cosicché l'abrogazione è la scelta migliore e priva di controindicazioni? O ci si deve porre un tema di tutela del privato che intenzionalmente ha subito un pregiudizio per effetto della condotta del pubblico ufficiale, che magari ha finanche violato consapevolmente l'obbligo di doverosa astensione?

Le possibili risposte alternative

In realtà, proprio a fronte dell'intervenuta abrogazione dell'abuso d'ufficio le condotte di cui si è detto (appunto quelle ispirate a provocare indebiti favoritismi magari con altrui danno ovvero quelle violative dell'obbligo di astensione seguito da una condotta intenzionalmente produttiva di vantaggio o

di danno ingiusto) vi è intanto il rischio, forte e pericoloso, che vedano forzature investigative e interpretative finalizzate a “compensare” un [preteso] vuoto di tutela.

Così, vi potrebbe essere il rischio di iscrizioni di comodo per una delle fattispecie corruttive, per verifiche ed approfondimenti [*in primis*, con lo strumento delle intercettazioni], sia pure poi ragionevolmente destinati all’archiviazione, in assenza di effettivo riscontro di estremi di reato ulteriori e diversi rispetto a quelli prima qualificabili a titolo di abuso d’ufficio.

Così, ancora, nel settore delle gare pubbliche, potrebbe assistersi al superamento di quella convincente giurisprudenza sull’articolo 353 del Cp laddove si è affermato che, se è pur vero che il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione in cui la pubblica amministrazione proceda all’individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il *nomen iuris* adottato ed anche in assenza di formalità, deve pur sempre trattarsi di una “gara” di cui la pubblica amministrazione si avvale per cedere un bene ovvero affidare all’esterno l’esecuzione di un’opera o la gestione di un servizio, e non rientrano invece in tale nozione anche i concorsi per il reclutamento di personale, rispetto ai quali può semmai verificarsi la configurabilità di altri reati e, tra questi, proprio quello di abuso d’ufficio [Sezione VI, 24 maggio 2023, Bastardi; nonché, Sezione VI, 5 maggio 2023, Minei]: proprio l’abrogazione dell’abuso d’ufficio, infatti, potrebbe portare, sia pure in via meramente ipotetica, ma non peregrinamente, a rimeditare l’ambito di operatività della turbata libertà degli incanti, sì da comprendervi anche procedure ulteriori rispetto alle quali, a fronte di condotte abusive, non potrebbe più ricorrersi all’articolo 323 del Cp.

Così, rispetto alcosiddetto “abuso di danno”, specie se qualificato dalla violazione dell’obbligo di astensione ovvero da una palese disparità di trattamento, potrebbe assistersi alla possibile applicabilità del reato di cui all’articolo 610 del Cp, aggravato ex articolo 61, numero 9, del Cp, tenuto conto che ai fini della violenza privata non è richiesta una minaccia verbale o esplicita, ma è sufficiente un qualsiasi comportamento idoneo ad incutere timore e determinare il soggetto passivo a fare, tollerare o omettere qualcosa [cfr. Sezione V, 14 gennaio 2022, Pirlo]: qui, a subire gli effetti pregiudizievoli dell’atto prevaricatorio. In realtà, si tratta di esempi e di possibili letture interpretative “alternative” molto forzati, giacché in tutta probabilità ormai la tutela del privato prevaricato e la sanzione del pubblico ufficiale che abbia scientemente “abusato” delle proprie funzioni vanno rinvenute in altri settori dell’ordinamento: la tutela giudiziaria civile e/o amministrativa, la responsabilità contabilità, la responsabilità disciplinare.

Questa è la volontà insindacabile del legislatore che può lasciare perplessi per la scopertura che ne è derivata [almeno] per talune condotte che probabilmente meritavano tuttora una risposta sanzionatoria penale.

Il contesto delle norme sovranazionali

Va detto che questa scelta del legislatore, ad oggi, non trova immediati ostacoli in sede sovranazionale.

Infatti, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione conclusa a New York il 31 ottobre 2003 (cosiddetta “Convenzione di Merida”), ratificata dall’Italia con la legge 3 agosto 2009 n. 116, all’ articolo 19 si limita a invitare gli Stati a “esaminare” l’adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di “illecito penale” ai comportamenti abusivi del pubblico funzionario: non vi è in effetti alcun obbligo («Ciascuno Stato Parte esamina l’adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l’atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell’esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un’altra persona o entità»).

Non si tratta, dunque, di un “obbligo” di criminalizzazione dell’abuso d’ufficio bensì solo una facoltà, limitandosi la Convenzione a sollecitare, ma appunto a non obbligare, di percorrere la strada della criminalizzazione.

Vale però considerare, per il futuro, che la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla corruzione, formalizzata il 3 maggio 2023, ma ancora in discussione, all’articolo 11, impegna gli Stati membri a prevedere come reato l’abuso d’ufficio, definito come l’esecuzione o l’omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell’esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo («Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale:

1. l’esecuzione o l’omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell’esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo; **2.** l’esecuzione o l’omissione di un atto, in violazione di un dovere, da parte di una persona che svolge a qualsiasi titolo funzioni direttive o lavorative per un’entità del settore privato nell’ambito di attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o commerciali al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo»).

Ci si muove stavolta in un’ottica più stringente, di cui non potrà non tenersi conto, se e quando la proposta dovesse essere definitivamente approvata.

Quando dovesse essere approvata la proposta il nostro legislatore dovrà porsi qualche problema di adeguamento e, probabilmente, dovrà ripensare la scelta della totale abrogazione dell’abuso d’ufficio.

Oggi, però, non ci sono ostacoli sovranazionali, impedienti la scelta dell’abrogazione del reato, residuando solo le rilevate incertezze in punto di effettività della tutela rispetto ai comportamenti più gravi finora sanzionati con il reato di cui all’articolo 323 del Cp.

Il significato del “nuovo” peculato per distrazione

Per completare la disamina di cosa ci riserverà il futuro operativo del contrasto degli abusi dei pubblici funzionari, deve ricordarsi la introduzione (praticamente coeva all’abrogazione dell’abuso d’ufficio), a opera dell’articolo 9 del decreto-legge 4 luglio 2024 n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2024 n. 112, dell’articolo 314 bis del Cp [rubricato: «indebita destina-

zione di denaro o cose mobili»], che punisce, con la reclusione da sei mesi a tre anni, «fuori dei casi previsti dall'articolo 314, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto».

Si tratta di una nuova fattispecie di peculato, di cui non sono immediatamente chiari i rapporti né con il peculato [articolo 314 del Cp], né con l'ormai abrogato abuso d'ufficio.

Non sono immediatamente chiari i rapporti tra il nuovo reato e quello di peculato, né la necessità che si è voluta soddisfare con l'introduzione di questa nuova ipotesi incriminatrice.

Il rapporto con il peculato

A tal proposito, come è noto, la condotta incriminata dall'articolo 314, comma 1, del Cp consiste nell'"appropriazione" del denaro o della cosa mobile altrui, che si realizza con l'«inversione del possesso» da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, il quale comincia a comportarsi *uti dominus* (come se ne fosse il proprietario) nei confronti del bene del quale ha appunto il possesso in ragione del suo ufficio o servizio.

Manca, quindi, l'esplicita indicazione della condotta di "distrazione", e, infatti, come è altrettanto noto, con la riforma introdotta dalla legge 26 aprile 1990 n. 86, era stata formalmente soppressa dal paradigma normativo dell'articolo 314 del Cp proprio l'ipotesi della distrazione a profitto proprio o di altri. Potrebbe allora pensarsi che con la nuova ipotesi si voglia tornare a sanzionare la condotta distrattiva a titolo di peculato (e in questo senso sembra essere la Relazione al Disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 92 del 2024 presentato al Senato in data 5 luglio 2024).

Tale conclusione non sembra però pacifica e pacificamente accettabile.

Vale infatti considerare che, secondo la migliore interpretazione giurisprudenziale, il concetto di "appropriazione", preso in considerazione dalla fattispecie incriminatrice del peculato, comprende anche la condotta di "distrazione", in quanto imprimere alla cosa una destinazione diversa da quella consentita dal titolo del possesso significa esercitare su di essa poteri tipicamente proprietari e, quindi, impadronirsene (cfr. Sezione VI, 4 giugno 2014, Proc. gen. App. Cagliari in proc. Cherchi ed altro; nonché, Sezione VI, 17 luglio 2013, Proc. gen. App. Cagliari ed altro in proc. Boi ed altri).

E vale altresì considerare che, sempre secondo la giurisprudenza, la formale soppressione della condotta di "distrazione" non ha neppure determinato automaticamente il transito di tutte le condotte distrattive poste in essere dall'agente pubblico nell'area di rilevanza penale dell'abuso d'ufficio: infatti, qualora, mediante la distrazione del denaro o della cosa mobile altrui, tali risorse vengano sottratte da una destinazione pubblica e indirizzate al soddisfacimento di interessi privati, propri dello stesso agente o di terzi, proprio

per le ragioni di cui si è detto, rimane configurabile il peculato [cfr., autorevolmente, Sezioni unite, 20 dicembre 2012, Vattani ed altro]. In altri termini, integra senz'altro il reato di peculato [e non quello di abuso d'ufficio] l'atto di disposizione del denaro compiuto - in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione meramente "di copertura" formale - per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali dell'ente [cfr. anche Sezione VI, 22 giugno 2017, Fitto; nonché, Sezione VI, 23 settembre 2020, Perricone; Sezione VI, 30 settembre 2020, Vasta]. Se questo è lo stato dell'arte, non si spiega immediatamente la necessità di affiancare la nuova norma a quella che già punisce il peculato laddove si fosse inteso estendere la sanzione penale alla condotta distrattiva.

Infatti, come si è visto, la distrazione intenzionalmente volta a soddisfare un interesse proprio sembra infatti già pacificamente ricompresa nel più grave reato di cui all'articolo 314 del Cp, perché il concetto di "appropriazione", preso in considerazione da quella fattispecie incriminatrice, comprende anche la condotta di «distrazione».

Lo stesso dovrebbe valere per la distrazione finalizzata a soddisfare un interesse altrui.

Mentre la distrazione "in danno" è ipotesi che, francamente, sembra di scuola e la casistica che la norma dovrebbe "coprire" può azzardarsi come prognosticamente inesistente.

I rapporti con l'abrogato abuso d'ufficio

E però l'introduzione dell'articolo 314 bis del Cp neppure sembra possa avere una valenza "compensativa" rispetto all'avvenuta abrogazione del reato di cui all'articolo 323 del Cp, nell'ottica cioè di voler conservare una rilevanza penale a condotte in ipotesi finora punite a titolo di abuso d'ufficio e che, diversamente, non sarebbero inquadrabili nel peculato: ciò perché, come si è appena visto, la distrazione della cosa a soddisfare un interesse privato rilevarebbe pur sempre a titolo di peculato, senza bisogno di invocare l'abuso d'ufficio.

Resta solo da aggiungere che la formulazione dell'articolo 314 bis del Cp costruisce la rilevanza penale della condotta distrattiva solo allorché questa sia indirizzata a soddisfare un interesse privatistico, perché diversamente non avrebbe senso il collegamento eziologico di tale condotta con l'evento del procurare a sé o ad altri «un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto». Con il che non potrebbe neppure sostenersi che la norma di nuovo conio possa servire a garantire una sanzione penale a quelle condotte distrattive che certa giurisprudenza ha finora ricondotto all'abuso d'ufficio e non al peculato: si tratta delle ipotesi distrattive in cui la disposizione di risorse pubbliche avvenga per finalità [comunque pubbliche e non privatistiche] diverse da quelle specificamente previste, ma pur sempre nell'ambito delle attribuzioni del ruolo istituzionale svolto dall'agente pubblico in virtù delle norme organizzative dell'ente, perché in questa situazione permane la connessione fra la *res* ed il *dominus* e, quindi, la legittimità del possesso, con l'effetto che potrebbe ravvisarsi, in ipotesi e ricorrendone le condizioni, l'a-

buso d'ufficio e non il peculato [cfr. di recente Sezione VI, 30 settembre 2020, Vasta; nonché, Sezione VI, 23 gennaio 2018, Bellinazzo e altri; Sezione VI, 20 giugno 2013, Rinaldi].

In questo senso, non convincono le considerazioni sviluppate nella citata Relazione al disegno di legge di conversione del decreto-legge, proprio perché il portato del nuovo articolo 314 bis del Cp non sembra in grado di sanzionare le condotte di distrazione comunque caratterizzate da una finalità pubblica e, quindi, non caratterizzate dall'evento del procurare a sé o ad altri "un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto".

Una possibile ricostruzione della portata del nuovo reato

La portata dell'articolo 314-bis del Cp, allora, sembra finire con l'essere solo quella di "ridurre" gli spazi di applicabilità del peculato alle condotte distrattive a fini privati [che vi rientrerebbero senza problemi, alla luce della richiamata giurisprudenza], attraverso la costruzione di un reato non solo punito meno gravemente, ma anche caratterizzato da una condotta più rigorosamente circoscritta: la distrazione ad un uso diverso da quello pubblicitario imposto al pubblico agente, per avere significanza penale, oltre ad essere assistita dal dolo intenzionale [di vantaggio o di danno], deve essere violativa di un vincolo di destinazione imposto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge [non basterebbero, quindi, atti di normazione secondaria, quali circolari, delibere, ecc.] che non solo impongano una specifica destinazione, ma la impongano in modo vincolato, senza lasciare alcun margine di discrezionalità al pubblico agente.

Si va quindi nella direzione non di ampliare la tutela penale, bensì di ridurre la portata del peculato di cui all'articolo 314 del Cp.

Mentre, giova ribadirlo, non sembra sostenibile che il reato di nuovo conio possa servire a colmare alcune situazioni che rimarrebbero scoperte con l'avvenuta abrogazione dell'abuso d'ufficio.

Lo si è visto a proposito della condotta distrattiva a fini di vantaggio privatistico, perché "coperta" già dal reato di peculato.

Ma ciò vale per le condotte che finora erano rimaste sanzionabili ex articolo 323 del Cp, dopo la modifica restrittiva di cui all'articolo 23 del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020 n. 120, e che non lo sono più a seguito dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio.

Si tratta, in particolare, della condotta di abuso d'ufficio qualificata dalla violazione dell'obbligo di astensione "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti": l'unica su cui non aveva inciso la riforma "restrittiva" del 2020 [cfr. Sezione VI, 5 maggio 2023, Minei].

Ma vale anche per le [residuali] condotte per cui ancora, dopo la riforma del 2020, poteva ravvisarsi la configurabilità del reato: segnatamente, le condotte ispirate a intenzionale favoritismo o, peggio, ad intenzionale prevaricazione del privato, laddove qualificate dalla violazione di "regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge", cioè da fonti primarie, e che abbiano, inoltre, un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa.

Infatti, per un verso, la condotta tipica del nuovo reato non presenta alcun ri-

ferimento alla violazione dell'obbligo di astensione, ma soprattutto, per altro verso, è costruita esclusivamente sulla "distrazione" della cosa dalla finalità pubblicitaria imposta al pubblico agente, mentre l'abuso d'ufficio aveva una valenza più ampia venendo a ricomprendere tutte le condotte con cui il pubblico agente intenzionalmente procura[va] "a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca[va] ad altri un danno ingiusto": la distrazione di denaro o di cose mobili di cui l'agente abbia il possesso è evenienza assolutamente marginale ed eventuale rispetto ad un reato, quello di abuso d'ufficio, dove era punito l'agire del pubblico agente che si sostanzia nell'esercizio del potere mediante l'adozione o l'omissione di un "atto". Era punita, cioè, una condotta non immediatamente [ed esaurientemente] riconducibile a quella appropriativa/distrattiva [di denaro o di altra cosa mobile] tipica del paradigma normativo delle fattispecie di peculato.

In definitiva, sembra che la nuova fattispecie di cui all'articolo 314-bis del Cp, oltre a presentare le rilevate perplessità sia sistematiche [specie con riguardo ai rapporti con il peculato] sia strutturali (l'espressione "in violazione di specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità", che qualifica la condotta penalmente perseguibile, non ha molto senso rispetto a una condotta di peculato, mentre risulta essere stata superficialmente esportata dalla formulazione letterale dell'ormai abrogato articolo 323 del Cp), non possa avere alcuna valenza "compensativa" rispetto alla disposta abrogazione dell'abuso d'ufficio.

Le modifiche di contorno

Per completare la disamina del *novum* che ha riguardato l'abuso d'ufficio, devono segnalarsi alcune modifiche di contorno, meramente di coordinamento e sistematiche.

In primo luogo, si è intervenuti sull'articolo 322 bis del Cp, eliminando il riferimento all'articolo 323 del Cp nell'elenco dei reati che quella disposizione, nell'ottica di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione europea ed al fine di contrastare i fenomeni corruttivi ed induttivi a livello internazionale, configura come punibili laddove commessi dalle specifiche figure di pubblici agenti dell'Unione europea, di uno Stato estero o di un'organizzazione internazionale o straniera ivi dettagliate; corrispondentemente è stata modificata la rubrica dell'articolo 322 bis del Cp, eliminando il riferimento all'abuso d'ufficio. Ulteriore modifica ha riguardato il portato dell'attenuante della particolare tenuità del fatto prevista dall'articolo 323 bis del Cp, dalla quale, per quanto qui interessa, è stato espunto il riferimento all'abuso d'ufficio.

Non si è dovuti intervenire, invece, sulla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti, segnatamente sull'articolo 25 del decreto legislativo n. 231 del 2001, perché il riferimento al reato presupposto di abuso d'ufficio di cui all'articolo 323 del Cp era già stato eliminato per effetto del pressoché coevo articolo 9 del decreto-legge n. 92 del 2024, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 112 del 2024 (che pure aveva già corrispondentemente modificata la rubrica della disposizione).

TRIBUTARIO

**Trust, retrocessione irrilevante:
non c'è arricchimento gratuito**

*Andrea Vasapoli, Annapaola Tonelli
Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 2 settembre 2024*

Può capitare che i beneficiari di un trust desiderino unanimemente che lo stesso non prosegua. A tal fine la strada più semplice e nota, per gli atti istitutivi regolati da una legge che lo permetta, è ricorrere alla cessazione anticipata per volontà espressa di tutti i beneficiari che siano capaci, maggiorenni e titolari di una posizione beneficiaria «vested», così esaurendo tutte le posizioni beneficiarie.

In tale ipotesi si tratta di beneficiari che versano nella situazione descritta dalla nota regola «Saunders vs Vautier», ove applicabile, per la quale in sostanza i beneficiari unanimi godono di tutti i poteri sul trust. Per potersi avvalere di tale regola i beneficiari devono essere una classe chiusa e definita e ciò non avviene quando, ad esempio, siano previsti fra i beneficiari i loro discendenti futuri. Se invece le condizioni per applicare tale regola non sussistono, i beneficiari possono provocare la cessazione del trust rinunciando alle rispettive posizioni beneficiarie, producendo l'effetto di lasciare il trust senza beneficiari. Si costringe in tal modo il trustee a dichiarare la cessazione del trust, per sopravvenuta impossibilità di perseguirne la finalità, con conseguente *resulting trust* in favore del disponente o, se nel frattempo deceduto, dei suoi eredi.

Quanto alle conseguenze fiscali della retrocessione al disponente del fondo in trust le Entrate sono tornate nuovamente a pronunciarsi di recente con la risposta a interpello n. 165/2024. Come in precedenti pronunciamenti (si vedano le risposte a interpello n. 106/2021 e n. 352/2021, oltre alla circolare n. 34/E/2022), le Entrate hanno affermato che la retrocessione ai disponenti dei beni dai medesimi apportati al trust non integra il presupposto impositivo dell'imposta sulle successioni e donazioni di cui all'articolo 1 del Tus, difettando un trasferimento di ricchezza, che è il presupposto che legittima l'imposizione. Poiché nel caso esaminato dalla risposta n. 165/2024 veniva ripristinata «la situazione esistente prima della costituzione del trust», le Entrate non hanno dovuto pronunciarsi con riferimento al più comune caso in cui il patrimonio retrocesso si sia nel frattempo modificato per effetto della gestione del trustee. In merito rammentiamo la non condivisibile conclusione alla quale giunsero le Entrate con la risposta n. 352/2021, secondo la quale l'irrilevanza fiscale delle

riattribuzioni del fondo in trust al disponente trova applicazione solo nel caso in cui «la revoca del trust sia totale, che lo stesso cesserà di esistere e che i beni immobili restituiti ai disponenti siano i medesimi beni immobili segregati in trust e, specificamente, che gli immobili conferiti da ciascun disponente ritorneranno nella proprietà di ciascuno di essi».

