

ANNO II N. 1

gennaio - febbraio 2024

Periodico bimestrale di approfondimento
scientifico, tecnico e professionale

ISSN 2974-9352



RIVISTA GIURIDICA
diritto e crisi d'impresa

®

Salus populi suprema lex esto

*“Il bene del popolo sia la legge suprema” Marco Tullio Cicerone De
legibus, IV*

www.rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it

Sommario

EDITORIALE.....	5
ETICA E DIRITTO, GIUSTIZIA E “DIRITTO”.....	5
La questione delle notifiche via PEC di ADER non come domicilio digitale	5
MANIPOLAZIONE TASSO EURIBOR (09/2005-05/2008): STABILITO DALLA DECISIONE DELLA COMMISSIONE ANTITRUST EUROPEA DEL 4/12/2013 ALL’ORDINANZA DELLA CASSAZIONE SEZ. 3 DEL 13/12/2023 N. 34889	10
LA “CARTA DOCENTI” ANCHE PER I PRECARI.....	31
LA RELAZIONE TRA SUPPLENZE E DIDATTICA ANNUA È DUNQUE CHIARAMENTE ENUNCIATA. CORTE DI CASSAZIONE SEZ. LAVORO N. 29961 DEL 27/10/2023.....	31
IL SISTEMA DELLA GIUSTIZIA MINORILE.....	50
E I PRINCIPI DEL D.P.R. 448/88.....	50
LA PROROGA DEI TERMINI DI PRESCRIZIONE E DECADENZA DI 85 GIORNI VALE SOLO PER GLI ATTI IN SCADENZA AL 31/12/2020 PER TUTTI GLI ENTI IMPOSITORI.	65
La successiva proroga della decadenza per gli atti in scadenza di Agenzia Entrate al 31/12/2020 già emessi e che dovevano essere notificati al 28/02/2022.	65
UNO, NESSUNO E CENTOMILA. COSÌ IL MASSIMARIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE INSEGNAVA AI GIUDICI COME ARCHIVIARE/CONDANNARE I CASI COVID-19.	79
COMMENTO A MASSIMARIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE, ANNO 2021, N. IV.	79
IL PATTO FIDUCIARIO IMMOBILIARE NON RICHIEDE LA FORMA SCRITTA AD SUBSTANTIAM.	89
COMMENTO A CASSAZIONE, SEZ. II, ORDINANZA N. 10472 DEL 19 APRILE 2023.	89
TRUST E INTERDITTIVA ANTIMAFIA.....	94



NON È IL TRUST ILLEGITTIMO MA QUELLO CHE VALE A LIVELLO AMMINISTRATIVO DA FAR RITENERE "PIÙ PROBABILE CHE NON" IL PERICOLO DI INFILTRAZIONE MAFIOSA ATTRAVERSO IL PUR LECITO ISTITUTO DEL TRUST..... 94

Consiglio di Stato Sez. III (data ud. 25/01/2024) dep 07/02/2024 n. 1274..... 94

LA DIRIGENZA MEDICA ED IL MANCATO CONFERIMENTO DELL'INCARICO: IL RISARCIMENTO DEL DANNO..... 108

NON SUSSISTE LA MEDIAZIONE QUALE CONDIZIONE DI PROCEDIBILITA' PER LE DOMANDE RICONVENZIONALI.....110

Commento a sentenza Cassazione Civile Sezioni Unite n. 3452 del 07/02/2024.....110

NO ALL'IMPUGNATIVA DINANZI ALLA CORTE TRIBUTARIA DEL DINIEGO, QUALE SCARTO TELEMATICO, DEL CONTRIBUTO A FONDO PERDUTO "COVID" PREVISTO DALL'ART. 25 D. L. 34/2020.....116

E UTILIZZABILITÀ ANCHE IN AMBITO TRIBUTARIO IL RINVIO ART. 363/BIS C.P.C.....116

QUADERNO MONOGRAFICO ALLEGATO ALLA RIVISTA GIURIDICA DIRITTO E CRISI D'IMPRESA.IT 1/2024..... 127

LA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA 127

Direttore Scientifico

Gregorio Pietro **D'Amato**

Comitato scientifico

Maria Rosaria **Avino**

Vittorio Francesco **Bottaro**

Gino **Bove**

Andrea **Carminati**

Luca **Cirillo**

Fabrizio **Cuttitta**

Anna **Fiore**

Paolo Maria **Gemelli**

Mauro **Giarrizzo**

Giuseppe **Lepore**

Maurizio **Naddeo**

Corrado **Riggio**

Redazione

Francesco **Bagnuolo**

Comitato di valutazione

Gregorio Pietro **D'Amato** – Corrado **Riggio**

Periodico telematico rientrante previsione art. 3/Bis legge 16/07/2012 n. 103.

Direttore responsabile: dott. **Gregorio Pietro D'Amato** – giornalista pubblicista iscritto al n. 182247 Ordine Nazionale dei Giornalisti -mail direttore@rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it

Tutti i diritti riservati soggetto a Copyright ©. I contenuti presenti su questa rivista sono di proprietà del dott. Gregorio Pietro D'Amato. Non possono essere copiati, riprodotti, pubblicati o redistribuiti perché appartenenti agli autori stessi, se non dopo autorizzazione scritta all'utilizzo al Direttore Scientifico. È vietata la copia e la riproduzione dei contenuti in qualsiasi modo o forma Legge 248/00 e modifica legge 633/41. Marchio registrato.

Quanto rappresentato dai singoli autori non impegna e coinvolge in nessun modo la proprietà e direzione della rivista e quanto rappresentato impegna solo esclusivamente l'autore stesso che è lasciato libero di esprimere giuridicamente il suo libero pensiero.

Editore Gregorio Pietro D'Amato Via Torrione 23 - 84127 Salerno tel. 030/5280783 posta elettronica redazione@rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it

Per invio di contributi scientifici redazione@rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it

EDITORIALE

ETICA E DIRITTO, GIUSTIZIA E “DIRITTO”. **La questione delle notifiche via PEC di ADER non come domicilio digitale**

Il concetto di diritto da cui voglio partire è quello che è riportato in questa rivista e che vuole rappresentare una guida di libertà ma anche di perfetta osservanza delle leggi, diceva Marco Tullio Cicerone in *De legibus*, IV “*Salus populi suprema lex esto*” “*Il bene del popolo sia la legge suprema*”. Questa massima esprime l'idea che il benessere e la sicurezza del popolo dovrebbero essere la massima priorità e il principale obiettivo della legge e del governo.

L'etica e il diritto sono due concetti interconnessi che svolgono ruoli fondamentali nella costruzione e nel mantenimento di una società giusta e funzionale.

Mentre l'etica riguarda i principi morali e i valori che guidano il comportamento umano, il diritto è il sistema di regole e norme che stabilisce gli standard di comportamento e le conseguenze per la violazione di tali norme. Insieme, etica e diritto formano un tessuto interconnesso che influisce sulle azioni individuali e collettive e sulla struttura sociale nel suo complesso.

L'etica si erge come il faro che illumina il cammino morale dell'individuo e della collettività. Essa si basa su principi intrinseci di giustizia, benevolenza e rispetto reciproco, plasmando le nostre azioni quotidiane e le decisioni cruciali che intraprendiamo. L'etica, spesso radicata in valori condivisi e influenzata dall'esperienza personale e culturale, stabilisce un terreno comune su cui costruire relazioni sane e comunità solidali.

L'etica fornisce la base per comprendere cosa sia giusto e sbagliato, buono e cattivo, e guida le decisioni morali che le persone prendono nella loro vita quotidiana. Essa si basa su principi universali come la giustizia, la benevolenza, l'autonomia e il rispetto per gli altri. L'etica può derivare da varie fonti, tra cui la religione, la filosofia, la cultura e l'esperienza personale, ma il suo obiettivo principale è quello di promuovere il benessere individuale e collettivo.

Nel contesto legale, l'etica influenza la creazione e l'applicazione delle leggi. I legislatori e i giudici spesso si basano su principi etici fondamentali per determinare quali leggi debbano essere promulgate e come debbano essere interpretate. Ad esempio, la

considerazione dell'equità e della giustizia può influenzare la formulazione di leggi che proteggono i diritti delle minoranze o che garantiscono l'accesso equo alla giustizia per tutti i cittadini.

Il diritto, invece, è il tessuto legale che regola la convivenza sociale, fornendo un quadro normativo che definisce diritti, doveri e responsabilità. Questo sistema normativo, imposto da autorità sovrane, si incarica di risolvere conflitti, mantenere l'ordine e garantire la protezione dei diritti fondamentali. Sebbene il diritto sia intrinsecamente connesso all'etica, esso si distingue per la sua natura formale e vincolante, fungendo da baluardo contro l'arbitrio e l'anarchia.

Il diritto, d'altra parte, è il sistema formale di regole e norme che sono stabilite da un'autorità sovrana e che sono vincolanti per la società. Queste regole definiscono i diritti e i doveri dei cittadini, stabiliscono i meccanismi per risolvere i conflitti e prevedono le sanzioni per le violazioni delle norme stabilite. Il diritto serve da strumento per garantire la stabilità, l'ordine sociale e la protezione dei diritti fondamentali dei cittadini.

INTEGRAZIONE FRA ETICA, DIRITTO E SENTENZE CHE APPLICHILO IL DIRITTO.

Tuttavia, il diritto non può essere considerato separato dall'etica. Mentre molte leggi sono basate su principi etici, ci sono anche casi in cui il diritto può essere in conflitto con i valori morali. In tali situazioni, può sorgere un dibattito sull'opportunità di modificare le leggi esistenti per renderle più etiche o di disobbedire alle leggi ingiuste in nome della giustizia morale.

Per garantire una società giusta e funzionale, è essenziale che etica e diritto lavorino insieme in armonia. Mentre il diritto fornisce un quadro formale per regolare il comportamento umano e risolvere i conflitti, l'etica sottostante assicura che queste regole siano basate su principi morali che promuovono il benessere e la giustizia per tutti i membri della società.

In un ideale societario e, come per chi scrive piace idealizzare, come visione Aristotelica in contrapposizione, e come più volte già rappresentato su questa rivista del voracissimo **Leviatano** della tradizione biblica, che è stato assunto dal filosofo Th. Hobbes (1588-1679) a **simbolo dell'onnipotenza dello Stato nei confronti dell'individuo**, etica e diritto devono convergere armoniosamente per promuovere equità, giustizia e solidarietà.

Mentre l'etica fornisce il fondamento morale su cui si basano le leggi, il diritto offre strumenti pratici per attuare quei principi nell'ambito della vita quotidiana. È cruciale che gli individui e le istituzioni riconoscano l'importanza di questa integrazione, lavorando insieme per creare una società in cui ogni individuo possa prosperare in un contesto di rispetto reciproco e giustizia universale.

Nel contesto giuridico, l'etica e il diritto convergono nei pronunciamenti dei giudici, riflettendo una complessa intersezione tra principi morali e norme legali. Le sentenze giudiziarie non solo interpretano le leggi esistenti, ma spesso delineano i confini tra ciò che è giusto e ciò che è legale, contribuendo così a plasmare la struttura etico-giuridica della società.

Così come in una visione filosofica e dottrina le sentenze giudiziarie sono strettamente legate **al quadro legale esistente**. I giudici devono rispettare la legge, applicando le norme vigenti ai fatti e alle circostanze di ogni caso. Il diritto fornisce un insieme di regole e procedure che devono essere seguite nel processo decisionale, garantendo coerenza e uniformità nelle decisioni giudiziarie.

Le sentenze dei giudici riflettono il costante dialogo tra etica, diritto e giustizia nella società. È essenziale che i giudici si sforzino di considerare sia gli imperativi morali che le norme legali nel processo decisionale, lavorando per promuovere la coerenza, l'equità e il rispetto dei principi fondamentali della giustizia.

Ma non sempre ciò accade o, meglio, soprattutto in tema di decisioni importanti assunte anche in sede di legittimità si assiste ad una interpretazione meno favorevole o più esattamente più benevola con il fisco anziché secondo diritto per il contribuente.

La prevaricazione dello Stato nei confronti del contribuente rappresenta una grave violazione della fiducia e dell'integrità del sistema fiscale e può avere gravi conseguenze non solo per il singolo ma per l'intera comunità che perde la fiducia nei confronti dello Stato e suoi organi.

La perdita di fiducia che si sta assistendo in campo tributario e per i giudizi tributari soprattutto in campo delle decisioni per le notifiche via PEC da parte, e soprattutto dell'Agenzia della riscossione da PEC che non sono, e **non possono** essere considerate come domicilia digitali dalla stessa legge che li disciplina. Sino al dicembre 2022 e primi mesi del 2023 moltissimi Corti di merito ed anche di Cassazione avevano sanzionato come inesistenti le notifiche non provenienti da domicilia digitali inseriti in pubblici registri. Ora,

invece, dalle stesse corti di merito che prima ne avevano stabilito l'inesistenza e dalla stessa Corte di Cassazione all'improvviso si sta assistendo ad una azione salvifica delle notifiche con PEC non inserita in pubblici registi come domicilio digitale di ADER, giustificata dal raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c..

In precedenza, ed anche su questa rivista da parte di chi scrive si è più volte argomento in diritto delle motivazioni giuridiche perché le notifiche non da domicilio digitale di ADER è in contrasto con la legge, rappresentando quindi un punto di vista giuridico che al momento non ha dato completa risposta le tesi contraria e "salvifica" per ADER. Interpretazioni ultima salvifica della Cassazione del 09/01/2024 n. 883 che con molta modestia poco convince e poco a che fare con un diritto etico e giusto ma più con un diritto di convenienza per l'azione statale, che invece, e stando a quanto si ritiene che stabilisca la stessa legge si avrebbe l'abbattimento ed annullamento della totalità delle notifiche effettuate da ADER con PEC.

A volte però la locuzione "*sed lex dura lex*" espressione che riflette il concetto che la legge è spesso rigida e severa nelle sue applicazioni, senza tenere conto delle circostanze individuali o delle conseguenze personali non è a volte rispettata appieno. La legge è un'entità impersonale e universale, che deve essere applicata in modo uniforme a tutti, indipendentemente dalle situazioni specifiche o dalle eccezioni di c.d. "convenienza" anche se di rango Statale.

Questa affermazione mette in evidenza il principio di legalità e l'importanza del rispetto della legge come fondamento della giustizia e dell'ordine sociale. Tuttavia, può anche sottolineare la necessità di bilanciare l'applicazione rigorosa della legge con considerazioni di equità e umanità, specialmente quando si tratta di situazioni particolarmente difficili o complesse. In sostanza, "*sed lex dura lex*" sottolinea che, sebbene la legge possa essere dura o severa, è fondamentale rispettarla e aderire ai suoi principi, poiché rappresenta **la base su cui si fonda il sistema giuridico di una società, e minarla per situazioni, anche superiori e della collettività in ultima analisi, non rappresenta uno Stato di diritto e democratico.**

La corretta applicazione della legge per le notifiche da domicilia digitali da parte anche di ADER come del resto previsto dalla stessa normativa la si doveva fare prima, e chi ha sbagliato ne risponda e non minare la fiducia della totalità dei cittadini nello Stato e sue

istituzioni che del resto ci rappresentano tutti per salvare le poche persone responsabili di questo errore.

La mia è, e rimane sempre una visione Aristotelica dello Stato- specialmente dello Stato fiscale- molto lontana da quella che, invece, è attualmente del più volte ricordato mostro Leviatano. Lo Stato con le sue articolazioni si deve comportare forte con gli arroganti e truffatori e non forte con i deboli che sono il 99% dei contribuenti onesti.

Sperando che questo mio pensiero da giornalista libero lo possa sempre esprimere senza essere fagocitato dal mostro Leviatano, che tende a zittire i pensieri scomodi e non omologati, nelle more che il resto dei cittadini, e suoi organi, acquisiscano consapevolezza che lo Stato deve cambiare con una visione Aristotelica e non arrogante ed autoritario ed avere più coraggio gli stessi organi dello Stato.

Il Direttore scientifico Gregorio Pietro D'Amato

**MANIPOLAZIONE TASSO EURIBOR (09/2005-05/2008): STABILITO DALLA
DECISIONE DELLA COMMISSIONE ANTITRUST EUROPEA DEL 4/12/2013
ALL'ORDINANZA DELLA CASSAZIONE SEZ. 3 DEL 13/12/2023 N. 34889**

*Gregorio Pietro D'Amato*¹

Sommario. 1. La questione dell'EURIBOR decisa dalla Cassazione 2023 e primo intervento in dottrina del 2017. 1.2. Il principio di diritto stabilito con l'Ordinanza della Cassazione n. 24889/2023. 2. Ulteriori argomenti in diritto a sostegno della Nullità del Tasso EURIBOR acclarato come manipolato dalla Commissione UE. 2.2 Arresti giurisprudenziali di merito prima della sentenza della Cassazione n. 34889/2023. 2.3. Principi comunitari applicazione diretta delle Decisione UE 04/12/2013 quale prova privilegiata. 3 Quale tasso va applicato alla violazione del tasso EURIBOR: tasso sostitutivo ex art. 117 TUB o pari a zero? 4. Conclusioni.

1. La questione dell'EURIBOR decisa dalla Cassazione 2023 e primo intervento in dottrina del 2017.

La manipolazione del tasso Euribor è uno degli scandali più rilevanti compiuto dalle Banche negli ultimi anni, e che è stato acclarato con la Decisione della Commissione antitrust europea con provvedimento del 04/12/2013.

Per usare gli stessi termini riportati nella Decisione della Commissione Europea, gli “*eventi criminosi*” cartello-intesa, facevano in modo di determinare, a loro esclusivo vantaggio, il “tasso EURIBOR” che rappresenta uno dei valori più importanti del mercato finanziario, sia a livello micro che macroeconomico. E non solo!! la Commissione ha accertato violazioni inerenti non solo il parametro EURIBOR, ma altresì di altri parametri quali il JPY LIBOR e cartelli in Yen sui derivati dei tassi di interesse in YIRD.

Il quadro accertato dalla Commissione per le ripetute violazioni da parte di molte ed importanti strutture finanziarie è alquanto inquietante. Nello specifico, la violazione del parametro EURIBOR è stata accertata grazie all'encomiabile lavoro da parte del Vicepresidente della Commissione Europea, dell'epoca, nonché Presidente della Commissione per la Concorrenza del Mercato, **Joaquín Almunia**, il quale, appena emessa la Decisione, ha affermato: *ciò che è scioccante degli scandali LIBOR ed EURIBOR non*

¹ Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- curatore fallimentare - giornalista

è solo la manipolazione dei parametri di riferimento, ma anche la collusione tra banche che dovrebbero essere in competizione tra loro. L'odierna decisione manda un chiaro messaggio: la Commissione è determinata a combattere e sanzionare i cartelli in ambito finanziario. Una sana concorrenza, aggiunta alla trasparenza, è fondamentale al fine del corretto funzionamento dei mercati".

Va detto che dopo questa Decisione il coraggioso **Joaquín Almunia** nel 2014 è uscito di scena dalla Commissione europea non ricoprendo più alcun incarico. A volte le coincidenze sono strane.

A seguito di tale decisioni e alla possibilità di avere in maniera pubblica la decisione solo nel dicembre 2016 grazie ad un altrettanto encomiabile lavoro di un professionista² che dopo innumerevoli richieste è riuscito a far rendere pubblica la decisione ed a distanza di 3 anni sono iniziate oltre ai vari procedimenti giudiziari contro tutte le banche a svilupparsi altresì in dottrina dei contributi scientifici che corroboravano tale decisione e la rendeva altresì aderente anche ai vari giudizi che via via si andavano concretizzando e non solo per i muti ma soprattutto per i derivati.

Chi oggi scrive già nell'agosto 2017 ha pubblicato la prima monografia in merito dal titolo: **“Mutui e derivati: la nullità del tasso Euribor -Possibili effetti e rimedi dopo la Decisione UE del 04/12/2013 per: - privati – aziende - enti pubblici”**³, e numerosi ulteriori contributi:

- **“È nullo ex art. 1418 c.c. il tasso Euribor manipolato 2005-2008”**⁴;
- **“Tasso Euribor: nullo il periodo 2005-2009 dopo la decisione UE del 4 dicembre 2013”**⁵;
- **L'ordinanza del Tribunale di Padova. Da rideterminare gli interessi del mutuo per la nullità del tasso EURIBOR per il periodo 2005-2008**⁶;
- **Mutuo a tasso variabile con parametro Euribor: è nulla la determinazione del tasso?**⁷.

² Avv. Andrea Sorgentone della Sardegna.

³ di G. P. D'Amato Edizione Wolters Kluwer Italia S.r.l. luglio 2017.

⁴ in Il Quotidiano Giuridico del 22 marzo 2019 Edizione Wolters Kluwer Italia Srl di G. P. D'Amato.

⁵ in Il Quotidiano Giuridico del 30 novembre 2017 Edizione Wolters Kluwer Italia Srl di G. P. D'Amato.

⁶ Il Quotidiano Giuridico”, 13 Luglio 2017, Wolters Kluwer Italia Srl -Ipsos G. P. D'Amato.

⁷ In Salvis Juribus del 05 ottobre 2016 di G. P. D'Amato.

Pertanto, in epoca ampiamente antecedente alla sentenza della Cassazione del 13/12/2023 si è sempre sostenuto quanto ora ed autorevolmente stabilito rispetto ad una tesi dottrinarie nonché professionale alla quale si è sempre creduto e portato avanti nonostante le interpretazioni anche di merito contrarie avendo la cognizione e certezza giuridica che in cassazione sarebbe stato ristabilito il giusto diritto.

La cassazione ad oggi rappresenta, almeno per le controversie bancarie, l'ultimo baluardo per l'applicazione corretta del diritto rispetto anche ad arresti di merito francamente molto discutibili.

Come sul dirsi c'è sempre un Giudice a Berlino.

1.2. Il principio di diritto stabilito con l'Ordinanza della Cassazione n. 24889/2023.

Con arresto completamente condivisibile, e sovrapponibile ai contributi dottrinari su riportati la Cassazione, si badi bene, con ordinanza per essere un principio già consolidato per il giudice delle leggi ha stabilito : che per la questione affrontata contro la BPM Spa (banca da cui risulta dalla sentenza pubblicata e di dominio pubblico) che non è tra le banche che erano state sanzionate dalla Commissione europea e, quindi che non ha materialmente perpetrato l'illecito, o evento criminoso per dirla con le parole della commissione, per aver determinato il compenso quale tasso d'interesse facendo riferimento al tasso Euribor, in quanto accordo a valle di un cartello tra otto delle principali banche Europee finalizzato alla manipolazione dei tassi sulla scorta dei quali viene determinato l'Euribor con la violazione pertanto della L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Milano da cui proviene la sentenza ora cassata ha ritenuto genericamente enunciata la censura dell'allora appellante perché la mera partecipazione di più istituti di credito al panel per la determinazione del tasso Euribor non implica la sussistenza di un'intesa vietata dalla L. n. 287 del 1990, art. 2 e perché il Banco BPM non aveva partecipato ad un'intesa manipolativa della concorrenza.

La Cassazione con arresto puntuale ha precisato che nella pronuncia **delle sezioni unite della stessa Corte di Cassazione n. 2207 del 4/2/2005** è stato precisato che: *"la legge "antitrust" 10 ottobre 1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa*

vietata... siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto "ex" art. 2043 c.c., chi subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione... l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33... la cui cognizione è rimessa... alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello";

Infatti, la Corte di cassazione⁸ aveva già affermato che la L. n. 287 del 1990, art. 2, (la cosiddetta legge "antitrust"), "allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le "intese" fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non ha inteso riferirsi solo alle "intese" in quanto contratti in senso tecnico ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare "voluti". Il legislatore - infatti - con la suddetta disposizione normativa ha inteso - in realtà ed in senso più ampio - proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali". Si rendono - così - rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente "unilaterali". Da ciò consegue che, allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle "intese non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione - anche successiva al negozio originario - la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza";

Pertanto, stabilisce definitivamente la Corte con il provvedimento qui in commento che: **qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, costituisce comportamento rilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 2 della legge antitrust.**

⁸ cfr. Cass. 1/2/1999, n. 827.

Nel caso scrutinato dalla Corte il ricorrente aveva invocato la nullità del tasso applicato nel contratto di leasing in quanto determinato *per relationem*, facendo riferimento al tasso Euribor fissato attraverso un accordo manipolativo della concorrenza da un certo numero di istituti bancari, come accertato dalla Commissione Antitrust Europea con decisione del 4/12/2013 (la quale aveva ravvisato l'avvenuta violazione dell'art. 101 Trattato CE nella parte in cui dispone che "Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra stati membri e che abbiano per oggetto o per l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni della transazione... **Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto**";

Infatti, la corte ha ribadito, e come sempre sostenuto molto modestamente da parte di chi scrive in dottrina, ed ora confermato dalla Corte, con l'arresto in commento, **detta decisione avrebbe dovuto considerarsi prova privilegiata e ne sono parti anche tutte le banche non coinvolte nell'accertamento della manipolazione proprio perché applicano quei tassi manipolati EURIBOR.**

A confermare quanto stabilito con la predetta ordinanza la Corte riporta vari arresti precedenti della stessa in particolare:

- in quanto il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che sancisce la non chiarezza e comprensibilità delle clausole contenute nel contratto tra professionista e consumatore assume il valore di presunzione legale, al punto che il giudice ordinario chiamato a occuparsi dello stesso regolamento contrattuale, se vuole discostarsi da tale provvedimento, è tenuto a una specifica e puntuale motivazione⁹;
- nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 33, comma 2, della l. n. 287 del 1990 per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali, i provvedimenti assunti dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM) e le decisioni del giudice amministrativo, che eventualmente abbiano confermato o riformato quei provvedimenti, costituiscono prova privilegiata in relazione alla

⁹ Cass. 31/08/2021, n. 23655.

- sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso¹⁰;
- in tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall'art. 2 della legge n. 287 del 1990, con particolare riguardo a clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui all'art. 19, comma 11, della legge n. 262 del 2005, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario¹¹;
 - nel giudizio promosso dall'assicurato per il risarcimento del danno patito per l'elevato premio corrisposto in conseguenza di un'illecita intesa restrittiva della concorrenza, tra compagnie assicuratrici, il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante per la Concorrenza ha una elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori e consente di presumere, senza violazione del principio "*praesumptum de praesumpto non admittitur*", che dalla condotta anticoncorrenziale sia scaturito un danno per la generalità degli assicurati, nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il danno subito dal singolo assicurato. Ne consegue che l'assicurato assolve l'onere della prova a suo carico allegando la polizza assicurativa contratta e il provvedimento sanzionatorio, mentre è onere dell'impresa assicurativa, anche alla stregua del principio di vicinanza della prova, dimostrare interruzione del nesso causale tra l'illecito anticoncorrenziale e il danno patito, tanto dalla generalità dei consumatori quanto dal singolo, mediante la prova

¹⁰ Cass. 05/07/2019, n. 18176.

¹¹ Cass. n. 13846 del 22/05/2019, n. 13846.

di fatti sopravvenuti, estranei all'intesa, idonei di per sé soli a determinare l'aumento del premio¹².

A supporto della domanda evidenzia la Corte e volta alla declaratoria di nullità dei tassi "manipolati" ed alla rideterminazione degli interessi nel periodo coinvolto dalla manipolazione, a prescindere dal fatto che all'intesa illecita avesse o meno partecipato il Banco Bpm Spa giacché raggiunta dal divieto di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 2 è qualunque contratto o negozio a valle che costituisca applicazione delle intese illecite concluse a monte.

Infatti, con il richiamo della Corte al proprio **arresto Cass. 12/12/2017, n. 29810** in tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali, vietate dall'art. 2 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, è stato stabilito che la **stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte"**, comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato, a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza. a nullità del contratto "a valle" di un'intesa restrittiva della concorrenza (relativa, nella specie, alle norme bancarie uniformi Abi in materia di fidejussioni omnibus) può ricorrere anche per il contratto stipulato prima dell'accertamento dell'illiceità ad opera dell'autorità preposta all'applicazione della disciplina antitrust, purché detto contratto sia stato posto in essere dopo l'intesa stessa e concorra a realizzare la distorsione della concorrenza.

2. Ulteriori argomenti in diritto a sostegno della Nullità del Tasso EURIBOR acclarato come manipolato dalla Commissione UE.

In merito alle variazioni del tasso d'interesse: è sicuramente ammissibile la facoltà della banca di variare il tasso unilateralmente ma, secondo l'insegnamento di una giurisprudenza ampiamente consolidata (*ex multis*, **Cass. 9080 del 2002**), esso deve ancorarsi a criteri

¹² Cass. 28/05/2014, n. 11904 e Cass. 22/05/2013, n. 12551; Cass. 09/05/2012, n. 7039; Cass. 18/08/2011, n. 17362.

prestabiliti, in modo che sia assicurata con certezza, al di fuori di ogni margine di discrezionalità, rimessa all'arbitrio del creditore, una concreta determinazione sulla base di una disciplina, fissata su scala nazionale e vincolante (ad esempio: il tasso unico di sconto, la cui manovra è rimessa all'autorità di vigilanza) o comunque con riferimento ad elementi obbiettivi ed esterni, come il tasso di cambio di una valuta, concordata tra le parti, in tal senso **Cass. civ. Sez. I, Sent., 23-02-2016, n. 3480**.

A tal fine va, quindi, analizzato sotto il primo profilo per l'indeterminatezza del tasso, per il quale si è espressa ultimamente la **Cassazione civ. Sez. VI - 1, Sent., 30-10-2015, n. 22179** in cui ha stabilito in tali termini, tra l'altro, con riguardo alle clausole di determinazione degli interessi passivi in un rapporto contrattuale di mutuo prevedenti tassi variabili, in cui si è già affermato che: *"In tema di contratti di mutuo, perché una convenzione relativa agli interessi sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1284 c.c., comma 3, che è norma imperativa, la stessa deve avere un contenuto assolutamente univoco e contenere la puntuale specificazione del tasso di interesse; ove il tasso convenuto sia variabile, è idoneo ai fini della sua precisa individuazione il riferimento a parametri fissati su scala nazionale alla stregua di accordi interbancari, mentre non sono sufficienti generici riferimenti, dai quali non emerga con sufficiente chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione"* (**cf. Cass. nn. 12276 del 2010, n. 14684 del 2003, e n. 2317 del 2007**).

Ulteriormente i tassi variabili determinati con la metodologia Euribor vanno considerati nulli in quanto trattasi di un accordo di cartello fra le banche (s.v. punto 7 della Decisione) aderenti e, pertanto, tale intesa nella determinazione del tasso è nulla ai sensi dell'art. 2 della legge del 10/10/1990 n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato)

dove all'art. 2 (*Intese restrittive della libertà di concorrenza*) stabilisce specificatamente che:

“1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”.

Oltre alla Normativa europea a presidio vi sono: l'art. 101 sul trattato sul funzionamento dell'unione europea (TFUE)¹³ e dell'articolo 53 dell'accordo 2 maggio 1992 sullo Spazio Economico Europeo (SEE)¹⁴.

¹³ TRATTATO 25 marzo 1957. Trattato sul funzionamento dell'Unione europea come modificato dal trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007.

Titolo VII -Norme Comuni Sulla Concorrenza, Sulla Fiscalità E Sul Ravvicinamento Delle Legislazioni - Capo 1 -Regole Di Concorrenza Sezione 1- Regole Applicabili Alle Imprese

Articolo 101 (ex articolo 81 del TCE)

1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,
- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e
- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di

- a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
- b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

Il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, dunque, ha affiancato e rafforzato la sanzione della *nullità di pieno diritto* prevista dall'art. 101, par. 2, TFUE, completando, in questo modo, il lato privatistico della reazione dell'ordinamento giuridico comunitario alle illecite distorsioni della concorrenza C. Giust. CE, 1-6-1999, C-126/97, *Eco Swiss, Racc.*, I-3055, punto 36.

Il fondamento giuridico dell'azione di danno antitrust è rappresentato dalla necessaria effettività delle regole di concorrenza associata alla diretta applicabilità delle stesse da parte delle giurisdizioni nazionali. I giudici nazionali, infatti, sono «incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli» C. Giust. CE, 9-3-1978, causa 106/77, *Simmenthal, Racc.*, 629, punto 16, e 19-6-1990, C-213/89, *Factortame, Racc.*, I-2433, punto 19. In particolare, secondo la Corte di Giustizia, la piena efficacia dell'art. 81 del Trattato (ora art. 101 TFUE) e, soprattutto, l'effetto utile del divieto sancito dal primo comma del medesimo articolo sarebbe messo in discussione «se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza».

¹⁴ **ACCORDO 2 maggio 1992. Accordo sullo Spazio economico europeo** (Pubblicato nella G.U.C.E. 3 gennaio 1994, n. L 1. Il presente accordo è stato firmato ad Oporto il 2 maggio 1992 ed è stato approvato con decisione del Consiglio e della Commissione del 13 dicembre 1993. Modificato dal Protocollo che adegua l'accordo sullo Spazio economico europeo, approvato con decisione 94/2/CECA/CE del 13 dicembre 1993 del Consiglio e della Commissione (G.U.C.E. 3 gennaio 1994, n. L 1), a causa della mancata ratifica della Confederazione elvetica.

All'Articolo 53- prevede-

Come autorevolmente è già stato ribadito “la diretta applicabilità da parte delle Giurisdizioni nazionali dei parr. 1 e 2 dell’art. 81 e dell’art. 82 del Trattato (ora artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea) **fu successivamente consolidata dalla Corte di Giustizia nei casi Delimitis (1991) e Masterfood (2000) C. Giust. CE, 28-2-1991, causa C-234/89.**

È stato proprio attraverso il riconoscimento della diretta applicabilità delle regole comunitarie di concorrenza nei rapporti tra privati sancita **dall’art. 6 regolamento n. 1/2003** anche per il terzo paragrafo dell’art. 101 TFUE, che la Corte di Giustizia ha potuto introdurre nell’ordinamento giuridico comunitario l’azione di risarcimento del danno promossa da un operatore economico (impresa o consumatore) a seguito di un’illecita restrizione della concorrenza nel mercato comune. Tale diritto è stato espressamente affermato dalla Corte di Giustizia nella ricordata sentenza *Courage* C. Giust. CE nel caso 26/621 (*Van Gend & Loos*) e poi consolidato nella sentenza *Manfredi*.

