



CASO THYSSENKRUPP. LE SEZIONI UNITE DELINEANO LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE SECONDO IL SISTEMA DELINEATO DAL D.LGS. 231/2001

DI PIERO MARCHELLI* E ROSELLA STAROPOLI**

Con la sentenza depositata il 24 aprile 2014, n. 38343¹, relativa al caso c.d. Thyssenkrupp, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, oltre alle questioni di diritto penale sostanziale (in primo luogo quella relativa ai criteri distintivi tra dolo eventuale e colpa cosciente rispetto al delitto di omicidio), si sono occupate di alcune problematiche interpretative sollevate in tema di responsabilità degli enti di cui al D.Lgs. 24 marzo 2001, n. 231.

In particolare, nella parte finale della citata sentenza², la Suprema Corte prende in esame i principi e i presupposti di fondo della disciplina introdotta dal citato Decreto, nonché alcuni criteri fondamentali per la corretta impostazione dei cd. Modelli organizzativi - previsti come causa di esonero da responsabilità dallo stesso Decreto - e fornisce interessanti chiarimenti circa:

- 1) la natura della responsabilità degli enti ex D.Lgs. n. 231/2001;
- 2) i dubbi di legittimità costituzionale, con particolare riguardo al rispetto o meno dei principi di personalità della responsabilità penale e di presunzione di innocenza previsti dall'art. 27, rispettivamente commi 1 e 2, Cost., da parte della disciplina dei criteri di imputazione oggettiva e "soggettiva apicale" (artt. 5 e 6, D.Lgs. n. 231/2001);
- 3) la compatibilità tra i requisiti dell'interesse "o" del vantaggio previsti dall'art. 5, D.Lgs. n. 231/2001 con i delitti colposi di evento;
- 4) la nozione di profitto di cui all'art. 19, D.Lgs. n. 231/2001.

Il caso

Nel caso di specie, con la sentenza emessa il 14 novembre 2011, la II Corte d'Assise di

Torino condannava alcuni manager della società italiana del gruppo ThyssenKrupp per omicidio volontario, nella forma attenuata del dolo eventuale, stabilendo pesanti condanne per l'amministratore delegato e altri 5 dirigenti dello stabilimento di Torino.

La società veniva ritenuta responsabile ai sensi degli artt. 5 e 25-septies del D.Lgs. n. 231/2001, per la mancata prevenzione del reato di omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro (reato commesso dai consiglieri delegati, quindi soggetti c.d. apicali) e condannata alla pena pecuniaria di un milione di euro, nonché all'applicazione di sanzioni interdittive consistenti nella sua esclusione da agevolazioni, finanziamenti e contributi pubblici per la durata di sei mesi ed il divieto, per lo stesso periodo, di pubblicizzare beni e servizi, nonché la confisca della somma di euro 800.000,00, ritenuta costituire il profitto derivante dal reato ascritto ai suoi vertici e l'obbligo di pubblicazione della sentenza.

Successivamente, con sentenza emessa il 28 febbraio 2013, la Corte d'Assise di Appello di Torino riduceva le condanne alle persone fisiche, respingendo la tesi del "dolo eventuale" e qualificando le condotte degli imputati nei termini di "omicidio colposo" aggravato dalla "colpa cosciente". Le decisioni in merito alla responsabilità amministrativa della società venivano invece confermate anche in secondo grado.



Il 29 novembre 2013, il Primo Presidente della Corte di Cassazione, considerata la speciale importanza del caso e rilevato un contrasto giurisprudenziale sui criteri di demarcazione della figura della colpa cosciente e del dolo eventuale, assegnava i ricorsi in Cassazione alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 610, comma 2, c.p.p.

a pagina 4

**LE POSSIBILI DIFESE
TRIBUTARIE DEI SOCI DI S.R.L. A
RISTRETTA BASE
PARTECIPATIVA
DI STEFANO LOCONTE***

Al termine dell'udienza del 24 aprile 2014, la Corte di Cassazione procede alla pubblicazione di un'informazione provvisoria in merito all'interpretazione da darsi, in ossequio al principio di colpevolezza, tracciando la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Con la sentenza n. 38343/2015 le Sezioni Unite confermano la responsabilità degli imputati per omicidio colposo (escludendo, quindi, l'ipotesi di omicidio volontario nella forma del dolo eventuale) annullando una parte della sentenza di appello e rinviando ad altra sezione della Corte d'Assise d'Appello di Torino per la rideterminazione delle pene.