In primo luogo, non vi è alcuna disposizione nella normativa vigente che legittimi un regime impositivo diverso a seconda che la riattribuzione al disponente del patrimonio dallo stesso in origine trasferito al trust sia totale o parziale. In entrambi i casi manca il presupposto legittimante l'imposizione, rappresentato dalla manifestazione di capacità contributiva conseguente a un atto liberale a favore di un beneficiario necessariamente diverso dal disponente. Non è il trasferimento come fattispecie giuridica a rappresentare il presupposto del tributo, bensì il vantaggio economico per il beneficiario.

Privo di pregio è anche l'argomento secondo il quale, perché si abbia irrilevanza fiscale, devono essere ritrasferiti al disponente esattamente gli stessi beni in origine da egli segregati in trust. Ciò che rileva è che la cessazione anticipata del trust comporta una mera re-intestazione del patrimonio, che deve essere inteso quale valore complessivo e non come insieme di specifici beni, e in ogni caso non si realizza alcun arricchimento patrimoniale a titolo di liberalità.

La bozza del Dlgs di modifica del Tus, nella versione su cui il 24 luglio il Parlamento ha emesso il suo parere favorevole non vincolante, chiarisce definitivamente anche tale aspetto. Il nuovo articolo 4-bis, al comma 1 prevede che, ai fini dell'applicazione dell'imposta di successione e donazione, i trust (e gli altri vincoli di destinazione) rilevano «in quanto idonei a determinare arricchimenti gratuiti dei beneficiari». La nuova disposizione fa così chiarezza definitiva sul fatto che quando il beneficiario è lo stesso disponente, i trasferimenti a suo favore sono fiscalmente irrilevanti e ciò a prescindere dal fatto che l'oggetto di retrocessione al disponente siano gli stessi beni da lui in origine istituiti in trust ovvero altri per effetto della gestione del fondo in trust.

La retrocessione di tale patrimonio al disponente, in quanto è anche beneficiario o per altre ragioni (ad esempio la sopravvenuta impossibilità di perseguire la finalità del trust), non comporta infatti mai un arricchimento gratuito del disponente.

PENALE

Traffico di influenze esposto a morte lenta e silenziosa

Daniele Piva

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 24 agosto 2024

A seguito delle modifiche apportate dall'articolo 1, comma 1, lettera e) della legge 114/2024 risulta ridotto l'ambito di applicazione del delitto di traffico di influenze illecite (articolo 346-bis del Codice penale) con effetti di parziale *abolitio criminis* ex articolo 2 comma 2 del Codice penale e 673 del Codice di procedura penale, tanto su procedimenti pendenti quanto sulle (poche) condanne sinora passate in giudicato. Stante la permanente mancanza di una disciplina sul *lobbying*, si tratta della seconda riforma della fattispecie già introdotta con la legge 190/2012 e riformulata con la legge 3/2019.

Con un'inversione di tendenza, si introducono ora nuovi requisiti destinati a limitarne la rilevanza pratica, peraltro già modesta, atteso che, nel 2019, si contano appena 88 procedimenti iscritti, due condanne e cinque patteggiamenti. In primo luogo, si prevede che le relazioni col pubblico agente siano esistenti (e non più solo asserite) ed effettivamente utilizzate (non più solo vantate): mutuando da quanto affermato dalle Sezioni unite (19357/2024) a proposito del millantato credito di cui al previgente articolo 346, comma 2 del Codice penale per fatti commessi prima della riforma del 2019, i casi di frode non più rientranti nella nuova fattispecie potranno integrare il delitto di truffa (articolo 640 del Codice penale) mentre per chi dà o promette denaro o altra utilità tornerà la non punibilità ante la legge 3/2019. In secondo luogo, si stabilisce, con espressione inedita quanto cacofonica, che l'utilizzo delle relazioni deve avvenire «intenzionalmente allo scopo» di porre in essere le condotte criminose: con il risultato di circoscrivere il dolo a quello intenzionale senza spazi per quello diretto o eventuale. In terzo luogo, come già previsto dal vecchio articolo 346-bis del Codice penale prima dell'estensione operata dalla riforma del 2019, l'utilità data o promessa al mediatore, in alternativa al denaro, deve essere economica (con esclusione, ad esempio, di vantaggi sessuali, sociali o politici). In quarto luogo, sul presupposto della medesima distinzione operata dal legislatore in materia di corruzione, il traffico di influenze viene riferito alla remunerazione del pubblico funzionario relativa all'esercizio delle sue funzioni ovvero finalizzata a indurlo a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito, richiamandosi

con quest'ultimo inciso, a prescindere dall'inutile ripetizione dell'«indebita», una definizione di «mediazione illecita» ancor più restrittiva di quella proposta dalla Cassazione nel caso Alemanno (sezione VI, 40518/2021), specie in considerazione della contestuale abolizione dell'abuso d'ufficio: fuori dal perimetro della fattispecie, infatti, tutte le condotte dirette a orientare scelte discrezionali del *decision-maker* pubblico (come, ad esempio, le mere raccomandazioni) ovvero a compiere illeciti amministrativi.

Sul piano sanzionatorio, l'unico intervento *in peius* riguarda la pena minima edittale della reclusione che viene aumentata da un anno a un anno e sei mesi, mentre vengono estese al traffico di influenze illecite le cause di non punibilità del ravvedimento *post delictum* (articolo 323-bis, comma 2 del Codice penale) nonché della tempestiva e volontaria denuncia del fatto (all'articolo 323-ter del Codice penale).

Nel complesso, la riforma mira a garantire il rispetto dei principi di determinatezza, tassatività e offensività delimitando il traffico a quello pre-corruttivo. Tuttavia, come già segnalato da Gian Luigi Gatta, occorrerà fare i conti con gli obblighi internazionali di incriminazione derivanti, in particolare, dall'articolo 12 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione conclusa a Strasburgo nel 1999 che, nei termini ribaditi dal Greco (*Group of states against corruption*) indicati nell'articolo 10 della proposta di direttiva europea sulla lotta contro la corruzione del maggio 2023, imporrebbe di punire lo sfruttamento da parte del mediatore di relazioni non solo esistenti ma anche asserite (con estensione della pena al trafficante) ovvero diretto a ottenere contropartite anche non economiche o a far commettere al funzionario pubblico atti contrari ai doveri d'ufficio pur non costituendo reato: obblighi che, come incidentalmente precisato dalla stessa Consulta (pronunce 28/2010, 32/2014, 51/2022 e 37/2019), potrebbero legittimare un sindacato ex articolo 117 della Costituzione anche su norme penali con effetti *in malam partem*. Certo è che, in un modo o nell'altro, a 12 anni dall'introduzione, il traffico di influenze illecite appare, tuttora, esposto a variabili giurisprudenziali, se non al rischio di morte lenta e silenziosa.

PENALE

Interrogatorio per la custodia cautelare

Giovanni Negri

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 24 agosto 2024

Obbligo di interrogatorio preventivo e decisione collegiale sulla custodia cautelare. Da domani, l'adozione di misure restrittive in via anticipata diventa più complessa.

La legge 144, infatti, introduce la necessità del contraddittorio anticipato in tutti i casi in cui, nel corso delle indagini preliminari, non è necessario che il provvedimento cautelare sia adottato "a sorpresa". L'interrogatorio preventivo è così escluso se esistono le esigenze cautelari del pericolo di fuga e dell'inquinamento probatorio. È, invece, necessario, con un preavviso di almeno cinque giorni, se è ipotizzato il pericolo di reiterazione del reato, a meno che non si proceda per reati di rilevante gravità, o «gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale». Con l'obiettivo di arrivare a una decisione più solida e meditata, la legge prevede inoltre l'obbligo di pronuncia collegiale sulla misura cautelare personale (sinora la competenza era di un solo giudice); contestualmente, si estende il ruolo organico della magistratura di 250 unità, da destinare esclusivamente alla funzione giudicante, provando in questo modo a circoscrivere le conseguenze della misura, sul piano dell'aumento dei casi di incompatibilità, soprattutto negli uffici giudiziari medio piccoli. Spazio, poi, a nuovi limiti delle intercettazioni. Sino ad ora a essere vietata è la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni ritenute non rilevanti e pertanto non acquisite al procedimento.

La legge Nordio amplia il divieto di pubblicazione del contenuto delle intercettazioni, consentendone la pubblicazione solo se il contenuto è riprodotto dal giudice nella motivazione di un provvedimento, o è utilizzato nel corso del dibattimento. Nei verbali, poi, neppure devono essere riportate espressioni che riguardano dati personali sensibili in grado di identificare soggetti diversi dalle parti. Obbligo di stralcio anche delle registrazioni e dei verbali che riguardano soggetti diversi dalle parti, a meno che non ne sia dimostrata la rilevanza. Ampliato, allora, l'obbligo di vigilanza del Pm sulle modalità di redazione dei verbali delle operazioni (i cosiddetti brogliacci) e il dovere del giudice di stralciare le intercettazioni, includendo, ol-

tre ai già previsti «dati personali sensibili», anche quelli «relativi a soggetti diversi dalle parti».

A ulteriore rafforzamento delle garanzie di difesa è poi introdotto il divieto di acquisizione da parte del Pm di ogni comunicazione tra l'imputato e il proprio legale, con conseguente immediata interruzione di ogni operazione di intercettazione.

LAVORO

Obiettivo delle sentenze è equiparare le ammende per esoneri ingiustificati

Francesco Maria Ciampi

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Guida al Diritto", n. 30 del 3 agosto 2024

La Consulta prosegue nell'opera di smantellamento del Jobs Act, con le due sentenze in commento, depositate il 16 luglio. Si tratta in buona sostanza di **due decisioni "gemelle"**: stessa udienza stesso collegio, stesso giudice relatore, stessa norma sospettata di illegittimità costituzionale, anche se **il tenore delle decisioni appare per certi versi diametralmente opposto**. E infatti la prima si conclude con una decisione di accoglimento, l'altra con una decisione di rigetto (la sentenza n. 129 rientra infatti nel novero delle cd. sentenze interpretative di rigetto). Nel complesso, invece, **le due decisioni si pongono sulla stessa linea**, pervenendo di fatto a vanificare aspetti importanti della riforma del 2015, riforma che sin dalla sua gestazione ha avuto un carattere assolutamente divisivo, glorificata da un lato come la panacea di tutti i mali del nostro ordinamento giuslavoristico, con effetti favorevoli anche sulla economia di mercato, fortemente avversata e demonizzata dall'altro, come una scure che si abbatteva pesantemente sui diritti dei lavoratori.

Pur pronunciandosi le due decisioni della Consulta su questioni distinte (il licenziamento per giustificato motivo oggettivo la n. 128, quello disciplinare la n. 129), entrambe perseguono, indubbiamente, un "obiettivo" comune: la sostanziale equiparazione del regime sanzionatorio dei licenziamenti ingiustificati, affermando principi destinati a incidere non solo su Dlgs n. 23 del 2015, ma anche sull'articolo 18, della legge 300/1970, offrendo, a riguardo, vari spunti di interpretazione.

La decisione della Corte

In sintesi, la Corte costituzionale ha cura di precisare reiteratamente e con effetti vincolanti per gli interpreti che:

- nel licenziamento per g.m.o. (sentenza 128), il repêchage è estraneo al fatto materiale posto alla base del licenziamento, sicché la sua violazione, pur determinandone l'illegittimità, non comporta la reintegrazione;
- nei licenziamenti disciplinari (sentenza 129), se l'infrazione punita con una sanzione conservativa non è espressamente tipizzata dal contratto collettivo, come avviene quando vengono utilizzate espressioni generali ed elastiche, manca quella manifestazione inequivoca dell'autonomia collettiva garantita

dall'articolo 39 della Costituzione e, quindi, la valutazione del giudice di illegittimità del licenziamento, riguardando la carenza di proporzionalità, non comporta la reintegrazione.

Da tali principi consegue che, nel primo caso, potrà essere disposta la reintegrazione soltanto se, all'esito dell'accertamento giudiziale, risulti falsa (cioè, non vera) la decisione organizzativa che comporta la soppressione del posto di lavoro, restando esclusa la reintegrazione quando, invece, sia violato l'obbligo di *repêchage*.

Nel secondo caso, la reintegra potrà essere disposta solo per le infrazioni "tipizzate" dal codice disciplinare che ricollega a esse (e solo ad esse) la sanzione conservativa. Non opera, invece, la reintegrazione in tutti gli altri casi, assai più frequenti, di sanzioni correlate a infrazioni disciplinari identificate in base a espressioni generali.

La sentenza n. 128

Come emerge, infatti, dalla notizia di decisione dello stesso giudice delle leggi, la Corte costituzionale con la prima delle due sentenze in commento, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, nella parte in cui non prevede che la tutela reintegratoria attenuata si applichi anche nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore (c.d. *repêchage*).

La questione era stata sollevata dal Tribunale di Ravenna che era stato investito dell'impugnazione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo (g.m.o.) da una impresa di somministrazione di lavoro ad un dipendente assunto a tempo indeterminato dall'1° dicembre 2018 (cui era pertanto applicabile *ratione temporis* la normativa introdotta con il Jobs Act) e ritenendo pertanto di dover fare applicazione della norma citata aveva dubitato della legittimità costituzionale della suddetta disposizione, nella parte in cui esclude la reintegrazione nel posto di lavoro (al comma 1) e le conseguenze risarcitorie previste dal comma 2 in tema di licenziamento disciplinare, nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'insussistenza del fatto, sollevando plurimi profili di censura.

Il giudice delle leggi ha effettuato un'ampia disamina della normativa di riferimento costituita *in primis* dalla seconda parte dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 che ha disciplinato il licenziamento per giustificato motivo oggettivo quale quello determinato da "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa", ragioni rimesse alla valutazione discrezionale del datore di lavoro (salva la verifica giudiziale della reale sussistenza del motivo addotto), disciplina sostanzialmente modificata dal disegno del legislatore del 2012 (cd. riforma Fornero) che ha riservato la tutela reintegratoria ai licenziamenti la cui illegittimità è ritenuta "più grave", quelli cioè in cui il g.m.o. allegato dal datore di lavoro risulti insussistente e successivamente ancora dalla norma di cui al Jobs Act, oggetto dell'odierno intervento che prevede che nei casi in cui risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per g.m.o., il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e con-

danna il datore di lavoro al pagamento di una indennità (con esclusione quindi della tutela reintegratoria, salvo il caso in cui sia direttamente dimostrata in giudizio, in ipotesi di licenziamento disciplinare l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore).

La sentenza n. 129

Con riguardo alla stessa disposizione, la Corte con la sentenza n. 129 ha ritenuto, invece, non fondata la questione, sollevata dal Tribunale di Catania in riferimento a un licenziamento disciplinare, nella parte in cui non ricomprende le ipotesi in cui il fatto, pur disciplinarmente rilevante, è punibile, in ragione della contrattazione collettiva di riferimento, applicata dal datore di lavoro, con una sanzione conservativa, anche di modesta entità e per cui, sebbene non risulti compromesso il rapporto di fiducia, potrà operare solo la tutela economica, con conseguente estinzione del rapporto. In questo caso la Consulta - come già accennato - ha ritenuto non fondata la posta questione, a condizione che se ne dia un'interpretazione adeguatrice. Ossia che debba ammettersi la tutela reintegratoria attenuata nelle particolari ipotesi in cui la regolamentazione pattizia preveda che specifiche inadempienze del lavoratore, pur disciplinarmente rilevanti, siano passibili solo di sanzioni conservative.

Le questioni sollevate in riferimento agli articoli della Costituzione

Quanto alla prima pronuncia, la Corte ha accolto le questioni sollevate in riferimento ai parametri di cui agli articoli 3, 4 e 35 della Costituzione rilevando che, seppure la ragione d'impresa posta a fondamento del giustificato motivo oggettivo di licenziamento non risulti sindacabile nel merito, il principio della necessaria causalità del recesso datoriale esige che il "fatto materiale" allegato dal datore di lavoro sia "sussistente", sicché la radicale irrilevanza dell'insussistenza del fatto materiale prevista dalla norma censurata determina un difetto di sistematicità che rende irragionevole la differenziazione rispetto alla parallela ipotesi di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

La discrezionalità del legislatore nell'individuare le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento non si estende, infatti, fino a consentire di rimettere questa alternativa a una scelta del datore di lavoro che, intimando un licenziamento fondato su un "fatto insussistente", lo qualifichi come licenziamento per giustificato motivo oggettivo piuttosto che come licenziamento disciplinare.

Precisa, infine, la Corte che il vizio di illegittimità costituzionale, invece, non si riproduce qualora il fatto materiale, allegato come ragione d'impresa, sussiste sì, ma non giustifica il licenziamento perché risulta che il lavoratore potrebbe essere utilmente ricollocato in azienda. Ne consegue che la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata deve tener fuori - come già si è detto - la possibilità di ricollocamento del lavoratore licenziato per ragioni di impresa, non diversamente da come la valutazione di proporzionalità del licenziamento alla colpa del lavoratore è stata tenuta fuori dal licenziamento disciplinare fondato su un fatto insussistente. Quindi, la violazione dell'obbligo di *repêchage* attiverà la tutela indennitaria di cui al comma 1 dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015.

La Corte, quindi, non prescinde affatto dal detto principio per cui la ragione d'im-

presa - che rappresenta il presupposto del giustificato motivo oggettivo di licenziamento - è insindacabile nel merito; tuttavia, afferma al contempo la centralità del principio della necessaria causalità del recesso datoriale. Tale principio, infatti, presuppone che il "fatto materiale" allegato dal datore di lavoro sia effettivamente "sussistente". Ne discende, pertanto, l'irragionevolezza di una norma (come appunto quella censurata) che qualifichi come totalmente irrilevante l'insussistenza del fatto materiale. Secondo la Corte, infatti, tale circostanza produce un vizio di natura sistematica, dal quale discende l'irragionevolezza delle differenze rispetto all'ipotesi del licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

Il principio di diritto

I giudici hanno quindi elaborato il seguente principio di diritto: *"La discrezionalità del legislatore nell'individuare le conseguenze di tale illegittimità - se la tutela reintegratoria o quella solo indennitaria - non può estendersi fino a consentire di rimettere questa alternativa ad una scelta del datore di lavoro che, intimando un licenziamento fondato su un fatto insussistente, lo qualifichi, come licenziamento per giustificato motivo oggettivo piuttosto che come licenziamento disciplinare. La conseguenza, in termini di garanzia per il lavoratore illegittimamente licenziato, non può che essere la stessa: la tutela reintegratoria attenuata prevista per l'ipotesi del licenziamento che si fondi su un fatto materiale insussistente, qualificato dal datore di lavoro come rilevante sul piano disciplinare"*.

Infine, la Corte costituzionale specifica che non vi sarà alcun *vulnus* costituzionale nel caso in cui il datore di lavoro alleggi un fatto materiale a sostegno del licenziamento, ma in realtà lo stesso non sia idoneo in concreto a giustificare il licenziamento stesso, dal momento che, in questo caso, l'imprenditore potrebbe agevolmente ricollocare il lavoratore all'interno della compagine aziendale.

Ne discende - lo si ribadisce - che la violazione dell'obbligo di ricollocamento farà sorgere, in capo al lavoratore, il diritto a ottenere tutela indennitaria, ai sensi di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015.

Quanto alla sentenza n. 129, il giudice delle leggi, premesso che la natura "disciplinare" del recesso datoriale comporta l'applicabilità del canone generale della proporzionalità, secondo cui l'inadempimento del lavoratore deve essere caratterizzato da una gravità tale da compromettere definitivamente la fiducia necessaria ai fini della conservazione del rapporto, la Corte ha ribadito la valutazione di adeguatezza e sufficiente dissuasività dell'apparato complessivo di tutela nei confronti del licenziamento illegittimo contenuto nel d.lgs. n. 23 del 2015, come novellato dal d.l. n. 87 del 2018 ed emendato dalle sue precedenti pronunce, anche in riferimento alle ipotesi in cui il licenziamento disciplinare risulti "sproporzionato" rispetto alla condotta e alla colpa del lavoratore per le quali è prevista la tutela indennitaria.