Risulta evidente che il tasso di interesse, in un contratto bancario costituisce esattamente il prezzo di vendita del prodotto- il denaro- e come tale rientra specificamente e direttamente nella nullità prevista dalla legge¹⁵.

1. Sono incompatibili con il funzionamento del presente accordo e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio fra le Parti contraenti e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del territorio cui si applica il presente accordo, ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

2. Gli accordi o decisioni vietati in virtù del presente articolo sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi tra imprese,
- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e
- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di:
 - a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
 - b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

¹⁵ S.v. Responsabilità civile per violazione delle regole sulla concorrenza nel diritto dell’Unione europea Michele Carpanano, 2012, Digesto, Ipsoa.

La conseguenza è, che nei contratti di mutuo in cui è prevista la determinazione del tasso variabile agganciato all'Euribor tale contratto è nullo per l'assoluto contrasto con la legge 287/90, la quale vieta le intese tra imprese anche bancarie che abbiano per oggetto o per l'effetto di impedire restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante anche attraverso l'attività ..cfr. lettera a) *fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali.*

Eccezione, che, come ribadito dalla Cassazione n.22179/2015, può essere rilevata d'ufficio o eccepita dall'utente.

Oltremodo in precedenza la stessa **Suprema Corte aveva stabilito con arresto del 28 marzo 2002 n. 4490**, in merito agli *interessi uso piazza*, che si profila: *“la violazione e falsa applicazione degli artt. 1284, 1346 e 1825 c.c., conseguentemente dichiarare nulla, per violazione dell'art. 1346 c.c., la clausola sulla determinazione quantitativa degli interessi, senza considerare che la determinazione dei tassi d'interesse era avvenuta sulla base di criteri stabiliti, in ambito nazionale, con "accordi di cartello".*

A seguito di tale violazione stabilita con l'arresto giurisprudenziale citato n. **4490/2002**, è stato, ulteriormente, stabilito che: *“pur riconoscendo che il requisito della forma scritta richiesto, a pena di nullità, per la pattuizione di interessi superiori alla misura legale (art. 1284, ultimo comma, c.c.) non postula necessariamente che il documento contrattuale contenga l'indicazione in cifre del tasso d'interesse pattuito, ma può essere soddisfatto anche "per relationem", essendo sufficiente che le parti richiamino per iscritto criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, obiettivamente individuabili, che consentano la concreta determinazione del tasso convenzionale (Cass., 18 maggio 1996, n. 4605; 11 novembre 1997, n. 11042; 8 maggio 1998, n. 4696; 23 giugno 1998, n. 6247; 19 luglio 2000, n. 9465), ha, in reiterate occasioni, puntualizzato che una clausola, la quale si limiti a fare riferimento "alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza", non è sufficientemente univoca e non può quindi giustificare la pretesa al pagamento di interessi in misura superiore a quella legale, poiché, data*

l'esistenza di diverse tipologie di interessi, essa non consente, per la sua genericità, di stabilire a quale previsione le parti abbiano inteso concretamente riferirsi”¹⁶

In ragione di quanto stabilito ha portato a dichiarare l'illegittimità da parte dei supremi giudici, degli interessi, nel caso specifico determinati uso piazza, in ragione che la disciplina dettata dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, sulla tutela della concorrenza e del mercato, si applica anche alle aziende e agli istituti di credito (ex art. 20 della legge citata).

Proseguono i Supremi Giudici stabilendo che: “L'art. 2 della stessa legge vieta, sancendone la nullità, *"le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente la concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante"*, ricomprendendo espressamente tra tali intese *quelle che detto risultato perseguano o determinino "attraverso attività consistenti nel... fissare direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto o di vendita" dei rispettivi prodotti o servizi.*

Eventuali accordi interbancari, diretti a fissare i tassi d'interesse attivi e passivi, rientrano certamente tra le "intese" considerate dalla norma in esame. Non vi è quindi dubbio che se, come si assume, tali accordi sono dotati di efficacia vincolante sull'intero territorio nazionale, debbono essere ritenuti nulli, in applicazione del principio sancito dal citato art. 2. E che a non diverse conclusioni deve pervenirsi quando i tassi non siano predeterminati in modo assolutamente rigido (e sia quindi lasciata alle singole banche la possibilità di determinarne concretamente l'ammontare entro margini predeterminati), tenuto conto dell'estrema latitudine del dettato normativo, che annovera tra le intese vietate anche quelle che (solo) indirettamente sono dirette a fissare i prezzi di acquisto o di vendita.

È pertanto evidente che, contrariamente a quel che mostra di ritenere la ricorrente, l'eventuale efficacia vincolante degli accordi in esame, lungi dal corroborare la validità delle clausole di rinvio agli "usi su piazza" per la determinazione degli interessi, si configurerebbe come ulteriore motivo di invalidità delle medesime”.

¹⁶ Ed in tal senso in precedenza s.v. Cass., 29 novembre 1996, n. 10657; 18 aprile 2001, n. 5675; 11042/97, n. 9465/2000.

Pertanto, essendo stato determinato il tasso di mora con il presupposto Euribor tale contratto dovrebbe essere considerato nullo per le sopra svolte osservazioni.

E va rilevata la nullità del Tasso determinato nel contratto di Finanziamento con le modalità di determinazione del tasso Euribor lo stesso dovrebbe essere ritenuto cedevole sia per una contrarietà dell'art. 118, 1 comma ultimo periodo del d.lgs. 385/1993 con le previsioni di cui alla Direttiva 93/13/CE, **per i consumatori** oltre che con l'art. 2 della Legge 287/1990 **comunque per essere determinato il tasso Euribor con accordi di Cartello da parte delle banche**, vietato oltreché dall'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dell'articolo 53 dell'accordo SEE; nonché per applicazione dell'indeterminatezza del tasso per i mutui in cui è stabilito il tasso variabile con riferimento al tasso Euribor per la violazione di cui agli artt. 1346 – 1418 - 1419 cod. civ., nonché incompatibile con i principi di inderogabilità in tema di determinabilità dell'oggetto nei contratti formali e/o per violazione degli artt. 1283, 1284 e 1285 cod. civ. e/o per violazione dell'art. 1322 cod. civ. (Equilibrio e giustizia contrattuale in quanto non meritevole di tutela prevista dall'ordinamento giuridico) e/o per violazione dell'art. 9, comma 3, legge 192/1998 (Divieto di abuso di dipendenza economica) nonché degli artt. 1333-1334-1335-1355-1372 e 1346 cod. civ. supportata dagli arresti interpretativi della Corte di Giustizia CE dei vari articoli della direttiva ed applicabili anche per la fattispecie *de quo*.

2.2 Arresti giurisprudenziali di merito prima della sentenza della Cassazione n. 34889/2023.

La giurisprudenza di merito e solo alcune prima del chiaro e definitivo arresto della Cassazione del 2023 hanno già incominciando a stabilire la nullità del tasso nello specifico con **sentenza del 25 febbraio 2019 n. 48, il Giudice di Pace di Buccino** ha stabilito che è nullo il tasso di mutuo variabile Euribor periodo 2005-2008 per la manipolazione rilevata e stabilita dalla Decisione UE del 04/12/2013, anche se nello specifico la banca convenuta non ha partecipato all'intesa anticoncorrenziale nel periodo (2005-2008) in cui è stata accertata la manipolazione dei tassi, ma è pur vero che la stessa ha utilizzato il tasso Euribor manipolato (come tutto il resto del mercato dei mutui a tasso variabile). Deve intendersi contrastante la determinazione del Tasso Euribor del periodo con il disposto di cui all'art.

101 TFUE dando così luogo ad una violazione dell'art. 1418 c.c.¹⁷ e in precedenza Tribunale di Nocera Inferiore¹⁸ con l'ordinanza del 28 luglio 2017 ha disposto nuova CTU, a seguito di sentenza non definitiva ex art. 279, n. 4, c.p.c., con la quale rimetteva parzialmente la causa in istruttoria con il solo riferimento alla dedotta nullità relativa del contratto di mutuo fondiario in conto corrente, circa gli effetti, da verificare in concreto, a seguito della pronuncia della decisione della commissione europea del 4 dicembre 2013, che ha rinvenuto l'esistenza di un'intesa tra il 2005 ed il 2009, e quindi interferente con il contratto per cui vi è causa, tra taluni istituti di credito volta a manipolare la determinazione del tasso Euribor e quindi volta ad influenzare l'eterointegrazione dei contratti di finanziamento a tasso variabile. È stato dato mandato al c.t.u., per scorporare le competenze passive pagate per il contratto di finanziamento a titolo di componente Euribor ritenuto nullo dalla decisione Ue.

Il Tribunale di Padova ordinanza 9 giugno 2017¹⁹ e Tribunale di Pescara Ordinanza 13 febbraio 2018 ed ultimamente sentenza del Giudice di Pace di Buccino del 25 febbraio 2019 n. 48 in cui hanno stabilito **che è nullo ex art. 1418 c.c. il tasso Euribor manipolato 2005-2008. Con sentenza del 25 febbraio 2019 n. 48, il Giudice di Pace di Buccino ha stabilito che è nullo il tasso di mutuo variabile Euribor periodo 2005-2008 per la manipolazione rilevata e stabilita dalla Decisione UE del 04/12/2013, anche se nello specifico la banca convenuta non ha partecipato all'intesa anticoncorrenziale nel periodo (2005-2008) in cui è stata accertata la manipolazione dei tassi, ma è pur vero che la stessa ha utilizzato il tasso Euribor manipolato (come tutto il resto del mercato dei mutui a tasso variabile). Deve intendersi contrastante la determinazione del Tasso Euribor del periodo con il disposto di cui all'art. 101 TFUE dando così luogo ad una violazione dell'art. 1418 c.c.**²⁰

A cui va attribuita la natura di prova **"privilegiata"** e rilevabile d'ufficio, e di uguale parere **anche il Tribunale di Pescara con la Sentenza n. 557/2019 pubbl. il 28/03/2019** in cui

¹⁷ Si v. "È nullo ex art. 1418 c.c. il tasso Euribor manipolato 2005-2008" in Il Quotidiano Giuridico del 22 marzo 2019 Edizione Wolters Kluwer Italia Srl di G. P. D'Amato.

¹⁸ Si v. "Tasso Euribor: nullo il periodo 2005-2009 dopo la decisione UE del 4 dicembre 2013" in Il Quotidiano Giuridico del 30 novembre 2017 Edizione Wolters Kluwer Italia Srl di G. P. D'Amato.

¹⁹ In "Mutui e derivati: la nullità del tasso Euribor -Possibili effetti e rimedi dopo la Decisione UE del 04/12/2013 per: - privati - aziende - enti pubblici", di Gregorio Pietro D'Amato Edizione Wolters Kluwer Italia S.r.l. luglio 2017.

²⁰ In Il Quotidiano Giuridico Ediz. Wolters Kluwer Italia Srl del 22/03/2019 con commento di G. P. D'Amato.

è stato stabilito nella corposa motivazione, tra l'altro, che dalle decisioni dell'Autorità e/o Organismo dell'Unione Europea che accertino un'infrazione (Regolamento n. 1/2003), sicché dovendosi ritenere "manipolato" il tasso Euribor nel periodo 2005/2008, **non potranno essere messi in discussione i fatti costitutivi e posti a base della relativa decisione, quanto le conseguenti violazioni di legge nonché da ultimo Sentenza del Tribunale di Siena del 14/05/2019.**

2.3 Principi comunitari applicazione diretta delle Decisione UE 04/12/2013 quale prova privilegiata.

Nello specifico, sussistendo, **altresì, la previsione di una presunzione *iuris tantum* di esistenza del danno cagionato dall'illecito (Direttiva 2014/ 104/UE art. 14, comma 2 e 17).**

Il regolamento n. 1/2003 stabilisce che sia considerata privilegiata, e con i principi indicati nello stesso regolamento n. 1/2003 del 16/12/2002 (G.U.C.E. LI 4.1.2003), si devono ribadire, anche alla luce del rinnovato ruolo assegnato alla tutela privata in materia antitrust (il c.d. private *enforcement*), concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 (ex artt. 81 e 82) del Trattato e dalle comunicazioni attuative dei principi sanciti dal medesimo regolamento, nell'ambito del c.d. pacchetto modernizzazione (Comunicazioni G.U.U.E. C 101 del 27/04/2004), ed in particolare dalle comunicazioni sulla cooperazione fra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri (in particolare punti 11-16) e la comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione (punti 8-9).

La Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26/11/2014 proprio attraverso i “*considerando*” alla direttiva si afferma che: -al n. (1) “*Gli articoli 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) sono elementi di ordine pubblico e dovrebbero essere applicati efficacemente in tutta l'Unione al fine di garantire che la concorrenza nel mercato interno non sia distorta*”. L'art. 101 TFUE vieta rigorosamente che fra gli operatori economici vi siano contatti, diretti o indiretti, che abbiano lo scopo, o producano l'effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, che determina l'**azione diretta nei confronti di tutte le aziende bancarie e finanziarie che hanno utilizzato il parametro EURIBOR** alla luce

della Decisione del 04/12/2013²¹, per essere di diretta applicazione nel nostro ordinamento anche in virtù dell'art. 6 del regolamento n. 1/2003, nonché per avere la decisione fornito la prova dell'avvenuta manipolazione con sicurezza per il periodo settembre 2005 a maggio 2008, **ma si ritiene fino a maggio 2009 per effetto della determinazione dei tassi a 12 mesi**, si possono a tal fine considerate superate le eccezioni di non partecipazione al cartello, **nonché indipendentemente dalla banche coinvolte l'azione sia comunque esperibile nei confronti di qualsiasi banca.**

Va altresì rilevato che la sicura e certa applicabilità della Decisione UE del 04/12/2013 trova una granitica conferma *incidenter tantum* nella sentenza della **Cassazione Civile Sez. Unite Ordinanza del 18 marzo 2019 n. 7621 relatore Dr. Franco De Stefano** in cui ha ribadito che:

“Nel ricordare la Corte che nell'interpretazione ed applicazione di tutte le disposizioni della Convenzione, i giudici dei Paesi aderenti (e quindi anche quelli italiani e la stessa Corte) devono, ai sensi dell'art. 1 del Protocollo 2 allegato a detta Convenzione, tenere "debitamente conto dei principi definiti dalle pertinenti decisioni dei giudici degli Stati vincolati dalla Convenzione e della Corte di giustizia delle Comunità Europee in relazione a dette disposizioni o a disposizioni analoghe della convenzione di Lugano del 1988 o degli atti normativi di cui all'art. 64, paragrafo 1, della presente convenzione" (cioè il Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e successive modifiche, la Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmata a Bruxelles il 27 settembre 1968, il Protocollo relativo all'interpretazione di detta Convenzione da parte della Corte di giustizia delle Comunità Europee, firmato a Lussemburgo il 3 giugno 1971, modificati dalle Convenzioni di adesione a detta Convenzione e a detto Protocollo da parte degli Stati aderenti alle Comunità Europee, nonché l'accordo tra la Comunità Europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmato a Bruxelles il 19 ottobre 2005).”

²¹ Si veda qui allegata la decisione UE 04/12/2013 in testo in lingua originale Case 39914. Per la traduzione si veda **Mutui e derivati: la nullità del tasso Euribor -Possibili effetti e rimedi dopo la Decisione UE del 04/12/2013 per: - privati – aziende - enti pubblici”, di Gregorio Pietro D’Amato Edizione Wolters Kluwer Italia S.r.l. luglio 2017.**

3. Quale tasso va applicato alla violazione del tasso EURIBOR: tasso sostitutivo ex art. 117 TUB o pari a zero?

Per tale violazione pertanto si ritiene applicabile il tasso di interesse pari a zero per le rate di mutuo e non quello previsto dall'art. 117, comma 7 lett. a) TUB, atteso che la natura dell'interesse tutelato, quello cioè, di garantire una concorrenza non distorta **promana da una norma di ordine pubblico** per come affrontato e specificato **nel 1° considerando della Direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26/11/2014 recepita in Italia con il decreto n. 3/2017** in cui è chiaramente affermato che: *“Gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) sono elementi di ordine pubblico”*, oltre che per la natura di tutela offerta dal Trattato stesso.

Se si parte dall'assunto che le previsioni di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato sono norme di ordine pubblico europee, in Italia devono essere necessariamente collegate all'art. **1418 c.c. (come richiamato dal G di P. di Buccino e Tribunale di Pescara del 28/03/2019 infra cit.)** che commina la nullità a tutti quei contratti stipulati in violazione di norme imperative e di ordine pubblico, ed altresì ai sensi degli artt. **1343 c.c. e 1346 c.c.** in ordine alla nullità in caso di oggetto e di causa illecite del contratto stesso.

Per quanto concerne l'**ordine pubblico** esso va identificato nell'insieme dei principi di natura politica ed economica della società, immanenti nell'ordinamento giuridico vigente supportato dagli arresti interpretativi **della Corte di Giustizia CE, dai vari articoli della Direttiva 2014/104**, e del D.lgs. n. 3/2017.

In secondo luogo nelle ipotesi di mutui e derivati in cui il tasso d'interesse, per il periodo di riferimento preso in considerazione dalla Decisione, è stato determinato prendendo come parametro il tasso Euribor, nel momento in cui tale tasso è dichiarato nullo, in quei mutui e derivati ci si viene a trovare in una situazione di indeterminatezza dei tassi applicati per la violazione di cui agli artt. 1346 – 1418 – 1419 c.c., nonché incompatibile con i principi di inderogabilità in tema di determinabilità dell'oggetto dei contratti formali e per violazione dell'art. 1322 c.c. in tema di equilibrio e giustizia contrattuale in quanto, in questo caso ci troveremmo dinanzi ad un interesse non meritevole di tutela.

Nonché per la violazione dell'art. 9, comma 3, Legge n. 192/1998 (Divieto di abuso di dipendenza economica) e degli artt. 1333-1334-1335-1355-1372 e 1346 cod. civ. con

l'osservanza del principio della ripetibilità delle attribuzioni prive di causa giustificativa, fissato nell'art. 2033 cod. civ..

4. Conclusioni

Il tasso EURIBOR è stato dichiarato nullo, a seguito della Decisione CE del 04/12/2013 che ha accertato la violazione dell'art. 101 Trattato TFUE e dell'art. 53 Accordo EEA.

La Decisione è **direttamente applicabile in tutti i paesi UE ex art. 6 regolamento UE n. 1/2003 ed ex terzo paragrafo art. 101 TFUE, per il principio di prevalenza delle norme del Trattato e delle decisioni della Commissione**, in favore di tutti i soggetti (privati-aziende-enti giuridici, etc.) nonché in favore degli Enti Pubblici, di certo per il periodo settembre 2005 - maggio 2008, ma si ritiene, anche sino a maggio 2009 per effetto della determinazione dei tassi a 12 mesi.

Inoltre, tale nullità, è stata rafforzata dall'emanazione della ***Direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26/11/2014 recepita in Italia con il Decreto di recepimento n. 3/2017.***

Per quanto riguarda la possibilità della ripetizione di quanto indebitamente pagato ed altresì il risarcimento del danno cagionato da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza, va innanzi tutto ricordato che, come risulta da giurisprudenza costante della UE, sarà compito dei giudici nazionali applicare, nell'ambito delle loro competenze,

le norme del diritto comunitario, **garantendo la piena efficacia di tali norme a tutela dei diritti da esse attribuiti ai singoli.**

Se ciò non fosse, la piena efficacia dell'art. 101 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 dello stesso, sarebbero privati del loro potenziale e la valenza del Trattato stesso messa in discussione²².

In ordine poi, all'altro aspetto riguardante il tasso d'interesse da considerare ed applicare in sostituzione di quello accertato e dichiarato nullo, ai fini della restituzione dell'indebito pagato, v'è da dire che per il periodo considerato dalla Decisione [settembre 2005- maggio 2008- (2009)], il tasso di riferimento applicabile in via generale è certamente quello previsto dall'art. 117, comma 7, lett. a) del TUB.

Ma tale conclusione non è convincente per una serie di ragioni.

²² Corte giustizia comunità Europee, 20/09/2001, n. 453/99.

Innanzitutto si ritiene applicabile un tasso di interesse pari a zero e non quello previsto dall'art. 117, comma 7 lett. a) TUB, atteso che la natura dell'interesse tutelato, quello cioè, di garantire una concorrenza non distorta **promana da una norma di ordine pubblico** per come affrontato e specificato nel 1° considerando della Direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26/11/2014 recepita in Italia con il decreto n. 3/2017 in cui è chiaramente affermato che: **“Gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) sono elementi di ordine pubblico”**, oltre che per la natura di tutela offerta dal Trattato stesso.

Se si parte dall'assunto che le previsioni di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato sono norme di ordine pubblico europeo, in Italia devono essere necessariamente collegate all'art. **1418 c.c.** che commina la nullità a tutti quei contratti stipulati in violazione di norme imperative e di ordine pubblico, ed altresì agli artt. **1343 c.c. e 1346 c.c.** in ordine alla nullità in caso di oggetto e di causa illeciti del contratto stesso. Per quanto concerne l'**ordine pubblico** esso va identificato nell'insieme dei principi di natura politica ed economica della società, immanenti nell'ordinamento giuridico vigente supportato dagli arresti interpretativi della Corte di Giustizia CE, dai vari articoli della Direttiva 2014/104, e del D.lgs. n. 3/2017.

In secondo luogo nelle ipotesi di mutui e derivati in cui il tasso d'interesse, per il periodo di riferimento preso in considerazione dalla Decisione, è stato determinato prendendo come parametro il tasso Euribor, nel momento in cui tale tasso è dichiarato nullo, in quei mutui e derivati ci si viene a trovare in una situazione di indeterminatezza dei tassi applicati per la violazione di cui agli artt. 1346 – 1418 – 1419 c.c., nonché incompatibile con i principi di inderogabilità in tema di determinabilità dell'oggetto dei contratti formali e per violazione dell'art. 1322 c.c. in tema di equilibrio e giustizia contrattuale in quanto, in questo caso ci troveremmo dinanzi ad un interesse non meritevole di tutela.

Nonché per la violazione dell'art. 9, comma 3, Legge n. 192/1998 (Divieto di abuso di dipendenza economica) e degli artt. 1333-1334-1335-1355-1372 e 1346 c.c. con l'osservanza del principio della ripetibilità delle attribuzioni prive di causa giustificativa, fissato nell'art. 2033 c.c..

La possibilità concreta ed **attuale per i contratti a tutt'oggi in essere** (mutui e derivati) i cui interessi pagati sono stati determinati con il parametro EURIBOR per il periodo stabilito nella Decisione, per il principio dell'unitarietà dell'obbligazione dei contratti di

mutuo o di finanziamento in genere, possono essere oggetto di azione di ripetizione nei confronti degli istituti di credito, di quanto indebitamente percepito.

Mentre per i contratti già conclusi da più di 5 anni si dovrà valutare la prevalenza della prescrizione decennale *ex art. 2946 c.c.* rispetto a quanto stabilito dall'art. 8 del D.lgs. n. 3/2017, che appare limitativo e riduttivo rispetto sia a quanto stabilito dalla Direttiva 2014/104 (s.v. il 36[^] considerando e suo art. 10, comma 3 attuativo) sia rispetto alla consolidata e granitica giurisprudenza formatasi per l'azione di ripetizione, sia rispetto alla eventuale richiesta di risarcimento del danno *ex art. 2043* per fatto illecito.

Medesime considerazioni in ordine alle azioni di ripetizione di quanto pagato indebitamente si possono fare per i derivati ed i mutui contratti dagli **Enti Pubblici**, osservando che per questi ultimi le somme che si possono ottenere in restituzione dalle banche sarebbero tutte a beneficio dei cittadini e della collettività.

Infine, per i soli privati e le microimprese, oltre a quanto sin qui rappresentato, vi sono *ad adiuvandum* ulteriori osservazioni in ordine alla circostanza che l'EURIBOR nullo a seguito della Decisione, rappresenta altresì, **una clausola abusiva per i consumatori (Cass. Sezioni Unite Sentenza n.9479 del 6 aprile 2023)** sia ai sensi e per gli effetti della Direttiva 93/13/CE, oltre alla violazione dell'art. 2 della Legge n. 287/1990 per essere stato, il tasso EURIBOR, determinato, negli anni di riferimento, mediante accordi di Cartello da parte delle banche.

LA “CARTA DOCENTI” ANCHE PER I PRECARI.

LA RELAZIONE TRA SUPPLENZE E DIDATTICA ANNUA È DUNQUE CHIARAMENTE ENUNCIATA.

CORTE DI CASSAZIONE SEZ. LAVORO N. 29961 DEL 27/10/2023

*Gregorio Pietro D'Amato*²³

*Mauro Giarrizzo*²⁴

*Corrado Riggio*²⁵

Sommario: 1 Docenti precari figli di un Dio minore. 2 Gli arresti giurisprudenziali stabiliti dalle Corti Superiori per il diritto della “Carta docenti”. 2.2 La Corte di Giustizia Europea per la Carta docenti. 2.3 L’arresto nomofilattico della Corte di Cassazione n. 29961 del 27/10/2023 resa ai sensi dell’art. 363/bis del c.p.c. che riconosce il diritto della “Carta docenti” anche ai Docenti precari. 2.4 Aspetti processuali affrontati dalla Cassazione n. 29961/2023 per il riconoscimento del diritto. 3 Conclusioni

1. Docenti precari figli di un Dio minore.

Quando si parla di discriminazione²⁶, si pensa al colore della pelle, alle tendenze sessuali, alla parità di genere, ma non si evidenziano le differenze che un Ministero, quello dell’Istruzione e del Merito, (d’ora in poi MIM) attua, da tanto tempo, verso i precari. Così accade per il Personale Docente, sotto l’egida del MIM, con la reiterazione dei contratti a termine, per supplire alle carenze strutturali che lo stesso MIM non ha voluto considerare! A nulla valgono i PNRR con la Scuola 4.0²⁷ che vede, come evidenziato da molti autorevoli esperti, arretrare il sistema Educativo Italiano verso lande desertificate e in onore di Big Tech, (Bill Gates docet!), mentre la disparità di trattamento (meglio: discriminazione), verso i supplenti, (Docenti a contratto annuali, a termine delle lezioni, al 30/giugno, e brevi) che non vedono arrivare il ruolo se non dopo anni e anni di precariato e percorsi sinuosi e contorti.

Stessa cosa succede anche per la formazione del Personale Docenti, che si vede costretto a

²³ Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- curatore fallimentare - giornalista

²⁴Specialista in Professioni Legali

²⁵ Avvocato- Cultore Diritto Sanitario Università Roma 3

²⁶ <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003;216> , art. 2 Nozione di discriminazione

²⁷ <https://pnrr.istruzione.it/>

rivolgersi alle Autorità Civili (Tribunale Civile in Funzione del Giudice del Lavoro) affinché possa essere riconosciuto il diritto, disposto dalla legge, e mal interpretato da burocrati che non solo vengono confermati, pur in presenza di sentenze di condanna, ma si limitano a fare copia e incolla su precedenti circolari, senza innovare alcunché!

Ora, mentre per il personale Docente vi è obbligo di formazione continua, come fu disposto per la cosiddetta “Buona Scuola²⁸” (come se fino ad allora la scuola era pessima! Eppure, ha creato e forgiato i Dirigenti di Stato che oggi affossano uno dei baluardi mondiali di istruzione: il Sistema Scuola Pubblica italiana!) per chi è ben seduto e coperto da santo politico che precedentemente lo ha investito nella funzione dirigenziale, nulla di questa <<formazione continua” è prevista, mentre nulla succede a chi demolisce lo Stato di Diritto a favore delle big tech internazionali, che da tempo hanno sorretto l’innovazione anche nel campo della scuola.

Va ricordato che la legge 107/2015 fu promulgata dal governo Renzi²⁹ solo dopo la visita a Silicon Valley (Santa Clara - California Settentrionale)!

Dunque, per i Docenti, tutti i docenti ivi i Docenti con contratto a supplenza breve, con nomina del Dirigente Scolastico, il sistema scuola, voluto da governo Renzi, li obbliga a un aggiornamento continuo e costante con costi che devono essere sopportati dagli stessi Docenti.

2. Gli arresti giurisprudenziali stabiliti dalle Corti Superiori per il diritto della “Carta docenti”.

Dopo la sentenza del Consiglio di Stato, n. 1842/2022³⁰, (d’ora in poi CDS) che ha innovato la categoria dei docenti di religione Cattolica, le cose sono un po’ cambiate. Così la sentenza del CDS: “gli appellanti, premesso di essere tutti docenti della religione cattolica a tempo determinato nelle scuole di ogni ordine e grado, lamentano che la P.A., nel dare attuazione all’art. 1, comma 121, della l. n. 107/2015, istitutivo della Carta elettronica per l’aggiornamento e la formazione del docente (cd. Carta del docente, di importo pari ad € 500 annui), li ha espressamente esclusi dal beneficio, il quale è stato riservato solo ai docenti di ruolo, a tempo pieno o part-time, con esclusione di quelli con contratti di lavoro

²⁸ <https://www.matteorenzi.it/la-buona-scuola>

²⁹ <https://stream24.ilsole24ore.com/video/italia/orlando-renzi-e-andato-california-io-andro-quarto-oggiaro/AESgdWd>

³⁰ <https://www.dirittoscolastico.it/wordpress/wp-content/uploads/Consiglio-di-Stato-Sentenza-n.-1842-2022-del-16.03.22.pdf>

a tempo determinato”. Il Consiglio di Stato, nel bacchettare il MIM al punto 4.1. stabilisce: *“Nel merito, l’appello è fondato. 4.2. In particolare, è fondato il terzo motivo di appello, con cui la scelta del Ministero di escludere dal beneficio della Carta del docente il personale con contratto a tempo determinato viene censurata sotto i profili dell’irragionevolezza e della contrarietà ai principi di non discriminazione e di buon andamento della P.A.: tali profili denotano l’illegittimità degli atti impugnati rispetto ai parametri di diritto interno desumibili dagli artt. 3, 35 e 97 Cost. ... omissis...”*

Il Consiglio di Stato fa riferimento alla cornice legislativa, che *“è fornita dall’art. 1, comma 121, della l. 13 luglio 2015, n. 107 (recante la riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione)”*, il quale così recita: *“Al fine di sostenere la formazione continua dei docenti e di valorizzarne le competenze professionali, è istituita, nel rispetto del limite di spesa di cui al comma 123, la Carta elettronica per l’aggiornamento e la formazione del docente di ruolo delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado. La Carta, dell’importo nominale di euro 500 annui per ciascun anno scolastico, può essere utilizzata per l’acquisto di libri e di testi, anche in formato digitale, di pubblicazioni e di riviste comunque utili all’aggiornamento professionale, per l’acquisto di hardware e software, per l’iscrizione a corsi per attività di aggiornamento e di qualificazione delle competenze professionali, svolti da enti accreditati presso il Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca, a corsi di laurea, di laurea magistrale, specialistica o a ciclo unico, inerenti al profilo professionale, ovvero a corsi post lauream o a master universitari inerenti al profilo professionale, per rappresentazioni teatrali e cinematografiche, per l’ingresso a musei, mostre ed eventi culturali e spettacoli dal vivo, nonché per iniziative coerenti con le attività individuate nell’ambito del piano triennale dell’offerta formativa delle scuole e del Piano nazionale di formazione di cui al comma 124. La somma di cui alla Carta non costituisce retribuzione accessoria né reddito imponibile”*.

Il Consiglio di Stato (sentenza 16.3.2022 n. 1842) ha annullato, con efficacia *inter-partes*, il DPCM n. 32313 del 23 settembre 2015, e la nota applicativa del MI U R n. 15219 del 15 ottobre 2015, nonché il DPCM del 28 novembre 2016, **nella parte in cui non contemplano i docenti non di ruolo tra i destinatari della Carta del docente.** Anche in tale pronuncia si sottolinea che *“è evidente la non conformità ai canoni di buona amministrazione di un sistema che, ponendo un obbligo di formazione a carico di una sola parte del personale docente (e dandogli gli strumenti per ottemperarvi), continua*

nondimeno a servirsi, per la fornitura del servizio scolastico, anche di un'altra aliquota di personale docente, la quale è tuttavia programmaticamente esclusa dalla formazione e dagli strumenti di ausilio per conseguirla: non può dubitarsi, infatti, che, nella misura in cui la P.A. si serve di personale docente non di ruolo per l'erogazione del servizio scolastico, deve curare la formazione anche di tale personale, al fine di garantire la qualità dell'insegnamento fornito agli studenti; da ciò deriva che il diritto-dovere di formazione professionale e aggiornamento grava su tutto il personale docente e non solo su un'aliquota di esso".

Proseguono i Giudici di Palazzo Spada che l'interpretazione dei commi da 121 a 124 dell'art. 1 della L. n. 107 del 2015 deve tener conto anche delle regole in materia di formazione del personale docente dettate dagli artt. 63 e 64 del C.C.N.L. di categoria del 29 novembre 2007, regole che pongono a carico dell'Amministrazione l'obbligo di fornire a tutto il personale docente, senza distinzione tra docenti a tempo indeterminato e a tempo determinato, strumenti, risorse e opportunità che garantiscano la formazione in servizio.

2.2 La Corte di Giustizia Europea per la Carta docenti.

La Corte di Giustizia Europea con ordinanza della VI Sezione del 18 maggio 2022, resa nella causa C 450/2, ha statuito che il comma 121 della legge n. 107/2015, nella parte in cui non attribuisce il bonus di euro 500,00 al personale a termine, contrasta con la clausola 4 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (recepito con Direttiva 1999/70/CE): *"La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato della direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UN/CE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che riserva al solo personale docente a tempo indeterminato del Ministero dell'istruzione, e non al personale docente a tempo determinato di tale Ministero, il beneficio di un vantaggio finanziario dell'importo di EUR 500 all'anno, concesso al fine di sostenere la formazione continua dei docenti e di valorizzarne le competenze professionali, mediante una carta elettronica che può essere utilizzata per l'acquisto di libri e di testi, anche in formato digitale al fine di assolvere l'obbligo di effettuare attività professionali a distanza"*.

La CORTE Europea con l'arresto indicato e che riguarda l'Italia rileva, nel premettere, che ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 1999/70, lo scopo della medesima è "attuare l'accordo quadro (...), concluso (...) fra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale (CES, CEEP e UNICE)".

La clausola 2 dell'accordo quadro, intitolata "Campo d'applicazione", al punto 1 prevede quanto segue:

"Il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro".