Inoltre, le Sezioni Unite, stabiliscono l'irrevocabilità delle parti della sentenza della Corte d'Assise d'Appello relative alla responsabilità degli imputati in ordine al reato di omicidio colposo e ribadiscono in maniera perentoria la correttezza delle decisioni dei giudici di merito con riguardo alla responsabilità amministrativa dell'ente.

Natura della responsabilità ex D.Lgs. n. 231/2001

Data l'importanza delle conseguenze che ne derivano, il dibattito circa la natura della responsabilità "da reato" della persona giuridica, che in un primo momento era stato tacciato di scarsa rilevanza, ha finito per dividere dottrina e giurisprudenza.

In particolare, sul tema della natura si sono fronteggiate inizialmente proprio le due diverse soluzioni amministrativa³ e penale⁴;

³ In dottrina, secondo alcuni, si sarebbe di fronte ad una responsabilità di tipo amministrativo, in aderenza, del resto, all'istituzione che il Legislatore ha dato alla stessa normativa. In giurisprudenza cfr. nel merito Trib. Milano 11 dicembre 2006; in legittimità cfr. Cass. Penale 17 maggio 2013 n. 21192; Cass. Penale 25 giugno 2013 n. 42503.

⁴ Per altra parte delle dottrine, la responsabilità in questione sarebbe di tipo penale in particolare per la presenza di un impianto sanzionatorio dal contenuto indubbiamente afflittivo, nonché per i criteri di imputazione soggettivi che rendono il reato espressione di una partecipazione personalistica dell'ente, l'accertamento del fatto mediante giurisdizione e, in particolare, secondo le regole del processo penale. In

¹Le motivazioni della sentenza 24 aprile 2014, n. 38343, sono state depositate il 18 settembre 2015.

² Cfr. pagg. 200 e ss.

successivamente, la giurisprudenza è finita per percorrere una terza via c.d. del *Tertium genus*⁵.

Con la sentenza n. 38343/2015, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, pur accogliendo la tesi secondo la quale quella prevista dal D.Lgs. n. 231/2001 si configura come un *tertium genus* di responsabilità, ha tuttavia dovuto riconoscere che si tratta di una forma di responsabilità molto simile a quella penale⁶. Da qui la necessità di esaminare se tale forma di responsabilità si ponga o meno in contrasto con il principio costituzionale proprio del diritto penale.

Venendo ai passaggi motivazionali della sentenza in commento, si segnala che sul punto la Corte di Cassazione, svolge preliminarmente, una rassegna dei vari indirizzi dottrinali in tema di natura della responsabilità degli enti, riepilogandone le rispettive ragioni e i fondamenti.

In particolare, con riferimento alla tesi della natura amministrativa della responsabilità di cui si tratta, la Corte di Cassazione sottolinea come questa sia fondata anzitutto sulla qualificazione formale della responsabilità indicata dal Legislatore⁷, nonché sulla circostanza che nel c.d. sistema 231 alcuni istituti (quali ad esempio la prescrizione) vengono disciplinati in maniera difforme rispetto al codice penale.

Per quanto riguarda la tesi della natura penale della responsabilità, la Corte di Cassazione individua i fattori sui quali essa poggia: nella commissione di un reato, quale presupposto della responsabilità dell'ente; nel processo penale, quale strumento giurisdizionale deputato all'accertamento di tale responsabilità; nell'impronta penalistica delle sanzioni; nella rilevanza del tentativo e, infine, nella possibilità di rinunciare alla amnistia.

La sentenza in commento reca inoltre una dettagliata analisi della giurisprudenza esistente in materia, sottolineando l'esistenza di contrastanti orientamenti, anche nell'ambito delle stesse Sezioni Unite, dovendosi registrare sentenze che hanno affermato, ora la natura amministrativa⁸ della responsabilità, ora la sua natura

penale⁹, e sentenze delle sezioni semplici che hanno seguito la teoria del *tertium genus*¹⁰.

Ultimato tale *excursus* dottrinale e giurisprudenziale, le Sezioni Unite esprimono infine il proprio orientamento, accogliendo – come si è anticipato – la teoria del *tertium genus*, meglio definito – come si legge in sentenza – come “*un corpus normativo di peculiare impronta, un tertium genus, se si vuole*”. Si tratta, spiega la Corte, di “*un sistema che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni della efficienza preventiva con quelle, ancora più ineludibili, della massima garanzia*”.