Quanto, però, alla prospettata violazione dell'articolo 39, la Corte ha affermato che la disposizione censurata deve essere letta nel senso che il riferimento alla proporzionalità del licenziamento ha sì una portata ampia, tale da comprendere le ipotesi in cui la contrattazione collettiva vi faccia riferimento come clausola generale ed elastica, ma non concerne anche le ipotesi in cui il fatto contestato sia in radice inidoneo, per espressa pattuizione contrattuale, a giustificare il licen-

ziamento, le quali vanno invece equiparate a quelle dell'«insussistenza del fatto materiale».

La mancata previsione della reintegra quando il fatto contestato sia punito con una sanzione solo conservativa dalla contrattazione collettiva andrebbe a incrinare il tradizionale ruolo di quest'ultima nella disciplina del rapporto.

La Corte arriva dunque a questa conclusione facendo il paragone tra la disciplina del licenziamento economico e quella del licenziamento disciplinare: se in quest'ultima l'inesistenza del "fatto materiale", allegato dal datore di lavoro nel procedimento disciplinare, ha come conseguenza la reintegra, non è possibile, secondo la Consulta, che nel licenziamento economico l'inesistenza del "fatto materiale" produca una sanzione diversa e meno grave di quella. Anche perché, prosegue la Corte, il regime di cui viene dichiarata l'incostituzionalità produce un effetto inaccettabile, quello di rimettere la scelta del regime sanzionatorio alla decisione del datore di lavoro, il quale, per espellere un dipendente dall'azienda, potrebbe scegliere il regime sanzionatorio meno pesante, semplicemente imboccando la strada del licenziamento economico, anche in assenza di valide motivazioni che lo possano sostenere.

Le conclusioni

In conclusione, all'esito di queste due pronunce, rinasce una assoluta simmetria tra licenziamento disciplinare e licenziamento per ragione di impresa, tracciata dalla Corte sulla linea del "fatto materiale insussistente". Tuttavia - come sottolineato dalla dottrina - le decisioni in commento si collocano a distanza rispetto alle interpretazioni della Cassazione che - con riferimento all'articolo 18 - configura il *repêchage* come elemento del fatto posto a base del g.m.o. (sentenza 10435/2018), non distinguendo tra la fattispecie legale e gli elementi plurimi che concorrono a definirla.

Per il licenziamento disciplinare, inoltre, secondo la Cassazione, dal contratto collettivo che non si è espresso direttamente al riguardo, il giudice può estrarre, in via interpretativa, quale sarebbe stata la sanzione (conservativa o espulsiva) applicabile all'infrazione contestata al dipendente licenziato (sentenze 11665/2022 e 13065/2022).

Un doppio intervento che, secondo i primi commentatori, oltre a rendere plausibilmente inammissibile il referendum proposto dalla CGIL sul Jobs Act, essendo oggi la norma diversa da quella oggetto del quesito referendario" solleva comunque diversi interrogativi: "se negli anni passati alcune decisioni della Consulta sul Jobs Act avevano fatto leva su parametri costituzionali dotati di un certo livello di oggettività, le sentenze 128 e 129 si fondano su criteri molto meno certi e indiscutibili".

Vengono infatti accentuate e non totalmente risolte le incertezze applicative del regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato, eliminando quelle che la Corte costituzionale ha valutato essere "asimmetrie" illegittime tra licenziamento economico e quello disciplinare ed appare viepiù necessario che il legislatore intervenga organicamente a riguardo, collocandosi in una via mediana tra le originarie previsioni dello Statuto dei lavoratori e le successive modifiche dal 2012 in poi.

PENALE

Sulla “qualità” delle segnalazioni si gioca l’efficacia del contrasto

Alberto Cisterna

Il Sole 24 Ore, Estratto da “Guida al Diritto” n. 29 del 27 luglio

Con la legge 28 giugno 2024 n. 90 il Parlamento torna a legiferare in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici e opera nel solco già tracciato dalla legge di conversione n. 109 del 2021 («Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell’architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale») del decreto legge 14 giugno 2021 n. 82, prima, e dalla legge di conversione n. 137 del 2023, del decreto legge 10 agosto 2023 n. 105, dopo.

I rapporti tra Pnaa e Agenzia per la cybersecurity: alla ricerca di un nuovo assetto

Nei lavori parlamentari per la conversione in legge del decreto legge n. 105 del 2023, convertito dalla legge n. 137 del 2024 (si veda per il testo e i commenti della conversione del DL giustizia n. 105 del 2023, «Convertito il decreto sulle intercettazioni, nuova stretta sul riuso in altri fascicoli, decreto legge 10 agosto 2023 n. 105, coordinato con le modifiche introdotte dalla legge di conversione 9 ottobre 2023 n. 137», in «Guida al Diritto», pagina 14 si era provveduto all’interpolazione nel testo originario di un articolo 2-*bis*; norma le cui finalità possono essere apprezzate, e in larga misura condivise, posto che si inseriscono nella scia di una sempre più acuta preoccupazione per l’efficacia dei mezzi di intercettazione ordinaria nel contrasto alla criminalità mafiosa e terroristica. Come noto, l’allarme era stato lanciato, qualche tempo prima, proprio dal procuratore nazionale che si occupa del coordinamento e del collegamento investigativo per il contrasto a questi due importanti gangli della criminalità. Secondo il Pnaa «oggi i cartelli criminali hanno una capacità di adattarsi alle moderne tecnologie, hanno una “security” che non ha nulla da invidiare a quelle delle grandi società; con l’ingresso nell’era digitale lo Stato si è ritirato dal governo delle tecnologie nella giustizia e questo è un tema su cui è necessario misurarsi». È lungo la traiettoria di questa preoccupazione, allora, che si doveva leggere il testo dell’articolo 2-*bis* della legge n. 137 del 2023 il quale individuava la strada di una stabile comunicazione informativa tra l’Agenzia per la cybersecurity e la Procura nazionale ed è lungo questo medesimo asse che occorre considerare

il testo normativo appena approvato dal Parlamento.

Una chiosa: è in atto, senza un avvertito dibattito, un'importante novazione nelle strategie di contrasto alla criminalità organizzata e terroristica, si sta transitando da un sistema orizzontale, basato sulle procure distrettuali e sulla loro capacità di identificare e colpire le associazioni illecite, a una dimensione ad assetto praticamente verticale in cui spetta alla Procura nazionale il compito di stimolare, orientare, organizzare le indagini preliminari poiché essa si trova al vertice di una cooperazione istituzionale con le strutture di intelligence della prevenzione che la rende destinataria di informazioni privilegiate praticamente inaccessibili alle procure distrettuali. Se un tempo questo era limitato alla segnalazione delle operazioni sospette (finite di recente nella tempesta mediatica del caso Striano), oggi questo flusso di notizie rilevanti abbraccia l'intero settore della cybersicurezza. Con un risultato evidente che, da un lato, le procure distrettuali lamentano l'inadeguatezza dei mezzi a disposizione per il contrasto nel cyberspazio e, dall'altro, questi strumenti sono diretto appannaggio e/o vedono come comprimario fruitore la Procura nazionale. Un ribaltamento dei rapporti di forza epocale e in un settore che tutti indicano decisivo per le più importanti organizzazioni criminali.

L'esame dei singoli articoli consentirà di verificare come le trame di questo ordito si siano ulteriormente dipanate nella regolamentazione di nuovo conio, sino a prevedere un controllo ispettivo del Ministero della giustizia proprio sull'utilizzo delle banche dati giudiziarie a diretta risposta delle preoccupazioni sul caso delle segnalazioni di operazioni finanziarie sospette della Pnaa.

La nuova sicurezza informatica

Come detto l'articolo 2-bis della legge 135 del 2023 si curava di rendere esplicita la cornice entro cui si collocava la nuova cooperazione tra l'Agenzia per la cybersicurezza e la Procura nazionale. La prima modifica era stata apportata all'articolo 17 della legge 4 agosto 2021 n. 109 («Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale») inserendovi un comma 4-bis in forza del quale, fermo restando l'obbligo di denuncia dei reati da parte dei dipendenti dell'Agenzia (comma 4), l'Agenzia trasmetteva al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo i dati, le notizie e le informazioni rilevanti per l'esercizio delle funzioni di collegamento e coordinamento investigativo di cui all'articolo 371-bis Cpp, ossia con riguardo ai reati di criminalità e terrorismo ivi richiamati. È un'attività di selezione che l'Agenzia opera in proprio secondo una scelta ampiamente discrezionale e che, stante il rinvio al citato comma 4, non dovrebbe includere le notizie di reato in senso stretto che - si badi bene - i funzionari dell'Agenzia non trasmettono all'autorità giudiziaria per via diretta, ma esclusivamente all'organo centrale del Ministero dell'interno per la sicurezza e per la regolarità dei servizi di telecomunicazione di cui all'articolo 7-bis della legge 155 del 2005. Un crinale sdruciolevole poiché direttamente connesso alla "qualità" delle informazioni a disposizione dell'Agenzia e al loro progressivo consolidamento da mero dato o informazione a vera e propria *notitia criminis*. Una seconda interpolazione

era intervenuta sull'articolo 7, comma 1, della stessa legge 109 del 2021, secondo cui l'Agenzia nell'ambito delle funzioni di cui al primo periodo della lettera *n*) (ossia «sviluppa capacità nazionali di prevenzione, monitoraggio, rilevamento, analisi e risposta, per prevenire e gestire gli incidenti di sicurezza informatica e gli attacchi informatici, anche attraverso il CSIRT Italia di cui all'articolo 8 del decreto legislativo NIS») adesso è chiamata a svolgere ogni attività diretta all'analisi e al supporto per il contenimento e il ripristino dell'operatività dei sistemi compromessi, con la collaborazione dei soggetti pubblici o privati che hanno subito incidenti di sicurezza informatica o attacchi informatici. Inoltre, la mancata collaborazione di cui al primo periodo è valutata ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dalla legislazione di settore, ma «restano esclusi gli organi dello Stato preposti alla prevenzione, all'accertamento e alla repressione dei reati, alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e alla difesa e sicurezza militare dello Stato, nonché gli organismi di informazione per la sicurezza» ossia di intelligence. Un'importante azione di delimitazione che, indubbiamente, ha privato l'Agenzia di un importante snodo operativo poiché in caso di incidenti alle infrastrutture informatiche di primaria importanza come quelle giudiziarie, di polizia o di intelligence, la cooperazione non potrà essere pretesa, né imposta, sebbene resti sempre possibile nell'ampia cornice che la giurisprudenza costituzionale definisce della «leale collaborazione» tra istituzioni.

NOTE A SENTENZE

SOCIETÀ

Violare la regola potrebbe dare luogo a diverse tutele verso i creditori

Nota a Corte di cassazione - Sezione I Civile - Sentenza 30 maggio 2024, n. 15196

Fabio Valenza

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Guida al Diritto", n. 34 del 14 settembre 2024

La decisione in commento affronta diverse questioni societarie riguardanti la disciplina, e relative interrelazioni, del finanziamento dei soci ex articolo 2467 del codice civile e della responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento di società ex articolo 2497 e seguenti del codice civile, inquadrando nel più ampio contesto della normativa societaria e dell'insolvenza. L'intreccio normativo oggetto della vicenda processuale è, indubbiamente, assai complesso, e il merito della decisione resa dalla Suprema corte è quello, sia di aver sciolto diversi (se non tutti i) nodi interpretativi, sia di aver mostrato i rimedi opportunamente predisposti dall'ordinamento per la tutela degli interessi sottesi a vicende corrispondenti a quella oggetto del giudizio giunto al suo esame.

La vicenda processuale

I fatti all'origine della vicenda processuale sono i seguenti: Tizio è socio di maggioranza e amministratore, sia della società Alfa srl, sia della società Beta spa (successivamente trasformatasi in Beta sas); Alfa srl riceve un finanziamento di euro 2.000.000,00 da Beta spa e utilizza in parte tale finanziamento per restituire un precedente prestito di euro 500.000,00 in precedenza ricevuto dalla società terza, Gamma Spa. Successivamente alla restituzione del primo prestito a Gamma spa, Alfa srl ottiene da Gamma Spa altro prestito di euro 2.200.000,00 che utilizza subito per rimborsare il prestito ottenuto dalla società Beta. Successivamente (dopo quasi due anni) Alfa Srl viene messa in liquidazione, e dopo altri cinque anni viene dichiarata fallita.

Il curatore del fallimento di Alfa Srl agisce in giudizio nei confronti di Tizio e della società Beta Sas, chiedendo la restituzione del rimborso del finanziamento "anomalo" intercorso tra società sottoposte a comune direzione e coordinamento, e in subordine il risarcimento derivante dalla responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento di società.

Nessuna delle due richieste trovano accoglimento nei due gradi del giudizio di merito. La Suprema corte investita della vicenda ritiene di dover approfondire in pubblica udienza le questioni giuridiche sottese «*per il rilievo nomofilattico ed in ragione dell'assenza di precedenti specifici*».

Le questioni giuridiche: l'azione della società eterodiretta e la corrispondente

legittimazione sostitutiva del curatore

La prima questione affrontata e risolta dalla Suprema corte (corrispondente al primo motivo di ricorso) è quella della spettanza o meno alla società sottoposta ad altrui attività di direzione e coordinamento dell'azione nei confronti della società o dell'ente che, esercitando tale attività, agisca *nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale* della società sottoposta. La questione si pone in quanto l'articolo 2497 del codice civile, che prevede la corrispondente fattispecie di responsabilità, letteralmente attribuisce l'azione soltanto *direttamente* ai soci della società eterodiretta *per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale*, e ai creditori sociali *per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società*, stabilendo, da un lato, che l'azione del socio e del creditore può essere esercitata solo se costoro non sono stati soddisfatti dalla società eterodiretta, e, dall'altro lato, che nei casi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria di società eterodiretta, *l'azione spettante ai creditori di questa* è esercitata rispettivamente dal curatore, dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario.

La questione ha visto la giurisprudenza del Tribunale di Milano orientata a riconoscere alla società eterodiretta l'azione di responsabilità nei confronti della controllante per abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (cfr. per tutte Tribunale di Milano, 20 dicembre 2013, in «*Rivista di diritto commerciale*», 2015, II, 362, e, da ultimo, Tribunale di Milano 21 luglio 2020), e nello stesso senso si è espressa parte della dottrina (cfr. per tutti V. Cariello, *sub* 2497, in «*Codice civile commentato*», a cura di G. Alpa e V. Mariconda, libro V, 1826 - 1827), mentre altra parte della dottrina ha spiegato la *ratio* pragmatica sottesa alla mancata previsione nella norma dell'azione della società eterodiretta, considerando la sostanziale inutilità e pericolosità di tale previsione volutamente esclusa nel corso dei lavori preparatori: dal primo punto di vista si è osservato che una tale azione sarebbe assai poco probabile, dovendo essere decisa dalla stessa maggioranza espressione dei soggetti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento; dal secondo punto di vista, si è aggiunto che, ove si fosse prevista la spettanza dell'azione in capo alla società eterodiretta, vi sarebbe stato il rischio di depotenziare le azioni dei creditori e dei soci, che avrebbero potuto così assumere natura surrogatoria, con possibili pericolosi "incroci" processuali tra iniziative genuine di questi e iniziative abusive della società dominante, pilotate dal capitale di comando, fermo restando alla società eterodiretta la spettanza della generale azione aquiliana *ex art.* 2043 cod. civ. nei confronti della dominante, sia pure con le inerenti maggiori difficoltà legate alla struttura dell'azione, come potrebbe ricavarsi dall'ultimo periodo del primo comma dell'articolo 2497 cod. civ., per il quale l'azione dei soci e dei creditori della società eterodiretta nei confronti della dominante è esclusa quando il danno risulta "integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette" (cfr. in tal senso P. Dal Soglio, *sub art.* 2497, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, III, 2326 - 2327 ed autori *ivi* citati). Nella stessa linea logica della dottrina da ultimo citata, la Suprema corte in una precedente decisione relativa all'articolo 2497 del codice civile, ed in particolare al suo terzo

comma, aveva, del resto, chiarito che la norma «non ha attribuito ai soci esterni ed ai creditori il diritto al risarcimento verso la società partecipata», ma ha solo disposto che «il diritto al risarcimento del danno vantato verso la controllata, previsto dal comma 1, possa farsi valere solo allorché essi non siano stati [in altro modo] soddisfatti dalla società controllata» (cfr. Cassazione, 5 dicembre 2017, n. 29139).

Ne deriva che, come affermato dal sostituto procuratore generale nella requisitoria scritta relativa al giudizio che ha originato la decisione in commento, «se la società controllata non può essere citata in giudizio dai creditori sociali non può al contempo ammettersi che essa possa chiamare in giudizio la controllante per i danni arrecati all'integrità del patrimonio sociale».

La Suprema corte, nella decisione in commento, richiamate le conclusioni ricavabili dall'esame dei lavori preparatori della norma e la stessa requisitoria scritta del pubblico ministero, ha affermato che la mancata inclusione della società eterodiretta tra i soggetti legittimati all'azione prevista dall'articolo 2497 del codice civile nei confronti di chi ha esercitato l'attività di direzione e coordinamento non costituisce il risultato di una "svista" del legislatore colmabile in via interpretativa, bensì frutto di una precisa scelta. Il Supremo collegio ha così ribadito e confermato le conclusioni raggiunte sul punto dalla Corte d'appello, evidenziando come la fattispecie normativa tuteli beni che fanno capo ai soci (la redditività e il valore della partecipazione sociale) e ai creditori (l'integrità del patrimonio sociale), e che nell'insieme la tutela apprestata dal legislatore è completa, non rimanendo esclusi soggetti danneggiati, mentre «rappresenterebbe una inammissibile duplicazione di risarcimento riconoscere direttamente ai soci il ristoro della perdita di valore della partecipazione sociale e poi anche alla società il diritto alla reintegrazione del patrimonio, da cui dipende quel medesimo valore delle partecipazioni la cui perdita è già stata (o può essere) autonomamente risarcita».

Dall'esclusione della società eterodiretta dal novero dei soggetti legittimati ad esercitare l'azione di responsabilità *ex* articolo 2497 del codice civile non potrebbe che derivare l'esclusione della corrispondente legittimazione sostitutiva del curatore del fallimento della società eterodiretta senza bisogno di ulteriore argomentazione, ma la Suprema corte ha voluto motivare tale conclusione in modo più articolato, sia facendo riferimento al fatto che il comma 4 dell'articolo 2497 del codice civile riconosce la legittimazione sostitutiva del curatore solo con riguardo all'azione dei creditori sociali della società eterodiretta, sia evidenziando come non vi sia alcuna norma (nemmeno nell'ambito del Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza) che preveda una legittimazione sostitutiva generale e indistinta del curatore, ma vi siano al contrario disposizioni che contemplano soltanto una legittimazione sostitutiva limitata alle sole ipotesi espressamente previste dalla legge.

(segue): la restituzione del finanziamento soci, ripetizione dell'indebito o regola concorsuale?

La seconda questione affrontata e risolta dalla Suprema corte (corrispondente al secondo motivo di ricorso) è quella relativa alla natura giuridica dell'azione di ripetizione del rimborso del finanziamento dei soci previsto dall'articolo 2467,

e cioè se trattasi di ripetizione di indebito oggettivo (in quanto riferentesi a finanziamento “anomalo”) ovvero di ripetizione derivante da una regola di diritto concorsuale che prevede la ripetizione del rimborso effettuato nel periodo “sospetto” fissato nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Il ricorrente aveva argomentato dal mancato averarsi della condizione legale dell’assenza di sovraindebitamento o di tensione finanziaria della società perché possa configurarsi l’attualità del debito stesso di restituzione e dal fatto che la postergazione legale dei finanziamenti erogati in tali condizioni di tensione finanziaria riguarda tutti i finanziamenti del genere, non solo quelli restituiti entro l’anno anteriore al fallimento, e deve essere assistita da una normativa che la salvaguardi, puntualizzando di non aver esercitato l’azione di retroversione automatica prevista dal primo comma, parte seconda, dell’articolo 2467 del codice civile, con riguardo ai finanziamenti rimborsati nell’anno anteriore al fallimento, ma di aver esercitato domanda di ripetizione ex articolo 2033 del codice civile (indebito oggettivo) per un rimborso avvenuto anteriormente.

Il ricorrente ha, quindi, utilizzato l’articolo 2467 del codice civile per ricavarne la definizione di finanziamento “anomalo”, ma anche, a ben vedere, per avvalersi della previsione dell’articolo 2497-quinquies del codice civile che assoggetta alla stessa regola dell’articolo 2467 i finanziamenti erogati non solo dall’entità che esercita attività di direzione e coordinamento ma anche da altri soggetti sottoposti a comune direzione (società sorella) come il ricorrente affermava essere avvenuto nel caso di specie.