La clausola 3 dell'accordo quadro, intitolata "Definizioni", è del seguente tenore:

"1. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo determinato" indica una persona con un contratto o un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico.

Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo indeterminato comparabile" indica un lavoratore con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze. In assenza di un lavoratore a tempo indeterminato comparabile nello stesso stabilimento, il raffronto si dovrà fare in riferimento al contratto collettivo applicabile o, in mancanza di quest'ultimo, in conformità con la legge, i contratti collettivi o le prassi nazionali".

La clausola 4 dell'accordo quadro, intitolata "Principio di non discriminazione", al punto 1 stabilisce quanto segue:

"Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive".

La clausola 6 dell'accordo quadro, intitolata "Informazione e possibilità di impiego", al punto 2 prevede quanto segue:

"Nella misura del possibile, i datori di lavoro dovrebbero agevolare l'accesso dei lavoratori a tempo determinato a opportunità di formazione adeguate, per aumentarne le qualifiche, promuoverne la carriera e migliorarne la mobilità occupazionale"

Il Caso scrutinato dalla Corte Europea e di cui i giudice italiani ne devono tenere conto per costante giurisprudenza di cassazione in merito, attiene in sostanza, se la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro debba essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che riserva al solo personale docente a tempo indeterminato del Ministero, e non al personale docente a tempo determinato di tale Ministero, il beneficio di un vantaggio finanziario dell'importo di Euro 500 all'anno, concesso al fine di sostenere la formazione continua dei docenti e di valorizzarne le competenze professionali, mediante una carta elettronica che può essere utilizzata per l'acquisto di libri e di testi, anche in formato digitale, di pubblicazioni e di riviste comunque utili all'aggiornamento professionale, per l'acquisto di hardware e software, per l'iscrizione a corsi per attività di aggiornamento e di qualificazione delle competenze professionali, a corsi di laurea, di laurea magistrale, specialistica o a ciclo unico, inerenti al profilo professionale, ovvero a corsi *post lauream* o a master universitari inerenti al profilo professionale, per rappresentazioni teatrali e cinematografiche, per l'ingresso a musei, mostre ed eventi culturali e spettacoli dal vivo, ad altre attività di formazione e per l'acquisto di servizi di connettività al fine di assolvere l'obbligo di effettuare attività professionali a distanza.

La CGUE ha rilevato che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sancisce il divieto, per quanto riguarda le condizioni di impiego, di trattare i lavoratori a tempo determinato in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato che si trovano in una situazione comparabile, per il solo fatto che essi lavorano a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive.

E prosegue statuendo che occorre ricordare, in primo luogo, che dalla giurisprudenza della Corte risulta che la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro trovano applicazione nei confronti di tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di impiego a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro (ordinanza del 22 marzo 2018, C.M., C-315/17, non pubblicata, EU:C:2018:207, punto 38 e giurisprudenza *ivi citata*).

Le prescrizioni enunciate nell'accordo quadro sono dunque applicabili ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e con altri enti del settore pubblico (ordinanza del 22 marzo 2018, C.M., C-315/17, non pubblicata, EU:C:2018:207, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

Nel caso di specie, la CGUE ha rilevato che la ricorrente, dal momento che è stata assunta dal Ministero in qualità di docente mediante contratti a tempo determinato, rientra nella nozione di "lavoratore a tempo determinato", ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, in combinato disposto con la clausola 3, punto 1, del medesimo, e pertanto nell'ambito di applicazione di tali disposizioni.

In secondo luogo, per quanto riguarda la nozione di "condizioni di impiego" ai sensi di tale clausola 4, punto 1, dalla giurisprudenza della Corte risulta che il criterio decisivo per determinare se una misura rientri in tale nozione è proprio quello dell'impiego, vale a dire il rapporto di lavoro sussistente tra un lavoratore e il suo datore di lavoro (sentenza del 20 giugno 2019, Ustariz Aróstegui, C-72/18, EU:C:2019:516, punto 25 e giurisprudenza ivi citata)³¹.

Nel caso di specie, anche se spetta, in linea di principio, al giudice del rinvio determinare la natura e gli obiettivi delle misure in questione, occorre rilevare che dagli elementi del fascicolo sottoposto alla Corte da tale giudice risulta che l'indennità di cui al procedimento principale deve essere considerata come rientrante tra le "condizioni di impiego" ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro.

Infatti, conformemente all'articolo 1, comma 121, della L. n. 107 del 2015, tale indennità è versata al fine di sostenere la formazione continua dei docenti, la quale è obbligatoria

³¹ La Corte ha pertanto ritenuto che rientrino in detta nozione, tra l'altro, le indennità triennali per anzianità di servizio (v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 e C-456/09, EU:C:2010:819, punto 50, e ordinanza del 18 marzo 2011, Montoya Medina, C-273/10, non pubblicata, EU:C:2011:167, punto 32), le indennità sessennali per formazione continua (v., in tal senso, ordinanza del 9 febbraio 2012, L.M., C-556/11, non pubblicata, EU:C:2012:67, punto 38), la partecipazione a un piano di valutazione professionale e l'incentivo economico che ne consegue in caso di valutazione positiva (ordinanza del 21 settembre 2016, Á.S., C-631/15, EU:C:2016:725, punto 36), nonché la partecipazione a una carriera professionale orizzontale che dà luogo a un'integrazione salariale (ordinanza del 22 marzo 2018, C.M., C-315/17, non pubblicata, EU:C:2018:207, punto 47).

tanto per il personale a tempo indeterminato quanto per quello impiegato a tempo determinato presso il Ministero, e di valorizzarne le competenze professionali. Inoltre, dall'adozione del D.L. dell'8 aprile 2020, n. 22, il versamento di detta indennità mira a consentire l'acquisto dei servizi di connettività necessari allo svolgimento, da parte dei docenti impiegati presso il Ministero, dei loro compiti professionali a distanza. Il giudice del rinvio precisa altresì che la concessione di questa stessa indennità dipende in modo determinante dall'effettiva prestazione del servizio da parte di tali docenti.

Orbene, tutti questi elementi soddisfano il criterio decisivo richiamato al punto 33³² della presente ordinanza.

Occorre ricordare, in terzo luogo, che, secondo una giurisprudenza costante della CGUE, il principio di non discriminazione, di cui la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro costituisce un'espressione specifica, richiede che situazioni comparabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia oggettivamente giustificato (v., in tal senso, sentenza del 5 giugno 2018, G.N.F., C-574/16, EU:C:2018:390, punto 46 e giurisprudenza ivi citata).

A tale riguardo, il principio di non discriminazione è stato attuato e concretizzato dall'accordo quadro soltanto riguardo alle differenze di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato che si trovano in situazioni comparabili (sentenza del 5 giugno 2018, G.N.F., C-574/16, EU:C:2018:390, punto 47 e giurisprudenza ivi citata).

Secondo una giurisprudenza costante, al fine di valutare se le persone interessate esercitino un lavoro identico o simile nel senso dell'accordo quadro, occorre stabilire, conformemente alla clausola 3, punto 2, e alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, se, tenuto conto di un insieme di fattori, come la natura del lavoro, le condizioni di formazione e le condizioni di impiego, si possa ritenere che tali persone si trovino in una situazione comparabile (sentenza del 5 giugno 2018, G.N.F., C-574/16, EU:C:2018:390, punto 48 e giurisprudenza ivi citata).

³² In secondo luogo, per quanto riguarda la nozione di "condizioni di impiego" ai sensi di tale clausola 4, punto 1, dalla giurisprudenza della Corte risulta che il criterio decisivo per determinare se una misura rientri in tale nozione è proprio quello dell'impiego, vale a dire il rapporto di lavoro sussistente tra un lavoratore e il suo datore di lavoro (sentenza del 20 giugno 2019, Ustariz Aróstegui, C-72/18, EU:C:2019:516, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

Ciò premesso, occorre verificare, in quarto luogo, se esista una ragione oggettiva, ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, che giustifichi la differenza di trattamento di cui al procedimento principale.

Secondo una giurisprudenza costante della Corte, la nozione di "ragioni oggettive" richiede che la disparità di trattamento constatata sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda a una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti necessaria a tal fine. Tali elementi possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e dalle caratteristiche inerenti alle medesime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (sentenza del 20 giugno 2019, Ustariz Aróstegui, C-72/18, EU:C:2019:516, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

Per contro, il riferimento alla mera natura temporanea del lavoro degli impiegati amministrativi a contratto, come la ricorrente, non è conforme a tali requisiti e non può dunque costituire di per sé una ragione oggettiva, ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro. Infatti, ammettere che la mera natura temporanea di un rapporto di lavoro sia sufficiente a giustificare una differenza di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato priverebbe di contenuto gli obiettivi della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro ed equivarrebbe a perpetuare il mantenimento di una situazione svantaggiosa per i lavoratori a tempo determinato (v., in tal senso, sentenza del 20 giugno 2019, Ustariz Aróstegui, C-72/18, EU:C:2019:516, punto 41 e giurisprudenza ivi citata).

A tale riguardo, il giudice del rinvio ha, in sostanza, precisato egli stesso che la differenza di trattamento di cui al procedimento principale non risulta giustificata da una ragione obiettiva e che, in ogni caso, essa non può essere giustificata dall'obiettivo di garantire la stabilità del rapporto dei docenti a tempo indeterminato.

Pernto la CGUE conclude che: *“Tenuto conto di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni pregiudiziali prima e seconda dichiarando che la*

clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che riserva al solo personale docente a tempo indeterminato del Ministero, e non al personale docente a tempo determinato di tale Ministero, il beneficio di un vantaggio finanziario dell'importo di EUR 500 all'anno, concesso al fine di sostenere la formazione continua dei docenti e di valorizzarne le competenze professionali, mediante una carta elettronica che può essere utilizzata per l'acquisto di libri e di testi, anche in formato digitale, di pubblicazioni e di riviste comunque utili all'aggiornamento professionale, per l'acquisto di hardware e software, per l'iscrizione a corsi per attività di aggiornamento e di qualificazione delle competenze professionali, a corsi di laurea, di laurea magistrale, specialistica o a ciclo unico, inerenti al profilo professionale, ovvero a corsi post lauream o a master universitari inerenti al profilo professionale, per rappresentazioni teatrali e cinematografiche, per l'ingresso a musei, mostre ed eventi culturali e spettacoli dal vivo, ad altre attività di formazione e per l'acquisto di servizi di connettività al fine di assolvere l'obbligo di effettuare attività professionali a distanza”.

In sostanza, considerato che i docenti a tempo determinato sono comparabili a quelli a tempo indeterminato dal punto di vista della natura del lavoro e delle competenze professionali richieste, non essendovi, inoltre, ragioni oggettive che giustifichino la differenza di trattamento rispetto al riconoscimento della carta docente (identiche essendo mansioni e funzioni), se ne deve concludere che la mera valorizzazione della natura temporanea del rapporto di lavoro (al fine di escludere i docenti precari dall'accesso al beneficio) comporti per l'effetto una violazione della clausola 4 dell'accordo quadro (cfr. ex multis, Trib. Milano n. 3116/2022).

Ed ora anche Tribunale di **Busto Arsizio Sez. Lavoro con ultimo arresto del 08/02/2024**, che con arresto limpido e chiaro ha stabilito che: *“fondano il diritto-dovere della formazione del docente che impone obblighi sia al docente che al datore di lavoro. In tale ambito si è inserita la carta docente che, per come strutturata, **attiene al piano formativo e di aggiornamento "e non a quello delle dotazioni lavorative individuali"**”.*³³

³³ Così in tal senso Trib. Milano sez. lavoro n. 3116/2022, Tribunale di Milano Sentenza n.4971/23 e Tribunale Lodi, Sez. lavoro, 20/01/2023, n. 250.Tribunale di Chieti, Sez Lavoro, sentenza 16/02/2023 n. 61;

In altre parole, la necessità di erogare a tutto il personale docente il contributo alla formazione deriva, oltre che dalla corretta applicazione del punto 4 citata dalla CGUE, anche dall'obbligo di fornire il servizio istruzione in modo uniforme a tutta la popolazione studentesca, finalità che verrebbe frustrata dal differente trattamento riservato ai docenti assunti con contratto a termine.

2.3 L'arresto nomofilattico della Corte di Cassazione n. 29961 del 27/10/2023 resa ai sensi dell'art. 363/bis del c.p.c. che riconosce il diritto della "Carta docenti" anche ai Docenti precari.

La questione è stata successivamente presa in esame da diversi Tribunali Civili³⁴ in funzione del Giudice del Lavoro, a Cosenza, che ha condannato il MIM a rimborsare a un docente circa 3.500,00 €³⁵ con la conferma della carta sin dal 2016. In 88³⁶ Tribunali, ma il numero è destinato a salire, si sono incardinate cause per la richiesta della carta dei docenti a precari, tanto che con chiaro arresto della Cassazione n. 29961 del 27/10/2023, qui in commento, pronunciando su un rinvio pregiudiziale, ex art. 363bis CPC ha disposto l'obbligo anche per altre tipologie di docenti.

Dunque, per avere certezza del diritto e non essere discriminati, il Personale Docente deve ricorrere davanti ai Tribunali per avere la concessione del loro diritto e restare a passo con la formazione continua. Così è accaduto a un docente Pugliese, che ha agito davanti al Tribunale di Taranto, dichiarando di essere insegnante assunto a tempo indeterminato alle dipendenze del MIM e di avere precedentemente prestato servizio in forza di plurimi contratti di supplenza annuale o fino al termine delle attività didattiche, per gli anni

Tribunale Udine, Sez. lavoro, Sentenza, 14/02/2023, n. 41; Corte d'Appello Roma, Sez. lavoro, Sentenza, 08/02/2023, n. 433; Tribunale Napoli, Sez. lavoro, Sentenza, 25/01/2023, n. 464.

³⁴ <https://apps.dirittopratico.it/sentenze.html?q=carta%20docente>

³⁵ <https://www.orizzontescuola.it/carta-ai-precari-sentenza-record-a-cosenza-3-500-euro-ad-un-insegnante-con-supplenza-tra-il-2016-e-il-2023-a-seguito-del-ricorso-gratuito-con-anief/>

³⁶ https://www.assetscuola.com/sindacato/index.php/asset-news/2495-la-carta-docenti-spetta-anche-ai-precari-nuova-vittoria-al-tribunale-di-milano.html?gad_source=1&gclid=Cj0KCQiAz8GuBhCxARIsAOpzk8w0F4rIF5sJEO5YtdMom08b9r-g72DXO5uQ_8Q5SxS2QnYEQI3Dx-QaA19fEALw_wcB

scolastici 2016/2017, 2017/2018 e 2018/2019, senza ricevere il beneficio della c.d. Carta Docente, pari a 500,00 euro annui per l'acquisito di beni o servizi formativi, ai sensi dell'art. 1, comma 121, della L. n. 107/2015, giusta beneficio della suddetta Carta Docente quale rinvio ex art. 282 del d. lgs. n. 297/1994 e degli artt. 29, 63 e 64 del CCNL di comparto. Anche i Precari sono obbligati alla formazione ed aggiornamento professionale. Diritto che viene negato se non si è di ruolo!

La legge 107/2015, rinviava a un Decreto attuativo che contenesse l'onere finanziario e i criteri di attuazione. Decreto che esclude i docenti precari. Il Giudice del lavoro del Tribunale di Taranto pronunciava ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione *ex art. 363-bis c.p.c.*³⁷, con la quale richiedeva, sul presupposto del trattarsi di questioni non ancora definite dalla Suprema Corte, necessarie a definire il giudizio ed inoltre tali da comportare gravi difficoltà interpretative e suscettibili di porsi in numerosi giudizi, che fossero fissati i principi di diritto relativamente ai seguenti profili:

- se si possa giustificare una differenziazione di trattamento in ragione della durata della supplenza nel singolo anno scolastico;
- se il beneficio abbia carattere retributivo o riparatorio;
- se quella derivante dalla Carta Docente sia obbligazione pecuniaria o di quale altra natura;
- se abbiano rilievo i peculiari vincoli e modalità di esercizio che il DPCM 28 novembre 2016 pone rispetto all'esercizio del diritto da parte dei docenti di ruolo;
- se i diritti del docente, in ragione della natura dell'obbligazione, siano soggetti a prescrizione quinquennale ovvero decennale.

La sentenza della Cassazione, si sofferma su principi di diritto processuale come di seguito: "il Primo Presidente, con decreto del 29 maggio 2023, ha assegnato il procedimento a questa Sezione per la fissazione in pubblica udienza, come da previsione del codice di rito. L'avvenuta fissazione dell'udienza pubblica non è stata comunicata dalla Cancelleria a nessuna delle due parti. Peraltro, mentre la parte privata ha depositato *sua sponte* un atto "di visibilità" ed ha poi proceduto a depositare la memoria, ai sensi dell'art. 378 c.p.c. nel rispetto del termine di dieci giorni prima dell'udienza pubblica, il Ministero non ha svolto difese nei termini. Dopo la scadenza del termine per il deposito di memorie, la Cancelleria ha provveduto a comunicare ad entrambe le parti la data dell'udienza pubblica e il

³⁷ Trattasi di un rinvio pregiudiziale di provvedimento mediante il quale viene definita la questione sottoposta in via pregiudiziale alla Suprema Corte ossia l'enunciazione del principio di diritto applicabile al caso concreto.

Ministero ha depositato memoria difensiva fuori termine, chiedendo in via principale che tale memoria fosse da considerare tempestiva e in via subordinata che fosse concesso rinvio dell'udienza di discussione”

Nella motivazione la Corte di Cassazione rinvia anche sui presupposti già vagliati dalla CGUE con l'indicata sentenza C-450/2 del 2022 in cui la Corte di Giustizia 18 maggio 2022 aveva ritenuto che la clausola 4 punto 1 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva 1999/70/CE fosse ostativa ad una normativa nazionale che riservasse al solo personale docente a tempo indeterminato il beneficio della menzionata Carta Docente e rimarcava come, ai sensi del d. lgs. n. 297 del 1994, art. 282 e degli artt. 29, 63 e 64 del CCNL di comparto, anche i docenti precari avessero diritto alla formazione ed aggiornamento professionale.

E che il Giudice nazionale **ha l'obbligo di applicare il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce**, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (v. Cass. 28 novembre 2019, n. 31149, con richiamo a Corte di Giustizia 8 novembre 2011, Rosado Santana, quest'ultima da inserire in un costante indirizzo che in ultima analisi risale fino a Corte di Giustizia 9 marzo 1978, Simmenthal; in senso analogo, v., **anche Corte Costituzionale 11 luglio 1989**, n. 389 e, ancor prima, Corte Costituzionale 5 giugno 1984, n. 170). Pertanto, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare il diritto dell'Unione Europea (UE) e di tutelare i diritti che esso attribuisce. Questo principio è noto come principio di primato del diritto dell'Unione Europea, sancito dagli articoli 4 e 19 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) e dagli articoli 267 e 288 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Nella fase giudiziaria va evidenziato che mentre nessuna delle parti si è opposta a richiesta del MIM, per la costituzione tardiva, è, invece, interessante e rilevare che il Pubblico Ministero, competente per il contenzioso dinanzi la Cassazione, **ha depositato requisitoria scritta con cui ha concluso nel senso che: “sono discriminatorie e vanno, perciò, disapplicate in parte qua, le disposizioni di rango primario e di attuazione che escludono gli insegnanti a termine dal diritto all’assegnazione della Carta, ritenendo peraltro che esuli dal presente giudizio la questione del “se” e del “come” le ricadute interpretative, in riferimento alle supplenze brevi o brevissime,...omissis...”**.

Ha continuato la sua requisitoria con l'esclusione della natura retributiva dell'obbligazione e a favore dell'obbligazione quale natura pecuniaria; per la rimozione dell'effetto

discriminatorio a favore dei docenti non di ruolo; con prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948 n. 4 c.c., con decorrenza da quando è concretamente disponibile per l'anno scolastico di riferimento la somma annua pari al valore nominale della Carta.

Nel caso di specie, come motiva la Cassazione la disapplicazione non deve, però, essere totale, ma limitata, come indicato anche dal Pubblico Ministero, all'esclusione dei lavoratori precari - qui nei termini di cui si è detto - dal beneficio.

In altre parole, la L. 107 del 2015, art. 1, comma 121 deve essere disapplicato, in quanto si pone in contrasto con la clausola 4 dell'Accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, nella parte in cui limita il riconoscimento del diritto alla Carta Docente ai solo insegnanti di ruolo e non lo consente rispetto agli insegnanti incaricati di supplenze annuali (L. 124 del 1999, art. 4, comma 1) o fino al termine delle attività didattiche (L. 124 del 1999, art. 1, comma 2).

Il che comporta, di converso, l'affermazione del principio per cui anche a tali docenti spetta, ed in misura piena, quello stesso beneficio.

Sulla questione di procedura, la Corte ha stabilito quindi che: «*il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma*» (comma 3)»

Il supremo Collegio calibra il proprio operato sulla questione da dirimere, che deve risultare «*necessaria alla definizione anche parziale del giudizio*» (art. 363-bis, co. 1, n. 1, c.p.c.), con dato rafforzato dall'ulteriore previsione che il principio di diritto è destinato ad essere «*vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione*» (art. 363-bis, u.c.)». Così facendo, la Cassazione entra nel merito e dispone i seguenti principi di diritto:

- 1) La Carta Docente di cui all'art. 1, comma 121, L. 107/2015 spetta ai docenti non di ruolo che ricevano incarichi annuali fino al 31.8, ai sensi dell'art. 4, comma 1, L. n. 124 del 1999 o incarichi per docenza fino al termine delle attività di didattiche, ovverosia fino al 30.6, ai sensi dell'art. 4, comma secondo, della L. n. 124 del 1999,

senza che rilevi l'omessa presentazione, a suo tempo, di una domanda in tal senso diretta al Ministero.

2.4 Aspetti processuali affrontati dalla Cassazione n. 29961/2023 per il riconoscimento del diritto.

La Corte prosegue dando altresì delle indicazioni processuali per il riconoscimento della Carta Docenti.

Infatti, nei principi di diritto espressi stabiliscono che: *“Ai docenti di cui al punto 1 -rectius Docenti precari-, ai quali il beneficio di cui all'art. 1, comma 121, L. n. 107/2015 non sia stato tempestivamente riconosciuto e che, al momento della pronuncia giudiziale sul loro diritto, siano interni al sistema delle docenze scolastiche, perché iscritti nelle graduatorie per le supplenze, incaricati di una supplenza o transitati in ruolo, spetta l'adempimento in forma specifica, per l'attribuzione della Carta Docente, secondo il sistema proprio di essa e per un valore corrispondente a quello perduto, oltre interessi o rivalutazione, ai sensi dell'art. 22, comma 36, della L. n. 724 del 1994, dalla data del diritto all'accredito alla concreta attribuzione”*.

L'adempimento in forma specifica come stabilisce l'arresto della Cassazione, di cui all'art. 2932 c.c., secondo cui l'istituto dell'adempimento in forma specifica è un principio giuridico che prevede che una parte di un contratto o di un accordo debba adempiere agli obblighi contrattuali o legali in modo specifico, come originariamente concordato tra le parti. In altre parole, l'adempimento in forma specifica richiede che la parte inadempiente adempia agli obblighi contrattuali nel modo esatto in cui erano stati stabiliti nel contratto o nell'accordo, anziché adempiere mediante il pagamento di danni o altre forme di compensazione. In sostanza, questo articolo stabilisce che, se una delle parti di un contratto non adempie agli obblighi contrattuali o non lo fa in modo tempestivo, l'altra parte ha il diritto di richiedere l'adempimento del contratto stesso.

Non solo ma afferma che ai docenti c.d. precari sopra indicati, ai quali il beneficio di cui all'art. 1, comma 121, L. n. 107/2015 non sia stato tempestivamente riconosciuto e che, al momento della pronuncia giudiziale, siano fuoriusciti dal sistema delle docenze scolastiche, per cessazione dal servizio di ruolo o per cancellazione dalle graduatorie per le supplenze, spetta il risarcimento, per i danni che siano da essi allegati, rispetto ai quali, oltre alla prova presuntiva, può ammettersi la liquidazione equitativa, da parte del giudice

del merito, nella misura più adeguata al caso di specie, tenuto conto delle circostanze del caso concreto (tra cui ad es. la durata della permanenza nel sistema scolastico, cui l'attribuzione è funzionale, o quant'altro rilevi), ed entro il massimo costituito dal valore della Carta, salvo allegazione e prova specifica di un maggior pregiudizio.

Mentre per i docenti ancora in servizio prosegue la Corte va proposta: *“l'azione di adempimento in forma specifica per l'attribuzione della Carta Docente e che si prescrive nel termine quinquennale di cui all'art. 2948 n. 4 c.c., che decorre dalla data in cui è sorto il diritto all'accredito, ovverosia, per i casi di cui all'art. 4, comma 1 e 2, L. n. 124/1999, dalla data del conferimento dell'incarico di supplenza o, se posteriore, dalla data in cui il sistema telematico consentiva anno per anno la registrazione sulla corrispondente piattaforma informatica; la prescrizione delle azioni risarcitorie per mancata attribuzione della Carta Docente, stante la natura contrattuale della responsabilità, è decennale ed il termine decorre, per i docenti già transitati in ruolo e cessati dal servizio o non più iscritti nelle graduatorie per le supplenze, dalla data della loro fuoriuscita dal sistema scolastico”*.

La Cassazione pone dei paletti per il diritto a essere rimborsato in forma specifica per i docenti che sono conosciuti dal sistema scolastico, e con il risarcimento danni per tutti gli altri non più agganciati al sistema scuola.

Nel decidere, però, lascia dubbi sul fatto che, mentre la legge impone a tutti i docenti (ivi anche i supplenti brevi) la formazione continua e costante in funzione della didattica imposta dal Piano Triennale Offerta Formativa (PTOF), lascia sciolte tante perplessità: una tra le tante essendo il datore di lavoro obbligato a formare i docenti con quali finanziamenti si può supplire alla formazione?

Resta il fatto che pur in presenza di diverse tipologie di contratto il docente è obbligato a doversi confrontare con il *Ptof*, senza che alcuno fornisca rimborsi ai docenti che comunque si dovranno formare! Nei fatti, la Cassazione apre a: *“Il nesso tra la Carta Docente e la didattica è evidenziato altresì dall'incipit della norma istitutiva, ove si dice che la Carta è finalizzata a «sostenere la formazione continua dei docenti», ma vi si affianca l'aggiunta del fine di «valorizzarne le competenze professionali», il che indirizza verso un obiettivo di migliore svolgimento del servizio nella sua interezza proprio attraverso l'incremento di professionalità del personale e della didattica su base annua cui esso è stato rivolto”*.

È la classica riforma a costo zero per lo Stato e che pesa, con discriminazione, su chi non ha raggiunto i minimi contrattuali. Nei fatti, il supremo Collegio ravvisa che gli “strumenti programmatici destinati alla fissazione e valutazione delle priorità strategiche del sistema di istruzione (art. 1, co. 14, L. 107/2015; art. 3 d.p.r. 275/1999; art. 2, co. 3, d.p.r. 80/2013) ed alla connessione integrata tra operato dei docenti e finalità educative”. Il connubio tra strumento programmatico, quale strategia del sistema scuola e la connessione tra operatori scolastici è la finalità educativa.

È nella “connessione con la didattica annua (che) si coordina pianamente con i tempi della programmazione didattica educativa cui il singolo docente è tenuto (art. 128 d. lgs. 297/194; art. 16 d.p.r. 275/1999), sulla scorta degli indirizzi del Collegio dei Docenti, ad individuare “annualmente” (art. 7, co. 9 e 10, d. lgs. 297/1994), anche in ragione dell’organizzazione degli assetti degli orari di lavoro (art. 29, co. 1 e co. 3, lett. A, del CCNL 29.11.2007) ed in riferimento alle classi affidate”.

Il legislatore, nella scelta che ha voluto conferire alla didattica annuale, esprime “chiaramente una scelta di discrezionalità normativa, finalizzata al miglior perseguimento dell’interesse del servizio scolastico”.

Esso appare unica soluzione di valutazione e condivisione della scelta politica che migliora il servizio educativo rivolto alla comunità scolastica.

Anche i precari del mondo della scuola sono quindi obbligati alla formazione. La Suprema Corte afferma: “È allora evidente che l’aver il legislatore riferito quel beneficio all’anno scolastico non consente di escludere da un’identica percezione di esso quei docenti precari il cui lavoro, secondo l’ordinamento scolastico, abbia analoga taratura.

Il convergere della scelta di politica educativa e del piano lavoristico: la didattica “annua”. Pertanto, se i precari svolgono una prestazione lavorativa pienamente compatibile con la didattica annuale, allora devono avere lo analogo trattamento”, così la Corte.

L’importanza della scelta giuridica della Corte avviene anche nel caso in cui i precari non abbiano svolto 180 (punto 7.5 sentenza) giorni lavorativi, (periodo valido per altre finalità legislative quali la ricostruzione della carriera, la retribuzione per i mesi estivi, mancata idoneità della prova, etc). Esso non è un valido metro soprattutto per chi da supplente breve copra l’intero anno scolastico attuano la didattica disposta dal PTOF. È l’art. 4, comma 1 e 2 della legge 124/99. Il detto comma 2 prevede che «*alla copertura delle cattedre e dei*

posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico (c.d. vacanza su organico di fatto, n.d.r.) si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche», ivi compreso il caso in cui vi sia necessità di copertura per ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario. La relazione tra supplenze e didattica annua è dunque anche qui chiaramente enunciata.

3. Conclusioni

La Suprema Corte, inaugurando il nuovo modo di guardare la didattica annuale riferisce che al docente, obbligato ex lege alla formazione continua e coordinata con l'attività del PTOF, spetta la carta del docente.

"La Carta Docente di cui all'art. 1, comma 121, L. 107/2015 spetta ai docenti non di ruolo che ricevano incarichi annuali fino al 31. 8, ai sensi dell'art. 4, comma 1, L. n. 124 del 1999 o incarichi per docenza fino al termine delle attività di didattiche, ovverosia fino al 30. 6, ai sensi dell'art. 4, comma secondo, della L. n. 124 del 1999, -e come per l'istante- senza che rilevi 'omessa presentazione, a suo tempo, di una domanda in tal senso diretta al Ministero", e siano interni al sistema delle docenze scolastiche, perché iscritti nelle graduatorie per le supplenze, incaricati di una supplenza o transitati in ruolo, spetta l'adempimento in forma specifica, per l'attribuzione della Carta Docente, secondo il sistema proprio di essa e per un valore corrispondente a quello perduto, oltre interessi o rivalutazione, ai sensi della L. n. 724 del 1994, art. 22, comma 36, dalla data del diritto all'accredito alla concreta attribuzione.

Mentre per i docenti cd. precari, ai quali il beneficio di cui alla L. n. 107 del 2015, art. 1, comma 121, non sia stato tempestivamente riconosciuto e che, al momento della pronuncia giudiziale, siano fuoriusciti dal sistema delle docenze scolastiche, per cessazione dal servizio di ruolo o per cancellazione dalle graduatorie per le supplenze, spetta il risarcimento, per i danni che siano da essi allegati, rispetto ai quali, oltre alla prova presuntiva, può ammettersi la liquidazione equitativa, da parte del giudice del merito, nella misura più adeguata al caso di specie, tenuto conto delle circostanze del caso concreto (tra cui ad es. la durata della permanenza nel sistema scolastico, cui l'attribuzione è funzionale, o quant'altro rilevi), ed entro il massimo costituito dal valore della Carta, salvo allegazione e prova specifica di un maggior pregiudizio.

Avverte altresì la Cassazione che l'azione di adempimento in forma specifica per l'attribuzione della Carta Docente si prescrive nel termine quinquennale di cui all'art. 2948 n. 4 c.c., che decorre dalla data in cui è sorto il diritto all'accredito, ovverosia, per i casi di cui alla L. n. 124 del 1999, art. 4, comma 1 e 2, dalla data del conferimento dell'incarico di supplenza o, se posteriore, dalla data in cui il sistema telematico consentiva anno per anno la registrazione sulla corrispondente piattaforma informatica; la prescrizione delle azioni risarcitorie per mancata attribuzione della Carta Docente, stante la natura contrattuale della responsabilità, è decennale ed il termine decorre, per i docenti già transitati in ruolo e cessati dal servizio o non più iscritti nelle graduatorie per le supplenze, dalla data della loro fuoriuscita dal sistema scolastico.

IL SISTEMA DELLA GIUSTIZIA MINORILE E I PRINCIPI DEL D.P.R. 448/88

*Maria Rosaria Avino*³⁸

Sommario: 1 La mediazione penale minorile. 2. Evoluzione storica del sistema giustizia minorile 3 Le fonti internazionali. 4 Il Processo Penale Minorile nel DPR 448/88 5. Le fasi del processo penale minorile. 6. La Mediazione Penale Minorile. 7. Conclusioni.

1. La mediazione penale minorile

Il processo penale minorile è attualmente disciplinato dal D.p.r. 22 settembre n. 448 del 1988.

La legge delega n. 81/87 ha introdotto 3 d.p.r.:

- Il d.p.r. n. 447 introduce la riforma del processo penale in generale;
- Il d.p.r. n. 448 introduce la riforma del processo penale minorile;
- Il d.p.r. n. 449 introduce la riforma dell'ordinamento giudiziario.

Le norme che riguardano il processo penale minorile sono costituite da un corpo autonomo, perché si è voluto introdurre il principio (mutuato dalle Convenzioni internazionali) della specializzazione, in quanto finalizzato al recupero e alla rieducazione del minorenni.

Il processo penale minorile, infatti, si concentra sulla persona del minorenni piuttosto che sul fatto reato e sulla valutazione della personalità del minorenni, tanto che emerge chiaramente come la pena detentiva svolga una funzione di *extrema ratio*. Da questi presupposti provengono infatti istituti giuridici che tengono conto degli aspetti più propriamente personalistici e rieducativi, quali il perdono giudiziale e la messa alla prova. Il nostro ordinamento disciplina degli istituti che tengono conto della capacità dell'individuo di comprendere il significato del proprio comportamento, indubbia novità rispetto al passato. Oggi siamo abituati ad un contesto nel quale il minorenni è sempre al centro dell'attenzione.

³⁸ Avvocato in Napoli Diritto di famiglia e tutela minorile

2. Evoluzione storica del sistema giustizia minorile.

Naturalmente non è sempre stato così, in passato il minore veniva visto come un adulto in miniatura, non era considerato infatti come un soggetto dagli specifici bisogni legati proprio alla sua condizione di “ancora bambino” e di persona che si trova in una fase di sviluppo delle proprie capacità.

In passato, le leggi erano particolarmente crudeli nei confronti dei fanciulli, risultando molto frequenti gli episodi in cui il minore veniva addirittura ucciso per aver commesso un reato (attualmente tale realtà è presente solo in alcune parti del mondo, in cui il minore viene giustiziato con lo stesso criterio e metodo di giudizio di un adulto).

Tra il XVI e il XVII secolo gli Stati cominciarono ad attuare delle differenziazioni tra il trattamento sanzionatorio degli adulti e quello dei minorenni, e fu proprio allora che emerse un nuovo sentimento nei confronti dell'infanzia stessa.

Proprio in questo periodo, quando per la prima volta sembra fiorire questo nuovo interesse nei confronti dei minori, contemporaneamente si riscontrano i primi tentativi di controllo nei confronti di quella parte della popolazione considerata pericolosa dall'ordine pubblico: emarginati, vagabondi, folli, abbandonati. Tutti questi soggetti venivano così segregati in istituti, quali ospedali, case di correzione. Erano istituti con profili e caratteri militareschi, che accoglievano quei minori che davano segni di squilibrio e di non rispetto delle regole. Erano luoghi isolati, separati dalla società civile. Questo fino agli 50'-60', quando cominciò ad affermarsi l'idea in forza della quale fosse necessario introdurre metodi ulteriori e diversi e infatti i predetti istituti vennero sostituiti dalle Case di Rieducazione, per indicare l'esistenza di un approccio parafamiliare, in cui il minore doveva essere gestito secondo le nuove teorie educative.

Il primo intervento normativo può farsi risalire ad una importantissima circolare del Ministro Guardasigilli Vittorio Emanuele Orlando nel 1908, con la quale rivolse alla magistratura una serie di raccomandazioni onde porre le basi per l'affermazione, nell'ambito del diritto penale minorile, dei principi cardine della disciplina: tra questi rientrano indubbiamente la specializzazione del giudice dei Minorenni, la non pubblicità del processo in cui è coinvolto un minore e la necessità di svolgere indagini idonee ad accertare le situazioni personali e familiari del minore, nonché la sua personalità.

Il Ministro, a proposito dei minori coinvolti in procedimenti penali, chiari: “Occorre approfondire con animo quasi paterno, la psicologia dell'imputato, di trattarlo alla buona e

senza intimidazioni, cercando di guadagnarne la confidenza e di fargli comprendere la necessità dell'osservanza delle leggi e del rispetto alla disciplina e alla pubblica autorità”.

Ben ottant'anni prima del decreto presidenziale che rivisitò per intero la procedura penale minorile, il nostro legislatore dimostrava dunque già grande consapevolezza circa le peculiari esigenze dei minori a processo, e fu il medesimo spirito di osservazione a condurre la dottrina e gli uffici ministeriali a elaborare progetti normativi complessi come il regio decreto n. 1404 del 1934, e infine il d.P.R. n. 448 del 1988. Finalmente, con regio decreto n. 1404 del 1934 venne istituito il Tribunale per i Minorenni. Suddetto decreto-legge, sebbene rappresentasse il primo tentativo di disciplinare in modo sistematico la materia minorile, contribuì in realtà alla nascita di un tribunale minorile “più per ragioni di prestigio che di reale presa di coscienza della necessità di promuovere il minore”. Il Tribunale per i minorenni venne quindi istituito quale organo di decisione autonomo, rispetto agli altri Tribunali penali e civili, e specializzato, in relazione alle peculiarità della condizione minorile. Esso era originariamente composto da due magistrati togati ed un cittadino benemerito dell'assistenza sociale; le aree scientifiche di provenienza del componente privato erano quattro – biologia, psichiatria, antropologia criminale e pedagogia – dal momento che all'epoca dei fatti queste erano considerate le discipline che potevano consentire meglio di altre di valutare la personalità del minore e di fornire gli opportuni rimedi educativi. Si dovrà attendere fino all'emanazione della L. 27/12/1956 n. 1441 a cui va riconosciuto il merito di introdurre anche una quinta disciplina, di cui può essere esperto anche il giudice onorario per i minorenni, la psicologia.

Per quanto concerne la sociologia invece, essa sarà introdotta molti anni dopo, così come molti anni si dovrà attendere per l'ampliamento la portata e il significato dell'espressione “benemerito dell'assistenza sociale”. Infatti, una circolare del Consiglio Superiore della Magistratura il 25 febbraio 1998 a spiegherà che la benemerenza, alla luce dell'evoluzione del linguaggio e della cultura, equivale ad una particolare attenzione ai problemi dell'infanzia.

Con la riforma del diritto di famiglia nel 1975 si ampliano e si definiscono le competenze ed è finalmente possibile riscontrare un'inversione di tendenza, che porta ad una reale specializzazione. Proprio la magistratura minorile in quanto specializzata, negli anni successivi diventa una vera e propria unità sperimentale, che collabora

nell'approfondimento degli studi della devianza minorile e produce non solo una copiosa giurisprudenza in materia di immaturità, ma anche una serie di proposte finalizzate all'adozione di scelte di politica criminale.

3. Le fonti internazionali.

Questo impegno di approfondimento e studio della psicologia minorile va di pari passi ad una sempre crescente produzione di atti della comunità internazionale, che almeno sul piano dei principi comincia a riconoscere l'assoluta necessità di non escludere i più giovani dalle prerogative proprie degli adulti, ma anzi pone l'accento sulla peculiarità dell'età minore che impone comprensione, atmosfera di affetto e sicurezza tali da garantire il pieno ed equilibrato sviluppo del minore.

Nasce così e trova definizione in importanti atti internazionali quel concetto di interesse del minore, posto alla base di ogni scelta normativa dei singoli Stati. Si comincia a comprendere che la capacità dei più giovani di interiorizzare le regole del diritto penale dipende principalmente dalla capacità dei singoli ordinamenti di assicurare buone condizioni di vita ed adeguati stimoli pedagogici.

Risultando impossibile trattare tutti gli atti internazionali sottoscritti sino ad oggi, si richiameranno solo alcuni, che hanno il merito di aver ispirato la filosofia del D.P.R. 448/1998 contenente le disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni.

I due atti internazionali di fondamentale importanza, che devono essere richiamati, sono:

- Regole minime della giustizia minorile (Regole di Pechino, introdotte nel 1985);
- Raccomandazione n. 20/1987 di Strasburgo del Consiglio d'Europa.

In ordine alle Regole di Pechino, esse costituiscono il primo complesso di disposizioni di diritto e procedura penale minorile che, pur non avendo efficacia vincolante, costituiscono un indubbio punto di riferimento nel trattamento processuale dei minori autori di reato.

Di particolare importanza è la Regola numero 7, che assicura al minore le stesse garanzie processuali proprie dell'adulto, il riconoscimento del diritto ad ottenere la presenza del genitore o del tutore, il diritto alla notifica dell'accusa, al confronto e all'esame incrociato dei testi, a non rispondere e anche a presentare appello.

Esse, insieme alla raccomandazione n. 20/1987 di Strasburgo, evidenziano come il carcere - e quindi la pena detentiva - debba essere considerata come *extrema ratio*, da prendere in

considerazione solo nel momento in cui le misure alternative alla detenzione non abbiano conseguito i risultati auspicati.

Tali convenzioni internazionali richiamano un principio fondamentale in materia, ovverosia quello della specializzazione dell'intervento. In forza di tale principio, l'intervento deve essere specializzato in quanto il minore deve essere seguito da persone che abbiano una precipua formazione rispetto a quella giuridica.

Infine, le risposte che il sistema-giustizia deve adottare devono essere diversificate in base al soggetto autore di reato in virtù delle peculiari esigenze che allo stesso sottendono: per tale ragione, si discorre di individualizzazione dell'intervento.

Va poi fatto cenno, alle "linee guida alla Nazioni Unite per la prevenzione della delinquenza giovanile" che hanno fatto seguito alle perdette Regole di Pechino e che riguardano essenzialmente il trattamento dei minori privati della libertà e alle "linee guida di Ryadh" che forniscono orientamenti dettagliati sulle politiche finalizzate alla prevenzione della delinquenza minorile.

Discorso a parte va fatto, invece, per la Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989, resa esecutiva nel 1991 nel nostro paese. Si tratta di una Convenzione che impegna formalmente gli Stati aderenti a tutelare la soggettività del minore e la personalità che questi presenta, ed impone un quadro di riferimento preciso per la normativa interna, partendo dal principio fondamentale che ogni adolescente ha diritto ad una maggiore attenzione da parte della collettività, prima ancora che della famiglia e delle istituzioni.

Da questa considerazione scaturisce la necessità di costruire un sistema penale minorile, che guardi al giovane autore di reato con attenzione e che sia improntato ai principi di umanità, adeguatezza e proporzionalità. Un sistema, quindi, che favorisca ogni occasione di crescita e di socializzazione che può essere offerta dalla scuola, dal lavoro, dal volontariato. Un sistema che offra ai giudici degli strumenti flessibili e variegati, al fine di dare delle risposte puntuali e credibili che consentano al minore di intravedere sempre e comunque un futuro degno di essere vissuto.

Di rilevante importanza è l'art. 37 della Convenzione che ripudia l'imprigionamento a vita e la pena capitale.

4. Il Processo Penale Minorile nel DPR 448/88

Nel nostro paese il processo penale per i minorenni, introdotto dal DPR 448/88, è il frutto di un lungo e complesso iter legislativo.

È un processo che, ancora oggi, possiamo ancora ritenere all'avanguardia, perché è saldamente fondato sui principi di adeguatezza, minima offensività, destigmatizzazione e decarcerizzazione.

È un processo attento al riconoscimento e alla tutela dei diritti del minore, che, così come delineato dal DPR 448, costituisce un momento di trattamento rieducativo e che, nonostante sia volto (il processo stesso) ad assolvere alla primaria funzione di accertare giurisdizionalmente la responsabilità degli imputati, costituisce altresì il luogo principale in cui detto accertamento viene effettuato in modo confacente alle esigenze educative del minore deviante, ovverosia senza perdere di vista il primario obiettivo del suo recupero.

È dunque possibile affermare che il processo penale minorile deve essere ed è impostato su misura del minorenne e che deve avere come scopo la rieducazione del minore e il suo reinserimento nella società, già di per sé complesso e irto di ostacoli.

Pertanto, analizzeremo alcune tra le più importanti disposizioni del D.p.r. 448/88, che, globalmente inteso, costituisce il sistema processuale minorile:

L'art. 1 del 448/88, infatti, individua il principio di sussidiarietà, in forza del quale, stante l'applicazione al processo penale minorile delle norme previste dal DPR 448, tutto quanto non espressamente disciplinato da detto DPR verrà colmato dalle disposizioni di cui al c.p.p., ispirato, come ben noto, alla riforma del processo su base accusatoria. L'art. 1, inoltre, prevede che i principi del processo penale minorile si applichino a tutte le fasi "attraverso le quali la giurisdizione penale si esplica nei confronti dei minori"³ e quindi non limitatamente al momento della applicazione della sanzione o a quella dell'esecuzione. Altra rilevante disposizione da prendere in esame è costituita dall'art 9, che invece richiama uno degli istituti più importanti della procedura minorile, cioè l'accertamento sulla personalità del minorenne, che, solitamente viene esperito attraverso la c.d. perizia criminologica - vietata nel processo ordinario, ma di preponderante pregnanza nel processo minorile.

Il processo in esame, caratterizzandosi appunto per le peculiarità inerenti ai soggetti imputati, è preordinato allo svolgimento di attività nelle quali bisogna innanzitutto capire e rilevare il grado della devianza e svolgere indagini sul minore, volte non soltanto a

comprendere se al momento in cui è stato commesso il reato, il minore avesse o meno la capacità di intendere o di volere, ma ad individuare altresì la risposta più adeguata alle difficoltà personali e sociali che interessano il minore, rese evidenti attraverso la commissione di un fatto penalmente rilevante.

Risulta dunque intuibile che i provvedimenti adottati e gli interventi eseguiti nell'ambito penale minorile sono caratterizzati, per un verso, da un'accentuata esigenza di proporzione rispetto alla effettiva carica di disvalore del fatto delittuoso, tanto sotto il profilo oggettivo quanto soggettivo, e per l'altro, dalla tendenza ad utilizzare la fase processuale come occasione di interventi educativi che possano favorire prima il recupero e poi lo sviluppo della personalità del giovane autore.

È la stessa connotazione funzionale del processo minorile ad imporre, dunque, che le sue regole vadano applicate secondo modalità adeguate alle caratteristiche dell'imputato.

Tale accertamento trova uno spazio specifico e privilegiato nell'art 9, nonostante emerga già esplicitamente in numerose norme (cfr. artt. 1, 16, 23, 28, 29, 30). L'esigenza di cui sopra, quindi, è finalizzata a consentire l'adozione di decisioni giudiziarie sulla base di:

- Imputabilità e grado di responsabilità;
- Rilevanza sociale del fatto;
- Adeguate misure penali;
- Eventuali provvedimenti civili (art 32 comma 4).

A questi rilievi si rende opportuno aggiungere il richiamo alle valutazioni in tema di pericolosità sociale. È dagli accertamenti sulla personalità, infatti, che nasce sia il programma processuale sia il progetto educativo. Si tratta innanzitutto di individuare quale costituisca la risposta più adeguata da dare sul piano processuale: se fare uscire il minore il più rapidamente possibile dal circuito penale e quale tipo di decisione sia più funzionale alla sua maturazione.

Gli accertamenti ex art. 9, pertanto, risultano rilevanti in materia di arresto in flagranza, misure cautelari, sospensione del processo e messa alla prova, sanzioni sostitutive, allontanamento del minore dall'aula di udienza, adozione delle varie formule terminative. Scelta la via processuale più idonea, sarà poi necessario elaborare, con la collaborazione di tutte le parti processuali, un concreto progetto (ri)educativo che specifichi quali comportamenti imporre e quali risorse attivare attraverso l'intervento, che può essere civile o penale.

Non si può prescindere dalle disposizioni dettate in materia di libertà personale, le quali prescrivono anche agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria di tenere conto della gravità del fatto, dell'età e della personalità del minorenne. Ma inoltre: in caso di arresto o di fermo, è previsto il coinvolgimento immediato della famiglia ed il collocamento presso un luogo diverso dal carcere degli adulti, il CPA, ovvero, quando ricorrano le condizioni, presso l'abitazione familiare.

In ordine ai provvedimenti restrittivi della libertà, comunemente detti misure cautelari, v'è da precisare che, nell'ambito di cui si discorre, si tende, ma è altresì imposto dalla legge, a non interrompere mai i progetti educativi in atto, quali il collocamento in comunità, l'obbligo di permanenza in casa, le prescrizioni varie e la custodia cautelare in carcere.

Ha previsto inoltre un organo giudicante GUP, il giudice dell'udienza preliminare, che si differenzia nettamente da quello ordinario, in quanto è un organo collegiale. Dispone infatti l'art 50-bis comma 2 ord. giud., che “nell'udienza preliminare, il tribunale per i minorenni giudica composto da un magistrato e da due giudici onorari”, un uomo e una donna dello stesso tribunale. Da siffatta disposizione alcuni autori, in dottrina, hanno preso spunto per sostenere che il GUP minorile «non è altri che il tribunale per i minorenni in una “particolare formazione”»³⁹

Ha introdotto all'art. 27 l'istituto dell'irrelevanza del fatto, specificando come il giudice può o, meglio, deve, emettere sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, laddove ricorrano congiuntamente i tre presupposti presenti nella norma:

1. Tenuità del fatto
2. Occasionalità del comportamento
3. Pregiudizio alle esigenze educative del minore

Infine, e non di certo per importanza, ha recepito la finalità di responsabilizzazione del minore attraverso l'istituto della messa alla prova.

L'istituto della messa alla prova trae ispirazione dal *probation system* anglosassone, mutuato però nel nostro ordinamento con una configurazione diversa; mentre nel sistema anglosassone tale istituto viene applicato in fase di esecuzione della pena, nel nostro ordinamento la messa alla prova interviene nel corso del processo, comportandone la sospensione per un periodo predeterminato, allo scopo di consentire al giudice di valutare

³⁹ L. Careceni, in AA.Vv., 2000.

la personalità del minorente all'esito della prova e il suo grado di responsabilizzazione e serietà nei confronti dell'autorità giudiziaria (art. 28, comma 1, D.P.R. 448/88).

La sospensione del processo viene disposta con ordinanza nel corso dell'udienza preliminare o in dibattimento e l'istituto prevede che il minorente venga, appunto, messo alla prova sulla base di un progetto educativo predisposto dai servizi sociali minorili, il quale può presentare i contenuti più disparati.

Possono consistere in prescrizioni di fare o di non fare, che principalmente riguardano lo studio o il lavoro, ma anche lo sport, le attività sociali o di volontariato. È inoltre previsto che "il giudice possa impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorente con la persona offesa dal reato" (art. 28, comma 2 D.P.R. 448/88). A tal proposito, infatti, la messa alla prova è l'unico istituto presente nell'ordinamento italiano che consente l'applicazione della mediazione penale e delle altre strategie di giustizia riparativa.

Quest'ultima ha come oggetto principale la posizione della vittima e i danni provocati ad essa in quanto conseguenza del reato, ed ha come obiettivo la conciliazione tra la vittima e l'autore del reato e la riparazione delle conseguenze dannose arrecate.

Così, l'autore del reato non è più un soggetto passivo destinatario di una sanzione statale, bensì diventa un "soggetto attivo" a cui è chiesto di rimediare agli errori commessi ed ai danni procurati attraverso la sua condotta criminosa, collaborando con le Autorità e la persona offesa. La messa alla prova si può applicare per qualsiasi tipologia di reato, anche per quelli particolarmente gravi e di rilevante allarme sociale e può avere una durata massima di tre anni.

Ai sensi dell'art. 28, comma 5, poi "la sospensione è revocata in caso di ripetute e gravi trasgressioni". A tal proposito, si precisa che legislatore lascia ampi spazi di valutazione ai soggetti cui il minore è affidato. Spetta infatti ai servizi minorili il compito di elaborare la proposta di revoca della misura, da presentare, dietro apposita relazione sul comportamento del minorente e sull'evoluzione della sua personalità, direttamente al presidente del collegio che ha disposto la sospensione del processo nonché al pubblico ministero. In questo modo, si apprenderà lo stato e il risultato della "pena alternativa" e, in caso di esito negativo, in caso, cioè di trasgressioni ripetute (ossia non episodiche) e gravi (ossia non lievi), la sospensione del processo verrà revocata, con conseguente ripresa del processo stesso da dove era stato interrotto.

In caso di esito positivo della messa alla prova, invece, verrà corrisposta al reo, ai sensi dell'art. 29, la misura premiale dell'estinzione del reato, pronunciata con sentenza di non luogo a procedere, se intervenuta in corso di udienza preliminare (art. 425 c.p.p. e art. 32, comma 1, D.P.R. 448/88) ovvero di non doversi procedere, nel caso in cui la sentenza intervenga a conclusione del dibattimento (art. 531 c.p.p. e art. 33 D.P.R. 448/88).

5. Le fasi del processo penale minorile.

Nel processo minorile le indagini preliminari, necessarie per l'accertamento del fatto-reato e del suo autore materiale, sono dirette dal Pubblico Ministero (Procura Distrettuale presso il Tribunale per i Minorenni) che dispone direttamente delle Sezioni specializzate di Polizia Giudiziaria. L'avvio delle indagini preliminari avviene, come per i maggiorenni, con querela, denuncia, fermo o arresto (eccezion fatta per l'accompagnamento a seguito di flagranza previsto dall'art. 18bis DPR n. 448/88 solo per i minori). Alla fase delle indagini preliminari può conseguire un esito diverso a seconda degli elementi di prova assunti:

- richiesta di archiviazione in tutti i casi di cui agli artt. 408 e 411 c.p.p., ossia quando la notizia di reato è infondata, manca la condizione di procedibilità del reato, il reato è estinto o non previsto dalla legge come reato ovvero l'indagato ha meno di quattordici anni (il GIP – unico organo monocratico dell'intero processo minorile - potrà accogliere la richiesta ed emanare con apposito decreto l'archiviazione del procedimento a carico del minore);
- richiesta di giudizio direttissimo o immediato, soltanto quando gli elementi di prova lo consentano (ovverosia sussista la flagranza di reato o vi siano forti elementi di prova a sostegno dell'accusa);
- richiesta di rinvio a giudizio, qualora dovessero essere individuati gli elementi idonei ad esercitare l'azione penale.

In quest'ultimo caso il GIP dovrà fissare la data dell'udienza preliminare innanzi al GUP. Tale udienza rappresenta il momento centrale del sistema processuale, poiché è in tale fase che si assumono le decisioni più importanti.

Il giudice può emanare sentenza di non luogo a procedere nei casi previsti dall'art. 425 c.p.p., cioè per concessione del perdono giudiziale, per irrilevanza del fatto o per difetto di imputabilità oppure pronunciare sentenza di condanna a pena pecuniaria con pena eventualmente diminuita fino alla metà o sanzione sostitutiva (quando la pena detentiva

relativa al fatto reato irrogabile in concreto non superi i due anni, infatti, può essere sostituita, tenuto conto della personalità e delle esigenze di studio del minore, nonché delle sue condizioni familiari, sociali e ambientali, con la semidetenzione o la libertà controllata, rispettivamente per lo stesso periodo o per un periodo pari al doppio di quello che avrebbe causato la restrizione della libertà del minore).

In questo momento si può verificare anche la sospensione del processo per messa alla prova del minore con la possibilità, all'esito positivo della stessa, di dichiarare estinto il reato per il quale il minore avrebbe dovuto subire il processo.

Se, invece, il GUP ritiene che il processo non possa essere concluso in udienza preliminare, ma che lo stesso debba essere trattato in sede dibattimentale, accoglie la richiesta del Pubblico Ministero ed emana il decreto che dispone il giudizio nei confronti del minore imputato.

L'udienza dibattimentale si svolge innanzi il Tribunale per i minorenni (organo collegiale composto da quattro giudici, due togati e due onorari), di regola a porte chiuse, salvo che l'imputato nel corso del processo non sia divenuto maggiorenne.

Per lo svolgimento dell'udienza valgono le stesse regole per l'udienza preliminare. In questa fase, accusa e difesa si adoperano per l'acquisizione della prova, ma vengono in ogni caso adottate particolari cautele: il minore viene infatti esaminato direttamente dal Presidente del Tribunale, il quale pone le domande sulla base delle indicazioni ricevute dal PM e dal difensore.

Le prove (orali e documentali) acquisite nel dibattimento devono consentire al Tribunale per i Minorenni di decidere se condannare o assolvere il minore dal reato che gli viene ascritto. Sono sempre possibili la condanna a sola pena pecuniaria o sanzione sostitutiva ai sensi dell'art. 30 del codice di rito minorile, la concessione del perdono giudiziale, quando ricorrano la tenuità del fatto, l'occasionalità del comportamento criminoso contestato e la possibilità che la prosecuzione del procedimento pregiudichi le esigenze educative del minore, la sentenza di dichiarazione dell'irrelevanza del fatto.

Dopo la sentenza, il giudice sarà tenuto ad illustrare al minore il contenuto e le ragioni della decisione in modo che il giovane possa acquisire consapevolezza di quanto è accaduto e delle conseguenze che derivano dal provvedimento decisivo.

La sentenza emanata dal Tribunale può essere impugnata, ma tale fase è soltanto eventuale, in quanto sussiste soltanto se l'imputato ha interesse ad impugnare, cioè a vedere modificata in punto di fatto e in punto di diritto, la decisione del giudice di I grado.

Tale gravame comporta la rivisitazione della decisione del giudice di prime cure dinanzi alla Corte d'Appello. Quest'ultima riesamina il giudizio ed emana una sentenza che può confermare quella precedente o modificarla/sostituirla.

6. La Mediazione Penale Minorile

La mediazione penale minorile è prevista dal nostro ordinamento e si svolge nell'ambito degli spazi normativi offerti dagli artt. 9, 27, 28 del D.P.R. n. 448 del 1988. L'assunzione di un percorso di mediazione, come modalità responsabilizzante, all'interno del processo penale minorile, può essere molto utile in vista del fine rieducativo che questo persegue.

La mediazione penale minorile può essere proposta sia in una fase pre-processuale sia nella fase processuale vera e propria.

L'art. 9 del d.p.r. 448/88 offre un primo spazio applicativo alla mediazione in fase pre-processuale.

La disposizione citata impone di fare accertamenti sulla personalità del minorenne, stabilendo che "il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne, al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili".

Il secondo comma dell'art. 9 prevede la possibilità per il pubblico ministero e il giudice di assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti, senza alcuna formalità di procedura. In questo contesto il pubblico ministero può richiedere agli operatori dell'Ufficio di mediazione di assumere informazioni sul minore, al fine di valutare l'opportunità di effettuare una mediazione tra il minore autore del reato e la vittima.

La norma si rivolge al pubblico ministero e al giudice e da ciò si evince che l'indagine sulla personalità del minore, può essere fatta in tutte le fasi del procedimento penale, qualora sia ritenuto utile al fine di disporre le opportune misure penali e civili nell'interesse del minore. In ogni caso, il momento più opportuno per disporre gli accertamenti sulla personalità del minorenne è la fase delle indagini preliminari.

Appare opportuno dunque collocare la mediazione penale minorile nella fase delle indagini preliminari, per consentire al minore di prendere coscienza immediatamente delle conseguenze derivanti dal reato, al fine di promuovere in lui un processo di responsabilizzazione nei confronti della vittima.

L'invio del minore all'ufficio di mediazione durante la fase delle indagini preliminari consente al giudice di avvalersi in misura maggiore degli istituti del processo penale minorile, che consentono una rapida espulsione del minore dal circuito penale, come il proscioglimento per irrilevanza del fatto e il perdono giudiziale.

In fase processuale è possibile fare ricorso alla mediazione penale minorile espressamente prevista dall'art. 28 del D.P.R. 448/1988. Tale disposizione, disciplina la sospensione del processo con messa alla prova che può essere disposta dal giudice quando affida il minore ai Servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, per lo svolgimento di un programma di osservazione, trattamento e sostegno, al fine di valutare la personalità del minore all'esito della prova. In caso di esito positivo della prova, il giudice dichiara con sentenza estinto il reato, a norma del successivo art. 29.

In conformità a quanto disposto da tale norma, il legislatore ha disciplinato solamente un'ipotesi di mediazione penale minorile processuale, inserita nella fase successiva all'esercizio dell'azione penale, nell'ambito di un provvedimento di sospensione del processo con messa alla prova, che può essere disposta solamente nell'Udienza preliminare e nel Dibattimento.

Per quanto attiene gli esiti della mediazione penale minorile, non sussiste difficoltà nel caso in cui il minore si sia riconciliato con la vittima del reato. In questo caso, il giudice può tenere in considerazione sia il buon esito della mediazione sia l'adempimento delle prescrizioni contenute nel progetto di messa alla prova e pronunciare sentenza di estinzione del reato a norma dell'art. 29 del d.p.r. 448 del 1988.

Invece, in caso di esito negativo della mediazione penale minorile possono sorgere delle difficoltà nell'interpretare il risultato ai fini della messa alla prova. È pacifico però che, se l'esito negativo della mediazione è dovuto all'opposizione, da parte della vittima, di incontrare il minore, tale esito non può essere riversato sul minore, poiché il buon esito della mediazione dipende dalla volontà di entrambe le parti di incontrarsi per affrontare le conseguenze negative generate dalla commissione del reato.

Sempre in ambito processuale, la mediazione penale minorile può anche essere attivata in sede di applicazione delle sanzioni sostitutive previste nell'art. 32, comma 2 del d.p.r. 448/88 e delle misure alternative alla detenzione a norma dell'art. 47 comma 7 della legge 354/75.

I casi da inviare in mediazione generalmente sono decisi dall'autorità giudiziaria, il più delle volte dal pubblico ministero.

Le modalità di attivazione possono essere di tre tipi: un primo modo consiste nell'invio del caso da parte dell'Autorità giudiziaria, dopo aver acquisito il consenso del minore, direttamente al Centro di mediazione locale o all'USSM. Altre volte, autore del reato, vittima e centro di mediazione sono contattati contestualmente per lettera dal Tribunale ed in seguito sarà il Centro di mediazione a verificare la fattibilità della mediazione e a raccogliere il consenso del minore e della persona offesa. In altri casi, può essere l'USSM che propone al minore un percorso di mediazione, e in caso di assenso del minore viene contattato il Centro di mediazione che provvederà allo svolgimento della mediazione.

La procedura di mediazione penale minorile ha inizio con un incontro separato del mediatore con la vittima e con l'autore del reato. Gli incontri individuali sono finalizzati a raccogliere il consenso delle parti per lo svolgimento del percorso di mediazione. Nel corso di questi incontri, il mediatore cerca anche di individuare quali sono le aspettative delle parti rispetto alla mediazione, le quali possono rivelarsi importanti ai fini del buon esito della mediazione.

In seguito ai colloqui preliminari, se le parti decidono di proseguire il percorso di mediazione intrapreso, si svolgerà una serie d'incontri diretti tra vittima e autore del reato, finalizzati al confronto sul conflitto generato dal reato e alla ricerca di un accordo di riparazione o alla riconciliazione dei due soggetti in conflitto.

7. Conclusioni

In sintesi, la mediazione penale evidenzia gli aspetti relazionali del reato rivalutando il ruolo della vittima nel processo penale, dando maggiore risalto alle conseguenze emozionali e materiali provocate dal reato e garantendo la sicurezza della comunità attraverso la partecipazione attiva dei cittadini. Indi, la mediazione penale tende a gestire un conflitto originato dalla commissione di un reato e consente al reo e alla vittima di riaprire una comunicazione interrotta o di costituirne una nuova per cercare di raggiungere

un accordo il più possibile soddisfacente per entrambi. Riserva a tutti i protagonisti della vicenda penale: alla vittima, una più ampia considerazione e un ruolo più attivo; al reo, una opportunità concreta di accedere a modalità riparative responsabilizzanti, tutte le volte in cui ciò sia consentito dalla legge.

LA PROROGA DEI TERMINI DI PRESCRIZIONE E DECADENZA DI 85 GIORNI VALE SOLO PER GLI ATTI IN SCADENZA AL 31/12/2020 PER TUTTI GLI ENTI IMPOSITORI.

**La successiva proroga della decadenza per gli atti in scadenza di
Agenzia Entrate al 31/12/2020 già emessi e che dovevano essere
notificati al 28/02/2022.**

*Gregorio Pietro D'Amato*⁴⁰

Sommario: 1. La proroga degli 85 giorni per il periodo emergenziale degli atti in scadenza al 31/12/2020. L'intervento di AGE con circolare a complicare il tutto. 2 Il quadro normativo di riferimento della proroga degli 85 giorni per la decadenza e prescrizione. 3 Atti per i quali è stata disposta ed applicabile la proroga per AGE e Enti locali degli 85 giorni. 4. La riscritta proroga per AGE della sola decadenza ad opera dell'articolo 157, comma 1, del decreto-legge 34/2020 (decreto rilancio). 5 Conclusioni

1. La proroga degli 85 giorni per il periodo emergenziale degli atti in scadenza al 31/12/2020. L'intervento di AGE con circolare a complicare il tutto.

In tema di sospensione dei termini relativi ai versamenti disposta a seguito di eventi eccezionali, in tal caso dell'evento pandemico Covid-19, si estende, per il medesimo periodo, a tutti i termini relativi agli adempimenti anche processuali, in favore dei contribuenti, nonché ai termini relativi alle attività di liquidazione, controllo, accertamento, riscossione e contenzioso, in favore dei diversi enti coinvolti.

Principio semplice e logico che è stato già previsto e stabilito dall'art. 12 commi 1 e 3 del D.lgs 24 settembre 2015 n.159. Quindi specularmente, e anche si ritine con interpretazione Costituzionale conforme, se vi è stata proroga per il contribuente, altresì, vi deve essere proroga per l'amministrazione che deve controllare, accertare, liquidare l'attività del contribuente.

Ma a complicare il tutto è intervenuta l'Agenzia delle Entrate con suo fare autoritario e prevaricante, secondo la quale andrebbe applicata la proroga di 85 giorni prevista dall'art. 67 del D.L. n. 18 del 2020 (c.d. decreto "Cura Italia"), in base alla Circolare n. 11/E del 6 Maggio 2020, laddove, nella risposta al quesito n. 5.9, si afferma che detta proroga può

⁴⁰ Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- curatore fallimentare - giornalista

applicarsi, non solo in riferimento ai termini delle attività che sono spirati nel corso dell'anno 2020, bensì, “*anche ai termini di prescrizione o decadenza sospesi e non in scadenza entro il medesimo anno 2020*”.

A prescindere che il termine è di 85 giorni e non 84 come riportato dall’Agenzia Entrate nella sua circolare indicata, in quanto non si tratta di termine processuale, ma amministrativo per il quale, nel calcolo dei termini a giorni, va computato sia il giorno iniziale (*dies a quo*) che il giorno finale (*dies ad quem*), diversamente da quello processuale come stabilito dall’art. 2963 c.c. che stabilisce: “*non si computa il giorno nel corso del quale cade il momento iniziale del termine*”.

L’Agenzia Entrate con le solite circolari cerca di far dire o stabilire quello che la legge non ha detto o stabilito creando norme a sua immagine più di quanto già faccia scrivendo, a volte, le stesse norme tributarie.

Da anni la Cassazione, anche a Sezioni Unite con arresto del 02/11/2007 n. 23031⁴¹ ha sempre ristabilito la funzione delle circolari nella graduazione delle fonti del diritto e ruolo dell’amministrazione finanziaria. Sembra strano da parte di chi scrive che addirittura è dovuta intervenire la Cassazione a SU per ribadire che le circolari dell’AF non hanno nessuna forza di legge sia per il cittadino e soprattutto per i giudici meno che mai possono creare “materia” imponibile così come il potere accertativo dell’AF. Questa cattiva abitudine deve finire con una attenzione maggiore dell’AF a quelli che sono i principi del nostro ordinamento e che si studiano sin dalle scuole superiori, dove ci sono materie di diritto, e sono approfonditi in tutte le nostre università e non solo in quelle economico-giuridiche che sono i primi esami i fondamenti, le basi, il c.d. “ABC” del corso di studio.