La Suprema corte ha, invece, qualificato la ripetizione prevista dall’articolo 2467 del codice civile quale rimedio di carattere concorsuale, in quanto opinare diversamente risulterebbe in chiaro contrasto proprio con quanto previsto dallo stesso articolo 2467 del codice civile, laddove limita l’obbligo di restituzione al rimborso percepito nell’anno anteriore al fallimento, previsione questa che sarebbe inutile se la ricostruzione del rimedio in termini di azione ex articolo 2033 del codice civile fosse fondata. Si tratta, quindi, di una vera e propria revocatoria fallimentare *ex lege* del tutto simile, quanto a meccanismo operativo (inefficacia automatica), a quella dei pagamenti di debiti non scaduti eseguiti nei due anni anteriori al fallimento di cui all’articolo 65 legge fallimentare, come confermato dal fatto che entrambe le ipotesi (pagamenti di crediti non scaduti e postergati) sono oggi contemplate dall’articolo 164 del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

(segue): l’eterodirezione esercitata da persona fisica

La terza questione sollevata davanti alla Suprema corte con il terzo motivo di ricorso è quella relativa alla natura giuridica, necessariamente collettiva o anche individuale, dell’entità che esercita attività di direzione e coordinamento presupposta dalla norma di cui all’articolo 2497 del codice civile, avendo il ricorrente contestato la sentenza della corte d’appello nella parte in cui aveva ritenuto che il soggetto eterodirettore dovesse essere necessariamente una società o un ente e non una persona fisica.

Il ricorrente aveva interesse alla questione nel senso di considerare ricompresa nella previsione normativa anche l’ipotesi della società eterodiretta da persona fisica al fine di consentire l’applicazione al caso di specie della norma di cui

all'articolo 2497-quinquies del codice civile, che, come si è visto, assoggetta alla stessa regola dell'articolo 2467 i finanziamenti erogati non solo dal soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento ma anche da altri soggetti sottoposti a comune direzione (salva la contraddizione di cui *infra* in cui è incorso il ricorrente e ben evidenziata dalla Suprema Corte ed anche nella requisitoria scritta del pubblico ministero).

Tale questione non viene, in effetti, affrontata dalla Suprema corte, ma viene invece esaminata dal pubblico ministero nella sua requisitoria scritta. La Suprema corte si è limitata a dichiarare inammissibile la questione, avendo la corte d'appello, con giudizio di fatto non censurabile in cassazione, affermato che le operazioni di finanziamento e rimborso tra le società Alfa e Beta erano state decise ed attuate da Tizio, non in quanto soggetto esercente attività di direzione e coordinamento, ma in quanto amministratore (oltre che socio di maggioranza) di entrambe le società. E, d'altra parte, la questione sarebbe comunque irrilevante, atteso che il ricorrente aveva (contraddittoriamente) puntualizzato di non esercitare l'azione di restituzione del rimborso del finanziamento prevista dell'articolo 2467 codice civile, richiamato dall'articolo 2497-quinquies, stesso codice, ma quella generale di ripetizione dell'indebito oggettivo di cui all'articolo 2033 del codice civile.

La questione è rimasta, così, sullo sfondo e non è stata esplicitamente risolta dalla Suprema Corte, benché fosse stata comunque esaminata dal pubblico ministero, che, nella sua requisitoria scritta, ha ammesso la responsabilità da eterodirezione esercitata da persona fisica, richiamando il precedente di Cassazione 6 marzo 2017, n. 5520, la quale ha affermato la possibile esistenza di una responsabilità da impresa, in particolare nella sfera fallimentare, di un *holder* persona fisica, che sia a capo di più società in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie, e che svolga professionalmente, con stabile organizzazione, in nome proprio, l'indirizzo, il controllo e il coordinamento delle società, non limitandosi così al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio, responsabilità che, peraltro, il precedente citato qualifica "diversa" da quella prevista a vantaggio dei creditori della società eterodiretta dall'art. 2497 cod. civ., precisazione questa che sembra essere sfuggita al pubblico ministero.

La questione dell'applicabilità o meno dell'articolo 2497 del codice civile anche all'eterodirezione esercitata da persone fisiche rimane così, in teoria, aperta, potendo richiamarsi, da un lato, quale argomento contrario all'applicabilità, il dato letterale della norma, come risultante all'esito dei lavori legislativi, che parrebbe escludere la sua applicabilità all'eterodirezione esercitata da persone fisiche, salva la responsabilità solidale di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo prevista dal secondo comma della norma (cfr., in tal senso, Cariello, *opera citata*, 1824 - 1825), ma, dall'altro lato, quale argomento a favore dell'applicabilità, la considerazione che la responsabilità oggetto della norma è quella derivante dalla direzione (unitaria) di società, ciò che può costituire un semplice fatto (determinato ad esempio, come accade più frequentemente nelle *public companies* del mondo anglosassone, dall'identità degli amministratori delle varie società) che può prescindere da una situazione giuridica di controllo azionario (cfr. F. Valenza, «*Il difficile, a volte drammatico, rapporto tra business e human rights. Fatti, principi, riflessioni*», Milano, 2021, 205 - 206).

E, tuttavia, la Suprema corte, nella decisione in commento, anche se non ha affrontato esplicitamente la questione della rilevanza per gli articoli 2497 e 2497-*quinquies* della eterodirezione esercitata da persona fisica, sembra, in effetti, aver implicitamente aderito alla tesi della rilevanza (sostenuta dal pubblico ministero), ravvisando nel caso di specie, come meglio chiarito *infra*, una potenziale - ove fosse stata invocata dal ricorrente - responsabilità dell'amministratore ex articolo 2394 del codice civile per violazione dell'articolo 2467 (come richiamato dall'articolo 2497-*quinquies*) per rimborso di finanziamento postergato erogato da società sorella.

I rimedi approntati dall'ordinamento

L'intreccio normativo viene, infine, dipanato dalla Suprema Corte, la quale respinge anche il quarto motivo di ricorso con il quale il ricorrente invocava la generica responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, affermando il Supremo Collegio che può esservi luogo a tali responsabilità generiche solo qualora il comportamento lamentato e produttivo di danno è compiuto al di fuori ed indipendentemente dall'esistenza e dal collegamento con il rapporto di amministrazione, ciò che non ricorre nel caso di specie.

E infatti, come già affermato da Cassazione, 15 maggio 2019, n. 12994, la postergazione disposta dall'articolo 2467 del codice civile opera già durante la vita della società e non solo in sede concorsuale, integrando una condizione di inesigibilità temporanea sino a quando non sia superata la situazione di difficoltà economico - finanziaria prevista dalla norma (eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, oppure situazione in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento: articolo 2467, comma 2); con la conseguenza che la società, e per essa gli amministratori, persistendo tale situazione, è tenuta a rifiutare il rimborso del finanziamento, *in presenza della indicata situazione ove esistente al momento della concessione del finanziamento ed a quello della richiesta di rimborso*, situazione di difficoltà economico - finanziaria che è compito dell'organo gestorio riscontrare mediante la previa adozione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile; e che, quindi, la violazione di tale regola, che concorre a conformare lo statuto dell'amministratore, può dar luogo a plurime forme di tutela, tra le quali, senz'altro, la responsabilità ex articolo 2394 del codice civile per violazione di doveri tipicamente previsti dalla legge nei confronti dei creditori da parte degli amministratori di una società che abbiano rimborsato finanziamenti in violazione della norma di cui all'articolo 2467 (come richiamata dall'articolo 2497-*quinquies*).

Il rimedio approntato dall'ordinamento in situazioni di tal fatta sarebbe dunque la generale norma, non invocata dal ricorrente, che prevede la responsabilità dell'amministratore nei confronti dei creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (così come, del resto - conformemente a quanto evidenziato dal Pm sul primo motivo di ricorso, citando la Cassazione 5797/2021 - la stessa norma di cui all'articolo 2497 del codice civile, che stabilisce la responsabilità della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, non esclude, in linea di principio, la responsabilità generale degli amministratori della società in ipotesi eterodiretta).

SOCIETÀ

Spa «chiuse», azioni proprie valide per il quorum costitutivo e deliberativo**Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Sentenza 3 settembre 2024, n. 23557***Francesco Machina Grifeo**Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 3 settembre 2024*

La Cassazione, sentenza n. 23557 depositata oggi, torna a fare il punto su una delicata questione in linea con quanto già disposto con la sentenza n. 23950 del 2 ottobre 2018

La Cassazione, sentenza n. 23557 depositata oggi, ribadisce che nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio le azioni proprie sono incluse nel computo sia del "quorum" costitutivo che di quello deliberativo. Si tratta di una questione, ricorda la I Sezione civile, di cui la Suprema corte si era già occupata con la sentenza n. 23950 del 2 ottobre 2018, sempre con riguardo la Salini Spa.

La pronuncia riguardava l'impugnazione di una deliberazione assembleare del 2012 con cui era stata disposta l'assegnazione gratuita, in favore dei soci, proporzionalmente alle rispettive partecipazioni, delle azioni in proprietà della società. La Corte territoriale aveva respinto il gravame confermando la sentenza di primo grado che aveva annullato la deliberazione in quanto il presidente dell'assemblea, pur conformandosi all'ordine, impartitogli dal Tribunale, di prendere in considerazione le azioni proprie ai fini del computo della maggioranza deliberativa, aveva escluso dal conteggio i voti espressi dai soci di minoranza.

In sintesi, la Corte di appello milanese ha ritenuto che le azioni proprie andassero computate nel quorum deliberativo; ha quindi negato che tra i poteri del presidente dell'assemblea rientri anche quello di escludere dal computo del quorum suddetto il voto di soci in conflitto di interessi ed escluso, comunque, che tale conflitto nella fattispecie sussistesse, posto che il voto contrario espresso dai soci di minoranza trovava giustificazione nella progettata distribuzione gratuita delle azioni, che avrebbe reso la maggioranza, già detentrica del 47,12% del capitale sociale, padrona assoluta della società ed ha riconosciuto la responsabilità risarcitoria di tutti gli amministratori della società.

L'art. 2357-ter c.c., ricorda la Cassazione, prevede, al secondo comma, che il diritto di voto delle azioni proprie è sospeso, ma che dette azioni sono «computate ai fini del calcolo delle maggioranze e delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea»; opposta regola è operante per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, in quanto per esse «il computo delle

azioni proprie è disciplinato dall'art. 2368, terzo comma», e quindi dette azioni «non sono computate ai fini del calcolo della maggioranza e della quota di capitale richiesta per l'approvazione della deliberazione».

Il dettato normativo vigente, dunque, è nel senso che, nelle società per azioni che non ricorrono al mercato del capitale di rischio, le azioni proprie debbano essere sempre conteggiate nel calcolo non dei soli quorum assembleari costitutivi, ma anche di quelli deliberativi. La nuova disposizione, infatti, prosegue la Corte, “non lega affatto il calcolo alla diversa circostanza se la base per il medesimo sia il capitale sociale oppure quello rappresentato in assemblea, imponendo di calcolare in ogni caso le azioni proprie”.

La volontà espressa dal legislatore, spiega la Corte, trova ragione nell'esigenza di impedire, nelle società «chiuse», che le azioni proprie modifichino i rispettivi poteri dei soci e, più in generale, che risulti alterata la c.d. funzione organizzativa del capitale sociale: la prospettiva funzionale associata alla norma vigente - osservano i giudici - è dunque rovesciata rispetto a quella che poteva accostarsi alla precedente versione del testo legislativo, ove era dominante il fine di evitare situazioni di stallo, per l'impossibilità di formare una maggioranza, rispetto a decisioni dalle quali dipendesse la stessa sopravvivenza della società (Cass. 16 ottobre 2013, n. 23540 cit.).

Così, tornando al caso concreto, il differente impatto delle due prescrizioni è del tutto evidente. In una situazione in cui il gruppo di maggioranza detiene il 47% del capitale sociale, quello di minoranza il 43% e le azioni proprie rappresentano il 10% del detto capitale, la base di calcolo è sempre rappresentata dalla totalità del capitale, con la conseguenza che gli azionisti di maggioranza non possono mai raggiungere (in prima, come in seconda convocazione dell'assemblea ordinaria) il quorum deliberativo.

In base alla prescrizione che imponeva di considerare le azioni proprie solo per i quorum che si configurino come quote del capitale sociale, i soci detentori del 47% delle azioni sociali potevano imporre le loro decisioni alla minoranza nelle assemblee ordinarie in seconda convocazione, in cui il quorum si riduceva al 90%. La prima soluzione, chiosa la Cassazione, premia l'esigenza di evitare che l'acquisto di azioni proprie possa alterare il peso delle partecipazioni azionarie all'interno dell'assemblea a vantaggio del gruppo di maggioranza; la seconda valorizza l'interesse a che la formazione della volontà assembleare non sia penalizzata e sfoci nella sostanziale e perdurante inattività dell'organo deliberativo.

In definitiva, il legislatore facendo uso della propria discrezionalità, “difronte a più soluzioni astrattamente ipotizzabili”, ha optato per il criterio che “più si mostrava capace di preservare, in seno all'assemblea, gli equilibri preesistenti all'acquisto delle azioni proprie da parte della società”. Tale discrezionalità, aggiunge la Corte, è stata spesa differenziando le società «chiuse» da quelle «aperte» ed escludendo per queste ultime che le azioni proprie fossero incluse nel quorum deliberativo: “ciò al fine evidente di consentire che in queste ultime, in cui l'azionariato è diffuso, la maggioranza si formasse in modo più agevole”.

RESPONSABILITÀ

Infortunio nell'ora di educazione fisica, niente risarcimento se il sinistro non poteva essere impedito

Nota a Corte di Cassazione, Civile, Sezione 3, Ordinanza del 25-07-2024, n. 20790

Pietro Alessio Palumbo

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 3 settembre 2024

Secondo la Corte di Cassazione (ordinanza n. 20790/2024) in tema di danni conseguenti ad un infortunio sportivo subito da uno studente durante una gara svoltasi all'interno della struttura scolastica nell'ora di educazione fisica, ai fini della configurabilità della responsabilità della scuola è necessario:

- a) che il danno sia conseguenza del fatto illecito di un altro studente partecipante alla gara, il quale sussiste se l'atto dannoso sia posto in essere con un grado di violenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato o con il contesto ambientale nel quale l'attività sportiva si svolge o con la qualità delle persone che vi partecipano, ovvero allo specifico scopo di ledere, anche se non in violazione delle regole dell'attività svolta, e non anche quando l'atto sia compiuto senza la volontà di ledere e senza la violazione delle regole della disciplina sportiva, né se, pur in presenza di una violazione delle regole dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto lesivo sia a questa funzionalmente connesso;
- b) che la scuola non abbia predisposto tutte le misure idonee ad evitare il fatto. Ne consegue che grava sullo studente l'onere di provare l'illecito commesso da un altro studente, mentre spetta alla scuola dimostrare l'inevitabilità del danno, nonostante la predisposizione di tutte le cautele idonee ad evitare il fatto. Le condizioni di applicabilità della disciplina si traducono dunque in un fatto costitutivo, l'illecito, che va provato dal danneggiato, e in un fatto impeditivo, il non averlo potuto evitare nonostante la predisposizione di tutte le idonee cautele, che va provato dalla scuola.

Le conclusioni dei giudici di merito

Nella vicenda i giudici di merito avevano accertato:

- a) che non si trattava di una partita di rugby bensì di un esercizio di educazione fisica consistente nel simulare una fase di gioco all'interno della palestra, precisando che si bloccava la persona, ma non c'era placcaggio;
- b) che il Ministero dell'Istruzione nei suoi programmi di educazione fisica relativi alle scuole superiori include la pratica sportiva e lo svolgimento di

esercizi ginnici e di gare tra contrapposte squadre di studenti; peraltro, nel caso di specie non si trattava di pratica sportiva in senso proprio, ma di un esercizio propedeutico alla pratica sportiva del rugby;

c) che un istruttore di rugby aveva adeguatamente illustrato l'esercizio agli alunni ed era rimasto presente durante lo svolgimento dello stesso unitamente a tre insegnanti;

d) che il pavimento della palestra era in linoleum, materiale normalmente usato nelle palestre proprio perché attutisce i colpi.

Le posizioni della Suprema corte sulla questione

La Suprema Corte ha chiarito che il criterio per individuare in quali ipotesi il comportamento che ha provocato il danno sia esente da responsabilità civile sta nello stretto collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo. Collegamento che va escluso quando l'atto sia stato compiuto allo scopo di ledere, ovvero con una violenza incompatibile con le caratteristiche concrete del gioco, con la conseguenza che sussiste in ogni caso la responsabilità dell'agente in ipotesi di atti compiuti allo specifico scopo di ledere, anche se gli stessi non integrino una violazione delle regole dell'attività svolta; mentre la responsabilità non sussiste se le lesioni siano la conseguenza di un atto posto in essere senza la volontà di ledere e senza la violazione delle regole dell'attività, nonché nell'ipotesi in cui, pur in presenza di violazione delle regole proprie dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto sia a questa funzionalmente connesso, rientrando nell'alea normale della medesima.

Nella specie il giudice di primo grado, dopo aver attentamente esaminato le risultanze istruttorie, aveva escluso la pericolosità dell'esercizio, anche tenuto conto dell'età delle ragazze (14 anni), ed era pervenuto a concludere che la condotta delle alunne che componevano la squadra avversaria a quella dell'attrice era stata repentina ed imprevedibile. Pertanto, ravvisando avere la scuola fatto quanto doveva per assolvere all'obbligo di vigilanza cui era tenuta, e ritenendo essersi il sinistro verificato con modalità tali da non potere essere impedito, e rientrare l'evento nell'alea ordinaria dell'attività sportiva cui la studentessa ricorrente, aveva preso parte durante l'ora di educazione fisica.

Questa ricostruzione ha convinto il Suprema Corte. Nel caso di specie si verteva infatti in tema di esercizi di approccio all'attività del rugby durante l'ora di educazione fisica a scuola, dei quali va valorizzato l'aspetto intrinsecamente educativo oltre che ludico, finalizzato alla valorizzazione del gioco di squadra ed alla fiducia nei compagni, all'attenzione alle regole ed al rispetto dell'avversario, alla formazione dei giovani per una maggiore sicurezza di sé nel raggiungimento degli obiettivi. Ciò conformemente alla ratio dell'art. 33 Cost. secondo cui la Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme.

CIVILE

Composizione negoziata della crisi: alla ricerca di un costruttivo rapporto tra Erario ed impresa

Nota a Tribunale Modena, Sezione 3, Civile, Ordinanza 22 luglio 2024, n. 6167

Francesco Bramerini, Studio Legale Senni&Partners - Partner 24 ORE
Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 3 settembre 2024

In sede di composizione negoziata della crisi, un'impresa, nell'ottica del raggiungimento del proprio risanamento, ha depositato un ricorso innanzi al Tribunale di Modena, sezione III civile, al fine ottenere la conferma delle misure protettive (MP) e la concessione di alcune specifiche misure cautelari (MC).

Lo stato di crisi della ricorrente era derivato dalla ricezione di alcuni avvisi di accertamento della Guardia di Finanza, con i quali era stata contestata un'indebita detrazione di IVA con riferimento a fatture emesse per operazioni inesistenti e la presentazione di dichiarazioni IVA infedeli in conseguenza della annotazione di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti.

La Società aveva già provveduto a contestare tali avvisi, e, dopo essere stata dichiarata soccombente in primo grado, aveva deciso di promuovere appello, avanzando altresì un'istanza cautelare di sospensione degli effetti della pronuncia appellata. Il rigetto di tale ultima istanza, aveva condotto l'Agenzia delle Entrate ad iscrivere a ruolo le somme contestate nella misura di legge e a costituirsi nell'apposita udienza di conferma delle MP e di concessione delle MC, chiedendo il rigetto della specifica richiesta della ricorrente.

Dalla lettura dell'Ordinanza del Tribunale di Modena (n. 6167/2024 del 22/07/2024) emerge che il piano della Società si incentra principalmente sulla definizione dei rapporti con l'Erario.