Il fatto che la sospensione si riferisca solamente all’anno in cui si sia verificato l’evento eccezionale, *rectius 2020*, determina che la teoria della proroga “generalizzata”, che si estende a cascata sugli anni successivi, appare irragionevole e illogica, soprattutto se riferita alle sole attività ascrivibili agli Enti impositori e non anche ai contribuenti⁴².

⁴¹ Cass. SU del 02/11/2007 n. 23031 ha stabilito che: La circolare con la quale l’Agenzia delle Entrate interpreta una norma tributaria esprime esclusivamente un parere dell’amministrazione non vincolante per il contribuente, e non è, quindi, impugnabile né innanzi al giudice amministrativo, non essendo un atto generale di imposizione, né innanzi al giudice tributario, non essendo atto di esercizio di potestà impositiva.

⁴² Corte di giustizia tributaria di primo grado Lazio Latina, Sez. III, Sent., (data ud. 06/10/2023) 25/10/2023, n. 974.

2. Il quadro normativo di riferimento della proroga degli 85 giorni per la decadenza e prescrizione.

L'articolo 67 del D.L. n. 18 del 2020 ha disposto per l'Agenzia delle Entrate e per altri enti impositori la sospensione dall'8 marzo al 31 maggio 2020 dei termini relativi alle attività di liquidazione, controllo, accertamento, riscossione, prevedendo altresì una proroga di 85 giorni per i termini di prescrizione e decadenza, richiamando le disposizioni dell'articolo 12 del D.lgs. n. 159 del 2015: "*Con riferimento ai termini di prescrizione e decadenza relativi all'attività degli uffici degli enti impositori si applica, anche in deroga alle disposizioni dell'articolo 3, comma 3, della L. 27 luglio 2000, n. 212, l'articolo 12, commi 1 e 3, del D.lgs. 24 settembre 2015, n. 159*".

Per effetto della dissonante, incoerente, illogica ed illegittima interpretazione dell'AE, l'anno fiscale per le amministrazioni finanziarie, si chiuderebbe non già al 31 dicembre di ogni periodo d'imposta, bensì sarebbe spostato in avanti di 85 giorni, cadendo perciò nel marzo del periodo d'imposta successivo. Termine utile per emettere e notificare gli atti impositivi per tutte le annualità successive, che contengano, nel computo dei relativi termini, il suddetto periodo emergenziale.

Orbene, tale lettura della normativa, è completamente errato e come stabilito dagli ultimi arresti giurisprudenziale condivisibili ⁴³.

Il quadro di riferimento parte dell'evoluzione normativa che ha caratterizzato il citato art. 67 del D.L. n. 18 del 2020, oggetto di un'importante modifica per mezzo della legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27.

Infatti, nella sua prima formulazione, prima delle modifiche apportate dalla suddetta legge di conversione, l'ultimo comma dell'articolo 67, prevedeva per le attività di accertamento l'applicabilità dell'articolo 12 del D.lgs. n. 159 del 2015 per intero e, quindi, anche del comma 2 del medesimo articolo, nel quale si stabilisce espressamente una proroga di due anni dei termini di decadenza previsti per la notifica degli avvisi di accertamento tributari. Successivamente, il maxi emendamento connesso alla legge di conversione ha limitato il riferimento contenuto nell'art. 67 ai soli commi 1 e 3 dell'articolo 12 del D.L. n. 159 del 2015, eliminando ogni riferimento al citato comma 2 del medesimo art.12.

⁴³ C.G.T. I Latina 25 ottobre 2023 n. 974/3/23; C.G.T. I Prato 31 ottobre 2023 n. 87/2/23; C.G.T. I Torino 21 novembre 2022 n. 890/6/22.

Il comma 3 del citato articolo 12 riguarda - per sola completezza espositiva e che non attiene alla analisi in commento- il solo aspetto della notifica delle cartelle di pagamento (" l'Agente della riscossione non procede alla notifica delle cartelle di pagamento durante il periodo di sospensione di cui al comma 1").

Ragion per cui, la disposizione di riferimento e l'unica **resta il comma 1 del citato articolo 12 del D.lgs. n. 159 del 2015** che testualmente recita:

" Le disposizioni in materia di sospensione dei termini di versamento dei tributi, dei contributi previdenziali e assistenziali e dei premi per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali, a favore dei soggetti interessati da eventi eccezionali, comportano altresì, per un corrispondente periodo di tempo, relativamente alle stesse entrate, la sospensione dei termini previsti per gli adempimenti anche processuali, nonché' la sospensione dei termini di prescrizione e decadenza in materia di liquidazione, controllo, accertamento, contenzioso e riscossione a favore degli enti impositori, degli enti previdenziali e assistenziali e degli agenti della riscossione".

L'intenzione del legislatore era quella di consentire agli uffici finanziari di espletare le proprie funzioni, non risentendo di quel lasso di tempo (85 giorni) in cui l'esercizio di tali funzioni era stato inibito dalla normativa emergenziale. Ciò in contrapposizione al fatto che, per lo stesso periodo di tempo, i contribuenti avevano potuto godere della sospensione dei termini di versamento e di adempimento delle proprie obbligazioni tributarie. Un bilanciamento tra i due interessi contrapposti.

Pertanto è stato proprio il legislatore ad individuare un equilibrio nel bilanciamento di interessi contrapposti tra amministrazione e contribuente, **laddove con il comma 4 dell' art. 67, D.L. 17 marzo 2020, n. 18**, (c.d. Decreto Cura Italia), convertito in legge, con modifiche, dalla L. 24 aprile 2020, n. 27, in riferimento ai termini di prescrizione e decadenza relativi all'attività degli uffici degli enti impositori, **ha disposto l'applicabilità dell'art. 12 del D.lgs. n. 159 del 2015 nei soli commi 1 e 3, secondo cui e come già detto:**

" Le disposizioni in materia di sospensione dei termini di versamento dei tributi, (...) a favore dei soggetti interessati da eventi eccezionali, comportano altresì, per un corrispondente periodo di tempo, relativamente alle stesse entrate, (...) la sospensione dei termini di prescrizione e decadenza in materia di liquidazione, controllo, accertamento, contenzioso e riscossione a favore degli enti impositori, degli enti previdenziali e

assistenziali e degli agenti della riscossione, in deroga alle disposizioni dell'articolo 3, comma 3, della L. 27 luglio 2000, n. 212 (...)".

Per individuare la disciplina dei termini di prescrizione e decadenza applicabili al periodo emergenziale, dunque, va fatto riferimento alle disposizioni recate dall'articolo 12, comma 1, del D.lgs. n. 159 del 2015.

Come visto in precedenza, l'art. 12 del D.lgs. n. 159 del 2015, al comma 1 (quello richiamato dall'articolo 67 del D.L. n. 18 del 2020), interviene sulla disciplina delle sospensioni disposte in occasione di eventi eccezionali, prevedendo che, in caso di sospensione dei termini relativi ai versamenti, siano parallelamente sospesi, per il medesimo periodo, tutti i termini relativi agli adempimenti anche processuali, in favore dei contribuenti, nonché i termini relativi alle attività di liquidazione, controllo, accertamento, riscossione e contenzioso, in favore dei diversi enti coinvolti.

Ma ciò vale, ed è abbastanza chiaro, ma non per l'AF, in relazione all'anno in cui si è verificato l'evento eccezionale, dovendosi escludere ogni effetto "a cascata" sulle annualità successive. In definitiva, i termini di sospensione di decadenza e prescrizione valgono, in riferimento all'anno colpito dall'evento eccezionale, per un corrispondente periodo di tempo rispetto a quello riconosciuto in favore dei contribuenti.

Non si comprende perché, dunque, tale principio non dovrebbe parimenti essere applicato anche agli uffici finanziari, in relazione alla sospensione disposta nel periodo emergenziale Covid-19.

Resta ben inteso, infatti, che l'agevolazione a favore dei contribuenti, per porre in essere i propri adempimenti tributari o i versamenti, non si estende alle annualità successive a quelle in cui si è verificato l'evento emergenziale: in altri termini, non è consentito al contribuente usufruire di 85 giorni in più per l'espletamento dei propri adempimenti tributari, men che meno quelli nel cui "decorso" è contenuto l'intervallo temporale 8 marzo - 31 maggio 2020.

Non appare plausibile, dunque, ritenere che all'articolo 12 citato, al comma 1 - che testualmente stabilisce "*la sospensione dei termini di prescrizione e decadenza in materia di liquidazione, controllo, accertamento, contenzioso e riscossione a favore degli enti impositori, degli enti previdenziali e assistenziali e degli agenti della riscossione*" - debba

essere associato un effetto "a cascata" sulle annualità successive a quella colpita dall'evento eccezionale. In tal caso vi sarebbe una violazione costituzionale **dell'art. 3 della Cost.**

Ciò non soltanto al caso specifico dell'emergenza Covid 19, bensì in relazione ad ogni evento "eccezionale" che dovesse disporre la sospensione dei termini di versamento, allorché la disciplina va uniformata a tale fattispecie, essendo il riferimento normativo da applicare il medesimo (articolo 12, comma 1, cit).

La lettura combinata delle norme stabilisce, dunque, di far esclusivo riferimento ai termini di prescrizione e decadenza che scadono entro il 31 dicembre dell'anno in cui è disposta la sospensione degli adempimenti e dei versamenti tributari per eventi eccezionali e cioè il 2020: ovvero, al periodo d'imposta 2015, in caso di presentazione di dichiarazione mediante Modello Unico 2016 odi versamenti per i tributi locali, e al 2014, in caso di omessa presentazione della dichiarazione (termine altresì scadente nell'anno 2020).

Diversamente, sposando l'interpretazione fornita dall'amministrazione finanziaria, una proroga generalizzata e ad ampio raggio dei termini d'accertamento, risulterebbe ingiustificata e immotivata, determinando un evidente sconfinamento dell'ambito di applicazione delle previsioni emergenziali proprie della normativa Covid-19, in ragione della ratio che ha ispirato le stesse, ovvero, da un lato, non gravare sui contribuenti nel periodo colpito dall'evento eccezionale e, dall'altro, non intralciare l'attività degli uffici finanziari, parimenti limitati nello stesso periodo. Viepiù che anche l'analisi della normativa da applicare, ovvero l'articolo 12, comma, del D.lgs. n. 159 del 2015 più volte citato, a prescindere dall'applicazione della stessa al periodo emergenziale Covid 19 o ad altri eventi eccezionali, non giungerebbe a conclusioni differenti.

3. Atti per i quali è stata disposta ed applicabile la proroga per AGE e Enti locali degli 85 giorni.

In pratica la proroga per la decadenza e prescrizione contemplata dai **commi 1 e 4 dell' art. 67, D.L. 17 marzo 2020, n. 18**⁴⁴ risulta applicabile:

- I. per gli atti degli enti locali:

⁴⁴ Comma 4 art. 67 D. lgs. 18/2020: "Con riferimento ai termini di prescrizione e decadenza relativi all'attività degli uffici degli enti impositori si applica, anche in deroga alle disposizioni dell'articolo 3, comma 3, della legge 27 luglio 2000, n. 212, l'articolo 12, commi 1 e 3, del decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 159. (comma così modificato dalla legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27L. 24/04/2020, n. 27)

-IMU, TASI, TARI, TOSAP, per i quali tributi scadeva la prescrizione (art. 2948 n. 4 c.c.) e decadenza (art.1, comma 161, L. 296/2006) al 31/12/2020 entrambi corrispondenti ai 5 anni, come ivi previsto per legge, per il mancato versamento relativo all'anno 2015.

In realtà la giurisprudenza di legittimità introduce una ripartizione ai fini della individuazione del *dies a quo* del termine quinquennale di decadenza del potere di accertamento da parte degli enti locali, distinguendo:

- l'ipotesi di omesso versamento dell'imposta (in relazione alla quale deve farsi riferimento al termine entro cui il tributo avrebbe dovuto essere pagato)

- da quella di omessa dichiarazione (in ordine alla quale deve farsi riferimento al termine entro cui avrebbe dovuto essere presentata la dichiarazione omessa).

Mentre nella prima ipotesi il primo dei cinque anni previsti dalla norma richiamata è quello successivo all'anno oggetto di accertamento e nel corso del quale il maggior tributo avrebbe dovuto essere pagato, nella seconda ipotesi esso coincide, invece, con il secondo anno successivo a quello oggetto di accertamento, atteso che il termine di presentazione della dichiarazione scade l'anno successivo a quello di chiusura del periodo di imposta (Cass., sez. trib., 13 gennaio 2021, n. 352).

In forza di tale indirizzo giurisprudenziale, nel caso in cui il contribuente presenti una dichiarazione e ometta il versamento, per individuare il *dies a quo* deve farsi riferimento al termine entro il quale il tributo avrebbe dovuto essere pagato, mentre nel caso in cui il contribuente abbia omesso la presentazione della dichiarazione, per individuare il *dies a quo* deve invece farsi riferimento al termine entro il quale egli avrebbe dovuto presentarla

II. Per gli atti Agenzia delle entrate in base al principio *tempus regit actum* si devono considerare:

- **avvisi di accertamento relativi ai periodi di imposta 2015 e precedenti** – per i quali l'agenzia delle entrate deve procedere alla notifica del relativo avviso di accertamento entro il 31 dicembre del quarto periodo successivo a quello di presentazione della dichiarazione da parte del contribuente ovvero del quinto anno successivo in caso di mancata presentazione della dichiarazione;

- **avvisi di accertamento relativi ai periodi di imposta 2016 e successivi** per i quali risulteranno applicabili i nuovi termini fissati, rispettivamente, al 31 dicembre del quinto anno a quello di presentazione della dichiarazione dei redditi ovvero del settimo anno successivo in caso di mancata presentazione della dichiarazione.

Di conseguenza, in via generale, **entro il 31 dicembre 2020**, per l'anno interessato dall'emergenza epidemiologica **dovevano essere notificati, a pena di decadenza, gli avvisi di accertamento relativi**⁴⁵:

- All'anno d'imposta 2015, in caso di presentazione del "modello unico 2016" della dichiarazione IRPEF/IRES/IRAP/ IVA 2015;
- All'anno di imposta 2014, in caso di dichiarazione IRPEF/IRES/IRAP/ IVA omessa.

4. La riscritta proroga per AGE della sola decadenza ad opera dell'articolo 157, comma 1, del decreto-legge 34/2020 (decreto rilancio).

- I. Proroghe su proroghe durante il non certo facile momento pandemico del 2020, in cui ha visto maggiormente il legislatore, ma per come sono state varate le norme, sembra più delegando la stessa scrittura delle norme tributarie all'AF, è intervenuto con l'art. 157 comma 1 del D L. rubricato: "*proroga dei termini al fine di favorire la graduale ripresa delle attività economiche e sociali*" (convertito in legge, con modifiche, dalla l. 17.07.2020, n. 77), da ultimo così sostituito dall'art. 22 bis, comma 1, d.l. 31.12.2020, n. 183, così come inserito dall'allegato alla legge di conversione, L. 26.02.2021, n. 21 con decorrenza dal 02.03.2021, in base al quale è stato stabilito:

⁴⁵ I termini per l'esercizio dell'attività di accertamento fissati dall'art. 43, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, in tema di imposte sui redditi e dall'art. 57, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, in tema di IVA, sono **stati modificati dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. Legge di stabilità 2016) con efficacia dal periodo di imposta 2016**. In particolare, il legislatore è intervenuto sulla disciplina dei termini dell'azione di accertamento e, attraverso i commi 130 e 131 dell'articolo della legge di stabilità 2016, ha riformulato i suddetti art. 57 del dpr 633/1972 e l'art. 43 del dpr 600/1973 e disposto che: "*gli avvisi di accertamento devono essere notificati, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione. Nei casi di omessa presentazione della dichiarazione o di presentazione di dichiarazione nulla l'avviso di accertamento può essere notificato entro il 31 dicembre del settimo anno successivo a quello in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata*".

“In deroga a quanto previsto dall'articolo 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212, gli atti di accertamento, di contestazione, di irrogazione delle sanzioni, di recupero dei crediti d'imposta, di liquidazione e di rettifica e liquidazione, per i quali i termini di decadenza, calcolati senza tener conto del periodo di sospensione di cui all'articolo 67, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, scadono tra l'8 marzo 2020 e il 31 dicembre 2020, sono emessi entro il 31 dicembre 2020 e sono notificati nel periodo compreso tra il 1° marzo 2021 e il 28 febbraio 2022, salvi casi di indifferibilità e urgenza, o al fine del perfezionamento degli adempimenti fiscali che richiedono il contestuale versamento di tributi⁴⁶.

Pertanto, la norma 157, 1 co. ha riscritto la proroga **della decadenza** come ivi stabilito quale norma speciale che ricomprende quella che era in precedenza gli 85 giorni riguarda esclusivamente la DECADENZA degli atti che esaurivano la loro possibilità di emissione al 31/12/2020. Infatti, la nuova norma prevede espressamente gli atti emessi al 31/12/2020. Quindi la proroga a cascata degli 85 giorni come affermato nella circolare dell'AE non trova nessun fondamento dandosi pertanto torto da sola l'AF con la riscrittura di questa norma che riguarda solo la decadenza e non la prescrizione.

In quanto il fatto che il legislatore, dopo questo primo intervento disposto con l'articolo 67 del D.L. n. 18 del 2020, ha disciplinato nello specifico la "sorte" degli avvisi di accertamento scadenti nell'anno dell'emergenza, con l'articolo 157 del D.L. n. 34 del 2020, disponendo che gli stessi "sono emessi entro il 31 dicembre 2020 e sono notificati nel periodo compreso tra il 1° marzo 2021 e il 28 febbraio 2022". Questa disposizione, oltre a completare il quadro normativo, sottolinea ancor di più l'iniquità dell'interpretazione della sola AE secondo cui la proroga di 85 giorni (rectius 84 come altresì errando altresì afferma l'AF) si estenderebbe "a cascata" su tutte le annualità successive all'emergenza. Infatti, se per gli avvisi di accertamento che scadono al 31/12/2020, ovvero quelli più "colpiti" dall'emergenza, gli uffici devono comunque formare ed emettere gli atti entro il

⁴⁶ Comma così sostituito dall'art. 22-bis, comma 1, lett. a), D.L. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2021, n. 21. In precedenza, il presente comma era stato modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), D.L. 15 gennaio 2021, n. 3, a sua volta abrogato dall'art. 1, comma 5, D.L. 30 gennaio 2021, n. 7, e sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. a), del medesimo D.L. 30 gennaio 2021, n. 7. I citati D.L. n. 3/2021 e n. 7/2021 sono stati entrambi abrogati dall'art. 1, comma 2, L. 26 febbraio 2021, n. 21, a norma del quale restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi ed i rapporti giuridici sorti sulla base dei suddetti D.L. n. 3/2021 e D.L. n. 7/2021

termine stabilito del 31/12/2020, per poi "notificarli" l'anno successivo, non si comprende come possa essere ragionevole il fatto che, per gli accertamenti che scadono negli anni successivi, ovvero quelli meno "colpiti" dall'emergenza, si possa riconoscere agli uffici un termine più ampio di quello previsto nell'anno dell'emergenza. In sostanza, adottando questa teoria, si avrebbe questo assurdo scenario:

- per l'anno 2020, quello colpito dall'emergenza, l'anno in cui c'è stata la sospensione delle attività e dei versamenti, l'Ufficio finanziario avrebbe dovuto comunque espletare tutti i propri compiti nei termini, emettendo gli avvisi entro il 31 dicembre dell'anno 2020 (la parte dispendiosa dell'attività dell'Ufficio concerne la formazione, ovvero l'emissione dell'atto, mentre la notifica è una **formalità di poco conto, se rapportata al resto**);

- per gli anni successivi, anni in cui l'emergenza è andata ritirandosi, con conseguente normale operatività degli Uffici finanziari, gli stessi avrebbero potuto beneficiare di un più ampio termine rispetto a quello previsto per il 2020 (anno dell'emergenza), potendo espletare i propri gravosi compiti (formazione ed emissione degli atti) godendo di 85 giorni in più.

Alla luce del quadro complessivo e vista in questi termini, la teoria della proroga "generalizzata", e che si estende a cascata sugli anni successivi, appare irragionevole e illogica.

È pacifico poi che la proroga della notifica al 28/02/2022 riguarda solo gli atti dell'agenzia delle Entrate.

In quanto **la norma speciale art. 157 comma 1 non riguarda i tributi locali**, per i quali continua ad operare la proroga generalizzata dei termini di 85 giorni, derivante dalla sospensione disposta nell'articolo 67 del d.l. 18/2020, convertito in legge, con modifiche, dalla l. 24.04.2020, n. 27.

Per i quali operava per i **tributi locali, gli accertamenti in scadenza quale prescrizione decadenza entro il 31 dicembre 2020, (quindi imposte 2015) che potevano essere notificati entro il 26 marzo 2021.**

II. Ma vi è un ulteriore problema per la proroga al 28/02/2022 per gli atti Agenzia Entrate rappresentato dal comma 6 dell'art. 157 D. lgs. 34/2020 in cui è stabilito: *“Con uno o più*

provvedimenti del direttore dell'Agenzia delle entrate sono individuate le modalità di applicazione del presente articolo”.

Il **comma 5** della medesima norma individua le specifiche modalità di attestazione dell'avvenuta elaborazione o di emissione degli atti e delle comunicazioni nel 2020, prevedendo che questa possa essere provata dalla data di elaborazione risultante dai sistemi informativi dell'agenzia delle entrate.

Va evidenziato che il termine di emissione degli atti entro il 31/12/2020 è un **termine decadenziale**, per il quale le relative regole **devono essere fissate da una norma di legge** (anche secondaria), ma ciò deve avvenire **entro lo spirare dello stesso termine di decadenza**; ciò in quanto la materia della decadenza, in materia tributarie, è retta dal principio di legalità ex articolo 2968 del codice civile. **L'omessa emanazione di una norma di legge anche se secondaria, quale normativa di dettaglio, ma su delega della norma primaria determina una palese violazione del principio di legalità.**

In quanto il provvedimento del direttore dell'agenzia delle entrate che veniva demandato dall'art. 157 comma 6, è stato emanato in data **06/04/2021 prot. N. 88314/2021**, quindi oltre il termine di decadenza spirato al 31/12/2020. Provvedimento che doveva individuare e circoscrivere le modalità con cui provare l'elaborazione degli atti al 31/12/2020 come stabilito dal comma 5, che rappresenta una norma generica ed indefinita per poter essere prova del principio di legalità applicabile alla decadenza.

Tra l'altro anche il predetto provvedimento è altrettanto generico ed indefinito ⁴⁷.

La consolidata giurisprudenza di legittimità ha stabilito che: “In tema di atti d'imposizione tributaria, la notificazione non è un requisito di giuridica esistenza e perfezionamento, ma una condizione integrativa d'efficacia, sicché la sua inesistenza o invalidità non determina in via automatica l'inesistenza dell'atto, quando ne risulti inequivocamente la piena conoscenza da parte del contribuente entro il termine di decadenza concesso per l'esercizio

⁴⁷ Provvedimento 06/04/2021 art. 2: comma 1: Gli atti di cui al comma 1 dell'articolo 157 del decreto 2020, emessi entro il 31 dicembre 2020 in quanto i relativi termini di decadenza sono scaduti tra l'8 marzo e il 31 dicembre 2020, sono notificati nel periodo previsto dal medesimo comma 1 secondo le modalità indicate ai successivi punti da 2.2 a 2.3.

2.2. Gli uffici notificano gli atti di cui al punto 2.1 distribuendoli possibilmente in modalità pressoché uniforme, seguendo prioritariamente l'ordine cronologico di emissione.

2.3. Gli uffici derogano alle disposizioni di cui ai punti precedenti nei casi di indifferibilità e urgenza riscontrata successivamente o al fine del perfezionamento di adempimenti fiscali che richiedono il contestuale versamento di tributi.

del potere all'Amministrazione finanziaria, su cui grava il relativo onere probatorio⁴⁸; sulla non estensibilità della sanatoria ex art. 156 c.p.c. per raggiungimento dello scopo alla decadenza dal potere impositivo già verificatasi per mancato perfezionamento della notifica entro il prescritto termini.⁴⁹

La natura sostanziale e non processuale (né assimilabile a quella processuale) dell'avviso di accertamento tributario - che costituisce un atto amministrativo autoritativo attraverso il quale l'amministrazione enuncia le ragioni della pretesa tributaria - non osta all'applicazione di istituti appartenenti al diritto processuale, soprattutto quando vi sia un espresso richiamo di questi nella disciplina tributaria. Pertanto, l'applicazione, per l'avviso di accertamento, in virtù del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 60, delle norme sulle notificazioni nel processo civile comporta, quale logica necessità, l'applicazione del regime delle nullità e delle sanatorie per quelle dettate, con la conseguenza che la proposizione del ricorso del contribuente produce l'effetto di sanare la nullità della notificazione dell'avviso di accertamento per raggiungimento dello scopo dell'atto, ex art. 156 c.p.c. Tuttavia, tale sanatoria può operare soltanto se il conseguimento dello scopo avvenga prima della scadenza del termine di decadenza - previsto dalle singole leggi d'imposta - per l'esercizio del potere di accertamento"). L'arresto di Cass., Sez. Un., n. 12332/2017, oltre che equiparare *quoad effectum* la "comunicazione" alla "notificazione" di un atto, opera una ulteriore estensione del noto principio della scissione anche riguardo agli atti amministrativi sanzionatori (nella specie, quelli di cui al D.lgs. n. 58 del 1998, art. 195, TUF), **di indiscutibile natura recettizia.**

Sulla configurabilità del termine di emissione degli atti entro il 31/12/2020 quale **termine decadenziale**, si è altresì espressa la **corte di cassazione, sez. Tributaria civ. con l'ordinanza del 21 luglio 2020, n. 15545**, che così ha chiarito: *“può infine aggiungersi che assai di recente, nell'ambito della legislazione emergenziale relativa alla pandemia da Covid-19, il D.L. n. 34 del 2020, art. 157, comma 1, (c.d. Decreto rilancio) ha codificato il principio della scissione in discorso per gli atti impositivi tributari la cui decadenza matura tra l'8 marzo e il 31 dicembre 2020, sancendo che detto termine decadenziale si intende traslato a quest'ultima data quanto alla sola emissione degli atti stessi, mentre la relativa notificazione deve perfezionarsi tra il 1 gennaio e il 31 dicembre 2021”*.

⁴⁸ Così, recentemente Cass. n. 8374/2015, conforme, Cass. n. 21071/2018.

⁴⁹ si vedano anche Cass. n. 2272/2011, Cass., n. 10445/2011, Cass. n. 12007/2011, Cass. n. 1088/2013, Cass. n. 654/2014, Cass. n. 2203/2018, tutte rese in conformità della Cass., Sez. Un., n. 19854/2004.

5. Conclusioni

- I. Per la disposta proroga di 85 giorni di cui all'art 67 comma 1 e 4 D.L.18/2020 appare del tutto illogico anche solo ipotizzare che il Legislatore abbia, nel contempo, imposto il rispetto del termine decadenziale e prescrizione in scadenza il 31 dicembre 2020, anno di pandemia, e lo abbia, invece, prorogato di 85 giorni per gli accertamenti degli anni successivi, **i cui termini di decadenza andavano o andranno a scadere quando l'emergenza è stata ormai superata.** Quindi specificamente **per gli atti degli enti locali sono stati prorogati solo gli atti in scadenza al 31/12/2020 quindi i versamenti 2015 e per la mancata dichiarazione dei tributi per l'anno 2014.**

Fermo quanto sopra, va anche considerato che l'art. 67, del D.L. n. 18 del 2020, invocato dall'Agenzia delle entrate, nel prevedere la sospensione di 85 giorni, al comma 4, specificamente dedicato "ai termini di prescrizione e decadenza relativi all'attività ... degli enti impositori", rimandava espressamente all'applicazione, anche in deroga dell'art. 3, comma 3, dello Statuto dei diritti del contribuente, dell'art. 12, commi 1 e 3, del D.lgs. 24 settembre 2015, n. 159.

Tale art. 12, intervenendo sulla disciplina delle sospensioni disposte in occasione di eventi eccezionali, prevede che, in caso di sospensione "dei termini relativi ai versamenti", siano parallelamente sospesi, per il medesimo periodo, tutti i "termini relativi agli adempimenti anche processuali", in favore dei contribuenti, nonché "i termini relativi alle attività di liquidazione, controllo, accertamento, riscossione e contenzioso", a carico degli uffici, con perfetta equiparazione della posizione, sia dei contribuenti, sia degli enti impositori, per le attività a carico degli uni come degli altri.

Pertanto, non si può darne una lettura che non rispetti tale identica posizione, ampliando in avanti solamente i termini decadenziali successivi in favore degli enti impositori, essendo una siffatta lettura, oltre che in palese contrasto con il dettato e la ratio di una norma emergenziale, palesemente difforme dal principio costituzionale **di cui agli artt. 3, 23 e 97 Cost.**

Va altresì ricordato che l'intervenuta prescrizione è sempre rilevabile in ogni stato e grado del processo anche *ex officio* dal giudice; mentre la decadenza non è rilevabile d'ufficio da parte del giudice tributario. Il fatto della notificazione di un avviso di accertamento IVA

oltre i termini previsti dall'art. 57 comma 1 d.P.R. n. 633 del 1972 o per le imposte dall'art. 43, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, in quanto, dovendosi applicare la disciplina civilistica della decadenza (art. 2968 ss. c.c.), trattasi di materia non sottratta alla disponibilità del contribuente e che quindi può rientrare nell'oggetto del processo tributario soltanto per sua iniziativa, mediante inserimento nei motivi di ricorso avverso l'atto impugnato. Ne consegue che la questione di decadenza dell'ufficio dal potere di accertamento non può essere sollevata dal contribuente per la prima volta in secondo grado, trattandosi comunque di "domanda nuova" inammissibile anche in virtù della norma di cui all'art. 345 c.p.c.⁵⁰.

l. Per gli atti dell'Agenzia Entrate prorogati dall'art. 157 comma 1 rubricato "*proroga dei termini al fine di favorire la graduale ripresa delle attività economiche e sociali*" (convertito in legge, con modifiche, dalla l. 17.07.2020, n. 77), da ultimo così sostituito dall'art. 22 bis, comma 1, d.l. 31.12.2020, n. 183, così come inserito dall'allegato alla legge di conversione, L. 26.02.2021, n. 21 con decorrenza dal 02.03.2021 con il termine di proroga In definitiva tutti gli atti il cui termine di decadenza è spirato la 31/12/2020 per essere intervenuta la norma secondaria in violazione dell'ex art. 2968 c.c. Provvedimento del **06/04/2021 prot. N. 88314/2021 (oltretutto altrettanto generico e indeterminato)**, oltre il termine di decadenza spirato al 31/12/2020 e come richiesto dall'art 157 comma 6, **gli atti risulterebbe illegittimi.**

La disciplina transitoria emergenziale, di cui all'art. 157 del D.L. n. 34/2020, secondo la quale "gli atti di accertamento, di contestazione, di irrogazione delle sanzioni, di recupero dei crediti d'imposta, di liquidazione e di rettifica e liquidazione, per i quali i termini di decadenza [...] scadono tra l'8 marzo 2020 e il 31 dicembre 2020, sono emessi entro il 31 dicembre 2020 e sono notificati nel periodo compreso tra il 1° marzo 2021 e il 28 febbraio 2022, salvi casi di indifferibilità e urgenza", **in quanto norma speciale**, deroga la previsione strutturale contenuta nell'art. 5, comma 3-bis, D.lgs. n. 218/1997, che viceversa prescrive che: "*qualora tra la data di comparizione, di cui al comma 1, lettera b), e quella di decadenza dell'Amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrano meno di novanta giorni, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato di centoventi giorni*"⁵¹.

⁵⁰ Cass. civ., Sez. I, 16/01/1999, n. 404.

⁵¹ Corte di giustizia tributaria di primo grado Calabria Reggio Calabria, Sez. I, 23/02/2023, n. 752.

UNO, NESSUNO E CENTOMILA. COSÌ IL MASSIMARIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE INSEGNAVA AI GIUDICI COME ARCHIVIARE/CONDANNARE I CASI COVID-19.

COMMENTO A MASSIMARIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE, ANNO 2021, N. IV.

(Prima parte)

Giarrizzo Mauro⁵²

“Perché questa generazione chiede un segno? In verità io vi dico: a questa generazione non sarà dato alcun segno” (Marco 8,12)

Nel ringraziare la “La Nuova Bussola quotidiana” e in particolar modo il giornalista Andrea Zambrano, dopo aver letto ciò che vi era scritto nel Massimario della Corte di Cassazione, sono rimasto senza parole, stante il fatto che semplice dottrina, anche se divulgata da un Magistrato delegato al Massimario, non può incidere sull’operato dei tanti Magistrati che dovrebbero essere soggetti solo alla Legge! Quale conseguenza, la malattia Covid-19, frutto di virus SARS-Cov-2 (creato a mezzo ingegnerizzazione⁵³ nei laboratori di Wuhan con finanziamenti cino-americani e franco-inglesi⁵⁴), arma militare letale con patent in capo a DARPA, e con un tasso di mortalità pari al 5%, che ha costretto gli italiani a essere sequestrati in casa in virtù di DPCM, dichiarati illegittimi anche dal Tribunale Penale di Pisa, giusta sentenza n. 419/2021⁵⁵. Il Massimario della Corte di Cassazione del 2021, tiene conto della frenetica normativa emergenziale (dichiarata successivamente da vari tribunali illegittima) e avrebbe voluto estinguere, come una spugna e così come sta facendo la riforma Nordio sull’abuso d’ufficio (per la verità si salvano i seguaci di Davos, che senza aver informato degli effetti avversi sono stati pagati fino a 80,00 € l’ora lorde!) ogni diritto indisponibile per lo Stato Italia, anche in virtù di norme di Rango Internazionali, quali diritto alla vita; diritto di essere informati; diritto di non aver fatto una

⁵²Specialista in Professioni Legali

⁵³ <https://www.osservatoriomalattierare.it/news/attualita/15986-coronavirus-non-possiamo-fidarci-neppure-di-un-premio-nobel> Sul punto il premio Nobel Luc Montagnier aveva avvisato!

⁵⁴ J. TRITTO intervista a 9MQ

⁵⁵ <https://www.altalex.com/documents/news/2021/07/05/tribunale-di-pisa-i-dpcm-sono-illegittimi-e-vanno-disapplicati>

sperimentazione genica che con l'accezione "VACCINO" termine improprio (meglio profarmaci, cft, Prof. Cosentino⁵⁶ e suoi studi), vorrebbero portare alla normalità ciò che normale non è! Il diritto alla VITA è diritto indisponibile per ciascun soggetto ivi per lo STATO (Cft Carta dell'ONU⁵⁷ et similia!). Pare, ad avviso di chi scrive, che il Massimario della Corte di Cassazione avrebbe voluto inaugurare la metamorfosi giuridica italiana in virtù di regole che si scontrano, come l'onda sulla scogliera, con diritti indisponibili!

"I morti da vaccino sono di più dei morti Covid. I dati ufficiali dimostrano che in 6 mesi sono morte più persone a causa dei cd. vaccini Covid rispetto al numero di morti in 15 mesi per Covid19.⁵⁸" E ancora: "Studio israeliano su oltre 9000 sanitari, alcuni vaccinati e altri no, che rileva tra l'altro i casi di contagio asintomatico, con misurazione della carica virale come indicatore indiretto di una possibile contagiosità. Nei vaccinati rispetto ai non vaccinati, i contagi asintomatici si riducono da 75 (5,2%) a 23 (1,8%) e i contagi probabilmente infettivi si riducono da 44 (3,1%, 25 - 1,8% asintomatici) a 12 (0,9%, 4 - 0,3% asintomatici). Ora, questi numeri valgono per il contesto in cui sono stati rilevati, che si presume ad alto rischio di esposizione (operatori sanitari), ma aiutano a esemplificare cosa si intende quando si dice che col vaccino certi rischi si riducono ma non si azzerano, che anche i vaccinati possono diventare contagiosi e **che dunque un qualsiasi lasciapassare fondato sullo stato vaccinale non certifica nulla di più del fatto che la persona è stata vaccinata, ma certo non rassicura in alcun modo sulla sua non contagiosità.**⁵⁹" Questi dati venivano consegnati in Senato della Repubblica il 07/10/2021, mentre il Massimario era chiuso a Settembre 2021. Una correzione doveva essere disposta dal massimo organo di Giustizia italiano che, pare lo abbia dimenticato!

Ora: "Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.", così il comma secondo dell'art. 111 Costituzione descrive la condotta di ogni giudice chiamato a decidere in un qualsiasi processo. Premessa maggiore: occorre che vi sia un Giudice terzo e imparziale! Premessa minore: il Giudice è soggetto solo alla Legge!

⁵⁶ https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/421/389/COSENTINO.pdf

⁵⁷ <https://www.miur.gov.it/documents/20182/4394634/1.%20Statuto-onu.pdf>

⁵⁸ <https://telegra.ph/La-matematica-imorti-davaccinosonopi%C3%B9-deimorti-Covid-06-13>.

⁵⁹ https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/421/389/COSENTINO.pdf

Ma come si può avere un giudice terzo e imparziale se la Corte di Cassazione, nei suoi approfondimenti tematici, impone, (a ogni Giudice), quale condotta doveva avere nel caso del cosiddetto virus SARS-Cov-2 che, come noto, si trasforma in malattia Covid-19.

Premesso quanto sopra, occorre precisare se la Corte di Cassazione con il suo Massimario può influenzare/incidere sulle decisioni dei vari Giudici.

Nei fatti, il Massimario della Corte di Cassazione, non è la legge! Esso è redatto da Giudici a ciò delegati e hanno funzione ricognitiva di sentenze! Ma il Massimario, nel caso di Covid-19 (ricordiamo essere malattia) si è spinto oltre confermando solo le opinioni gradite alla politica! Infatti, nelle 12 volte che compare il termine “sentenza”, è associato alla bontà del vaccino covid-19 (alias:pro-farmaco). E a titolo esemplificativo la legittimità costituzionale dell’obbligo imposto in ambito sanitario dall’art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 (su cui si è di recente già espresso il Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 7045 del 20 ottobre 2021). Ma ci si dimentica che la detta sentenza non comprende i 606 morti certificati da AIFA. Infatti la sentenza 7045: “L’AIFA, nello studio pubblicato sul proprio sito, ha chiarito che «gli studi che hanno portato alla messa a punto dei vaccini COVID-19 **non hanno saltato nessuna delle fasi di verifica dell’efficacia e della sicurezza previste per lo sviluppo di un medicinale**, anzi, questi studi hanno visto la partecipazione di un numero assai elevato di volontari, circa dieci volte superiore a quello di studi analoghi per lo sviluppo di altri vaccini⁶⁰», Peccato che lo stesso TAR Lazio, pochi mesi dopo certifica, a mezzo una difesa dell’Avvocatura dello Stato pro AIFA, che l’istituto non era in possesso di alcuna documentazione sull’efficacia e sulla sicurezza dei pro-farmaci! Dunque, qualcuno mente, pur sapendo di mentire!

Ora, in questi termini il detto Massimario, non potrebbe apparire quale obbligo dei Magistrati a uniformarsi alle sentenze della Corte di Cassazione, giusta art. 65⁶¹ Regio Decreto 30/01/1941, n. 12 Ordinamento giudiziario, giusta azione di nomofilachia. Massimario che approfondisce solo ciò che vuole, non consentendo una equidistanza tra

⁶⁰ https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=26677:cds7045_2021&catid=20&Itemid=138

⁶¹ <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1941-01-30;12> Art. 65. Attribuzioni della corte suprema di cassazione. La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità, del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio del Regno, dell'Impero e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato.

diverse opinioni dottrinarie, che cita, con nome dell'Autore, solo se di convenienza! Un approfondimento, di tale genere, lascia dubbi di conformità a Costituzione!

“La terzietà, infatti, si collega ad una posizione istituzionale del giudice, diversa ed equidistante dalle parti, mentre l'imparzialità viene a caratterizzare il Giudice nella sua dimensione operativa (nota 27 DEAN, I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice, cit., 7) Se ci si attendesse a tali istituti rimarrebbero privi di tutela i casi in cui il Giudice risulti attinto dalla c.d. “forza della prevenzione” in situazioni non contemplate. Ed in tali ipotesi, sia la Corte CEDU che la Consulta hanno riconosciuto la necessità di un presidio che, evidentemente, può essere offerto solo mediante il ricorso alle invalidità processuali.⁶²”

La Costituzione, agli artt. 10, 11, 24, rinvigorisce l'effetto domino che il Giudice deve avere/possedere all'atto della presa in carico di ogni procedura (civile/penale/amministrativa/contabile e militare). Dai suddetti articoli si riflette, non solo l'imparzialità, quale terreno neutro ove poter incardinare ogni procedura, ma la conformità alle norme internazionali riconosciute, in condizioni paritarie per la pace e la giustizia internazionali con il diritto di difesa riconosciuto in modo inviolabile, con parità delle armi giusta sentenza Corte Costituzionale n. 145/2022, sentenze n. 209/2010 e sentenza n. 12/2018.

Mentre l'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, sin dal 1948, prevede che: “Ogni individuo ha diritto in piena uguaglianza ad un processo equo e pubblico davanti ad un tribunale indipendente e imparziale nella determinazione dei suoi diritti e doveri e di qualsiasi accusa penale a suo carico.” Così anche l'art. 14, par. 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici 1966 che statuisce: “nella determinazione di qualsiasi accusa penale contro di lui, o dei suoi diritti e obblighi in una causa legale, ognuno ha diritto ad un processo equo e pubblico davanti a un tribunale competente, indipendente e imparziale, costituito dalla legge.”, e l'art. 6, par. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 1950, “prevede:” nella determinazione dei

⁶² <https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=32c6ddb1-3c31-4872-b9a0-aebca4f052a6&idarticolo=15232> FILIPPO RAFFAELE DINACCI Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali. Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti, a cura di Filippo Giunchedi.

suoi diritti e obblighi o di qualsiasi accusa penale contro di lui, ogni individuo ha diritto ad una giusta udienza pubblica entro un termine ragionevole da parte di un tribunale indipendente e imparziale istituito dalla legge.”

Gli artt. 41 (diritto a una buona amministrazione), 47 (Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale), 49 (Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene) e 52 (Portata dei diritti garantiti) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ridefiniscono le condotte che ciascun Giudice deve tenere nel procedimento!

Ora, se l'art. 101 Costituzione dispone che “La giustizia è amministrata in nome del Popolo. I Giudici sono soggetti soltanto alla legge.⁶³” non si capisce a che titolo il “Massimario” può impartire tale “lectio magistralis” ai Magistrati!

Il Giudice deve apparire e essere indipendente da ogni coartazione mentre si forma la propria convinzione nel processo civile e nel processo penale, a mezzo documenti e prove testimoniali. Salva il prudente apprezzamento, ex art. 116 C.P.C. “che intende il compito del Giudice tenuto a valutare la attendibilità di ogni circostanza posta alla sua attenzione, ma non necessariamente ad utilizzarla e che può poi anche considerare tutti gli elementi con efficacia probatoria emersi nel corso del giudizio⁶⁴.”, mentre per il versante della Procedura Penale ex art. 192 “Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati⁶⁵”. Anche nel caso del procedimento penale, il libero convincimento del giudice deve essere motivato con percorso logico conoscitivo.

Così la III Sezione giurisdizionale centrale appello, sentenza 27 gennaio 2021 n. 32:”Il valore probatorio delle dichiarazioni di terzi, raccolte in fase istruttoria, può essere solamente quello proprio degli elementi indiziari, i quali, mentre possono concorrere a formare il convincimento del giudice, non sono idonei a costituire, da soli, il fondamento della decisione. La formazione del giudizio da parte del giudice deve basarsi su una conclusione dotata di certezza e non su una valutazione dubitativa, in quanto la stessa non è in grado di integrare un accertamento dei fatti in causa....omissis... *Il libero convincimento del giudice*”, ovvero della ponderazione secondo “il suo prudente

⁶³ <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/parte-ii/titolo-iv/sezione-i/articolo-101>

⁶⁴ <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/libro-primo/titolo-v/art116.html>

⁶⁵ <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-terzo/titolo-i/art192.html>

apprezzamento” (art. 95, co.3 codice giustizia contabile), non si traduce affatto in arbitrio.
66“

L’art. 64 Codice Processo Amministrativo, dispone: “il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo⁶⁷.”, confermato da Consiglio di Stato sentenza n. 4171/2015:”Il principio dispositivo con metodo acquisitivo, che pure connota il processo amministrativo, non può ridursi ad una inversione dell’onere della prova, dovendosi peraltro tener presente che l’esercizio dei relativi poteri istruttori è rimesso al prudente apprezzamento del giudice che in tale valutazione deve rispettare la regola della parità delle parti.... Non può essere accolta una censura che non sia supportata da adeguato principio di prova; né in tal caso alle carenze probatorie può supplirsi con i poteri giudiziari istruttori, specie allorché, a sostegno del denunciato vizio di legittimità, vengano posti non dati più o meno circostanziati, ma notizie di stampa e, quindi, elementi di conoscenza scarni se non dubitativi. Infatti, a fronte di un siffatto quadro di circostanze, non si può pretendere dal giudicante l’attività di incombenza istruttoria ritenuti dallo stesso non necessari per ovviare alle deficienze della formulata denuncia⁶⁸.”

Il Codice Penale Militare⁶⁹, al Titolo I, Disposizioni preliminari, all’art. 261, “Applicazione delle disposizioni del codice di procedura penale” descrive la condotta da seguire: “Salvo che la legge disponga diversamente, le disposizioni del codice di procedura penale si osservano anche per i procedimenti davanti ai tribunali militari, sostituiti: 1) al tribunale e al procuratore della Repubblica, rispettivamente, il tribunale militare e il procuratore militare della Repubblica; 2) al segretario, il cancelliere.” Mentre l’art. 272, medesimo Codice Penale Militare, rubricato “Competenza dei tribunali militari.”, dispone: “Appartiene ai tribunali militari la cognizione dei reati soggetti alla giurisdizione militare. Per la determinazione della competenza territoriale, si osservano le norme del codice di procedura penale, salve le disposizioni degli articoli seguenti.”

⁶⁶ <https://dirittoeconti.it/il-libero-convincimento-del-giudice/>

⁶⁷ <https://www.brocardi.it/codice-del-processo-amministrativo/libro-secondo/titolo-iii/capo-ii/art64.html>

⁶⁸ <https://www.brocardi.it/codice-del-processo-amministrativo/libro-secondo/titolo-iii/capo-ii/art64.html>

⁶⁹ <https://www.avvocatolascala.it/files/Upload/58a9df683a8c2-Codice-militare-penale-di-pace.pdf>

Anche ai Militari si applicano le procedure del Codice Penale Italiano che, come sopra descritto, ex art. 192 Codice di Procedura penale: “Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.”

In merito al libero convincimento della Corte Costituzionale, G. CARLIZZI, descrive quanto segue:” ...omissis... D’altro canto, alla *pars destruens*, Nobili non fa seguire una tesi alternativa sul fondamento costituzionale del principio del libero convincimento, giacché questo, nel momento in cui scrive, gli appare più che mai evanescente. Anzi, al termine della propria riflessione, egli assume che persino la Corte costituzionale, in alcune decisioni del 2002, avrebbe concluso che “il principio del “convincimento libero” non è stabilito dal nostro testo fondamentale⁷⁰“ ...omissis... “Ora, a ben vedere, i due suddetti valori non sono presi di mira soltanto dal legislatore, ma prima ancora dalla Carta fondamentale. L’esigenza di concretezza della valutazione probatoria discende dal principio di ragionevolezza della legge – tratto in origine dall’art. 3, comma 2, Cost., poi ritenuto ubiquitario nel nostro ordinamento –, il quale impone al legislatore di garantire la costante aderenza delle sue prescrizioni alle singolarità dei fatti che ne formano oggetto, ed è pertanto in conflitto con i cosiddetti “automatismi legislativi”, ivi comprese – appunto – le regole assolute di prova legale.⁷¹“ La Corte Costituzionale basa le sue sentenze in virtù delle seguenti leggi Costituzionali e ordinarie, nonché delle delibere della stessa Corte: 1947, Costituzione della Repubblica Italiana; 1948, Legge Costituzionale 9/2/1948 n. 1; 1948: Legge Costituzionale 26/02/1948, n. 2; 1948: Legge Costituzionale 26/02/1948, n. 3; 1948: Legge Costituzionale 26/02/1948, n. 4; 1953: Legge Costituzionale 11/03/1953, n. 1; 1953: Legge 11/03/1953, n. 87; 1962: legge 25/01/1962, n. 20; 1962: Norme integrative per i giudizi di accusa davanti alla Corte Costituzionale (Delibera 27/11/1962 della Corte Costituzionale; 1963: Legge Costituzionale 31/01/1963, n. 1; 1966: Regolamento generale della Corte Costituzionale (delibera 20/01/1966); 1967: Legge Costituzionale 22/11/1967, n. 2; 1970: Legge 25/05/1970; 1971: D.P.R. 24/11/1971; 1972: D.P.R. 31/08/1972, n. 620; 1977: Delibera della Corte Costituzionale 04/01/1977 sull’eleggibilità e compatibilità dei giudici aggregati; : Delibera della Corte Costituzionale

⁷⁰ <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Carlizzi-II-principio-del-libero-convincimento.pdf> Criminalia Annuario di scienza penalistica, in disCrimen del 04.03.2019, G. CARLIZZI, Il principio del libero convincimento come guida per il Legislatore e per il Giudice nel campo del Processo Penale.

⁷¹ <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Carlizzi-II-principio-del-libero-convincimento.pdf>, op. cit.

06/05/1977 sull'eleggibilità e compatibilità dei giudici aggregati;1977: Delibera del Collegio dei Commissari d'Accusa 05/07/1977; 1989: Legge 05/06/1989, n. 219; 1989: Legge costituzionale 16/01/1989, n. 1; 1989, Regolamento parlamentare per i procedimenti di accusa (delibera Senato della Repubblica 07/06/1989 e Camera dei Deputati 28/06/1989; 1992: Decreto legislativo 16/03/1992, n. 266; 1999:Regolamento della Corte per i ricorsi in materia di impiego (delibera 16/12/1999); 2003: Legge 05/06/2003, n. 131; 2003: Legge 20/06/2003, n. 140; 2007: Legge 03/08/2007, n. 124; 2010: Decreto Legislativo 02/07/2010, n. 104; 2018: Istruzioni e direttive del Presidente della Corte Costituzionale (21/11/2018, Cancelleria Prot. n. 61/B); 2021: Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale (delibera 21/07/2021); 2021: Decreto del Presidente della Corte Costituzionale 28/10/2021; 2022: Decreto del Presidente della Corte Costituzionale 30/05/2022⁷².

Ai sensi della Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, “Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale (G.U. n. 43 del 20 febbraio 1948)”⁷³, ...omissis... 3. - I giudici della Corte costituzionale non possono essere rimossi, né sospesi dal loro ufficio se non con decisione della Corte, per sopravvenuta incapacità fisica o civile o per gravi mancanze nell'esercizio delle loro funzioni. Finché durano in carica, i giudici della Corte costituzionale godono della immunità accordata nel secondo comma dell'art. 68 della Costituzione ai membri delle due Camere. L'autorizzazione ivi prevista è data dalla Corte costituzionale.

In tutti i casi disposti dalla legge, il Giudice deve essere e apparire terzo e imparziale. Ma, da tempo, e in particolar modo da quando il sistema Palamara si insediò a CSM, ogni cosa è cambiata! L'aver ricevuto il Massimario contenente indicazioni sul non essere terzo e imparziale, avrebbe dovuto portare i Giudici a astenersi o a chiedere di essere recusati! In nessun caso di querele per Covid-19 o in nessun caso di procedimenti civili in funzione del Giudice del Lavoro si è assistito a astensioni o a ricusazioni. Mentre non la legge ma il sunto di ciò che è buono e giusto in riferimento al Massimario della Corte di Cassazione, sin dal 2021, si sono imposte sentenze di rigetto/archiviazione capace di far girare nella tomba anche i Padri Costituenti che, erano reduci di un sistema, (quello fascista), che vide,

⁷² www.consultaonline

⁷³ <https://giurcost.org/fonti/lcost148.pdf>

con le leggi razziali, l'omogeneità degli Accademici a girarsi dall'altra parte e a essere condiscendenti con il regime per salvare lo stipendio!

Oggi, come ieri, gli Accademici hanno portato avanti non la forza della legge, ma ciò che le multinazionali, ivi quelli del farmaco, hanno concesso in regalie o borse di studio! Così la notizia pubblicata su quotidiano "La Verita" del 17/04/2023 firma Maddalena Loy, che incastra anche le Università che mendicano elemosina a Big Pharma! Appare logico corollario della concussione (art. 317 C.P.) e della corruzione (art. 318 C.P.) verso le laute donazioni delle case farmaceutiche, mentre anche i migliori seguaci di Martines, si sono girati dall'altra parte e hanno giudicato la terapia sperimentale genica quale unica soluzione a virus creato in laboratorio a Wuhan, mentre con farmaci da banco quale l'idrocloroquina, l'eparina e il cortisone, (farmaci che hanno costi irrisori e che hanno salvato fino a 90% dei danneggiati con cure a casa – vedasi le statistiche dell'Istituto Mario Negri!) si sarebbero salvate migliaia di vite umane nell'ecatombe del paracetamolo e vigile attesa quale unica salvezza dei protocolli ministeriale! Senza l'immediatezza delle cure domiciliari hanno costretto i pazienti a ricorrere alle cure ospedaliere con intubazione e morte, stante il fatto che le terapie intensive venivano chiuse perché ce lo chiedeva l'Europa!

Aver archiviato decine di querele, ben documentate (si pensa al lavoro del Prof. Trinca, o del prof. Scoglio, o del Prof. Tarro, o del Nobel Montagnier), conduce chi scrive a ricordare il periodo pre -Habeas Corpus! In detto periodo, come evidenziato nel Massimario della Cassazione, era il re a decidere sulla vita e sulla morte dei sudditi! Le ordalie, di medievale memoria, fanno raccapricciare la pelle agli Studiosi del diritto! Leggendo il Massimario non si può affermare che la verità, con la parità delle armi in giudizio, sia stata acclarata! Imponendo, ai tanti giudici, l'obbligo di archiviare/condannare le pratiche dei cosiddetti NO VAX, si è voluto imbavagliare la VERITA'! Ma che significa essere no vax? Esso è un termine coniato da chi non sa dare risposte a una verità: a che serve creare un'arma biochimica e di distruzione di massa se non a scaldare le menti di psicopatici che vogliono conquistare il mondo e solo con le armi!

Le precise e eloquenti argomentazioni della Corte di Cassazione, Massimario del 2021, nel rendere edotti i magistrati a archiviare i procedimenti penali, o a condannare alle spese le cause lavoro per aver deciso di attuare il DIRITTO ALLA VITA, restano una pagina nera

e oscura per tutta la Magistratura Italiana che, come gli Accademici nel periodo fascista, si sono girati dall'altra parte e hanno offerto sofferenze ai tanti che hanno deciso di continuare a VIVERE!

In pochi hanno avuto la lungimiranza di scegliere di essere soggetti alla LEGGE: il Giudice Susanna Zanda, il Giudice Udienza Preliminare di Roma Cruciani; il Giudice de l'Aquila, Cruciani, il Giudice di Treviso e di Viterbo (casi Docenti Scuola con D.L. 24/2022) il Giudice di Milano (ex art. 2087 non si può essere sospesi se non ci si vaccina!) i tanti Giudici di Pace, che hanno contestato le miriadi di multe dei DPCM, il Giudice di Pisa che ha dichiarato incostituzionali i DPCM di Contel. Plauso va all'Avv. Russo già Giudice di Pace di Taranto che per primo emise sentenza contra i DPCM! L'essere soggetto solo alla Legge gli costò l'espulsione da parte del CSM!

La storia è importante per capire chi siamo e dove vogliamo andare! Certo è sicuro che non andremo a braccetto con BIG Pharma!

Il Caso Covis-19 e i profarmaci ⁷⁴spacciati per vaccino hanno fatto guadagnare, (a Pfizer, Moderna, AstraZeneca, Novavax, Valneva, Sanofi) solo dallo Stato Italia 4,4 miliardi di € già liquidati, + 850 milioni di € per impegni di spesa. Solo Pfizer nel 2022 ha fatturato 100 miliardi di dollari con utili di 32 miliardi di dollari! (Report del 12/02/2024).

“Segui i soldi e troverai la mafia”. La lezione di **Giovanni Falcone** (1939-1992) potrebbe essere considerata la prima regola di un decalogo anti-cosche. Una regola costata cara al magistrato ucciso a Capaci insieme con la moglie e la sua scorta, e che, in via D'Amelio a Palermo, è costata la vita anche all'amico fraterno **Paolo Borsellino** (1940-1992) e ai suoi cinque angeli custodi.”

⁷⁴ <https://formiche.net/2023/01/falcone-borsellino-mafie/#:~:text=Anzi,.30%20anni%20di%20incredibile%20latitanza>. Formiche - La lezione di Falcone e Borsellino e i nuovi appetiti delle mafie. Scrive [Giuseppe De Tomaso](#) | 18/01/2023

IL PATTO FIDUCIARIO IMMOBILIARE NON RICHIEDE LA FORMA SCRITTA *AD SUBSTANTIAM*.

COMMENTO A CASSAZIONE, SEZ. II, ORDINANZA N. 10472 DEL 19 APRILE 2023.

Giarrizzo Mauro⁷⁵

“nulla è impossibile a Dio” (Luca 1,37)

Con l'ordinanza n. 10472 del 19 aprile 2023, della Seconda Sezione della Corte di Cassazione, avente ad oggetto diritti reali, si è aperta una nuova strada verso la compravendita di immobili senza il necessario ministero del notaio per la stipula dell'atto, stante il fatto che, il patto fiduciario⁷⁶, cioè un accordo tra due o più persone per stringere un patto (rectius: contratto) ha efficacia obbligatoria. Infatti “Il contratto fiduciario si compone di due elementi: un classico contratto (ad esempio una compravendita) ad effetti reali e un patto esterno, collegato al primo elemento, con una mera rilevanza interna (con efficacia obbligatoria) detto *pactum fiduciae*. La natura giuridica e la causa del negozio fiduciario, secondo prevalente teoria, cade nell'ipotesi del collegamento negoziale: il primo negozio con effetti reali è efficace erga omnes a cui si collega un secondo negozio, collegato al primo e con effetti obbligatori interni vincolati solo tra le parti, che modifica il risultato finale del primo negozio⁷⁷.”

Anche la Cassazione, Sezioni Unite, con la sentenza del 06/03/2020, n. 6459, ha esaminato il cosiddetto “patto fiduciario”, con oggetto immobiliare. L'interrogativo, sollevato dall'ordinanza interlocutoria, era se servisse atto bilaterale e scritto (fonte dell'obbligazione per l'acquisto del fiduciario), o se bastasse atto unilaterale e scritto del fiduciario, per impegno espresso oralmente dalle parti. Le Sezioni Unite, dopo aver passato in rassegna le posizioni giurisprudenziali e dottrinarie, hanno inquadrato il “patto fiduciario” nella “figura del mandato senza rappresentanza”, aderendo all'indirizzo, di Cassazione, Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633, secondo cui “l'accordo fiduciario,

⁷⁵Specialista in Professioni Legali

⁷⁶ <https://www.treccani.it/vocabolario/patto/> : s. m. [lat. *pactum*, der. di *pacisci* «patteggiare» (che ha la stessa radice di *pax pacis* «pace»), part. pass. *pactus*]. – **1. a.** In genere, convenzione, accordo fra due persone o fra due parti: *fare, concludere, stringere un p. con qualcuno* (con riferimento a ognuna delle due parti: *hanno fatto, hanno concluso un p. ...omissis...*

⁷⁷ <https://www.officinanotarile.it/il-contratto-fiduciario/>

anche quando ha ad oggetto beni immobili, non necessita della forma scritta a fini della validità del patto, ben potendo la prescrizione di forma venire soddisfatta dalla dichiarazione unilaterale redatta per iscritto, con cui il fiduciario si impegna a trasferire determinati beni al fiduciante, in attuazione esplicita del medesimo *pactum fiduciae*.”

Anche l'autenticità della scrittura privata, intercorsa tra le parti, con natura di atto di disposizione ad effetti reali, che trasferisce immobile, produce effetti giuridici efficaci e tutelati dall'Ordinamento Giuridico!

La fattispecie, accolta con la sentenza in commento dalla Cassazione, Sez. II, che cassa la sentenza impugnata e rinvia alla medesima Corte di appello, in diversa composizione, anche per la regolamentazione delle spese del presente giudizio, ha ad oggetto quanto segue:

Un convivente cita in giudizio dinanzi il Tribunale, l'altro convivente per accertare l'autenticità della scrittura privata del 12/11/2003, avvenuta tra essi nonché gli effetti reali della natura della disposizione, oltre che del diritto di credito par a € 43.846,22.

Oggetto del contendere un immobile acquistato giusta preliminare di compravendita. Al momento del rogito, uno dei conviventi aveva insinuato che l'immobile avrebbe determinato la perdita dell'assegno di mantenimento, convincendosi a farsi intestare il bene in via esclusiva.

Successivamente decidevano di regolamentare i loro rapporti patrimoniali, con scrittura privata, per il caso in cui fosse venuto meno il vincolo affettivo ed il rapporto di convivenza, regolando anche la proprietà del detto bene.

Uno dei conviventi abbandonava l'abitazione comune, intimando di rilasciare l'immobile, all'altra parte perché detenuto *sine titulo*, rivendicandone la piena ed esclusiva proprietà, da cui sorgeva l'esigenza di tutelare la propria posizione di comproprietà.

Si instaurava contraddittorio, e una delle parti spiegava anche domanda riconvenzionale per ottenere la condanna dell'altra parte al pagamento della somma di € 10.000,00 a titolo di locazione del detto immobile, disconoscendone la comproprietà. Il Tribunale adito, in esito all'istruttoria, con sentenza, accoglieva la domanda attorea e accertata l'autenticità della scrittura privata del 12.11.2003 e la sua natura di atto di disposizione ad effetti reali, per l'effetto dichiarava la comproprietà dell'appartamento in questione, nella quota di 2/3

e regolava gli ulteriori rapporti patrimoniali fra le parti, con consulenza tecnica d'ufficio, condannando una parte al pagamento della somma di Euro 1.672,24, pari alla differenza fra il valore dell'immobile e le spese di manutenzione dello stesso, oltre alle spese di lite. In appello, vi era accoglimento parziale e riforma della sentenza di primo grado, dichiarando uno dei conviventi, B.B., proprietario esclusivo dell'appartamento e lo condannava al pagamento di € 17.246,22, oltre rivalutazione monetaria e interessi, quale credito maturato nei confronti di A.A.; in accoglimento della riconvenzionale riproposta in appello dal B.B., condannava la A.A. al pagamento della somma di Euro 300,00 mensili, a far data dal gennaio 2006 fino al rilascio, a titolo di indennità di occupazione.

A sostegno della decisione la Corte distrettuale, diversamente dal primo giudice, ravvisava nella scrittura privata del 12.11.2003 non già un atto dispositivo della proprietà del bene con effetti reali ma una regolazione delle posizioni patrimoniali di dare e di avere fra le parti per cui sussisteva un diritto di credito dell'appellata per le somme corrisposte per l'acquisto e la manutenzione del bene. Quanto alle voci di credito liquidava € 6.197,48 quale acconto versato al preliminare, € 3.098,00 per spese di ristrutturazione riconosciute nella scrittura ed € 7.950,00 per ratei di mutuo, respinte le altre voci richieste per difetto di prova. Inoltre, riconosceva all'appellante l'indennizzo per occupazione abusiva dell'abitazione per essere stato nella disponibilità della A.A. dopo la cessazione della convivenza.

Ricorre in Cassazione per sei motivi A.A., cui ha resistito il B.B. con controricorso.

B.B. richiede eccezione di inammissibilità del ricorso, perché A.A. dimostrando l'esclusione della sussistenza della sommarietà di cui all'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 3). Dichiarata infondata perché, a norma dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 3), il ricorso per cassazione deve contenere l'esposizione sommaria dei fatti di causa, mentre non si è violato il principio di autosufficienza del ricorso perché composto mediante inserimento di copie fotostatiche o scansione di atti relativi al giudizio di merito, purché vi sia una chiara sintesi dei punti rilevanti per la risoluzione delle questioni dedotte, (in tal senso v., Cass., Sez. Un., n. 4324 del 2014; Cass. n. 19562 del 2018).

Nel merito, con il primo motivo la ricorrente lamenta la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 1322, 1362, 1363, 1366 e 1367 c.c. sull'interpretazione dei contratti e relativamente al contenuto ed interpretazione della scrittura privata del 12.11.2003, poiché la Corte d'appello avrebbe dovuto valutare il loro comportamento complessivo, anche a

posteriore alla conclusione del contratto. A.A. sottolinea come il B.B., nel processo penale che lo vedeva imputato per truffa, ha invocato la scrittura privata, proprio per sostenere che con la stessa aveva riconosciuto alla A.A. il diritto alla metà dell'immobile ed ottenuto, proprio in forza di detta attribuzione, l'assoluzione dal reato.

Il secondo motivo denuncia l'omesso esame dalle dichiarazioni del promittente venditore dell'immobile, C.C., da cui emerge che il C.C. ricevette due acconti per L. 13.000.000, a lui versati dalla sola A.A.. Essi acconti costituivano prova che detti pagamenti, sono stati eseguiti esclusivamente dalla A.A., mentre se la Corte d'Appello avesse esaminato tale circostanza, accertata nel giudizio di primo grado e valorizzata dal Tribunale, la decisione sarebbe stata opposta a quella adottata.

Con il terzo motivo la ricorrente lamenta la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 2697, 2702 e 2727 c.c., e degli artt. 112, 115, 116 e 167 c.p.c., relativamente alle spese di ristrutturazione sostenute da parte ricorrente, allegate al fascicolo di primo grado unitamente alla relazione del c.t.u., con fatture indicate per le spese sostenute, del tutto ignorate dalla Corte, la quale ha affermato che in presenza di contestazioni reciproche, le fatture non potessero costituire prova certa dell'avvenuto pagamento da parte del soggetto intestatario, trattandosi comunque di spese intervenute nel periodo di convivenza, per cui si deve presumere la comune contribuzione. A dire della ricorrente, dalla lettura della comparsa del B.B. non vi è contestazione, o affermazione o rivendicazione circa la presunta comune contribuzione, sicché l'affermazione contenuta nella sentenza impugnata appare priva di riscontro e viola le norme denunciate. Semmai la Corte d'Appello avrebbe, (ex artt. 2697 e 2702 c.c. e ex artt. 115 e 116 c.p.c.,) dovuto accertare la comune contribuzione con il rimborso del 50% delle spese in esame e non già il diniego di rimborso delle somme.

Con il quarto motivo la ricorrente lamenta la nullità della sentenza per violazione dell'art. 111 Cost. e dell'art. 132 c.p.c., n. 4) circa la motivazione per insanabile contraddittorietà ed illogicità manifesta proprio perché l'affermazione della comune contribuzione dei due ex conviventi, avrebbe dovuto ragionevolmente indurre la Corte a riconoscere il diritto della A.A. al rimborso del 50%.

Con il quinto motivo la ricorrente denuncia la nullità della sentenza per violazione degli artt. 112 e 345 c.p.c., in quanto in accoglimento della domanda riconvenzionale del B.B., la Corte ha condannato A.A. al pagamento della somma di euro 300,00 mensili, a far data

da gennaio 2006 fino al rilascio, a titolo di indennità di occupazione, in tal modo, violando l'art. 345 c.p.c., trattandosi di domanda nuova, introdotta dal B.B. con l'atto di appello rilevabile d'ufficio.