La Società difatti avrebbe chiesto l'annullamento degli avvisi di accertamento sulla scorta di alcune recenti pronunce emesse dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (C-537/2022 dep. il 11.1.2024) e dalla Suprema Corte di cassazione (nr. 14102/2024). Pronunce dalle quali emerge un principio ormai consolidato in giurisprudenza, in base al quale: *"ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova della conoscenza o conoscibilità, secondo la massima diligenza esigibile da un accorto operatore professionale, dell'esistenza di una frode IVA consumata a monte della catena produttiva o distributiva, le cautele che si richiede che il cessionario sia tenuto ragionevolmente ad adottare, perché si escluda il suo coinvolgimento, anche solo per colpevole ignoranza, nella frode commessa a monte, non possono attingere a verifiche complesse e approfondite, analoghe a quelle che l'amministrazione finanziaria avrebbe i mezzi per effettuare"*.

Di conseguenza, la ricorrente, ritenendo di aver adempiuto diligentemente ai controlli sui propri fornitori, ha manifestato l'intento di raggiungere una conciliazione con l'Erario in sede giudiziale, cercando così di ridurre l'importo del dovuto, per poi successivamente trattare il debito attraverso gli strumenti previsti dall'Ordinamento concorsuale vigente (*artt. 63 o 88 CCII*) o futuro (*cfr. art. 23 comma 2-bis CCII*, ad oggi non vigente, *cd. Correttivo del CCII*). La continuità aziendale sarebbe garantita dalla Società mediante la destinazione di metà dei propri flussi di cassa al soddisfacimento delle pretese erariali, l'alienazione di cespiti non aziendali, e l'intervento finanziario dell'imprenditore.

Ad avviso del Tribunale, il ragionamento della Società non è da considerarsi come implausibile, ma allo stato viene giudicato come prematuro e in parte difettoso, dal momento che la ricorrente non ha descritto le utilità che le parti interessate potrebbero trarre dalla soluzione alternativa di carattere liquidatorio.

Il Tribunale, dopo aver ricordato che le MP e le MC devono essere strumentalmente idonee a salvaguardare le trattative effettivamente in corso, precisa pertanto che tale idoneità debba evincersi da una serie di elementi: intrinseci ed estrinseci.

Tra i primi, merita segnalare la *"disponibilità alle trattative da parte di una platea di creditori ampiamente rappresentativa dell'intero ceto"*, poiché dalla disamina di tale elemento il Tribunale ha colto l'occasione per specificare che: *"ADE non può trincerarsi dietro la considerazione per cui le trattative sarebbero mancanti ogniqualvolta non sia stata formalizzata la istanza di cd. transazione fiscale, visto e considerato che lo strumento (ad oggi) non esiste nell'ambito della mera CNC (lacuna che infatti il Legislatore si appresta a colmare), ma è pur sempre utilizzabile nell'ambito degli strumenti che del percorso in parola costituiscono un possibile esito."*

Tra gli elementi estrinseci, invece, il Tribunale indica la *"chiarezza della strategia di risanamento"*. La Società, pertanto, sarebbe tenuta a chiarire se la strategia di definizione dei debiti erariali sia effettivamente quella indicata, e compiere decisi passi in avanti in tale ottica, poiché, laddove l'idea della Società sia quella di ottenere giudizialmente l'annullamento totale degli avvisi di accertamento, secondo il Tribunale la ricorrente si troverà a dover fronteggiare la verosimile istanza di liquidazione giudiziale da parte di ADER, affidando ai poteri di cognizione incidentale del Giudice concorsuale le proprie speranze di ottenere un accertamento negativo della pretesa erariale.

Ciò premesso, il Tribunale, dopo aver assunto il consenso dell'Esperto al risanamento dell'impresa ed aver constatato la mancata opposizione di tutti i creditori (diversi dall'Erario), ha valutato utile circondare l'iniziativa di risanamento della ricorrente di alcune cautele protettive al fine di registrare nel brevissimo periodo: un intervento finanziario consono; l'intrapresa di vere trattative (anche) con l'Erario; l'illustrazione approfondita e documentata dello scenario liquidatorio. Di conseguenza, ha accolto, seppur parzialmente, le istanze della ricorrente, confermando e concedendo alcune delle MP e MC richieste.

In linea generale, occorre ricordare che fenomeni di frode Iva consumata a monte della catena produttiva o distributiva, e simili a quelli contestati nel caso di specie dall'Erario alla Società, sono molto frequenti nel panorama della realtà imprenditoriale. È, difatti, estremamente utile per l'imprenditore adottare ido-

nei strumenti al fine di effettuare un'approfondita verifica dei propri fornitori ed evitare molteplici risvolti negativi, che possono essere non solo di carattere sanzionatorio, ma altresì di carattere reputazionale.

Per tali ragioni, a parere di chi scrive, il piano di risanamento dovrebbe prevedere, *inter alia*, l'implementazione di precisi piani rimediali, quali strumenti di efficientamento dell'attività come la previsione di modelli organizzativi 231/2001, vari livelli di controllo interno, adeguati assetti organizzativi e una solida Governance aziendale.

Emblematica, al riguardo, è la vicenda che ha interessato una nota piattaforma di ordinazione e consegna di cibo online, ed in particolar modo la revoca della misura dell'amministrazione giudiziaria che l'aveva coinvolta, avvenuta proprio grazie all'adozione di idonei piani rimediali.

Nel provvedimento di revoca veniva infatti chiarita l'importanza di *"stimolare l'impresa a dotarsi in via autonoma di adatti presidi interni di controllo"* poiché ciò conduceva *"a valorizzare i costi della legalità all'interno di un progetto imprenditoriale autoctono e non eteroimposto, in grado di generare anticorpi duraturi all'interno del soggetto economico attinto dalla misura."* (Tribunale Milano, 03/03/2021, ud. 03/03/2021, dep. 03/03/2021).

Può pertanto sostenersi che in ambito di risanamento dell'impresa, la previsione e l'adozione di specifici piani rimediali da parte della Società permette all'imprenditore di raggiungere un duplice vantaggio: da un lato, gli consente di dimostrare la propria buona volontà di voler evitare il ripetersi di spiacevoli eventi che possono seriamente compromettere l'intera realtà societaria, e, dall'altro lato, permette all'impresa di beneficiare di considerevoli vantaggi competitivi, a completo soddisfo degli eventuali costi sostenuti per l'attuazione di simili iniziative.

CIVILE

Associazioni non riconosciute, responsabilità collegata all'attività negoziale svolta

Nota a Tribunale di Salerno, Sentenza 25 luglio 2024, n. 3913

Giuseppe Cassano

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 2 settembre 2024

Con il suo recente intervento qui in esame il Tribunale di Salerno permette all'interprete alcune riflessioni in tema di obbligazioni assunte dalle associazioni non riconosciute

La responsabilità personale e solidale, prevista dall'art. 38 c.c. a carico di colui che agisce in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta, non è collegata alla semplice titolarità della rappresentanza dell'associazione, ma all'attività negoziale effettivamente svolta per conto di essa e concretizzatasi nella creazione di rapporti obbligatori fra questa e i terzi. Lo stabilisce il tribunale di Salerno con la sentenza 25 luglio 2024 n. 3913.

Il fatto

Con il suo recente intervento qui in esame l'adito Tribunale di Salerno permette all'interprete alcune riflessioni in tema di obbligazioni assunte dalle associazioni non riconosciute.

La decisione del Tribunale di Salerno

Le associazioni non riconosciute, per quanto sprovvedute della personalità giuridica che deriva dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, sono tuttavia dotate di soggettività giuridica in relazione a plurime situazioni giuridiche in ragione di specifiche disposizioni di legge (art. 38 c.c. per i rapporti obbligatori; art. 2659 c.c. per i rapporti reali, etc. ...) (Cass. civ., sez. II, ord. 3 giugno 2024, n. 15408).

In particolare, secondo l'art. 38 c.c., a fronte delle obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione, i soggetti terzi "possono far valere i loro diritti sul fondo comune"; con la precisazione che "delle obbligazioni stesse rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione".

A differenza del socio illimitatamente responsabile nelle società di persone, nelle associazioni non riconosciute i legali rappresentanti (e, in particolare, il presidente) non rispondono affatto dei debiti dell'ente in base a tale loro qualità.

La responsabilità è prevista dall'art. 38 c.c. esclusivamente per coloro i quali hanno agito in nome e per conto dell'associazione nell'ambito del singolo, e specifico, rapporto obbligatorio fatto valere in giudizio: essa quindi non riguarda tutti i debiti dell'ente e non si traduce in una obbligazione propria di tali soggetti ma, a ben vedere, si tratta di una obbligazione di garanzia per uno specifico debito altrui (Cass. civ., sez. VI - 5, ord., 26 febbraio 2019, n. 5684).

E dunque, il creditore dell'associazione non riconosciuta, se intende valersi della disposizione di cui all'art. 38 c.c., potrà convenire, nel giudizio di cognizione diretto a ottenere il titolo esecutivo, insieme all'associazione, il soggetto che pretende obbligato in solido con la stessa, in proprio, chiedendo accertarsi la sua responsabilità solidale, onde ottenere la condanna sia dell'associazione che del soggetto solidalmente responsabile per la relativa obbligazione (Trib. Roma, sez. IV, 11 gennaio 2021, n. 416; Trib. Ragusa, 19 marzo 2020).

Se invece il giudizio di cognizione si svolge esclusivamente nei confronti dell'associazione (e quindi non ha - e non può avere - a oggetto l'accertamento dei presupposti per la sussistenza della responsabilità personale accessoria del soggetto che abbia agito per la stessa), il titolo esecutivo che si formerà all'esito del giudizio di cognizione avrà efficacia esecutiva esclusivamente contro l'associazione; ciò è a dirsi pure nell'ipotesi in cui l'associazione sia convenuta in giudizio in persona del suo legale rappresentante, laddove quest'ultimo non sia evocato in giudizio anche in proprio, oltre che nella sua qualità.

Da ultimo Cass. civ., sez. V, 24 luglio 2024, n. 20502 ha osservato che la ratio dell'art. 38 c.c. "è volta a contemperare l'assenza di un sistema di pubblicità legale riguardante il patrimonio dell'ente, con le esigenze di tutela dei creditori (che abbiano fatto affidamento sulla solvibilità e sul patrimonio di dette persone), e trascende, pertanto, la posizione astrattamente assunta dal soggetto nell'ambito della compagine sociale, ricollegandosi piuttosto ad una concreta ingerenza dell'agente nell'attività dell'ente" (v. anche conf. Cass. civ., sez. V, 2 maggio 2024, n. 11869).

Se, come detto, la fattispecie ex art. 38 cit. è radicalmente differente da quella prevista per i soci illimitatamente responsabili delle società di persone, essa è invece, per certi aspetti, assimilabile a quella del fideiussore per le obbligazioni del debitore principale (Cass. civ., sez. III, 6 agosto 2002, n. 11759; Cass. civ., sez. III, 7 dicembre 2004, n. 22982; Cass. civ., sez. III, 29 dicembre 2011, n. 29733; Cass. civ., sez. I, 17 giugno 2015, n. 12508).

La responsabilità personale del socio riguarda tutti i debiti della società rappresentata e deriva dalla sua qualità (restando peraltro contestabile mediante opposizione all'esecuzione).

Si tratta di una situazione per certi aspetti analoga a quanto avviene, ad esempio, ai sensi dell'art. 477 c.p.c., per gli eredi del debitore: in entrambi i casi l'estensione dell'efficacia esecutiva del titolo non richiede alcun ulteriore accertamento di fatto in ordine ad una condotta del soggetto, quale fatto costitutivo della sua responsabilità per il singolo e specifico rapporto obbligatorio, ma deriva semplicemente dalla sua qualità o "posizione" e riguarda indistintamente tutti i debiti dell'obbligato principale.

Inoltre, quella del socio costituisce una responsabilità per una obbligazione pro-

pria, derivante direttamente dalla legge (tanto che il socio illimitatamente responsabile di società di persone è automaticamente dichiarato fallito, in caso di fallimento della società), non di una responsabilità solidale per una obbligazione altrui assimilabile alla fideiussione (Cass. civ., sez. III, 14 maggio 2019, n. 12714). Quanto fin qui visto non esclude, peraltro, che, per i debiti d'imposta, i quali non sorgono su base negoziale, ma ex lege al verificarsi del relativo presupposto, sia chiamato a rispondere solidalmente, tanto per le sanzioni pecuniarie quanto per il tributo non corrisposto, il soggetto che, in forza del ruolo rivestito, abbia diretto la complessiva gestione associativa nel periodo considerato, fermo restando che il richiamo all'effettività dell'ingerenza vale a circoscrivere la responsabilità personale del soggetto investito di cariche sociali alle sole obbligazioni sorte nel periodo di relativa investitura (Cass. civ., sez. V, ord. 17 giugno 2024, n. 16754; Corte di Giustizia Trib. di secondo grado Lazio Roma, sez. XIV, 10 giugno 2024, n. 3845; Cass. civ., sez. VI - 5, Ord., 24 febbraio 2020, n. 4747; Cass. civ., sez. V, 24 luglio 2019, n. 19982; Cass. civ., sez. VI - 5, Ord., 22 gennaio 2019, n. 1602). Pertanto, si presume che il legale rappresentante assuma il ruolo di garante *ex lege* dei debiti tributari dell'associazione da lui rappresentata, sorti nei periodi di imposta in cui egli risulti esserne stato rappresentante, salvo che questi dimostri l'intervenuta cessazione dalla carica.

Cessazione che, per essere opponibile all'amministrazione finanziaria, in assenza di un regime di pubblicità degli eventi che vengano a colpire l'associazione medesima, deve essere portata a conoscenza della medesima amministrazione finanziaria con mezzi idonei (quale la comunicazione di tale evento all'anagrafe tributaria a termini degli artt. 1, 2 e 7 del D.P.R. n. 605 del 1973 - v. in tal senso: Cass. civ., sez. V, Ord., 22 ottobre 2019, n. 26924).

Infine, si consideri che i partiti politici sono associazioni private non riconosciute, prive di personalità giuridica e dunque regolate ex artt. 36 ss. c.c.; gli stessi infatti dispongono per effetto dei contributi di un patrimonio proprio (denominato fondo comune dall'art. 37 c.c.) che rimane separato sia da quello degli associati che da quello delle persone fisiche che compongono gli organi statutari.

La Cassazione ha avuto modo di precisare che, un conto è la eventuale possibilità per il partito di "allargare" l'ambito di utilizzazione dei fondi ricevuti (con la precisazione che ove voglia farlo occorre una delibera ad hoc del partito stesso che manifesti tale specifica intenzione e che modifichi lo Statuto nel senso desiderato), e altro è che i soggetti chiamati ad amministrare il partito e i suoi fondi compiano operazioni che, travalicando i limiti statutari, si risolvono in una indebita appropriazione di fondi per ragioni personali (Cass. pen., sez. II, 11 marzo 2020, n. 9743).

RESPONSABILITÀ MEDICA

Malpractice medica, la displica del riparto dell'onere della prova

Nota a Tribunale di Rimini, Sentenza 29-07-2024, n. 754

Giuseppe Cassano

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 30 agosto 2024

Nel giudizio di responsabilità medica il paziente-creditore ha l'onere di provare l'esistenza del contratto (o contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia in rapporto causale con l'intervento medico, allegando l'inadempimento qualificato del debitore; è poi a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato o che, pur esistendo, non è stato eziologicamente rilevante. Lo chiarisce il tribunale di Rimini con la sentenza 754/2024.

Il fatto all'esame dei giudici

Adito in materia di responsabilità sanitaria, per il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale asseritamente cagionato a un paziente dall'esecuzione di errate cure odontoiatriche, il Tribunale di Rimini con la pronuncia qui in esame permette alcune riflessioni in tema di riparto dell'onere della prova in tale delicato sottosistema di responsabilità civile.

È opportuno preliminarmente ricordar come, nella responsabilità sanitaria, le norme poste dall'art. 3 I, D.L. n. 158/2012 (convertito con modificazioni nella L. n. 189/2012), e dall'art. 7, III, L. n. 24/2017 non hanno efficacia retroattiva non essendo così applicabili ai fatti verificatisi anteriormente alla loro entrata in vigore (Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28994).

La legge n. 24 cit., in particolare, disegna compiutamente un nuovo sistema di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie e ha, pertanto, natura sostanziale, di tal che le disposizioni di natura processuale, pure in essa contenute, non possono che leggersi in stretta e indispensabile connessione con il complesso del nuovo regime sostanziale di responsabilità, del quale rappresentano mero corollario, non essendone ipotizzabile un'applicazione avulsa dall'intera vigenza del nuovo sistema (Corte dei Conti, sez. III App., 3 maggio 2024, n. 127; Corte dei Conti Calabria, sez. giurisdiz., 25 marzo 2024, n. 30; Corte dei Conti Veneto, sez. giurisdiz., 26 febbraio 2024, n. 17).

La decisione del Tribunale di Rimini

Tanto premesso, e ferma l'inoperatività nel caso all'esame del Tribunale di Rimini dello statuto della responsabilità civile extracontrattuale previsto dall'art.

7, III, L. n. 24/2017 con riferimento ai medici dipendenti della struttura ospedaliera, la responsabilità della struttura sanitaria invocata a fondamento della domanda risarcitoria proposta dal paziente deve essere inquadrata nell'ambito della responsabilità contrattuale.

Invero, il rapporto che si instaura fra il paziente e l'ente ospedaliero trova la propria fonte in un contratto atipico a prestazioni corrispettive con (entro certi limiti) effetti protettivi nei confronti del terzo, nel quale, a fronte dell'obbligo di pagamento del corrispettivo che grava sul servizio sanitario nazionale, insorgono a carico della struttura sanitaria obblighi alberghieri in senso lato e obblighi di messa a disposizione del personale medico e di apprestamento delle attrezzature necessarie, con la conseguenza che l'ente ospedaliero deve essere considerato responsabile non soltanto in caso di inadempimento delle obbligazioni contrattualmente assunte ai sensi dell'art. 1218 c.c. ove i danni lamentati siano riconducibili alla inadeguatezza della struttura, ma anche in ipotesi di inadempimento della prestazione medico-professionale svolta dal medico, quale suo ausiliario necessario, ai sensi dell'art. 1228 c.c. (Cass. civ., sez. III, ord. 20 giugno 2024, n. 17113; Trib. Nola, sez. I, 16 maggio 2024, n. 1554; Trib. Bari, sez. III, 2 maggio 2024, n. 2070; App. Napoli, sez. IX, 18 marzo 2024, n. 1200; Trib. Viterbo, 15 novembre 2023, n. 1139; Trib. Potenza, 17 ottobre 2023, n. 1306).

Dalla qualificazione della responsabilità dell'ente ospedaliero come responsabilità contrattuale derivano due conseguenze che attengono, l'una, all'individuazione del termine di prescrizione del diritto del danneggiato a ottenere il risarcimento del danno e, l'altra, alla distribuzione fra le parti dell'onere della prova.

Quanto al primo profilo, l'azione risarcitoria fondata sulla responsabilità della struttura sanitaria per il danno alla persona causato da imperizia nell'attività diagnostica, o terapeutica, oppure nell'esecuzione di una operazione chirurgica è soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale (Trib. Napoli, sez. VIII, 26 luglio 2024, n. 7435; Cass. civ., sez. III, ord. 15 marzo 2024, n. 7074; Cass. civ., sez. III, ord. 5 marzo 2024, n. 5922; Cass. civ., sez. III, ord. 11 dicembre 2023, n. 34516; Cass. civ., sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085).

In relazione alla distribuzione dell'onere probatorio, la giurisprudenza (a partire dalla nota sentenza Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533) è consolidata nel ritenere che in tema di responsabilità contrattuale, in attuazione dei principi generali dettati dall'art. 2697 c.c., l'attore che agisce in giudizio al fine di far valere la responsabilità contrattuale del convenuto e di ottenere il risarcimento del danno deve dimostrare l'esistenza del contratto da cui deriva l'obbligazione dedotta in giudizio, il pregiudizio subito a causa del dedotto inadempimento dell'altro contraente e l'adempimento della propria obbligazione che non abbia un termine di scadenza successivo a quella della controparte e che sia alla stessa sinallagmaticamente collegata, limitandosi ad allegare l'inadempimento del debitore, mentre grava su quest'ultimo l'onere di fornire la prova di avere adempiuto correttamente la propria obbligazione oppure di dimostrare la non imputabilità dell'inadempimento (Cons. Stato, sez. IV, 22 luglio 2024, n. 6592; Trib. Frosinone, 16 luglio 2024, n. 740; Trib. Nocera Inferiore,

sez. II, 16 luglio 2024, n. 1744; Trib. Napoli, sez. XII, 9 luglio 2024, n. 6907; Trib. Napoli, sez. XI, 2 luglio 2024, n. 6698).