Con il sesto ed ultimo motivo la ricorrente, in subordine e nella denegata ipotesi del non accoglimento del quinto motivo di ricorso, lamenta la violazione e l'omessa applicazione degli artt. 1102, 1322 e 1372 c.c., sollevando con detto motivo A.A. la questione di ritenere di essere stata ingiustamente condannata al pagamento di una indennità mensile di Euro 300,00, a partire da gennaio 2006 fino al materiale rilascio dell'immobile, a titolo di occupazione dell'immobile, e ciò alla luce dell'art. 1102 c.c. e del contenuto della scrittura privata del 12.11.2003 che contiene l'attribuzione patrimoniale della A.A. del diritto alla metà dell'immobile, sicché l'uso dello stesso, anche dopo la cessazione della convivenza, era pienamente legittimo e non poteva costituire diritto ad una indennità di occupazione in favore del B.B., che aveva ritenuto volontariamente di porre fine al legame sentimentale ed alla convivenza. La A.A., avvalendosi di quanto pattuito nella scrittura privata, aveva chiesto di acquistare dal B.B. la quota dell'altra metà dell'immobile a cui lo stesso aveva opposto un rifiuto.

Le censure sono state esaminate unicamente perché attinenti, con diversi profili, alla questione della prova del patto fiduciario, ed accolte, giusta pronuncia delle Sezioni Unite del 06.03.2020 n.6459, affermando l'indirizzo inaugurato da Cass. 15 maggio 2014, n. 10633, secondo cui l'accordo fiduciario, anche quando ha ad oggetto beni immobili, non necessita della forma scritta a fini della validità del patto, ben potendo la prescrizione di forma venire soddisfatta dalla dichiarazione unilaterale redatta per iscritto, con cui il fiduciario si impegna a trasferire determinati beni al fiduciante, in attuazione esplicita del *medesimo pactum fiduciae*, così come avviene nel mandato senza rappresentanza, ex art. 1775 c.c..

TRUST E INTERDITTIVA ANTIMAFIA

NON È IL TRUST ILLEGITTIMO MA QUELLO CHE VALE A LIVELLO AMMINISTRATIVO DA FAR RITENERE "PIÙ PROBABILE CHE NON" IL PERICOLO DI INFILTRAZIONE MAFIOSA ATTRAVERSO IL PUR LECITO ISTITUTO DEL TRUST

Consiglio di Stato Sez. III (data ud. 25/01/2024) dep 07/02/2024 n. 1274

*Gregorio Pietro D'Amato*⁷⁸

Sommario: 1. Il Consiglio di Stato, Sez. III, Sent., (data ud. 25/01/2024) 07/02/2024, n. 1274. 2 Fatto. 3 Aspetti e presupposti dell'interdittiva antimafia. 4. Gli elementi caratterizzanti e la valutazione Prefettizia dell'interdittiva antimafia. 5 L'istituto del Trust e interdittiva antimafia. 6 Conclusioni.

1- Il Consiglio di Stato, Sez. III, Sent., (data ud. 25/01/2024) 07/02/2024, n. 1274 ha respinto l'appello proposto avverso la sentenza TAR del Piemonte che confermata l'interdittiva antimafia a seguito di richiesta di rilascio di informativa antimafia ai sensi dell'art. 91, D.lgs. n. 159 del 2011, formulata dalla Prefettura di Torino che ha ritenuto sussistente nei confronti di soggetti facenti parte di una società - divenuta poi, a seguito di fusione, - il pericolo di condizionamento delle scelte della società da parte della criminalità organizzata di stampo mafioso. L'Amministrazione ha quindi adottato il provvedimento di interdizione antimafia oggetto di impugnazione.

2- Fatto

La questione tra origine a seguito di scioglimento di un Comune per infiltrazione mafiosa. Il cui sindaco è stato condannato ad otto anni di reclusione per il delitto di concorso esterno in associazione a delinquere di stampo mafioso di cui agli artt. 110⁷⁹ e 416 bis⁸⁰ c.p. con la sentenza della Terza Sezione Penale della Corte

⁷⁸ Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- curatore fallimentare - giornalista

⁷⁹ Art. 110 c.p. rubricato "Pene per coloro che concorrono nel reato": Quando più persone concorrono nel medesimo reato [c.p. 46, 48, 51, 54, 86, 116], ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.

⁸⁰ Art. 416Bis c.p. rubricato "Associazione di tipo mafioso anche straniera ": Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni.

Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni.

d'Appello di Torino, divenuta definitiva a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione del 12 maggio 2016, a conclusione del procedimento penale relativo all'operazione con il soggetto coinvolto disponendo altresì l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Non solo ma vi erano altri familiari del soggetto -figlio e moglie- condannati gli stessi per il reato di turbata libertà degli incanti in concorso.

Il Prefetto ha quindi ritenuto che "la disamina della complessa articolazione strutturale della società, e soprattutto, delle due imprese che ne detengono complessivamente il 50% del capitale sociale, **consente di ipotizzare con un elevato grado di probabilità** che la gestione della società in esame possa essere significativamente condizionata dalla figura di un soggetto malavitoso, nonostante questi risulti formalmente estraneo alla compagine societaria e amministrativa".

Nel provvedimento di interdizione antimafia emesso nei confronti della società il Prefetto ha richiamato i presupposti sui quali si fonda la precedente interdittiva emessa nei confronti della -stessa società s.r.l.; ha precisato che esiste una società finanziaria di famiglia, denominata -.... S.p.a.: tutte le partecipazioni societarie sono riconducibili al capostipite, ovvero a soggetto allo stesso imparentati a vario titolo.

L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali .

Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma.

L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego. [Decadono inoltre di diritto le licenze di polizia, di commercio, di commissionario astatore presso i mercati annonari all'ingrosso, le concessioni di acque pubbliche e i diritti ad esse inerenti nonché le iscrizioni agli albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche di cui il condannato fosse titolare parte soppressa ad opera dell'art. 36, comma 2, L. 19 marzo 1990, n. 55].

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso

E nonostante se ne contestasse da parte degli appellanti la tesi della riconducibilità della società al soggetto colpevole del reato in questione, atteso che non vi era alcuna intestazione fiduciaria che permettesse di ricondurre a quest'ultimo una partecipazione tenuto conto che, dal 13 febbraio 2014 **aveva segregato le azioni in un trust irrevocabile perdendone ogni controllo.**

Gli appellanti, tra l'altro, censuravano che nel mondo della criminalità organizzata di stampo mafioso, congiunto ad una capacità dello stesso di condizionare le scelte dei propri familiari: nella sentenza di condanna era stato precisato, che la contiguità con la criminalità organizzata era finalizzata al voto di scambio; con la detenzione cautelare, imposta nel 2011, questo fine era divenuto impossibile da perseguire. Inoltre, il Tribunale di Sorveglianza di Torino aveva affermato con l'ordinanza del 22 novembre 2022, che non vi erano stati più contatti con il mondo della criminalità; pertanto, nel 2017, anno di adozione dell'interdittiva antimafia, non era possibile sostenere, sulla base del principio del più probabile che non, che vi fosse il rischio di condizionamento mafioso; neppure sarebbe motivata la statuizione relativa alla capacità del padre di condizionare l'attività dei figli e dei parenti in generale, soci e/o amministratori della società;

Tra le altre cesure ci si soffermerà solo per quanto afferisce la questione del Trust e procedura interdittiva che qui interessa e coinvolge lo stesso Trust.

3. Aspetti e presupposti dell'interdittiva antimafia.

L'interdittiva antimafia di cui all'ex art. 95, d.lgs. n. 159/2011, "Codice antimafia" è assunta a seguito della informativa acquisita dal Prefetto ai sensi dell'art. 91 comma 5 in cui è previsto che: *"Il prefetto competente estende gli accertamenti pure ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa. Per le imprese costituite all'estero e prive di sede secondaria nel territorio dello Stato, il prefetto svolge accertamenti nei riguardi delle persone fisiche che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione. A tal fine, il prefetto verifica l'assenza delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto, di cui all'articolo 67, e accerta se risultano elementi dai quali sia possibile desumere la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, anche attraverso i collegamenti informatici di cui all'articolo 98, comma 3. Il prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito*

dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa”.

E il successivo comma 6 stabilisce che: *“Il prefetto può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689. In tali casi, entro il termine di cui all'articolo 92, rilascia l'informazione antimafia interdittiva.*

Pertanto, l'interdittiva antimafia può legittimamente fondarsi anche su fatti risalenti nel tempo, purché dall'analisi del complesso delle vicende esaminate emerga, comunque, un quadro indiziario idoneo a giustificare il **necessario giudizio di attualità e di concretezza del pericolo di infiltrazione mafiosa nella gestione dell'attività di impresa**⁸¹.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato e TAR hanno chiarito che le norme che regolano l'interdittiva antimafia, afferisce a misure volte alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica amministrazione⁸².

Ha chiarito il Consiglio di Stato⁸³ che le disposizioni nel caso specifico relative all'iscrizione nella *cd. white list* formano un corpo normativo unico con quelle dettate dal codice antimafia per le relative misure antimafia (comunicazioni ed informazioni), tanto che, come chiarisce l'art. 1, comma 52-bis, della L. n. 190 del 2012, introdotto dall'art. 29, comma 1, D.L. n. 90 del 2014 convertito, con modificazioni, dalla L. n. 114 del 2014, *"l'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per la quali essa è stata disposta"; "l'unicità e l'organicità del sistema normativo antimafia vietano all'interprete una lettura atomistica, frammentaria e non coordinata dei due sottosistemi -*

⁸¹ T.A.R. Umbria Perugia, Sez. I, 20/11/2019, n. 589.

⁸² Cons. St., sez. I, 1° febbraio 2019, n. 337; id. 21 settembre 2018, n. 2241.

⁸³ Consiglio di Stato 24 gennaio 2018, n. 492

quello della cd. white list e quello delle comunicazioni antimafia - che, limitandosi ad un criterio formalisticamente letterale e di cd. stretta interpretazione, renda incoerente o addirittura vanifichi il sistema dei controlli antimafia".

Come di recente ribadito dalla Consiglio di Stato⁸⁴ l'informazione antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa. **Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, l'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere "più probabile che non", appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa.**

Ha aggiunto la medesima III Sezione⁸⁵ che lo stesso legislatore - art. 84, comma 3, D.lgs n. 159 del 2011 - ha riconosciuto quale elemento fondante l'informazione antimafia la sussistenza di "eventuali tentativi" di infiltrazione mafiosa "*tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate*". Eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza di questi ad influenzare la gestione dell'impresa sono nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzato, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o inveratosi, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori.

Il pericolo di infiltrazione mafiosa è, dunque, la probabilità che si verifichi l'evento.

L'introduzione delle misure di prevenzione è stata dunque la risposta cardine dell'Ordinamento per attuare un contrasto all'inquinamento dell'economia sana da parte delle imprese che sono strumentalizzate o condizionate dalla criminalità organizzata.

Una risposta forte per salvaguardare i valori fondanti della democrazia.

La sopra richiamata funzione di "frontiera avanzata" dell'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di

⁸⁴ Sentenza del 30 gennaio 2019, n. 758, riprendendo un ormai consolidato orientamento del giudice di appello.

⁸⁵ Sentenza n. 758 del 2019.

strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini. E solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in questa materia, deve arrestarsi⁸⁶.

In tale direzione la verifica della legittimità dell'informativa deve essere effettuata sulla base di una valutazione unitaria degli elementi e dei fatti che, visti nel loro complesso, possono costituire un'ipotesi ragionevole e probabile di permeabilità della singola impresa ad ingerenze della criminalità organizzata di stampo mafioso sulla base della regola causale del "più probabile che non", integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (qual è quello mafioso), e che risente della estraneità al sistema delle informazioni antimafia di qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio⁸⁷.

Ai fini della sua adozione, da un lato, occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali - secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale - sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata; d'altro lato, detti elementi vanno considerati in modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri⁸⁸.

Inoltre, va rilevato che la stessa Giurisprudenza di Appello⁸⁹ chiamata a valutare la compatibilità di tali provvedimenti in ambito eurocomunitario su un possibile contrasto della disciplina nazionale con l'art. 23 della **Dichiarazione universale dei diritti umani** e con i principi della **Carta costituzionale**, per violazione della libertà di impresa - ricorda che la normativa antimafia è espressione della potestà di cui **all'art. 117**, comma 1, lett. h) "*ordine pubblico e sicurezza*" ed e) ... "*tutela della concorrenza...*" **della Costituzione**, in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale 1 alla CEDU, sul presupposto che la formula elastica adottata dal legislatore per la disciplina delle interdittive antimafia - che consente di procedere in tal senso anche solo su base indiziaria - deve ritenersi quale corretto bilanciamento dei valori coinvolti. Infatti, se da una parte è opportuno fornire

⁸⁶ Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758.

⁸⁷ Cons. St., sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343.

⁸⁸ Cons. St., sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343.

⁸⁹ Cons. Stato, Sez. III, Sent., (data ud. 30/07/2020) 09/09/2020, n. 5416

adeguata tutela alla libertà di esercizio dell'attività imprenditoriale, dall'altra non può che considerarsi preminente l'esigenza di salvaguardare l'interesse pubblico al presidio del sistema socio-economico da qualsivoglia inquinamento mafioso⁹⁰.

Prosegue il supremo consesso amministrativo che non vi sono dubbi che l'esigenza di tutela della libertà di tutti i cittadini e di salvaguardia della convivenza democratica sono finalità perfettamente coincidenti con i principi della CEDU, ed anche la formula "elastica" adottata dal legislatore nel disciplinare l'informativa interdittiva antimafia su base indiziaria ha il suo fondamento nella ragionevole esigenza del bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost. e l'interesse pubblico alla salvaguardia dell'ordine pubblico e alla prevenzione dei fenomeni mafiosi che, del resto, mediante l'infiltrazione nel tessuto economico e nei mercati, compromettono anche - oltre alla sicurezza pubblica - il valore costituzionale di libertà economica, indissolubilmente legato alla trasparenza e alla corretta competizione nelle attività con cui detta libertà si manifesta in concreto nei rapporti tra soggetti dell'ordinamento.

Ha ancora chiarito la Sezione III del C.S. con arresto n. 5784 del 2018 che, per quanto poi concerne la "presunzione di non colpevolezza", il giudizio, fondato secondo il criterio del "più probabile che non", costituisce una regola che si palesa "consentanea alla garanzia fondamentale della presunzione di non colpevolezza", di cui all'art. 27, comma 2, Cost., cui è ispirato anche il punto 2 del citato art. 6 CEDU", in quanto "non attiene ad ipotesi di affermazione di responsabilità penale"⁹¹.

Da molto tempo, infatti, le consorterie di tipo mafioso hanno esportato fuori dai tradizionali territori di origine l'uso intimidatorio della violenza ed hanno creato vere e proprie holding finanziarie. Si tratta di quelle aree opache nelle quali notoriamente i proventi di attività illecite vengono reinvestiti in imprese formalmente estranee (perché intestate a prestanome "puliti") e dispersi in una miriade di società collegate da vincoli di vario tipo con l'organizzazione criminale. Il legislatore, allontanandosi dal modello della repressione penale, ha conseguentemente impostato l'interdittiva antimafia come strumento di interdizione e di controllo sociale, al fine di contrastare le forme più subdole di aggressione all'ordine pubblico economico, alla libera concorrenza ed al buon andamento della Pubblica amministrazione. Il carattere preventivo del provvedimento prescinde, quindi,

⁹⁰ Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5784.

⁹¹ Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19430

dall'accertamento di singole responsabilità penali, essendo il potere esercitato dal Prefetto espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata⁹².

Per la sentenza in commento, la Sezione, dopo aver ripercorso l'inquadramento giurisprudenziale in tema di interdittiva antimafia (cfr. tra le tante, le sentenze 20 febbraio 2019, n. 1182 e 30 gennaio 2019, n. 758), ha ricordato che ai fini della sua adozione, da un lato, occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali - secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale - sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata; d'altro lato, detti elementi vanno considerati in modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri⁹³. In tale sentenza la Sezione ha anche aggiunto che, tenuto conto della valutazione complessiva degli elementi a supporto per il provvedimento interdittivo, "non è necessariamente vero che il provvedimento risulterà privo di adeguato supporto motivazionale quando anche uno solo dei presupposti istruttori, valutati come qualificanti nella motivazione dell'atto, risulti non aderente alla realtà".

E conclude *in parte qua* il Consiglio di Stato con il provvedimento in commento che ne consegue che proprio per il tipo di valutazione, di tipo complessivo, la scelta del TAR di esaminare congiuntamente i profili che reggono l'interdittiva non risulta censurabile.

4. Gli elementi caratterizzanti e la valutazione Prefettizia dell'interdittiva antimafia.

In relazione di una granitica giurisprudenza della Sez. III del Consiglio Di Stato, ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo, da un lato, occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali - secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale - sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata; d'altro lato, detti elementi vanno considerati in modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri⁹⁴

⁹² Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2015, n. 455; 23 febbraio 2015, n. 898.

⁹³ Cons. St., sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343

⁹⁴ Cons. St., sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343.

Ciò che connota la regola probatoria del "più probabile che non" non è un diverso procedimento logico, ma la (minore) forza dimostrativa dell'inferenza logica, sicché, in definitiva, l'interprete è sempre vincolato a sviluppare un'argomentazione rigorosa sul piano metodologico, *"ancorché sia sufficiente accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale"*⁹⁵.

L'informativa antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa. Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipico dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere "più probabile che non" il pericolo di infiltrazione mafiosa.

5. L'istituto del Trust e interdittiva antimafia.

Con il breve excursus normativo e soprattutto giurisprudenziale che ha riempito di significato ed attività le richieste antimafia e relative interdittive si inserisce anche **l'innovativo istituto del Trust**, e su cui si deve confrontare e valutare e che per sua natura non è un istituto elusivo o per aggirare norme precettive ma è il suo utilizzo distorto e poco professionale che lo rende elusivo come del resto qualsiasi altro istituto giuridico se utilizzato ed applicato in maniera fraudolenta ed elusivo.

La funzione di "frontiera avanzata" dell'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, e come del caso in esame anche dell'analisi dell'istituto Trust, del resto, che è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini anche con strumenti leciti. E solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in questa materia, deve arrestarsi⁹⁶.

⁹⁵ Cons. St., sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483.

⁹⁶ Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758

Ciò che si chiede alle autorità amministrative non è di colpire pratiche e comportamenti direttamente lesivi degli interessi e dei valori prima ricordati, compito naturale dell'autorità giudiziaria, bensì di prevenire tali evenienze, con un costante monitoraggio del fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, la individuazione e valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento⁹⁷.

È in questa prospettiva anticipatoria della difesa della legalità che si colloca il provvedimento di informativa antimafia al quale, infatti, è riconosciuta dalla giurisprudenza natura "cautelare e preventiva"⁹⁸ comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa anche attraverso strumenti del tutto legittimi e seri.

Negare però in radice che il Prefetto possa valutare elementi "atipici", dai quali trarre il pericolo di infiltrazione mafiosa, vuol dire annullare qualsivoglia efficacia alla legislazione antimafia e neutralizzare, in nome di una astratta e aprioristica concezione di legalità formale, proprio la sua decisiva finalità preventiva di contrasto alla mafia, finalità che, per usare le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09, De Tommaso c. Italia, consiste anzitutto nel "tenere il passo con il mutare delle circostanze" secondo una nozione di legittimità sostanziale.

Il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame.

Nella sentenza in commento non sono esplicitati molti aspetti dell'istituto del trust e il suo atto istitutivo se non con delle prospettazioni dell'appellante, e relativo all'impossibilità del capofamiglia reo dei reati in precedenza a lui ascrittigli, di incidere sulla società per effetto della costituzione del trust irrevocabile intervenuta nel febbraio 2014. Il Supremo Collegio

⁹⁷ Corte Cost. n. 57 del 26 marzo 2020.

⁹⁸ Cons. St., A.P., 6 aprile 2018, n. 3.

di Stato con l'arresto in commento si legge che ha avallato l'operato della Prefettura asserendo che: *“correttamente l'Amministrazione ha replicato che “le peculiari caratteristiche dello strumento giuridico utilizzato unitamente alla tempistica del conferimento, eseguito a pochi mesi di distanza dalla sentenza di primo grado con la quale il predetto era stato condannato per il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, oltre alla circostanza che fino al momento del suo arresto (intervenuto nel 2011) rivestiva ruoli apicali nelle società del gruppo, costituivano chiaro indice che la dismissione delle partecipazioni societarie era stata effettuata al solo scopo di preservare la società e quelle dalla stessa controllata, da eventuali provvedimenti giudiziari e amministrativi di tipo ablativo, preventivo o sanzionatorio. La stipulazione del succitato trust, pertanto, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, non costituiva circostanza di per sé sufficiente a far escludere che il capostipite continuasse ad esercitare di fatto la propria influenza sulle scelte imprenditoriali della società e, di conseguenza, sulle altre società da questa partecipate, gestite da componenti della propria famiglia”.*

Pertanto, il Consiglio di Stato stabilisce che si appalesa condivisibile la tesi dell'Amministrazione, secondo cui *“il ricorso a tale istituto... non è stato spiegato dalla ricorrente, che neppure ha indicato quali rapporti o motivi abbiano condotto alla individuazione di tale dott. quale settlor. Il c.d. “guardiano ” del trust è stato poi nominato nella persona del figlio, e dunque ancora nell'ambito dello stesso gruppo familiare. L'operazione presenta profili di opacità ed appare sproporzionata rispetto alle apparenti esigenze delle parti contraenti nonché rispetto alla stessa entità del patrimonio da amministrare”.*

L'Amministrazione continua il Collegio III del CS ha correttamente aggiunto che: *“dagli accertamenti svolti sulle aziende riferibili al gruppo imprenditoriale, era emerso in tutta evidenza che il prevenuto aveva una capacità di ingerirsi nella gestione delle attività di famiglia di gran lunga superiore nella sostanza a quello che lo stesso sarebbe stato formalmente in grado di esprimere secondo un mero calcolo percentuale delle proprie partecipazioni societarie. Si pensi, a titolo di esempio, alle vicende collegate agli affidamenti dei lavori nei cantieri oggetto di puntuale richiamo nell'informativa, laddove il predetto ha utilizzato la -le società guidata dal figlio al fine di inserire personaggi di rilievo della criminalità organizzata di tipo mafioso nell'esecuzione di lavori edili”.*

Ora il CS dalla sentenza si evince solo che i soggetti Trustee e Guardiano solo dei soggetti vicini al soggetto colpito dalla misura punitiva di cui all'art. 416/bis c.p., a tal fine occorre altresì valutare l'atto istitutivo di trust, e dove viene assunto che sia irrevocabile ma di certo l'irrevocabile non rappresenta, per chi si occupa di trust un baluardo all'ingerenza del disponente per sostituire il Trustee e così il guardiano che tipologia di poteri gli erano stati conferiti dall'atto istitutivo molti pregnanti nella gestione o solo di controllo formale?. Tutte valutazioni che si possono evidenziare solo con l'attenta lettura dell'atto istitutivo.

A tal fine e per quanto qui interessa può esservi un atto istitutivo che non è nullo o annullabile per contrastare con l'ordinamento o legge regolatrice, per cui l'atto è ancora valido ma proprio per la vicinanza del soggetto colpevole del reato con il guardiano e/o il Trustee in relazione ai poteri delle Prefetture, così come stabilito dai numerosi arresti giurisprudenziali evidenziati, l'informativa antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa. Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipico dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere "più probabile che non" il pericolo di infiltrazione mafiosa.

Pertanto, l'analisi dell'atto istitutivo poteva anche portare ad una conformità e legittimità sia per la legge regolatrice e sia della convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 ratificata dalla legge 16 ottobre 1989, n. 364.

Per constatare l'indicata idoneità, è sufficiente considerare che l'atto di trasferimento e intestazione del bene conferito al trustee non risulta essere atto isolato e autoreferente. Nella complessa dinamica di un'operazione di trust, lo stesso si pone, per contro, non solo come atto conseguente, ma prima ancora come atto dipendente dall'atto istitutivo.

È in quest'ultimo atto, cioè, che l'atto dispositivo recupera la sua ragion d'essere e causa (in ipotesi) giustificatrice. È, del resto, corrente osservazione in letteratura ed ora da consolidati arresti di giurisprudenza ad affermare la legittimità, che il trustee risulta titolare di un

"ufficio", o di una "funzione"; e che, quindi, è proprietario non già nell'interesse proprio, bensì nell'interesse altrui: secondo i termini e i modi volta a volta appunto consegnatigli dell'atto istitutivo.

La peculiare proprietà del trustee non potrebbe perciò "sopravvivere" all'inesistenza, o al caducarsi, dell'atto che viene nel concreto a conformare tale diritto (nel caso di specie al fine particolare della "tutela dei bisogni della famiglia" basata sul rapporto di coniugio intercorrente tra i disponenti).

La Cassazione civile, con l'ordinanza n. 9637/2018, ha stabilito che la valutazione astratta della meritevolezza di tutela è stata compiuta, una volta per tutte, dal legislatore con la legge_16 ottobre 1989, n. 364 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985). Infatti, riconoscendo piena validità alla citata convenzione de L'Aja, ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento, se così si può dire, all'istituto, per cui non è necessario che il giudice provveda di volta in volta a valutare se il singolo contratto risponda al giudizio previsto dall'art. 1322 c.c. Ribadendo l'orientamento della stessa Corte con il precedente arresto n. 19376/2017 in cui ha affermato che: l'interesse alla corretta amministrazione del patrimonio in trust non integra una posizione di diritto soggettivo attuale in favore dei beneficiari ai quali siano attribuite dall'atto istitutivo soltanto facoltà, non connotate da realtà, assoggettate a valutazioni discrezionali del trustee; conseguentemente, deve escludersi che i beneficiari non titolari di diritti attuali sui beni siano legittimati passivi e litisconsorti necessari nell'azione revocatoria avente ad oggetto i beni conferiti nel trust, spettando invece la legittimazione, oltre che al debitore, al trustee, in quanto unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi.

Pertanto, la valutazione interdittiva antimafia esula dalla prova di validità di annullamento o nullità addirittura dell'atto istitutivo e devolutivo di trust perché perfettamente e giuridicamente conformi alle previsioni della legge regolatrice e convenzioni Aja, anche in ragione che occorre una sentenza dichiarativa in tal senso. Del resto, il Consiglio di Stato con l'arresto *de quo* non si è espresso sulla tenuta giuridica dell'atto istituito ma solo unicamente che le valutazioni compiute dal Prefetto sono di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei

fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria.

Infatti, l'amministrazione Prefettizia motiva la interdittiva non perché il trust è nullo, simulato o annullabile, come detto, poc' anzi ma che: *“l'operazione presenta profili di opacità ed appare sproporzionata rispetto alle apparenti esigenze delle parti contraenti nonché rispetto alla stessa entità del patrimonio da amministrare”*.

6. Conclusioni.

In definitiva non è stato appurato l'illegittimità giuridica e contrarietà del Trust alla sua prescelta legge regolatrice – e di cui nell'arresto non è fatto cenno-, e che oltretutto, lo poteva fare solo l'autorità giudiziaria – dichiarando la sua nullità, annullabilità o simulazione- e non l'autorità amministrativa, che ha deliberato l'interdittiva anche in presenza di un trust secondo il principio della opportunità dell'operazione con indici che induttivamente fanno presumere una ingerenza potenziale del soggetto colpito da sentenza penale di condanno ex art. 416/Bis.c.p. sì da far ritenere secondo l'orientamento giurisprudenziale sopra evidenziato **"più probabile che non" il pericolo di infiltrazione mafiosa**.

L'informativa antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa. Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipico dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere pur in presenza di un trust legittimo e valido, e come già detto "più probabile che non" il pericolo di infiltrazione mafiosa.

LA DIRIGENZA MEDICA ED IL MANCATO CONFERIMENTO DELL'INCARICO: IL RISARCIMENTO DEL DANNO

*Corrado Riggio*⁹⁹

In merito alla dirigenza medica ed al relativo conferimento degli incarichi è necessario ricordare, preliminarmente, che la retribuzione di posizione dei dirigenti medici e sanitari, si compone di una parte fissa ed una parte variabile, quest'ultima, correlata all'incarico ricoperto.

Relativamente agli incarichi va evidenziato, inoltre, che la loro determinazione ed il loro relativo riconoscimento, non sono lasciati al libero arbitrio dell'azienda poiché rispondono a precisi obblighi contrattuali che impongono alle aziende l'adozione di determinati provvedimenti all'esito di specifiche procedure che, non solo devono essere attivate, ma anche concluse secondo tempistiche ragionevoli senza alcuna possibilità di rinvio delle stesse a proprio piacimento e senza adeguata motivazione.

Su tale materia si è recentemente pronunciata la Suprema Corte di Cassazione che con Sentenza recante n. 8663 del 2023, ha richiamato un suo stesso precedente (Cass. Sez. Lav. Del 09.03.2023 n. 7110) dove veniva affermato che in tema di dirigenza medica del settore sanitario pubblico, la P.A. è tenuta a dare inizio ed a completare nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, il procedimento per l'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni dirigenziali e di pesatura degli incarichi, nel cui ambito la fase di consultazione sindacale, finalizzata anche a determinare il quantum delle risorse destinate al pagamento della quota variabile della retribuzione di posizione definita in sede aziendale e dipendente dalla graduazione delle funzioni, ha carattere endo-procedimentale.

Pertanto, alla luce di ciò, sempre secondo i Supremi Giudici, il mancato rispetto dei termini interni che ne scandiscono lo svolgimento, l'omessa conclusione delle trattative entro la data fissata dal contratto collettivo e le eventuali problematiche concernenti il fondo

⁹⁹ Avvocato- Cultore Diritto Sanitario Università Roma 3

espressamente dedicato, ai sensi e per gli effetti del medesimo contratto collettivo, alla quantificazione della menzionata quota variabile, non fanno venir meno di per se l'obbligo gravante sulla P.A. di attivare e concludere la procedura diretta all'adozione di tale provvedimento.

Tale mancata attivazione e conseguente finalizzazione della sopra indicata procedura, legittima il dirigente medico che ne sia interessato a richiedere, in tal caso, non tanto l'esecuzione dell'obbligazione non adempiuta, quanto piuttosto il risarcimento del danno per aver definitivamente perduto la possibilità di vedersi liquidare la parte variabile della retribuzione di posizione.

In tal caso, sempre secondo la Suprema Corte, in termini di riparto dell'onere probatorio, spetterà al dipendente allegare un documento che attesti il diritto vantato e l'inadempimento della parte datoriale al proprio obbligo, mentre di contro sarà onere di quest'ultima fornire la prova dei fatti estintivi o impeditivi dell'altrui pretesa o che l'inadempimento è avvenuto per causa a lui non imputabile.

Per quanto concerne, poi, la quantificazione del danno reclamabile in giudizio, lo stesso potrà essere ricondotto nell'ambito della perdita di chance relativamente all'impossibilità di poter acquisire un vantaggio economico che, a fronte della prova della sua effettiva sussistenza e del possibile vantaggio perso a causa della condotta inadempiente della P.A., potrà essere liquidato dal Giudice facendo ricorso al criterio della c.d. equità.

Quindi, dinanzi alla richiesta del dirigente medico che reclami la mancata attivazione o l'effettivo completamento delle procedure di graduazione delle funzioni, a nulla varrà, pertanto, obiettare immotivati ritardi organizzativi, essendo onere delle Aziende attivarsi celermente per iniziare e portare a compimento, nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, tutti gli atti necessari per l'adozione dei provvedimenti di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi, affinché coloro che ne abbiano diritto, possano giustamente ricevere, seppur a titolo di perdita chance, quanto dovuto, compresa la parte variabile della retribuzione di posizione.

NON SUSSISTE LA MEDIAZIONE QUALE CONDIZIONE DI PROCEDIBILITA' PER LE DOMANDE RICONVENZIONALI

Commento a sentenza Cassazione Civile Sezioni Unite n. 3452 del
07/02/2024

Renato Galdieri¹⁰⁰

Sommario: 1. Principio di diritto stabilito dalla Cassazione a SU. 2 L'effetto deflattivo. 3. La ragionevole durata. 4. Divieto di inutili intralci 5. Conclusione

1 Principio di diritto stabilito dalla Cassazione a SU.

“La condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 sussiste per il solo atto introduttivo del giudizio e non per le domande riconvenzionali, fermo restando che al mediatore compete di valutare tutte le istanze e gli interessi delle parti ed al giudice di esperire il tentativo di conciliazione, per l'intero corso del processo e laddove possibile”.

La sentenza delle Sezioni Unite esamina uno degli argomenti controversi introdotti dal D.lgs 28/2010 in materia di mediazione obbligatoria.

Più volte è stato oggetto di esame da parte dei Tribunali di merito la necessità di svolgimento di un separato procedimento di mediazione nel caso in cui, nel giudizio incardinato dalla parte che avesse preventivamente tentato ed espletato la mediazione, vi fosse costituzione del convenuto con domanda riconvenzionale.

Le Corti di merito finora hanno per lo più invitato le parti a promuovere un nuovo procedimento di mediazione in caso di domanda riconvenzionale sul principio che per quanto connessa o meno al giudizio incardinato dall'attore, la nuova domanda avrebbe dovuto trovare la sua sede di esame anche nel procedimento di mediazione, con conseguenti arresti della causa dovuti alla necessità di esperire un nuovo tentativo di mediazione che, in effetti, nella maggior parte dei casi era destinato a restare infruttuoso, in quanto le questioni fattuali controverse erano già state esaminate nella mediazione

¹⁰⁰ Avvocato del Foro di Salerno -Mediatore Civile e Commerciale.

previamente svolta dalla parte che aveva successivamente introdotto il giudizio e la nuova domanda era destinata ad avere un riverbero più processuale che extraprocessuale.

Ecco che lo scrivente vede con favore l'operato del Tribunale di Roma che con ordinanza del 13/06/2023 ha rimesso alla Corte di Cassazione, in sede di rinvio ex art.363 bis c.p.c., il quesito della necessità di sottoporre ad apposito procedimento di mediazione la domanda riconvenzionale, laddove la mediazione fosse stata già ritualmente effettuata, anteriormente alla prima udienza, in relazione alla sola domanda principale così dando la possibilità alle Sezioni Unite Civili di enunciare l'importante principio di diritto di cui in commento.

Sorvolando su quelle che sono le norme ed i principi regolatori sulla proponibilità della domanda riconvenzionale, aspetto che riguarda strettamente l'ambito processuale, le SS. UU. rinvencono le ragioni principali tese a motivare l'esclusione della mediazione obbligatoria per le domande riconvenzionali sostanzialmente sui seguenti principi regolatori del processo e caratteristici della introduzione della mediazione obbligatoria:

- 1) effetto deflattivo dello strumento della mediazione;
- 2) ragionevole durata del processo;
- 3) divieto di inutili intralci.