A specificare come si distribuisca fra le parti l'onere della prova in tema di responsabilità sanitaria è intervenuta poi la Corte di cassazione, che nella nota sentenza n. 28991 dell'11 novembre 2019, ha affermato il seguente principio di diritto: ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione.

E così, più in particolare, sul presupposto che in tema di responsabilità sanitaria l'interesse corrispondente alla prestazione è soltanto strumentale all'interesse primario alla cui soddisfazione è finalizzata l'obbligazione dedotta in contratto (diritto alla salute) e che il danno evento (aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie) consiste nella lesione non dell'interesse strumentale, ma dell'interesse presupposto a quello regolato dal contratto, interesse presupposto che rileva come motivo comune ad entrambe le parti a livello della causa del contratto, la giurisprudenza ritiene che il paziente danneggiato, che agisce in giudizio al fine di ottenere il risarcimento del danno subito a causa della imperizia, negligenza o imprudenza del medico nella esecuzione della prestazione sanitaria, deve dimostrare l'esistenza del contratto o del contatto sociale, il verificarsi di un evento di danno alla salute e le conseguenze pregiudizievoli che ne sono derivate (causalità giuridica), ma anche la riconducibilità dell'insorgenza o l'aggravamento della patologia da cui è affetto (evento di danno) alla condotta del sanitario (causalità materiale); soltanto dopo che il creditore/danneggiato ha provato, anche mediante presunzioni, il nesso eziologico fra la condotta del debitore, nella sua materialità, e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie, sorge a carico del debitore (struttura ospedaliera e medico) l'onere di dimostrare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione (Trib. Potenza, 12 agosto 2024, n. 1291).

Con la precisazione che «il fortuito o l'imprevisto per regola generale può essere anche integrato dal comportamento dello stesso danneggiato» (Trib. Bologna, sez. III, 19 luglio 2022, n. 1984; v. anche Cass. civ., sez. III, 6 febbraio 2023, n. 3484).

TRIBUTARIO

La stretta dei giudici sul concorso nel reato del professionista

Nota a Corte di Cassazione, Civile, Sezione TRI, Sentenza del 28-08-2024, n. 23229

Antonio Iorio, Laura Ambrosi

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 30 agosto 2024

La responsabilità tributaria del professionista rispetto a società cui sono stati contestati illeciti fiscali è una questione particolarmente delicata ed è stata oggetto di pronunce della Cassazione che hanno delineato un orientamento abbastanza ondivago. Nel nostro ordinamento, la prima importante riforma delle sanzioni (Dlgs 472/97) aveva introdotto il principio di personalizzazione della sanzione, mutuando i criteri previsti in ambito penale. In principio, quindi, dinanzi a violazioni fiscali di un ente, era sanzionata la persona fisica e non la società. Successivamente, l'articolo 7 del Dl 269/2003, ha modificato la previsione, stabilendo che le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica. Tuttavia, tale norma, all'ultimo comma prevedeva comunque che la disposizione si conformasse alla disciplina generale (quindi al Dlgs 472/97).

La non perseguibilità dei dipendenti

L'agenzia delle Entrate ha da subito ritenuto applicabile la nuova disposizione solo in favore di soggetti interni alla società, quindi amministratori di diritto o fatto, dirigenti, dipendenti, eccetera. La giurisprudenza di legittimità, intervenuta in merito, ha consolidato il principio secondo cui in virtù di tale disposizione, le sanzioni sono esclusivamente a carico della persona giuridica risultando irrilevante la posizione del terzo (dipendente, amministratore, professionista terzo eccetera) rispetto all'ente, a condizione che avesse agito nell'interesse e a beneficio della società.

Al contrario se agiva nel proprio interesse, utilizzando l'ente quale schermo, veniva meno l'esclusione della sanzione.

La svolta della Cassazione

Recentemente la Suprema corte (sentenza 20697/2024) ha modificato tale orientamento ritenendo che l'articolo 7 Dl 269/2003 si riferisca esclusivamente a soggetti interni all'ente e non sia applicabile a terzi estranei quali consulenti, professionisti eccetera. Tale conclusione deriva anche dalla circostanza che il

legislatore del 2003, non ha abrogato o escluso né il concorso (disciplinato dall'articolo 9 Dlgs 472/97) né la responsabilità solidale di chi ha partecipato alla violazione (articolo 11 Dlgs 472/97). Da ciò consegue che la sanzione va irrogata all'autore e a coloro che abbiano comunque dato un contributo causale, anche se esclusivamente sul piano psichico, peraltro a nulla rilevando l'eventuale assenza di beneficio economico in capo al terzo. La decisione è apparsa fin da subito particolarmente rigorosa poiché, in concreto, i professionisti avrebbero risposto per i diversi illeciti commessi dai clienti nell'attività consulenziale.

Il 28 agosto, con una nuova pronuncia (sentenza 23229/2024) la Cassazione ha innanzitutto confermato che l'esclusione prevista dall'articolo 7 si applica solamente ai terzi "interni" e non anche agli estranei. Tuttavia, ha precisato che per rispondere della sanzione è necessario che sussistano propri specifici vantaggi, distinti da quelli della società.

Il beneficio «oltre corrispettivo»

In un passaggio della decisione, i giudici di legittimità affermano che deve trattarsi di un *quid pluris*, cioè di benefici che vadano ben oltre il corrispettivo della propria prestazione, traducendosi in altri termini non già in una mera prestazione al servizio di un committente, ma in una diretta e comune finalità di concorso nell'attuazione di condotte soggettivamente intese a ottenere vantaggi economici non spettanti, mediante il compimento di illeciti fiscali. La precisazione è particolarmente rilevante poiché ne deriverebbe l'esclusione di responsabilità del professionista terzo in assenza di un proprio interesse (verosimilmente economico).

Va da sé quindi che attenendosi ai nuovi principi espressi dalla giurisprudenza, per i soggetti estranei all'ente è applicabile una sanzione propria, sebbene calcolata rispetto agli illeciti commessi dalla società, solo a condizione che sia provata l'esistenza di un loro vantaggio diretto.

PROFESSIONE FORENSE

L'avvocato senza procura speciale paga le spese di giudizio

Nota a Corte di Cassazione, Sezione TRI, Civile, Ordinanza 27 agosto 2024, n. 23136

Francesco Machina Grifeo

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 28 agosto 2024

L'avvocato che propone un ricorso in Cassazione essendo privo della procura speciale paga le spese del giudizio. Lo ha ribadito la Corte di cassazione, ordinanza n. 23136 depositata oggi, affermando che l'attività del legale non ha alcun effetto sulla parte.

Il caso parte dal ricorso di una Snc contro alcuni avvisi di accertamento emessi dall'Agenzia delle entrate. Preliminarmente però per la Suprema corte verificato il requisito dell'esistenza e specificità della procura alle liti in relazione al ricorso.

Il requisito della specialità della procura (artt. 83, co 3, e 365 Cpc), ricorda la Cassazione, non richiede la contestualità del relativo conferimento rispetto alla redazione dell'atto cui accede, essendo necessario soltanto che essa sia congiunta, materialmente o mediante strumenti informatici, al ricorso e che il conferimento non sia antecedente alla pubblicazione del provvedimento da impugnare e non sia successivo alla notificazione del ricorso stesso.

Sempre ai fini della specificità, poi la Corte ha da tempo chiarito che la procura rilasciata all'avvocato iscritto nell'apposito albo e necessaria per la proposizione del ricorso per cassazione dev'essere conferita con specifico riferimento alla fase di legittimità e dopo la pubblicazione della sentenza impugnata.

Venendo al caso specifico, nell'instestazione del ricorso - si legge nella decisione - si rende noto che la procura è stata conferita in calce all'atto e, quanto alla posizione di uno dei ricorrenti, con atto allegato.

Tuttavia, il Collegio ha constatato che in calce al ricorso depositato telematicamente nel fascicolo d'ufficio non vi è alcuna procura alle liti, ma solo una doppia attestazione di conformità con riferimento agli atti depositati in primo e in secondo grado. Inoltre, la procura effettivamente depositata nel fascicolo telematico fa riferimento a una sentenza di appello diversa da quella oggetto del giudizio.

Si verte dunque in tema di procura del tutto mancante e, come tale, insuscettibile di sanatoria, trattandosi di un requisito preliminare di ammissibilità senza il quale il ricorso per Cassazione non può essere qualificato come tale ex artt. 83, comma 3, e 365 cod. proc. civ..

Al difetto di procura - afferma la Cassazione - consegue la condanna alle spese del difensore, alla luce del principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità secondo il quale «qualora il ricorso per cassazione sia stato proposto dal difensore in assenza di procura speciale da parte del soggetto nel cui nome egli dichiara di agire in giudizio, l'attività svolta non riverbera alcun effetto sulla parte e resta nell'esclusiva responsabilità del legale, di cui è ammissibile la condanna al pagamento delle spese del giudizio».

CIVILE

Inammissibile il regolamento di competenza per risolvere un conflitto tra giudici dell'esecuzione

Nota a Corte di Cassazione, Sezione 1, Civile, Ordinanza 21 maggio 2024, n. 14101

Mario Finocchiaro

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 27 agosto 2024

Il provvedimento pronunciato dal giudice dell'esecuzione nell'esercizio dei suoi poteri di gestione dello svolgimento del processo esecutivo, sia esso affermativo o negativo della propria competenza in tale qualità, è proponibile solo l'opposizione agli atti esecutivi e non il regolamento di competenza il quale, se proposto, va dichiarato inammissibile. È invero inammissibile il regolamento di competenza richiesto d'ufficio per risolvere un conflitto tra giudici dell'esecuzione ed attinente all'individuazione del giudice competente per l'esecuzione forzata, posto che non viene in discussione la *potestas iudicandi*, ma solo l'osservanza delle norme che attengono al regolare svolgimento del processo esecutivo (e, dunque, al *quomodo* dell'esecuzione forzata), che è assicurata per il tramite di ordinanze del giudice dell'esecuzione, avverso le quali è proponibile il rimedio generale dell'opposizione agli atti esecutivi. Questo il principio espresso dalla Sezione I della Cassazione con l'ordinanza 21 maggio 2024, n. 14101.

I precedenti

Principio ripetutamente affermato.

Analogamente:

- è inammissibile il regolamento di competenza richiesto d'ufficio per risolvere un conflitto tra giudici dell'esecuzione ed attinente all'individuazione del giudice competente per l'esecuzione forzata, posto che non viene in discussione la *potestas iudicandi* ma solo l'osservanza delle norme che attengono al regolare svolgimento del processo esecutivo (e, dunque, al *quomodo* dell'esecuzione forzata), che è assicurata per il tramite di ordinanze del giudice dell'esecuzione, avverso le quali è proponibile il rimedio generale dell'opposizione agli atti esecutivi, Cassazione, ordinanze 11 febbraio 2022, n. 4506; 8 agosto 2014, n. 17845;
- avverso il provvedimento pronunciato dal giudice dell'esecuzione nell'esercizio dei suoi poteri di gestione dello svolgimento del processo esecutivo, sia esso affermativo o negativo della propria competenza in tale qualità è proponibile solo l'opposizione agli atti esecutivi e non il regolamento di competenza

il quale, se proposto, va dichiarato inammissibile, Cassazione, ordinanze 1° febbraio 2022, n. 3040; 26 luglio 2011, n. 16292.

Opposizione agli atti esecutivi

- avverso il provvedimento col quale il giudice dell'esecuzione neghi la propria competenza per territorio non è proponibile il regolamento di competenza, ma solo l'opposizione agli atti esecutivi, salva la facoltà della parte di chiedere la revoca al giudice che l'ha pronunciato. Ove, tuttavia, il regolamento di competenza sia stato (inammissibilmente) comunque proposto si determina la sospensione del decorso del termine per proporre opposizione agli atti esecutivi, fino alla data di comunicazione del deposito dell'ordinanza di decisione del regolamento di competenza, Cassazione, ordinanza 23 luglio 2010, n. 17462;
- non è proponibile il regolamento di competenza contro il provvedimento del giudice dell'esecuzione di negazione della propria competenza, posto che, stante la particolare natura e struttura del processo di esecuzione, va esclusa l'applicabilità nel medesimo, in via generale, delle impugnazioni previste per il processo di cognizione, e quindi anche del regolamento di competenza; ne consegue che gli eventuali vizi che riguardano detto provvedimento possono essere fatti valere, oltre che attraverso l'istanza di revoca, solo attraverso il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, atteso che l'errore sulla competenza può essere considerato come rientrante nel concetto di "irregolarità" di cui all'art. 617 Cpc, Cassazione, ordinanza 30 agosto 2004, n. 17444;
- non è proponibile il regolamento di competenza contro i provvedimenti del giudice dell'esecuzione, poiché si tratta di provvedimenti diretti ad assicurare lo svolgimento ordinato dell'esecuzione, non destinati a risolvere in maniera definitiva ed irretrattabile una controversia fra le parti sulla quale possano nascere o siano insorte questioni di competenza del giudice (fattispecie in tema di ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione, nel procedimento di espropriazione di crediti, aveva disposto l'assegnazione del credito pignorato), Cassazione, sentenza 4 aprile 2001, n. 4989, in Giurisprudenza italiana, 2002, p. 940, con nota di Fratini B., Sull'esperibilità del regolamento di competenza avverso i provvedimenti del giudice dell'esecuzione, nonché ordinanza 17 dicembre 2002, n. 18019, resa con riguardo a una ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione, nel procedimento di espropriazione di crediti, aveva determinato l'ammontare del credito del creditore procedente ed assegnato il credito pignorato.

CIVILE

Divieto di anatocismo: la Cassazione mette la parola fine?**Nota a Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Sentenza del 30-07-2024, n. 21344***Antonino La Lumia e Claudia Carmicino (Lexalent)**Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi Plus Diritto", 27 agosto 2024*

La Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 21344 del 30 luglio 2024, sembra voler mettere fine all'acceso dibattito - dottrinale e giurisprudenziale - che era sorto sulla interpretazione da dare all'art. 120 TUB come modificato dalla legge n. 147/2013, sancendo il divieto di anatocismo bancario anche in assenza di delibera CICR sulle modalità e sui criteri per la produzione di interessi relativamente alle attività bancarie. Nella fattispecie all'esame della Cassazione, la Corte d'Appello di Torino (confermando la sentenza emessa in primo grado dal Tribunale di Cuneo) aveva rigettato le domande formulate da un'associazione di consumatori che avevano citato in giudizio numerosi istituti bancari chiedendo che venisse dichiarata *"illegittima e contraria agli interessi collettivi dei consumatori"* la pratica bancaria di applicazione della capitalizzazione trimestrale degli interessi, con particolare riferimento al periodo successivo il 1° gennaio 2014.

Come noto, l'anatocismo costituisce una delle pratiche contestate delle Banche e consiste nel metodo di capitalizzazione composta con periodicità trimestrale degli interessi e delle altre competenze liquidate sul conto corrente.

Gli interessi e le altre competenze imputate vengono capitalizzate, ovvero sommate con il capitale prestato, a ogni chiusura trimestrale: i nuovi interessi vengono calcolati, quindi, non solo sul capitale prestato, ma anche sugli interessi e sulle competenze liquidate in precedenza.

L'effetto economico-contabile va a svantaggio del cliente, in quanto determina un notevole aggravio del costo reale sostenuto per il rimborso del credito erogato dalla Banca.

Con la novella legislativa n. 147 del 2013 - con cui è stato modificato l'art. 120, il comma, del TUB - è sembrato che il legislatore volesse sancire il divieto di anatocismo, inibendo qualsiasi capitalizzazione degli interessi a far data dal 1° gennaio 2014.

Ai sensi del suddetto articolo *«Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività*

bancaria, prevedendo in ogni caso che:

a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori; b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale».

Le modifiche, tuttavia, non si sono arrestate. Infatti, il comma è stato nuovamente "riscritto" dall'articolo 17-bis del D.L. 14 febbraio 2016, n. 18: «Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che: a) nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti; b) gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili; 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo».

A seguito di tale ultimo intervento normativo, è stata emanata la delibera CICR in data 3 agosto 2016.

Il legislatore sembra, quindi, reintrodurre il divieto anatocistico già dal 2013, specificando che il conteggio degli interessi deve rispettare la pari periodicità: il mancato tempestivo intervento del CIRC, avvenuto solo nell'agosto 2016 rispetto alla prima novella del 2013, ha tuttavia inevitabilmente creato un filone di contenzioso circa l'operatività o meno del suddetto divieto già a far data dal 1° gennaio 2014.

Dottrina e giurisprudenza si sono, infatti, chieste non soltanto se la nuova disciplina avesse effettivamente escluso la legittimità dell'anatocismo bancario, ma soprattutto se tale esclusione disposta già nel 2013 "... avesse effetto immediato o differito, dipendendo dall'adozione di una nuova delibera del Comitato Interministeriale per il credito e il risparmio avente ad oggetto la fissazione di modalità e criteri per la produzione di interessi".

La Corte d'Appello di Torino, pur dando atto che la modifica legislativa avesse la finalità di evitare la produzione di interessi sugli interessi (e quindi l'accredito e addebito di interessi anatocistici), aveva tuttavia ritenuto che "il tenore letterale della norma fosse ambiguo.", poiché il riferimento agli interessi periodicamente capitalizzati contenuto nella novella

del 2013 sembrerebbe presumere l'applicazione - agli interessi stessi - di ulteriori interessi.

Il Giudice d'Appello aveva, poi, escluso che la mancata adozione della delibera da parte del CICR fosse irrilevante sul piano della regolamentazione della fattispecie in base alla motivazione che *"... consentire agli operatori bancari di «procedere direttamente e in ordine sparso all'applicazione del divieto di anatocismo nei confronti degli utenti» avrebbe implicato l'attribuzione del potere dei singoli istituti bancari di sostituirsi al Comitato interministeriale, dando ingresso a soluzioni foriere di disparità di trattamento, con presumibile proliferare di contenzioso"*.

La Corte di Cassazione, con la decisione oggi in esame, prende una posizione netta e, nonostante riconosca che il dato testuale dell'art. 120 TUB sia impreciso, ritiene che l'interpretazione letterale della norma non può che condurre al divieto assoluto di anatocismo; tale interpretazione - ad avviso della Corte - discende dalla chiara riformulazione dell'art. 120 TUB ad opera della legge n. 147 del 2013 che, rispetto alla formulazione del 1999, non contiene più il riferimento al compito del CICR di definire le modalità e criteri per *"la produzione di interessi sugli interessi"* ma si riferisce semplicemente alla *"produzione di interessi"*.

Precisa, poi, che tale interpretazione è *"già suggerita dalla dominante dottrina e dalla prevalente giurisprudenza di merito"* ed è coerente con la documentazione dei lavori parlamentari, in cui si dava conto dell'intendimento di mettere la parola fine al fenomeno dell'anatocismo, attraverso cui gli interessi capitalizzati in un dato periodo producono a loro volta interessi nei periodi successivi.

Afferma, quindi, la Corte che *"Può ritenersi, in definitiva, che la norma in esame rappresenti solo un'anticipazione, formulata lessicalmente in modo sicuramente poco felice, del precetto, assai più puntuale, della successiva versione dell'art. 120, comma 2: quella introdotta dalla l. n. 49 del 2016, di conversione del d.l. n. 18 dello stesso anno, per cui gli interessi debitori maturati «non possono produrre interessi ulteriori» e vanno «calcolati esclusivamente sulla sorte capitale»"*.

La lettera del secondo comma dell'art. 120 TUB, rende quindi palese come tale norma abbia introdotto un divieto assoluto di anatocismo, che discenderebbe dall'inequivoca previsione secondo cui *"gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori"* accompagnata dalla specificazione secondo la quale *"gli interessi ulteriori, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale"*.

Da tali premesse discende l'impossibilità, per le Banche, di continuare ad applicare la capitalizzazione degli interessi in conformità alla delibera CICR del 9 febbraio 2000 e ciò indipendentemente dall'intervento delle nuove disposizioni attuative che il CICR era incaricato di emanare e che sono state previste solo nel 2016.

Ciò in quanto, precisa la Corte, l'art. 120, comma 2, è stato *"sostituito"* dal comma 629 dell'art. 1 della legge n. 147 del 2013 e, attesa mancanza di

una disciplina transitoria, deve considerarsi non più applicabile la delibera CICR del 9 febbraio del 2000 e ripristinato *“...anche con riguardo ai contratti bancari, il divieto codicistico, posto dall’art. 1283 c.c., di applicare interessi anatocistici”*.