Esaminiamo i suddetti tre motivi cardine del provvedimento:

2 L'effetto deflattivo.

Secondo la Corte: *“la mediazione, con l'auspicata conciliazione delle controversie, mira a transigere le liti, evitando, in tal modo, che il soggetto debba ottenere soddisfazione attraverso gli organi di giustizia, con elevati costi e tempi, che noccono alla parte, come al sistema giudiziario nel suo complesso. Il fine, dunque, è l'auspicata non introduzione della causa, risolta preventivamente innanzi all'organo apposito, in via stragiudiziale”*.

Secondo il Supremo Collegio: *“la mediazione obbligatoria si collega non alla domanda sic et simpliciter, ma al processo, che ormai è pendente, onde, essendo la causa insorta, la funzione dell'istituto viene meno, non avendo avuto l'effetto di prevenzione per la instaurazione del processo: in quanto essa si collega alla causa, non alla domanda come tale, in funzione deflattiva del processo”*.

Ecco che, a dire della Corte, con il fallimento della prima mediazione e l'introduzione del giudizio l'effetto deflattivo dell'istituto di composizione alternativa delle controversie è

venuto meno e con ciò è venuto meno anche il suo effetto di “filtro” al processo dinanzi ad un organo della giurisdizione e, quindi, imporre un successivo o, addirittura, successivi tentativi obbligatori di conciliazione legati ad ogni domanda che astrattamente venisse posta da ogni parte che si costituisca nel giudizio persegue un effetto assolutamente contrario allo scopo deflattivo voluto dalla norma.

L'operato distingue rispetto alla obbligatorietà o meno della mediazione rispetto ad una domanda riconvenzionale collegata all'oggetto della lite o ad esso eccentrica, seguendo precedenti giurisprudenziali anche di legittimità rispetto a istituti giuridici relativi a materie in cui più risalente è il tentativo obbligatorio di conciliazione, quali le controversie agrarie (art.46 Legge 03/05/1982 n.203), porterebbe ad un proliferare di contenziosi circa l'ampiamento dell'ambito o meno dell'oggetto della controversia da parte della domanda riconvenzionale, con ciò perseguendo, anche in tal caso, un fine opposto a quello deflattivo delle liti giudiziarie.

3 La ragionevole durata.

Evidenziano le SS.UU. che la legislazione maturatasi negli anni sulle ADR con specifico riferimento al D.lgs 28/2010 in materia di mediazione obbligatoria ed al D.L. 132/2014, conv. nella L. 162/2014 in materia di negoziazione assistita, ha avuto il fine principale di non appesantire il processo e di contenere i tempi di durata dello stesso anche in caso di esperimento di tentativi di mediazione durante il processo stesso tanto sia dettando dei tempi di durata massima dei predetti procedimenti stragiudiziali sia una coerente suddivisione per materia tra gli stessi evitandone accavallamenti.

A ciò si aggiunga una circoscrizione all'interno del processo della condizione di procedibilità al rilievo di ufficio o alle eccezioni di parte entro l'assai ristretto limite processuale della prima udienza.

Il Supremo Collegio cita nella propria motivazione anche l'orientamento rimasto coerente negli anni da parte della Corte Costituzionale di non violazione dell'art. 24 cost. da parte della mediazione obbligatoria, in quanto detto principio: *“non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare “interessi generali”, con le dilazioni conseguenti”*.

Interessi individuati proprio nel sovraccarico dell'apparato giudiziario dovuto all'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario, con conseguenti difficoltà per il

funzionamento del processo. Ritenendo anche la Corte costituzionale che la composizione preventiva della lite possa assicurare alle situazioni sostanziali *“un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo”* (ex multis e da ultimo Corte Cost. 13/07/2000 n.276).

Per la Corte Costituzionale, dunque, la mediazione obbligatoria non viola il diritto di azione, sancito dalla costituzione, soltanto laddove risulti idoneo a produrre il risultato vantaggioso del cosiddetto effetto deflattivo, senza mai provocare un inutile prolungamento dei tempi del giudizio.

Ricordano le SS.UU. che: *“il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto comunitario, derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, sancito dagli artt.6 e 13 della CEDU (intitolati, rispettivamente, “Diritto a un equo processo” e “Diritto a un ricorso effettivo”), oltre ad essere stato ribadito anche dall’art.47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (intitolato “Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”).* Tanto è previsto anche dall’art.67, par. 4, TFUE, secondo il quale: *“l’Unione facilita l’accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziali ed extragiudiziali in materia civile”*; così come la Corte di Giustizia dell’Unione Europea con sentenza del 18/03/2010, C-317, C-318, C-319, e C-320 ha escluso che il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all’art.1 comma 11 della L. n.249/97 confligga con il diritto comunitario, rimarcando come la conseguente restrizione ai diritti fondamentali degli utenti sia legittima, in quanto tesa al perseguimento di obiettivi di interesse generale e non sproporzionata rispetto a questi ultimi.

4. Divieto di inutili intralci.

A questo punto le SS.UU. ritengono che quand’anche un secondo o terzo tentativo di mediazione possa portare ad una soluzione favorevole della lite, in tal modo si finirebbe per contraddire l’intento di rendere più rapida e meno onerosa per tutti la risoluzione della controversia, quando questa sia ormai instaurata.

In tal modo, ritiene la Corte, che la ratio sottesa all’intento del legislatore all’introduzione al tentativo obbligatorio di mediazione anche a diverse materie sia quella di pervenire al processo ordinario *“una volta infruttuosamente esperito il tentativo di mediazione in via*

obbligatoria senza che esso sia andato a buon fine, quale condizione di procedibilità da applicare al solo atto introduttivo, non a tutte le “domande” proposte nel processo”.

Ecco che, secondo l'iter logico seguito dalle SS.UU. nella motivazione vi sarebbe un irrimediabile contrasto tra l'auspicata riduzione dei generali tempi di definizione del contenzioso civile con l'estensione alla domanda riconvenzionale di un ulteriore e ripetuto analogo tentativo.

La stessa previsione di cui all'art. 5 comma 2, terzo periodo D.lgs. 28/2010 che consente al Giudice di rinviare la causa di sei mesi, per consentire l'esperimento della mediazione eventualmente non esperita prima, in caso di previsione di tale obbligatorietà anche della domanda riconvenzionale, dilaterrebbe in tempi non più prevedibili la durata del processo, prestando il fianco anche a possibili abusi ad opera del convenuto.

Molto opportunamente la Corte vede nella mediazione *“più che un accertamento di diritti”* un *“contemperamento di interessi”*, *“con semplicità di forme e rapidità di trattazione”* ed un *“esperimento”* finalizzato ad un accordo negoziale che ha un maggior senso, nella prospettiva dettata dal legislatore, se tentato prima di intraprendere la causa. L'esperimento di tante mediazioni quante fossero le domande presentate nel processo e l'eventuale creazione di tante mediazioni non simultanee renderebbe del tutto vano e disarticolato il procedimento di mediazione con conseguente intralcio del processo.

5. Conclusioni.

la Corte vede la *ratio* della mediazione obbligatoria nelle suddette finalità, che non possono essere vanificate da un utilizzo disfunzionale dello strumento di ADR voluto dal legislatore. Aggiunge a tali aspetti l'importante apporto che il giudice possa dare alla conciliazione della lite dinanzi a sé (art. 185 e 185-bis cpc), con conseguenti benefici sul risparmio delle risorse giurisdizionali e nel non emettere una sentenza. Nonché, al ruolo del mediatore, il quale, dovendo adoperarsi *“affinchè le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia”* (art. 8, co. 3, D.lgs. 28/10), debba esortare le stesse *“a mettere ogni profilo “sul tappeto”, ivi comprese altre richieste del convenuto”* così da far emergere ogni profilo di lite esistente e tentare di risolverlo con un accordo, utilizzando gli strumenti che ha a disposizione, incluso la proposta di conciliazione.

In tale modo, concludono le SSUU *“la mediazione torna un modo attraverso il quale le parti provano a risolvere la lite, anche in maniera diversa dall'applicazione rigorosa delle*

norme che regolano la vicenda, ricercando un equilibrio tra i rispettivi interessi, purché questi vengano peraltro adeguatamente ponderati e non ridotti forzatamente “a pari merito”, il tutto dinanzi ad un organo apposito, per scongiurare l’introduzione delle lite dinanzi ad un giudice”.

NO ALL'IMPUGNATIVA DINANZI ALLA CORTE TRIBUTARIA DEL DINIEGO, QUALE SCARTO TELEMATICO, DEL CONTRIBUTO A FONDO PERDUTO "COVID" PREVISTO DALL'ART. 25 D. L. 34/2020.

E UTILIZZABILITÀ ANCHE IN AMBITO TRIBUTARIO IL RINVIO ART. 363/BIS C.P.C.

*Anna Fiore*¹⁰¹

*Gregorio Pietro D'Amato*¹⁰²

Sommario: 1. Enunciazione dei principi di diritto ex art. 363/bis c.p.c. della Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 26/09/2023) 13/12/2023, n. 34851. 2. Il Primo principio di diritto stabilito dalla Cassazione a S.U. per l'applicabilità art. 363/bis c.p.c. anche ai giudizi Tributari. 2.2 Primo principio di diritto risolto dalla SU – applicabilità art. 363/bis cpc ai giudizi tributari. 3. Il secondo principio attiene alla possibilità o meno di impugnare il diniego contributi fondi Covid dinanzi al Giudice Tributario per scarto telematico. 4. Conclusioni

1. Enunciazione dei principi di diritto ex art. 363/bis c.p.c. della Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 26/09/2023) 13/12/2023, n. 34851.

Con il precitato arresto della **Cassazione Sezioni unite reso ai sensi dell'art. 363/bis c.p.c. sono** stati stabiliti dal Supremo collegio due importanti principi di diritto:

I. il primo utilizzabilità dello strumento di cui all'art. 363-bis c.p.c.¹⁰³ da parte del Giudice tributario;

¹⁰¹ Dottoressa commercialista revisore contabile

¹⁰² Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- curatore fallimentare - giornalista

¹⁰³ Art. 363/bis c.p.c. In vigore dal 18 ottobre 2022

Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni:

- 1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione;
- 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative;
- 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

L'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale è motivata, e con riferimento alla condizione di cui al numero 2) del primo comma reca specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili. Essa è immediatamente trasmessa alla Corte di cassazione ed è comunicata alle parti. Il procedimento è sospeso dal giorno in cui è depositata l'ordinanza, salvo il compimento degli atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale.

Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma.

II. il secondo che: *“In tema di contributo a fondo perduto previsto dal D.L. n. 34 del 2020, art. 25 a favore dei soggetti colpiti dall'emergenza epidemiologica "Covid-19", il comma 12 di tale disposizione, nella parte in cui prevede, all'ultimo periodo, che per le controversie relative all'atto di recupero si applicano le disposizioni previste dal D.lgs. n. 546 del 1992, non trova applicazione ai giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di diniego del contributo adottato dall'Agenzia delle entrate (c.d. scarto telematico)”* .

La questione ha preso il via da l'ordinanza di rinvio Corte di Giustizia Tributaria di primo grado di Agrigento che ha disposto il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., per la risoluzione della seguente questione di diritto: *"se spetti al Giudice tributario la giurisdizione in ordine alla controversia avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di diniego (comunicazione di scarto) del contributo a fondo perduto previsto dal D.L. 19 maggio 2020, n. 34, art. 25"* .

2. Il Primo principio di diritto stabilito dalla Cassazione a S.U. per l'applicabilità art. 363/bis c.p.c. anche ai giudizi Tributari.

La prima questione scrutina dal Supremo collegio attiene alla possibilità della proposizione da parte del Giudice di merito Tributario del rinvio pregiudiziale per questione di diritto e che ivi prevista dal menzionato art. 363/Bis quale questione che investa:

- 1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione;
- 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative;
- 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

La stessa Corte di Giustizia tributaria nel sollevare la questione, ha dato atto, in primo luogo, dell'esistenza di opinioni divergenti in ordine alla stessa utilizzabilità dello

La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di cui all'articolo 378.

Con il provvedimento che definisce la questione è disposta la restituzione degli atti al giudice.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti. Articolo inserito dall'art. 3, comma 27, lett. c), D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, a decorrere dal 18 ottobre 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 52, comma 1, del medesimo D.lgs. n. 149/2022. Per l'applicabilità e l'effetto di tale disposizione vedi l'art. 35, 7 comma del medesimo D.lgs. n. 149/2022 che stabilisce Le disposizioni dell'articolo 363-bis del codice di procedura civile, introdotto dal presente decreto, si applicano anche ai procedimenti di merito pendenti alla data del 1° gennaio 2023.

strumento di cui all'art. 363-bis c.p.c. da parte del Giudice tributario, collegati a) alla genericità del riferimento, contenuto nello art. 363-bis, al giudice di merito, quale autorità legittimata a disporre il rinvio pregiudiziale, b) alla circostanza che una disposizione sostanzialmente analoga, originariamente inclusa nel disegno di legge di riforma del processo tributario (D.D.L. n. 2636 del 2022), è stata stralciata nel testo approvato dal Senato, unitamente a quella che prevedeva il ricorso nell'interesse della legge del Procuratore generale della Corte di cassazione contro le sentenze del giudice tributario di merito, c) alla mancanza, nella L. 26 novembre 2021, n. 206, di una specifica delega per l'introduzione di tale meccanismo nel processo tributario, d) all'operatività della disposizione di cui al d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 1, comma 2, che estende al giudizio tributario le norme del c.p.c., in quanto compatibili, e e) alla netta suddivisione fra magistratura ordinaria e magistratura tributaria, ulteriormente accentuata dalla L. 31 agosto 2022, n. 130.

Il primo presidente che ha disposto il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 137-ter disp. att. c.p.c.), ha dichiarato ammissibile la questione e ne ha disposto l'assegnazione alle Sezioni Unite civili per l'enunciazione del principio di diritto. Ma quale risoluioni pregiudiziale vista la richiesta principale che però postula l'esame della proponibilità dell'ordinanza di rinvio ed aventi carattere logicamente e giuridicamente preliminare, concernenti rispettivamente l'utilizzabilità dello strumento processuale nomofilattico-deflattivo previsto dall'art. 363-bis c.p.c. da parte del Giudice tributario e l'applicabilità dell'istituto anche per le questioni assoggettabili al paradigma di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 oltre che a quello di cui ai nn. 3 e 4 della medesima disposizione.

Ciascuna delle predette questioni è stata ritenuta ammissibile dal decreto presidenziale, in quanto necessaria per il giudizio, oggetto di opinioni diversificate in dottrina o in giurisprudenza e comunque mai affrontata in precedenza da questa Corte, nonché suscettibile di riproporsi in molti altri giudizi. In ordine alla terza, in particolare, la Prima Presidente, pur dando atto della sussistenza di profili di problematicità, collegati alla possibile interferenza del rinvio pregiudiziale con altri strumenti anticipatori della definizione della giurisdizione, ha ritenuto di non poter escludere, *prima facie*, l'ammissibilità del quesito, proprio in considerazione della complessità dei predetti profili, nonché della natura esclusivamente interpretativa della questione prospettata nell'ordinanza di rimessione.

2.2 Primo principio di diritto risolto dalla SU – applicabilità art. 363/bis c.p.c. ai giudizi tributari.

Il giudice delle leggi pur osservando che le perplessità formulate dal giudice del rinvio appaiono sensate ma non insuperabili in quanto di deve tenere conto del generale rinvio alle norme del c.p.c. contenuto nel d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 1, comma 2, che ne consente l'applicazione anche al processo tributario, per quanto non disposto dalle relative disposizioni e nei limiti della compatibilità con le stesse, dell'unicità della disciplina del giudizio di cassazione, applicabile anche al processo tributario, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 62, comma 2 d.lgs. n. 546 cit., e della collocazione topografica dell'art. 363-bis c.p.c., inserito proprio tra le disposizioni che disciplinano il giudizio di cassazione, nonché del tenore letterale della norma in esame, che nell'individuare l'organo legittimato a sollevare la questione pregiudiziale d'interpretazione fa riferimento al "giudice di merito", senza ulteriori specificazioni. Neppure può ritenersi ostativa all'applicazione dell'art. 363-bis c.p.c. la distinzione della giurisdizione tributaria da quella civile, avuto riguardo alla comune individuazione, quale organo di vertice dell'ordinamento processuale, della Corte di cassazione, cui è attribuita la funzione di giudice di legittimità, con il compito di assicurare l'esatta osservanza, l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo: finalità, queste, alla cui realizzazione contribuisce indubbiamente anche l'istituto del rinvio pregiudiziale, in quanto volto a sollecitare un responso anticipato della Corte in ordine ad una questione di diritto, sostanziale o processuale, non ancora risolta dalla giurisprudenza di legittimità ed avente carattere seriale, che presenti gravi difficoltà interpretative ed appaia rilevante ai fini della decisione della controversia sottoposta all'esame del giudice remittente.

Il supremo collegio osserva che in realtà, è proprio la funzione nomofilattico-deflattiva assegnata al rinvio pregiudiziale ad avvalorarne la riferibilità anche al giudizio tributario di merito, non potendosi disconoscere l'utilità di tale strumento proprio in una materia come quella tributaria, nell'ambito della quale si rivela particolarmente pressante l'esigenza di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto, anche al fine di contenere la proliferazione di un contenzioso notoriamente assai consistente sotto il profilo quantitativo e spesso connotato da caratteri di serialità, nonché di consentire una più rapida definizione delle controversie pendenti. Non a caso, la relazione di

accompagnamento del citato D.D.L. n. 2636 del 2022, nell'illustrare il contenuto dell'art. 2, comma 2, lett. g), recante la previsione del rinvio pregiudiziale, individuava nella sua introduzione una novità di tipo processuale volta a "rendere più tempestivo l'intervento nomo-filattico, con auspicabili benefici in termini di uniforme interpretazione della legge, quale strumento di diretta attuazione dell'art. 3 Cost., prevedibilità delle decisioni e deflazione del contenzioso": premesso infatti che nella materia tributaria l'esigenza di assicurare una tempestiva interpretazione uniforme è particolarmente avvertita, a causa del continuo succedersi di norme di nuova introduzione e della serialità della loro applicazione, essa affermava che "una interpretazione autorevole e sistematica della Corte resa con tempestività, in poco tempo ed in concomitanza alle prime pronunzie della giurisprudenza di merito, può svolgere un ruolo deflattivo significativo, prevenendo la moltiplicazione dei conflitti e con essa la formazione di contrastanti orientamenti territoriali". L'identità delle motivazioni sottese all'inserimento di tale disposizione nel D.D.L. n. 2636 rispetto a quelle che hanno determinato l'introduzione dell'art. 363-bis c.p.c. consente di escludere che l'intervenuta soppressione della prima, in sede di approvazione della L. n. 130 del 2022, possa produrre l'effetto di impedire l'applicazione del secondo anche nel processo tributario, rispetto alla quale, d'altronde, non può attribuirsi una portata ostativa neppure alla diversa formulazione delle due norme: è pur vero, infatti, che il testo dell'art. 363-bis c.p.c. non risulta interamente sovrapponibile a quello del D.D.L. n. 2636, art. 2, comma 2, lett. g), il quale richiedeva che la questione sollevata con il rinvio pregiudiziale fosse non solo idonea alla definizione anche parziale della controversia, caratterizzata da particolari difficoltà interpretative e suscettibile di presentarsi in numerose controversie, ma anche "nuova" o comunque "non trattata" dalla Corte di cassazione, e "di particolare rilevanza per l'oggetto o per la materia", nonché oggetto di pronunce contrastanti dei giudici tributari di merito; peraltro, indipendentemente dal significato che avrebbe potuto essere attribuito a tali ulteriori requisiti, l'esclusione della necessità degli stessi, per effetto della espunzione di tale disposizione dalla legge di riforma del processo tributario, non consente di ravvisare alcun profilo d'incompatibilità tra l'istituto in esame, così come disciplinato dal codice di rito civile, e la disciplina del processo tributario di merito.

La corte osserva che lo strumento introdotto dall'art. 363-bis c.p.c. presenta rilevanti differenze, essendo rimesso all'iniziativa del giudice, il quale può avvalersene non soltanto nel giudizio di primo grado, ma anche in appello, e quindi dopo che sia già intervenuta una decisione, e potendo essere utilizzato soltanto per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto. In sede di rinvio pregiudiziale, resta pertanto precluso il compimento d'indagini di fatto, anche nel caso in cui la questione sollevata rivesta carattere processuale, dovendo questa Corte limitarsi a prendere in esame il quesito di diritto formulato dal giudice di merito, rispetto al quale la situazione di fatto dallo stesso prospettata viene in considerazione esclusivamente ai fini della valutazione in ordine alla rilevanza della questione, che costituisce una delle condizioni di ammissibilità individuate dall'art. 363-bis, comma 1.

Tali differenze non possono ritenersi tuttavia sufficienti ad escludere la compatibilità del nuovo istituto con la disciplina dettata per la risoluzione delle questioni di giurisdizione, configurandosi lo stesso, piuttosto, come uno strumento complementare a quelli già previsti dal codice di rito, rispetto ai quali svolge una funzione diversa, orientata non solo e non tanto tanto alla definizione della singola controversia pendente dinanzi al giudice che dispone il rinvio, quanto all'enunciazione di un principio di diritto suscettibile di applicazione in un numero indefinito di giudizi, già pendenti o futuri, nei quali si ponga la medesima questione. La ratio dell'art. 41 c.p.c. consiste infatti nell'accelerare la definizione della controversia, consentendo di dissipare in *limine litis* i dubbi eventualmente insorti in ordine alla giurisdizione del giudice adito, attraverso la sollecitazione di una pronuncia immediata di questa Corte regolatrice sulla relativa questione, in modo tale da evitare che la decisione della stessa da parte del giudice di merito possa essere modificata in sede d'impugnazione, con la conseguente regressione del giudizio alla fase precedente. Tale finalità acceleratoria risulta estranea alla funzione dell'istituto previsto dall'art. 363-bis c.p.c., la quale consiste invece nel deflazionare il contenzioso inerente ad una determinata materia, favorendo la definizione dei giudizi pendenti e prevenendo l'instaurazione di giudizi futuri mediante la sollecitazione di una pronuncia nomofilattica di questa Corte, avente efficacia vincolante soltanto nell'ambito del giudizio in cui è adottata, ma idonea, per l'autorevolezza della fonte da cui promana e la sua capacità persuasiva, ad orientare le successive decisioni dei giudici di merito e le scelte degli operatori economici e

giuridici in ordine alla convenienza dell'instaurazione di ulteriori giudizi. Non a caso, tra le condizioni di ammissibilità del rinvio la norma in esame richiede, oltre alla necessità della questione ai fini della definizione anche parziale del giudizio ed alla mancata risoluzione della stessa da parte della Corte di cassazione, l'esistenza di gravi difficoltà interpretative, che il giudice remittente è tenuto a dimostrare anche mediante la specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili, e l'idoneità della questione a porsi in numerosi giudizi, in tal modo escludendo la possibilità di rimettere al Giudice di legittimità la soluzione di questioni che non richiedano un particolare sforzo ermeneutico o rivestano una portata meramente episodica, in quanto strettamente collegate alla peculiarità della situazione di fatto sottoposta all'esame del giudice di merito. In effetti, relativamente all'istituto in esame, la funzione acceleratoria riveste una portata meramente secondaria ed eventuale rispetto a quella nomofilattico-deflattiva, essendo l'utilità del rinvio apprezzabile non solo e non tanto in relazione al singolo giudizio nello ambito del quale viene disposto, la cui durata non risulta necessariamente abbreviata, quanto e soprattutto in relazione all'intero contenzioso nel quale si pone il quesito di diritto formulato dal giudice di merito, la cui definizione è destinata sicuramente ad essere agevolata dalla risoluzione immediata della questione interpretativa.

3. Il secondo principio attiene alla possibilità o meno di impugnare il diniego contributi fondi Covid dinanzi al Giudice Tributario per scarto telematico.

La corte è pervenuta al principio di diritto è come già indicato che: *“In tema di contributo a fondo perduto previsto dal D.L. n. 34 del 2020, art. 25 a favore dei soggetti colpiti dall'emergenza epidemiologica "Covid-19", il comma 12 di tale disposizione, nella parte in cui prevede, all'ultimo periodo, che per le controversie relative all'atto di recupero si applicano le disposizioni previste dal D.lgs. n. 546 del 1992, non trova applicazione ai giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di diniego del contributo adottato dall'Agenzia delle entrate (c.d. scarto telematico)”*

La Corte a SU è pervenuta a tale principio, e si ritiene avente valore generale proprio per essere stato espresso ai sensi dell'art. 363/bis c.p.c. seguendo tale ragionamento.

Il D.L. n. 34 del 2020, art. 25 nel prevedere il riconoscimento di un contributo a fondo perduto in favore dei soggetti colpiti dall'emergenza epidemiologica "Covid-19", introduce esso stesso un criterio di riparto della giurisdizione, giacché, nel disciplinare il controllo

dei dati dichiarati a sostegno dell'istanza ed il recupero del contributo non spettante, stabilisce espressamente, nell'ultimo periodo del comma 12, che "**per le controversie relative all'atto di recupero** si applicano le disposizioni previste dal d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546": l'applicabilità di tali disposizioni, che implica la devoluzione delle controversie alla giurisdizione tributaria, trova giustificazione, secondo la relazione illustrativa, nella circostanza che tali controversie hanno ad oggetto il recupero di "un'agevolazione basata su dati di natura tributaria".

Quindi per il recupero *ex post* è **dopo l'erogazione che** la stessa legge ne stabilisce che sia la Giurisdizione Tributaria a dover stabilire la spettanza o meno.

La Corte evidenzia che le modalità della richiesta farebbero propendere per la competenza del Giudice Tributario per reiterato rinvio della predetta disciplina a norme dell'ordinamento tributario, posto in relazione con l'espressa attribuzione al Giudice tributario dell'impugnazione degli atti di recupero delle somme indebitamente erogate, potrebbe accreditare l'opinione secondo cui la materia trattata giustificerebbe la devoluzione alla giurisdizione tributaria di tutte le controversie riguardanti il contributo in esame, in tal senso deponendo apparentemente l'individuazione dei beneficiari mediante il riferimento al D.P.R. n. 917 del 1976, la subordinazione del beneficio alla riduzione del fatturato e dei corrispettivi, la commisurazione del suo ammontare ad una percentuale di tale riduzione, l'esclusione dello stesso dalla base imponibile delle imposte sui redditi e dal valore della produzione netta rilevante ai fini dell'imposta regionale sulle attività produttive, e l'individuazione dell'ente erogatore nell'Agenzia delle entrate, incaricata anche dell'attività di controllo e recupero delle somme indebitamente corrisposte, nonché l'assoggettamento di tale attività alla disciplina propria delle entrate tributarie, con l'applicazione delle sanzioni e degli interessi per le stesse previsti. In quanto il recupero degli importi non spettanti, sui quali è prevista l'applicazione di sanzioni in misura corrispondente fa riferimento a tutte disposizioni tributarie di cui al d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, art. 13, comma 5, e degli interessi nella misura di cui al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 20 (comma 12). Ai fini del controllo, vengono infine richiamate le disposizioni di cui al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, artt. 31 e ss. al D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 27, comma 16, convertito con modificazioni dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2, e, per quanto compatibili, quelle di cui al D.L. 31 maggio 2010, n. 78, art. 28 convertito con

modificazioni dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, mentre il recupero è assoggettato alla disciplina dettata dalla L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, commi 421-423.

Così le altre disposizioni successive al D.L. n. 34 del 2020, art. 25 che hanno previsto l'erogazione di analoghi contributi a fondo perduto: vanno richiamati, in particolare, il D.L. 14 agosto 2020, n. 104, art. 59 convertito con modificazioni dalla L. 13 ottobre 2020, n. 126 fanno sempre riferimento e quantificazione e al recupero successivo all'erogazione a norme tributarie e giurisdizioni Tributaria.

Mentre per il diniego a monte tramite la procedura telematica di scarto è antecedente alla valutazione successiva dell'AGE. E questo lo stabilisce la Corte sotto due profili:

- I. Primo che attiene alla devoluzione alla giurisdizione tributaria di tutte le controversie inerenti ai contributi in questione si oppone non solo il tenore letterale della predetta disposizione, recante un puntuale riferimento alle sole controversie riguardanti gli atti di recupero, ma anche il dettato del D.lgs. n. 546 del 1992, art. 2 che, nell'individuare l'ambito della giurisdizione tributaria, vi include *"tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati, compresi quelli regionali, provinciali e comunali e il contributo per il Servizio sanitario nazionale, le sovrimposte e le addizionali, le relative sanzioni nonché gli interessi e ogni altro accessorio"*.

Pertanto, ai fini dell'individuazione di tali controversie, secondo un costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, secondo cui una fattispecie deve ritenersi di natura tributaria, indipendentemente dalla qualificazione offerta dal legislatore, laddove si riscontrino tre indefettibili requisiti:

- la disciplina legale deve essere diretta, in via prevalente, a procurare una definitiva decurtazione patrimoniale a carico del soggetto passivo;
- la decurtazione non deve integrare una modifica di un rapporto sinallagmatico;
- le risorse, connesse ad un presupposto economicamente rilevante e derivanti dalla suddetta decurtazione, debbono essere destinate a sovvenire pubbliche spese (cfr. tra le più recenti, Corte Cost., sent. n. 167 del 2018; n. 89 del 2018, n. 269 del 2017).

A tale principio si sono costantemente attenute anche queste Sezioni Unite, che, nel delineare i caratteri identificativi del tributo, hanno evidenziato a) la matrice legislativa della prestazione imposta, nel senso che il tributo nasce direttamente in forza della legge, risultando irrilevante l'autonomia contrattuale, b) la doverosità della prestazione, nel senso

che il tributo comporta un'ablazione delle somme con attribuzione delle stesse ad un ente pubblico, c) l'impossibilità, per i soggetti tenuti al pagamento, di sottrarsi a tale obbligo e la sostanziale irrilevanza della volontà delle parti, sotto il profilo genetico e funzionale, d) il nesso con la spesa pubblica, nel senso che la prestazione è volta ad apprestare i mezzi per il fabbisogno finanziario dell'ente impositore (cfr. tra le altre, Cass., Sez. Un., 26/02/2021, n. 5418; 28/10/2015, n. 21950; 13/06/2014, n. 13431).

II. Il secondo che le controverse riguardanti la spettanza delle agevolazioni fiscali, pur essendo riconducibili alla giurisdizione tributaria, ma tale estensione non ritiene la Corte che si possa estendere al contributo in esame. In quanto, oltre a non consistere evidentemente nell'imposizione di una prestazione che implica una decurtazione patrimoniale a carico dell'obbligato, né (fatta eccezione per quello di cui al D.L. n. 41 del 2021, art. 1 che ai sensi del comma 7 può essere alternativamente accordato anche in tale forma, a scelta del contribuente) nel riconoscimento di un credito d'imposta, ma nell'erogazione di una somma da parte dell'Amministrazione, non concorre neppure alla formazione della base imponibile delle imposte sui redditi né alla determinazione del valore della produzione netta ai fini dell'IRAP: sicché, al di là del profilo soggettivo costituito dall'affidamento all'Agenzia delle entrate del compito di erogare l'importo dovuto e di controllare i dati dichiarati nell'istanza, l'unico collegamento tra il contributo in esame e la materia tributaria è rappresentato dalla individuazione delle condizioni che ne legittimano l'attribuzione e dei dati sulla base dei quali dev'essere determinato il relativo ammontare, il cui disconoscimento non comporta tuttavia la formulazione di una pretesa tributaria da parte dell'Amministrazione, nonché dall'applicabilità delle disposizioni che disciplinano l'accertamento delle imposte sui redditi e le relative sanzioni, le quali non vengono tuttavia in rilievo nelle controversie aventi ad oggetto l'erogazione del contributo.

In quest'ottica, deve escludersi la possibilità di estendere la portata del richiamo alla disciplina processuale dettata dal D.lgs. n. 546 del 1992, contenuto nel D.L. n. 34 del 2020, art. 25, comma 12, nell'ultimo periodo oltre il limite delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione degli atti di recupero adottati dall'Agenzia delle entrate, ricomprendendovi anche quelle riguardanti il riconoscimento e l'erogazione del contributo

a fondo perduto: l'esclusione della natura tributaria di tale beneficio impone infatti un'interpretazione restrittiva della norma in esame, avente l'effetto di circoscriverne l'ambito applicativo alla sola ipotesi da essa espressamente contemplata, e ciò anche in considerazione della natura speciale della giurisdizione tributaria, che ne preclude l'estensione a controversie aventi un oggetto estraneo alla materia ad essa attribuita.

Facendo riferimento all'enunciato dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui il carattere speciale della giurisdizione tributaria, preesistente alla Costituzione ed imprescindibilmente collegata alla natura tributaria del rapporto, fa sì che, nella modificazione del suo oggetto, il legislatore ordinario incontri il duplice limite di "*non snaturare*" le materie ad essa originariamente attribuite e di assicurarne la conformità a Costituzione: l'identità della "natura" delle predette materie costituisce infatti una condizione essenziale, operante in riferimento ad ogni modifica legislativa riguardante l'oggetto di tale giurisdizione, e necessaria affinché la stessa possa qualificarsi come una consentita "revisione", e non si traduca quindi nell'introduzione di un "nuovo" giudice speciale, espressamente vietata dall'art. 102 Cost. (cfr. Corte Cost., sent. n. 64 del 2008; n. 39 del 2010).

4. Conclusioni

In breve: le controversie tributarie rientrano altresì nella possibilità del rinvio ex art. 363/Bis c.p.c., e per i contributi Covid a fondo perduto previsti dal D.L. n. 34 del 2020, art. 25 le controversie relative all'atto di recupero non si applicano le disposizioni previste dal d.lgs. n. 546 del 1992 (*rectius* Giudice Tributario), aventi ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di diniego del contributo adottato dall'Agenzia delle entrate (c.d. scarto telematico).

QUADERNO MONOGRAFICO ALLEGATO ALLA

RIVISTA GIURIDICA DIRITTO E CRISI D'IMPRESA.IT 1/2024

LA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

a cura di
Gregorio Pietro D'Amato

I Edizione
Testo vigente febbraio 2024