Del resto, a fronte di una norma primaria “proibitiva della pratica anatocistica”, l’intervento regolamentare demandato al CICR risulta superfluo, a differenza di quanto avvenuto in forza della precedente versione dell’art. 120, comma 2 (quella introdotta dal d.lgs. n. 342 del 1999), in cui si necessitava dell’intervento di una disciplina di dettaglio da parte del Comitato per l’effettiva determinazione delle modalità e dei criteri per la produzione di *“interessi sugli interessi”*, divenuti illegittimi con la novella legislativa.

Sottolinea la Corte che *“...stante il carattere assoluto del detto divieto, l’effetto, unitario, che le banche dovevano perseguire era quello di escludere l’applicazione di interessi anatocistici: e questo indipendentemente dagli accorgimenti che ogni istituto di credito era ovviamente libero di assumere per assicurare tale risultato”*.

Da tali considerazioni, la Corte fa dunque discendere il seguente principio *“In tema di contratti bancari, l’art. 120, comma 2, t.u.b., come sostituito dall’art. 1, comma 628, l. n. 147 del 2013, fa divieto di applicazione dell’anatocismo a far data dal 1 dicembre 2014 e tale prescrizione è da ritenersi operante indipendentemente dall’adozione, da parte del CICR, della delibera, prevista da tale norma, circa le modalità e i criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell’esercizio dell’attività bancaria”*.

CIVILE

Il terzo genere non è affare della Corte costituzionale**Nota a Corte Costituzionale, Sentenza del 23-07-2024, n. 143***Patrizia Maciocchi**Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 24 luglio 2024*

L'eventuale introduzione di un terzo genere di stato civile può avvenire solo per mano del legislatore, per l'impatto generale che avrebbe in un sistema binario, maschile e femminile. La Corte costituzionale (sentenza 143/2024) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale promosse dal Tribunale di Bolzano in materia di rettificazione di attribuzione di sesso. L'analisi riguardava il possibile contrasto con la Carta dell'articolo 1 della legge 164/1982 sulla rettificazione del sesso, nella parte in cui non prevede la possibilità di attribuire un genere non binario, né maschile né femminile.

La Consulta, dopo un *excursus* nel diritto comparato, ricorda che la Corte Cedu ha recentemente escluso (sentenza 31 gennaio 2023, Y. contro Francia) che l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo imponga agli Stati un'obbligazione positiva di registrazione non binaria, «non potendosi ritenere ancora sussistente un consensus europeo al riguardo».

I giudici delle leggi passano dunque la palla al legislatore, primo interprete della sensibilità sociale, per rispondere all'esigenza di essere riconosciuti in una identità "altra". Una condizione che «genera una situazione di disagio significativa rispetto al principio personalistico cui l'ordinamento costituzionale riconosce centralità». La necessità di evitare disparità di trattamento o compromettere il benessere psicofisico della persona pongono all'attenzione del legislatore un tema che esula dalla giurisdizione della Consulta, per le sue ricadute nel sistema interno. «Per ricordare solo gli aspetti di maggior evidenza, il binarismo di genere informa il diritto di famiglia (così per il matrimonio e l'unione civile, negozi riservati a persone di sesso diverso e, rispettivamente, dello stesso sesso), il diritto del lavoro (per le azioni positive in favore della lavoratrice), il diritto dello sport (per la distinzione degli ambiti competitivi), il diritto della riservatezza (i «luoghi di contatto», quali carceri, ospedali e simili, sono normalmente strutturati per genere maschile e femminile).

Con la stessa sentenza la Corte ha poi risposto alla seconda e autonoma questione sollevata dal giudice remittente. E dichiarato l'illegittimità dell'articolo 31, comma 4, del Dlgs 150/2011, nella parte in cui prescrive l'autorizzazione del tribunale al trattamento medico-chirurgico anche qualora le modificazioni dei

caratteri sessuali già intervenute siano ritenute dallo stesso tribunale sufficienti per l'accoglimento della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso. Casi in cui il percorso di transizione di genere si può compiere «già mediante trattamenti ormonali e sostegno psicologico-comportamentale, quindi anche senza un intervento di adeguamento chirurgico».

Per la Corte è irragionevole prevedere l'autorizzazione per l'intervento se la transizione è stata già compiuta e il trattamento chirurgico «avverrebbe comunque dopo la già disposta rettificazione». Plaude alla decisione della Consulta sul terzo sesso Alessandro Urzi, capogruppo di FdI in Commissione Affari costituzionali della Camera, che bolla la questione come «follia pura». E assicura: «Mai una legge per riconoscere il terzo sesso finché governa questa maggioranza».

RESPONSABILITÀ E RISARCIMENTO

**Il danno da lucida agonia non è risarcibile
in base a presunzioni semplici****Nota a Corte di Cassazione, Sezione 3, Civile, Ordinanza 16 luglio 2024, n. 19506***Antonio Serpetti di Querciara**Il Sole 24 ore, Estratto da "Norme e Tributi", 20 luglio 2024*

Con l'ordinanza n. 19506 pubblicata il 16 luglio 2024, la Cassazione conferma che non è ammissibile la prova presuntiva del danno da lucida agonia per la vittima dell'incidente stradale che sia sopravvissuta qualche mese al sinistro. Una conferma rilevante su un tema molto dibattuto. Nel caso di specie, un pedone, attraversando una strada, era stato investito da un motociclista riportando fratture multiple. In ospedale era stato sottoposto a vari interventi per ridurle, ma una serie di complicazioni post-operatorie aveva compromesso la situazione, portando alla morte dopo otto mesi di ricovero ininterrotto.

La Cassazione afferma che il giudice del merito può fondare il suo convincimento sulle presunzioni semplici ex articolo 2729 del Codice civile, sulla sofferenza per le lesioni; ma, sulla consapevolezza del danneggiato di dover morire, non può svolgere alcun ragionamento presuntivo, in mancanza di idonei riscontri da testimoni o cartelle cliniche. Su sensazioni interiori, stati d'animo e consapevolezza di dover morire si deve ritenere che, stante la distinzione tra la sofferenza avente base organica (il *dolore nocicettivo*) e la sofferenza non avente base organica (il *dolore psicosociale*), non vi sia alcuna implicazione reciproca. Discriminante è la base organica della sofferenza, presente in un caso ed assente nell'altro. Dinanzi ad un caso di sopravvivenza *quodam tempore*, si può incrementare il risarcimento del danno biologico temporaneo in funzione di intensità e gravità delle lesioni, ma non è detto che si ravvisi necessariamente un pregiudizio non patrimoniale da lucida agonia.

È stato, quindi, accolto il motivo dell'assicurazione Rc auto dell'investitore, secondo cui il fatto che il danneggiato sia rimasto in vita per mesi non implica, automaticamente, che egli abbia vissuto ogni giorno con la percezione o la sensazione o l'angoscia che si stesse avvicinando inesorabilmente la sua fine.

La Cassazione, inoltre, accoglie l'ulteriore motivo di ricorso dell'assicurazione, che censurava il fatto che, nel liquidare il danno terminale, la Corte d'appello ha superato il massimo liquidabile di oltre 150mila euro, come emerge esaminando i valori massimi di personalizzazione predeterminati dalle tabelle milanesi del 2018 (le più recenti al momento del processo di secondo grado). L'errore sta nel liquidare il danno tanatologico effettuando un'arbitraria combinazione

tra le modalità di calcolo del danno biologico terminale, liquidato secondo i valori massimi delle tabelle di Milano del 2014, ed il danno catastrofale da lucida agonia, facendo ricorso ad un criterio equitativo puro, che, invece, risulta superato dalle tabelle milanesi del 2018, in forza delle quali andrebbe applicata la personalizzazione fino al 50%.

Dunque, è lecito incrementare il risarcimento del danno biologico temporaneo per l'intensità e la gravità delle lesioni a chi sia sopravvissuto all'incidente per poi morire poco dopo, ma, in assenza di prove circostanziate, non può ravvisarsi l'esistenza del danno da lucida agonia mediante il ricorso alla prova presuntiva.

PENALE

Il cambio di orientamento delle Sezioni unite equivale a nuova norma

Corte di Cassazione, Sezione 6, Penale, Sentenza 16 luglio 2024, n. 28594

Giovanni Negri

Il Sole 24 Ore, Estratto da "Norme e Tributi", 20 luglio 2024

Va esclusa la responsabilità penale in caso di cambiamento, in senso peggiorativo, dell'orientamento delle Sezioni unite. Lo afferma la Sesta sezione penale della Cassazione con la sentenza n. 28594 valorizzando l'articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che esclude la punibilità per un'azione o omissione non prevista come reato al tempo in cui venne commesso il fatto. Da valutare c'è se la persona interessata potesse concretamente prevedere l'estensione interpretativa sulla base delle indicazioni della giurisprudenza, giuste o sbagliate che fossero, nello stato in cui si trovava al momento della commissione del fatto.

Nel dettaglio, la vicenda approdata in Cassazione riguardava il ricorso presentato dalla difesa di un imputato, condannato in appello per il reato di accesso abusivo a sistema informatico. Al momento però in cui erano stati commessi i fatti contestati, nel 2016, la giurisprudenza (il riferimento in particolare è alla sentenza n. 4694 del 2011 delle Sezioni unite penali) considerava irrilevanti gli scopi che avevano portato all'accesso abusivo. A pesare era piuttosto la trasgressione delle prescrizioni imposte dal titolare del sistema informatico. E tuttavia all'imputato era stata ascritta sia in primo grado sia in appello una responsabilità originata solo dalle finalità per le quali l'accesso fu eseguito. Il cambiamento venne cristallizzato solo nel 2017, con una nuova pronuncia delle Sezioni unite, la n. 41210, con la quale vennero rivisti i criteri della responsabilità penale, comprendendo anche la condotta di chi pur essendo abilitato e non violando le prescrizioni formali sui limiti di accesso, accede al sistema informatico per ragioni estranee a quelle che gliene hanno attribuito la facoltà. Si tratta allora, sintetizza la Cassazione oggi, di decidere se il cambiamento giurisprudenziale imprevedibile può essere equiparato a una norma penale sfavorevole sopravvenuta, lasciando quindi spazio all'applicazione dell'articolo 2 del Codice penale e pertanto alla irretroattività della applicazione della "disposizione" sopravvenuta ai fatti commessi.

In questo contesto, la Cassazione ricorda la sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1998 con la quale venne considerata scusabile, ridefinendo il principio di colpevolezza, l'ignoranza inevitabile della legge penale. Dove l'accento,

sottolinea la Cassazione, va messo sulla eventuale negligenza in merito alla rilevanza dell'errore compiuto, tenendo conto che se il soggetto ha posto in essere il fatto quando, nella sostanza, veniva considerato lecito, allora una sua sanzione non farebbe che retrocedere, inammissibilmente, l'incriminazione. Nel caso esaminato, l'imputato, all'epoca dei fatti, poteva fare affidamento su una regola stabilizzata che escludeva rilevanza penale alla condotta e non erano all'orizzonte segnali concreti di un drastico ripensamento dell'indirizzo seguito dalla stessa Cassazione. «L'imputato - si legge nella conclusione della sentenza che ha annullato senza rinvio la condanna - poteva ragionevolmente confidare di porre in essere un fatto lecito in ragione di una norma "vivente", che operava in concreto».

Massime della Cassazione Civile e Penale

CASSAZIONE CIVILE

Notariato - Responsabilità professionale responsabilità del notaio nei confronti di terzi pregiudicati dall'attività negligente del pubblico ufficiale nel rogitare un atto *inter alios*, che sia risultato inefficace tra questi ultimi - Sussistenza - Natura - Conseguenze - Fattispecie.

Sussiste la responsabilità da "contatto sociale" del notaio, soggetta alle regole della responsabilità contrattuale, nei riguardi dei terzi che siano stati pregiudicati dalla sua attività negligente nel rogitare un atto di compravendita immobiliare *inter alios* risultato inefficace nei loro confronti, quando il danno sia conseguenza della violazione di regole di condotta tipiche della diligenza qualificata esigibile da tale pubblico ufficiale ed imposte dalla legge per tutelare i terzi potenzialmente esposti ai rischi dell'attività svolta dal danneggiante, estendendosi la prestazione d'opera professionale alle attività di controllo e verifica, preparatorie e successive alla compravendita, necessarie ad assicurare la serietà e certezza dell'atto giuridico da rogarsi.

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 2, Ordinanza del 18-07-2024, n. 19849

Procedimenti speciali - Procedimenti in materia di lavoro e di previdenza - Impugnazioni - Appello - In genere procedimento di opposizione ad ordinanza ingiunzione amministrativa - Appello proposto nella forma della citazione in luogo del ricorso - Termine per appellare - Momento del deposito - Rilevanza - Fondamento.

Nel procedimento di opposizione ad ordinanza ingiunzione amministrativa, soggetto al rito del lavoro ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 150 del 2011, quando l'appello è proposto con atto di citazione anziché con ricorso, come previsto dall'art. 433 c.p.c., deve aversi riguardo, ai fini del rispetto del termine per appellare, per il criterio della conversione dell'atto nullo per raggiungimento dello scopo, non al momento in cui l'atto è notificato, ma a quello in cui è depositato, perfezionandosi solo con tale adempimento l'osservanza delle prescrizioni formali richieste dalla legge.

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 2, Ordinanza del 17-07-2024, n. 19754

Prescrizione civile - Interruzione - Atti interruttivi - In genere servitù - Prescrizione del diritto - Atto di precetto - Idoneità ad interrompere il non uso del diritto - Esclusione - Fondamento - Fattispecie.

In tema di estinzione per prescrizione delle servitù prediali, il precetto non è atto idoneo a interrompere il termine ventennale stabilito dall'art. 1073 c.c., in

quanto contiene solo un'intimazione ad adempiere e non è diretto all'instaurazione né di un giudizio né del processo esecutivo. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto atto idoneo ad interrompere la prescrizione della servitù di non edificare la notifica dell'atto di precetto dell'ordine di demolizione effettuata a seguito dell'accertamento della predetta servitù intervenuto con sentenza passata in giudicato).

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 2, Sentenza del 16-07-2024, n. 19498

Famiglia - Matrimonio - Scioglimento - Divorzio - Obblighi - Verso la prole - In genere crisi familiare - Mantenimento dei figli minori - Contributo determinato con negoziazione assistita - Modifica - Presupposti - Fondamento - Conseguenze.

In tema di regime economico in favore della prole, in conseguenza della crisi familiare, la misura del contributo per il mantenimento dei figli minorenni, determinata in seno alla convenzione di negoziazione assistita per la soluzione consensuale del divorzio ex art. 6, comma 3, del d.l. n. 132 del 2014, conv., con modif., dalla l. n. 162 del 2014, è suscettibile di essere modificata, ai sensi dell'art. 337-*quinquies* c.c., in presenza degli stessi presupposti previsti per il caso in cui l'assegno sia stato determinato in sede giurisdizionale, poiché l'accordo produce gli effetti dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, sicché, per la modifica del contributo, è necessario che sia sopravvenuto un mutamento delle condizioni economiche dei genitori, idoneo a variare il pregresso assetto patrimoniale realizzato con la convenzione.

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Ordinanza del 15-07-2024, n. 19388

Società - Di capitali - Società cooperative (nozione, caratteri, distinzioni, tipi: a responsabilità limitata e non limitata) - Capitale sociale - Partecipazione dei soci - Recesso del socio società a responsabilità limitata - Clausola statutaria - Obbligo del socio all'alienazione della sua quota senza intervento dell'assemblea - Validità - Applicabilità dell'art. 2473 - Bis c.c. - Esclusione - Fattispecie.

In tema di società a responsabilità limitata, è valida ed efficace la clausola statutaria che individui una specifica situazione al ricorrere della quale il socio è obbligato all'alienazione della quota di partecipazione al capitale della società senza una previa manifestazione di volontà da parte dell'assemblea, non potendo tale decisione essere parificata all'ipotesi di esclusione di cui all'art. 2473-*bis* c.c. che, invece, richiede, sia pure non espressamente, la decisione dei soci. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva dichiarato valida ed efficace una clausola contenuta nello statuto di una s.r.l. che prevedeva l'obbligo dei soci di minoranza, alla cessazione, per qualsiasi motivo, dell'attività lavorativa per le società controllate o collegate, di offrire in acquisto agli altri soci le proprie quote di partecipazione al capitale della società).

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Ordinanza del 10-07-2024, n. 18891

Contratti in genere - Scioglimento del contratto - Risoluzione del contratto - Per inadempimento - Rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione - Imputabilità dell'inadempimento, colpa o dolo - Eccezione d'inadempimento eccezione ex art. 1460 c.c. - Medesimezza dei presupposti richiesti per la risoluzione per inadempimento - Esclusione - Fondamento.

L'eccezione di inadempimento non è subordinata alla presenza degli stessi presupposti richiesti per la risoluzione, in quanto la gravità dell'inadempimento è un requisito specificamente previsto dalla legge per la risoluzione e trova ragione nella radicale definitività di tale rimedio, mentre l'eccezione d'inadempimento non estingue il contratto, pur potendo il creditore avvalersi dell'eccezione anche nel caso di inesatto inadempimento. (Nella specie, la S.C. ha confermato il provvedimento impugnato che aveva ritenuto correttamente sollevata l'eccezione di inadempimento a opera della curatela fallimentare nel giudizio di opposizione allo stato passivo in cui si contestava la mancata ammissione del credito di un professionista che aveva eseguito prestazioni relative a un concordato preventivo dichiarato inammissibile e seguito da fallimento.).

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Ordinanza del 08-07-2024, n. 18587

Espropriazione per pubblico interesse (o utilità) - Occupazione temporanea e d'urgenza (opere di bonifica e lavori per la ricostruzione di oo.pp.) - Risarcimento del danno occupazione usurpativa - Nozione - Occupazione appropriativa - Nozione - Proposizione di azione di risarcimento del danno - In conseguenza di occupazione usurpativa - Accoglimento della domanda - Riqualficata dal giudice come relativa ad occupazione appropriativa - Ammissibilità - Fondamento.

L'occupazione appropriativa e l'occupazione usurpativa sono caratterizzate l'una dall'irreversibile trasformazione del fondo in assenza del decreto di esproprio, e l'altra dalla trasformazione in mancanza, originaria o sopravvenuta, della dichiarazione di pubblica utilità. Tuttavia, nel caso di proposizione dell'azione di risarcimento del danno in conseguenza di occupazione usurpativa è ammissibile la riqualficazione della domanda, anche da parte del giudice, come relativa ad una occupazione appropriativa, in quanto entrambe fonte di responsabilità risarcitoria della P.A. secondo i principi di cui all'art. 2043 c.c.

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Ordinanza del 03-07-2024, n. 18222

Cosa giudicata civile - Effetti del giudicato (preclusioni) requisiti - Identità di parti - 'Petitum' e 'causa petendi' - Necessità - Fattispecie.

L'autorità del giudicato sostanziale opera soltanto entro i rigorosi limiti degli elementi costitutivi dell'azione e presuppone, quindi, che la causa precedente e quella in atto abbiano in comune, oltre ai soggetti, anche il "petitum" e la "causa petendi", restando irrilevante, a tal fine, l'eventuale identità delle questioni giuridiche o di fatto da esaminare per pervenire alla decisione. (Nella specie, la S.C. ha escluso che il giudicato sull'efficacia di una fideiussione, formatosi in altro processo, tra creditore e uno dei garanti, spiegasse effetti sull'azione revocatoria promossa dal creditore nei riguardi di una donazione di altro fideiussore, in ragione della diversità dell'oggetto di tale giudizio e della presenza, in esso, di una parte estranea al pregresso procedimento).

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Ordinanza del 03-07-2024, n. 18232

Pubblica amministrazione - Obbligazioni - In genere enti locali - Divieto di indebitamento ex art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002 - Conseguenze - Nullità del contratto di finanziamento - Limiti - Società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici - Applicabilità - Esclusione - Fondamento.

Il divieto previsto dall'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002, che colpisce con la sanzione della nullità i contratti che comportino un indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, si applica solo agli enti territoriali indicati dall'art. 119, comma 6, Cost. e dall'art. 3, comma 16, della l. n. 289 del 2002, mentre non si estende alle società di capitali partecipate, in tutto o in parte, dagli enti predetti, costituiti per l'esercizio, anche in via esclusiva, di servizi pubblici, alle quali si applicano le norme del codice civile, con conseguente possibilità di porre in essere qualsiasi atto o rapporto giuridico, in mancanza di specifiche limitazioni stabilite dalla legge.

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Ordinanza del 28-06-2024, n. 17927

Fallimento ed altre procedure concorsuali - Fallimento - Apertura (dichiarazione) di fallimento - Sentenza dichiarativa - Opposizione - In genere estensione del fallimento al socio illimitatamente responsabile - Procedimento promosso dal curatore nel regime riformato - Litisconsorzio necessario con l'originario creditore ricorrente - Esclusione - Sentenza di estensione del fallimento - Reclamo - Litisconsorzio necessario con l'originario creditore ricorrente - Esclusione - Fondamento.

A seguito delle modifiche alla legge fallimentare introdotte dal d.lgs. n. 169 del 2007, che ha comportato il venir meno dell'iniziativa officiosa, i creditori che hanno proposto il ricorso di fallimento nei confronti di una società di persone non sono litisconsorti necessari nel successivo procedimento di fallimento in estensione ex artt. 15 e 147 l.fall., promosso ad istanza del curatore, neppure ai fini della condanna alle spese processuali che il presunto socio potrebbe reclamare nei confronti dello stesso curatore, e neanche nel giudizio di reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento in estensione, proposto dal socio illimitatamente responsabile cui il fallimento sia stato esteso, poiché l'oggetto della sentenza di fallimento in estensione è diverso da quello della sentenza di fallimento della società.

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Sentenza del 25-06-2024, n. 17546

Contratti bancari - Deposito bancario - Di denaro (nozioni, caratteri, distinzioni) - Obblighi della banca operazioni effettuate a mezzo strumenti elettronici - Pagamento mediante bonifico - Erronea indicazione del codice iban - Responsabilità della banca da contatto sociale qualificato - Natura - Prova liberatoria - Contenuto.

In tema di operazioni bancarie effettuate a mezzo di strumenti elettronici, la responsabilità della banca in caso di pagamento mediante bonifico, da eseguirsi in favore di beneficiario sprovvisto di conto di accredito presso l'istituto intermediario, osserva la disciplina del diritto comune, sicché, ove il beneficiario sia rimasto insoddisfatto a causa dell'inesatta indicazione del codice iban, grava sull'intermediario, responsabile secondo la teoria del contatto sociale qualificato, l'onere di dimostrare di aver compiuto l'operazione di pagamento,

richiestagli dal *solvens*, adottando tutte le cautele necessarie per scongiurare il rischio di erronea individuazione o, quanto meno, di essersi adoperato per consentire all'ordinante di individuare il soggetto concretamente beneficiario anche comunicando, ove necessario, i relativi dati anagrafici o societari.
Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Ordinanza del 25-06-2024, n. 17415

Edilizia popolare ed economica - Edilizia residenziale pubblica e agevolata convenzione ex art. 35 della l. n. 865 del 1971 - Prezzo di cessione delle aree - Copertura di tutti i costi di acquisizione - Obbligo di conguaglio - Legittimazione passiva degli assegnatari - Condizioni - Fondamento.

In tema di edilizia popolare ed economica, il principio del perfetto pareggio economico, in base al quale il prezzo di cessione delle aree deve assicurare al Comune la copertura di tutti i costi per la loro acquisizione, non comporta l'automatico trasferimento dell'obbligo di conguaglio a carico degli assegnatari degli alloggi, salvo che non vi sia un loro espresso accollo ex art. 1273 c.c. ovvero un'espressa previsione di trasferimento nella convenzione stipulata tra l'ente pubblico e la cooperativa concessionaria, che altrimenti, ai sensi dell'art. 35 della l. n. 865 del 1971, rimane l'unico soggetto obbligato all'integrazione del prezzo.
Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Sentenza del 24-06-2024, n. 17326

Costituzione della repubblica - Straniero (condizione dello) protezione internazionale - Unità Dublino - Impugnazione del decreto di trasferimento - Rito camerale speciale - Ratio - Piena applicabilità delle norme ordinarie - Esclusione - Successiva precisazione dei motivi di impugnazione - Ammissibilità - Ragioni - Fattispecie.

In tema di provvedimenti adottati dall'Unità Dublino, nel procedimento di impugnazione del decreto di trasferimento, disciplinato dall'art. 3 del d.lgs. n. 25 del 2008, come modificato dal d.l. n. 13 del 2017, che prevede un rito camerale speciale, connotato da forme semplificate e dall'urgenza, non trovano piena applicazione le norme del processo ordinario ed è, pertanto, ammessa la precisazione dei motivi di nullità con note successive al ricorso o nella discussione orale, in assenza di preclusioni ed attesa la prioritaria esigenza di armonizzare la celerità del rito con l'effettività della tutela, imposta dall'art. 27, par. 1, del reg. n. 604 del 2013. (Nella specie, la S.C. ha cassato il provvedimento di merito, che non aveva esaminato la questione del mancato assolvimento degli obblighi informativi, sollevata dal migrante in una memoria autorizzata).
Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Ordinanza del 19-06-2024, n. 16860

Impugnazioni civili - Cassazione (ricorso per) - Legittimazione - Attiva giudizio di cassazione promosso da società estinta per incorporazione - Legittimazione della società incorporante a costituirsi in giudizio in luogo della società estinta - Sussistenza - Necessità per i giudizi introdotti sino al 31 dicembre 2022 di notificazione del ricorso per intervento alle altre parti - Sussistenza - Omissione - Nullità - Sanatoria - Modalità - Incidenza della nullità non sanata sulla proseguibilità del giudizio di legittimità - Insussistenza - Ragioni.

Ove durante il giudizio di cassazione la società ricorrente si estingua a seguito

di fusione per incorporazione, la società incorporante può intervenire nel procedimento con atto che, per i giudizi instaurati fino al 31 dicembre 2022, deve essere notificato alle altre parti per assicurare il rispetto del contraddittorio, non essendo a tal fine sufficiente il mero deposito dell'atto in cancelleria; la nullità derivante dall'omissione della suddetta notificazione è tuttavia sanata ove le controparti costituite accettano il contraddittorio senza sollevare eccezioni laddove, ove non sanata, non pregiudica comunque l'ulteriore corso del giudizio di legittimità, che è governato dall'impulso d'ufficio.

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Sentenza del 14-06-2024, n. 16617

Mutuo - Mutuatario - Interessi - In genere contratti bancari - Clausola interessi ultralegali - Necessaria indicazione in cifra - Esclusione - Determinabilità - Condizioni - Fattispecie.

In tema di contratti bancari, ai fini della prova della pattuizione per iscritto degli interessi ultralegali, la misura del tasso di interesse non deve necessariamente essere indicata con un indicatore numerico, ma ben può essere determinata attraverso il richiamo a criteri prestabiliti e a elementi estrinseci, purché oggettivamente individuabili, non unilateralmente determinati dalla banca e funzionali alla concreta determinazione del tasso stesso; analoga regola vale con riguardo all'obbligo di indicare il tasso di interesse previsto dall'art. 117, comma 4, TUB. (In applicazione del principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto che il TAN del finanziamento, pur non indicato numericamente nel contratto, potesse essere determinato sulla scorta del riportato TAEG e di altri valori contenuti nel contratto).

Corte di Cassazione, Civile, Sezione 1, Ordinanza del 13-06-2024, n. 16456

CASSAZIONE PENALE

Edilizia - In genere - Opere in conglomerato cementizio armato - Contravvenzione sanzionante la mancanza del certificato di collaudo - Questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 d.P.R. 380/2001 per violazione degli artt. 3 e 27 Cost. - Manifesta infondatezza - Ragioni.

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui, con l'utilizzo del termine «chiunque», sanziona, per la mancanza del certificato di collaudo, sia chi ha realizzato l'opera, sia chi si è limitato a utilizzarla, posto che è del tutto ragionevole punire il proprietario che utilizza o consente l'utilizzazione a terzi della costruzione non collaudata, trattandosi del soggetto che si avvantaggia di tale uso e che, al contempo, è tenuto «ex lege» a conseguire il certificato di collaudo.

Corte di Cassazione, Penale, Sezione 3, Sentenza del 19-07-2024, n. 29342

Impugnazioni - Forma - In genere - Art. 581, comma 1 - ter, cod. proc. pen. - Applicabilità nel procedimento di prevenzione - Sussistenza - Ragioni.

L'onere di depositare con l'atto di appello la dichiarazione o l'elezione di domi-

cilio in funzione della notificazione del decreto di citazione a giudizio, previsto a pena d'inammissibilità del gravame dall'art. 581, comma 1-ter cod. proc. pen., trova applicazione anche nel procedimento di prevenzione in virtù del rinvio ad esso operato dal combinato disposto degli artt. 10, comma 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e 680, comma 3, cod. proc. pen., dovendo ritenersi la compatibilità della disposizione generale richiamata con il procedimento di prevenzione, per la comune esigenza di particolare celerità nella definizione dei giudizi di impugnazione. (In motivazione, la Corte ha precisato che è necessario addivenire ad opposta soluzione in relazione al disposto dell'art. 581, comma 1-quater, cod. proc. pen., dovendosi ritenere tale norma, dettata per i soli processi celebrati "in absentia", incompatibile con il procedimento di prevenzione).

Corte di Cassazione, Penale, Sezione 2, Sentenza del 05-07-2024, n. 26510

Impugnazioni - Interesse ad impugnare - Ricorso per cassazione del pubblico ministero avverso sentenza di assoluzione nel merito del giudice di secondo grado - Decorso del termine di prescrizione nelle more del giudizio di legittimità - Sussistenza dell'interesse ad impugnare - Esclusione - Ragioni - Presenza della parte civile che non ha impugnato l'assoluzione - Operatività dell'art. 578 cod. proc. pen. - Esclusione - Ragioni.

È inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso per cassazione con cui il pubblico ministero deduca carenze nell'accertamento dei fatti in ordine a pronuncia assolutoria adottata dal giudice di secondo grado con la formula "perché il fatto non sussiste", nel caso in cui sia intervenuta, nelle more del giudizio di legittimità, la causa estintiva della prescrizione del reato, atteso che il mezzo di impugnazione deve perseguire un risultato non solo teoricamente corretto, ma anche praticamente favorevole. (In motivazione, la Corte ha aggiunto che non determina l'operatività dell'art. 578 cod. proc. pen. la mera presenza delle parti civili, che non abbiano impugnato la sentenza d'appello, atteso il contenuto assolutorio della sentenza di secondo grado, divenuto definitivo quanto alle questioni civili).

Corte di Cassazione, Penale, Sezione 5, Sentenza del 03-07-2024, n. 26147

Prove - Mezzi di ricerca della prova - In genere - Messaggi conservati nella memoria di un dispositivo elettronico - Natura di corrispondenza anche dopo la ricezione da parte del destinatario - Acquisizione ex art. 254 cod. proc. pen. per il sequestro della corrispondenza - Eccezioni - Fattispecie.

In tema di mezzi di prova, i messaggi di posta elettronica, i messaggi "what-sapp" e gli sms custoditi nella memoria di un dispositivo elettronico conservano natura giuridica di corrispondenza anche dopo la ricezione da parte del destinatario, sicché la loro acquisizione deve avvenire secondo le forme previste dall'art. 254 cod. proc. pen. per il sequestro della corrispondenza, salvo che, per il decorso del tempo o altra causa, essi non perdano ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla riservatezza, trasformandosi in un mero documento "storico". (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che non si fosse determinata alcuna violazione del disposto dell'art. 254 cod. proc. pen. sul rilievo che la polizia giudiziaria si era limitata a sequestrare il telefono cellulare,

mentre l'accesso al contenuto della corrispondenza era avvenuto successivamente ad opera del pubblico ministero con il proprio consulente).

Corte di Cassazione, Penale, Sezione 2, Sentenza del 28-06-2024, n. 25549

Nullità - Nullità di ordine generale - Nullità assolute - Anticipazione dell'orario di celebrazione del dibattimento rispetto all'ora prefissata - Omessa comparizione della parte offesa - Proscioglimento per remissione tacita di querela - Nullità assoluta - Sussistenza.

È affetta da nullità assoluta la sentenza di proscioglimento per mancanza di condizione di procedibilità emessa in assenza della parte offesa, in orario antecedente a quello indicato nell'invito a comparire all'udienza comunicato alla stessa, contenente l'avviso che la sua eventuale mancata comparizione avrebbe configurato una remissione tacita di querela. (In motivazione la Corte ha precisato che l'impedimento alla parte offesa di intervenire in giudizio e di esercitare il proprio diritto di difesa equivale a omessa citazione).

Corte di Cassazione, Penale, Sezione 5, Sentenza del 27-06-2024, n. 25519

Reati contro la persona - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Inoltro a terzi di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito pubblicati su un sito "web" ad accesso limitato - Reato di cui all'art. 612 - Ter, comma secondo, cod. pen. - Configurabilità - Ragioni.

Integra il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti la condotta di chi, avendo ricevuto o comunque acquisito materiale visivo pubblicato su un sito "web" di incontri con accesso limitato ai soli iscritti, lo trasmette a terzi senza il consenso della persona ritratta, in quanto tale facoltà, in virtù del consenso espresso da quest'ultima al momento dell'apertura dell'"account", è circoscritta ai soli appartenenti alla comunità virtuale a cui il materiale era stato originariamente inviato e unicamente all'interno di essa.

Corte di Cassazione, Penale, Sezione 5, Sentenza del 27-06-2024, n. 25516

Sentenza - Condanna - Danni - Condanna generica - Condanna generica al risarcimento del danno in primo grado - Omesso appello della parte civile - Liquidazione del danno in appello - Vizio di ultrapetizione - Insussistenza - Condizioni.

In caso di condanna generica al risarcimento del danno disposta in primo grado, ove il relativo capo sia stato devoluto al giudice di secondo grado, questi può procedere, anche in assenza di appello della parte civile, alla liquidazione del danno dovuto dall'imputato, senza incorrere nel vizio di ultrapetizione.

Corte di Cassazione, Penale, Sezione 5, Sentenza del 25-06-2024, n. 25036

Impugnazioni - Forma - In genere - Appello - Proposto da imputato detenuto per altra causa - Condizione non nota al giudice che procede - Applicabilità del disposto di cui all'art. 581, comma 1 - Ter cod. proc. pen. - Sussistenza - Ragioni.

In tema di impugnazioni, la disposizione di cui all'art. 581, comma 1-ter, cod. proc. pen. è applicabile all'atto di appello proposto dall'imputato detenuto per altra causa, ove lo stato detentivo non sia noto al giudice che procede, posto

che, in tal caso, difettando la condizione prevista dall'art. 156, comma 4, cod. proc. pen., le notificazioni devono avvenire con le forme ordinarie e non con quelle stabilite dal citato art. 156 cod. proc. pen.

Corte di Cassazione, Penale, Sezione 2, Sentenza del 24-06-2024, n. 24902

Reati contro la pietà dei defunti e il sentimento religioso - Delitti contro la pietà dei defunti - Vilipendio di sepolcro - Delitto di vilipendio delle tombe - Condotta di chi, all'interno di un sacrario militare, pone in essere un ballo a ritmo 'rap' sulle tombe dei caduti, cantando una canzone - Configurabilità del reato - Sussistenza - Ragioni.

Integra il delitto di vilipendio delle tombe la condotta di chi, all'interno di un sacrario militare monumentale, pone in essere un ballo a ritmo "rap" sulle tombe dei caduti, cantando una canzone, per realizzare ed interpretare un video musicale, poi diffuso mediante internet. (In motivazione, la Corte ha precisato che il giudice, nel perimetrare la nozione penalmente rilevante di vilipendio, è tenuto a valutare la condotta con riferimento al bene giuridico tutelato dalla norma e verificare che i gesti compiuti o le espressioni utilizzate, pur se non dirette immediatamente contro la "res" normativamente contemplata, producano, in concreto, la lesione del rispetto del luogo di sepoltura e delle cose mortuarie e, quindi, del senso di pietà ispirato dal ricordo dei defunti).

Corte di Cassazione, Penale, Sezione 3, Sentenza del 19-06-2024, n. 24271

Reati contro la moralità pubblica e il buon costume - Delitti: offese al pudore e all'onore sessuale - Atti osceni - In genere - Delitto di cui all'art. 527, comma secondo, cod. pen. - Atti di autoerotismo in luoghi in cui vi sia la significativa probabilità della presenza di minori - Configurabilità del reato - Effettiva presenza di minori - Necessità - Esclusione - Fattispecie.

Integra il delitto di atti osceni all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori, di cui all'art. 527, comma secondo, cod. pen., il compimento di atti di autoerotismo in un sito aperto o esposto al pubblico (nella specie nell'abitacolo di un'auto in sosta nei pressi di una spiaggia), in cui, in base ad un'attendibile valutazione statistica, vi sia la significativa probabilità della presenza di più soggetti minorenni, senza che degli stessi sia richiesta l'effettiva presenza.

Corte di Cassazione, Penale, Sezione 3, Sentenza del 19-06-2024, n. 24267

Misure cautelari - Reali - Sequestro preventivo - Condizioni di applicabilità - Sequestro impeditivo - Titolarità del bene in capo a terzo estraneo al reato - Ostatività al sequestro - Esclusione.

In tema di misure cautelari reali, il sequestro preventivo non finalizzato alla confisca implica l'esistenza di un collegamento tra il reato e la cosa e non tra il reato e il suo autore, sicché possono essere oggetto del provvedimento anche le cose di proprietà di un terzo, estraneo all'illecito e in buona fede, nel caso in cui la loro libera disponibilità sia idonea a costituire pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze del reato ovvero di agevolazione della commissione di ulteriori fatti penalmente rilevanti.

Corte di Cassazione, Penale, Sezione 3, Sentenza del 18-06-2024, n. 24065



Top24 **Diritto**

IL TUO ASSISTENTE DI STUDIO PREPARATO ED EFFICIENTE

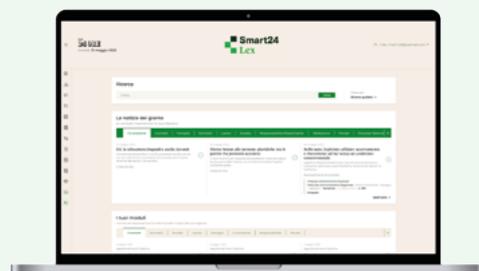
Il sistema informativo rivolto al professionista legale, che si evolve in un vero e proprio assistente di studio preparato ed efficiente, **facile e intuitivo**. Tutta **l'informazione e gli approfondimenti** in tema di **Diritto** facili da reperire grazie al potente motore di ricerca semantico.



Smart24 **Lex**

SMART24 LEX È LA BANCA DATI DI NUOVA GENERAZIONE FACILE, SEMPLICE E COMPLETA

La risposta perfetta ad un bisogno preciso del lavoro di ogni avvocato: sapere e capire nel più breve tempo possibile. **Smart24 Lex** coniuga la ricchezza di una banca dati autorevole, completa e facile da usare con un sistema di aggiornamento quotidiano di **sentenze, approfondimenti** e con le **notizie del Sole 24 Ore** e di **Norme & Tributi Plus Diritto**.





L'ANF ha deciso di realizzare, insieme al Sole 24 Ore, la presente Newsletter che ha l'obiettivo di fornire a tutti gli iscritti un'informazione autorevole e completa sulle varie tematiche giuridiche.

La presente Newsletter sostituisce, quindi, la rivista storica Rassegna degli Avvocati Italiani che per anni è stata fornita a tutti gli iscritti.

La Rassegna degli Avvocati Italiani è la rivista dell'Associazione Nazionale Forense che da lungo tempo, anche grazie ad Assita S.p.A., partner storico di ANF, raggiunge gli Studi di migliaia di avvocati italiani. Fondata nel 1974 durante la segreteria dell'Avvocato romano Luigi Cavalieri, in un'epoca in cui ANF non aveva ancora il nome attuale ma si chiamava FESAPI, la Rassegna è la voce dell'Associazione Nazionale Forense ed è una delle sedi privilegiate di elaborazione del suo pensiero, attraverso la quale si cerca di rappresentare tutti gli operatori che compongono il variegato mondo della Giustizia, in particolare gli Avvocati. Le sue pagine costituiscono una testimonianza inestimabile di storia sindacale di ANF e dell'Avvocatura. Alla direzione della Rassegna si sono alternati colleghi che hanno fatto la storia dell'avvocatura.