Compatibilità con i principi costituzionali dell'ordinamento penale

Nonostante la scelta netta per la teoria del *tertium genus*, la Corte di Cassazione precisa come il complesso normativo in esame abbia “*evidenti ragioni di contiguità*” con l'ordinamento penale. Per questi motivi, non trascura di affrontare il problema della compatibilità della normativa di cui al D.Lgs. n. 231/2001 con i principi costituzionali propri dell'ordinamento penale.

Un primo esame investe innanzitutto il quesito sull'esistenza o meno di un contrasto tra il sistema 231 e il divieto di responsabilità per fatto “altrui”, o principio della responsabilità per fatto proprio. Sul punto, la Corte non ritiene sussistente alcun profilo di incostituzionalità, in quanto “*Il reato commesso dal soggetto inserito nella compagine dell'ente, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questo, è sicuramente qualificabile come proprio anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione*”.

Viene poi affrontato il tema di un'eventuale violazione del principio di colpevolezza poiché – come anzidetto – la condotta dell'ente non può caratterizzarsi per quegli stati psicologici del dolo e della colpa, in quanto propri solo della persona umana.

Anche con riferimento a questo secondo profilo la Corte di Cassazione esclude qualsiasi violazione del richiamato principio costituzionale, e ciò in virtù del concetto c.d. “normativo” della colpa, sviluppatosi da tempo anche nel diritto penale.

La conclusione è che in tali casi la colpa ha una natura non psicologica, ma normativa: si è puniti, infatti, per non essersi comportati con la dovuta attenzione prescritta

dall'ordinamento o, in altre parole, per una mancata doverosa attivazione volta a prevedere e prevenire i pericoli discendenti dal nostro agire.

Per la Corte, il concetto “normativo” della colpa, proprio perché prescinde – come si è visto – da qualunque supporto di natura psicologica, ben si adatta ad essere applicato alla responsabilità degli enti.

La colpa dell'ente, sostengono le Sezioni Unite, “*presenta essa stessa connotati squisitamente normativi che ne segnano il disvalore. Occorre allora ricostruire in guisa diversa quella che solitamente viene denominata colpa d'organizzazione, considerandone il connotato squisitamente normativo. Si deve considerare che il legislatore, orientato dalla consapevolezza delle connotazioni criminologiche degli illeciti ispirati da organizzazioni complesse, ha inteso imporre a tali organismi l'obbligo di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale. Tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. Non avere ottemperato a tale obbligo fonda il rimprovero, la colpa d'organizzazione*”.

In altri termini, la Corte afferma che la responsabilità ex D.Lgs. n. 231/2001 ha indubbiamente una natura prettamente normativa tale per cui all'ente viene rimproverato di non essersi organizzato con le dovute misure idonee ad impedire il reato commesso dal suo esponente, che costituisce quel coefficiente di colpevolezza che giustifica la inflizione della sanzione.

L'onere della prova

Una volta esclusa la violazione del principio costituzionale di personalità della pena, sia sotto il profilo del divieto di responsabilità per fatto altrui, sia sotto quello del divieto di responsabilità per fatto incolpevole, la Corte di Cassazione si occupa anche dell'aspetto processuale con particolare riferimento alla tematica dell'onere della prova della colpevolezza dell'ente.

Il quesito che la Corte di Cassazione si trova ad affrontare è se il sistema delineato dal D.Lgs. n. 231/2001 deroghi al principio fondamentale del nostro processo penale, secondo il quale l'onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito grava sempre sulla accusa.

La sentenza esclude che tale principio sia violato nel caso del D.Lgs. n. 231/2001 e ciò in quanto, anche nel processo volto ad accertare la sussistenza o meno della relativa responsabilità, il Pubblico Ministero dovrà pur sempre provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito.

Tale affermazione investe sia l'aspetto c.d. “oggettivo” dell'illecito, e cioè la commissione di un reato da parte del dipendente dell'ente e l'esistenza di un interesse o vantaggio dell'ente stesso, sia

giurisprudenza cfr. Cass. Penale 20 dicembre 2005, n. 3615.

⁵ Sulla teoria del *tertium genus* cfr. Cass. Penale 18 febbraio 2010 n. 27735/2010; Cass. Penale 9 luglio 2009 n. 36083.

⁶ Come affermato dalla stessa Relazione che accompagna la normativa in esame, il sistema delineato dal D.Lgs. n. 231/2001 coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo nel te

⁷ L'oggetto della disciplina viene individuato, per l'appunto, nella “*responsabilità amministrativa*” delle persone giuridiche e degli enti.

⁸ Cfr. SS.UU. n. 34474/11 e SS.UU. n. 10561/14.

⁹ Cfr. S.U. n. 26654/08.

¹⁰ Cfr. Cass. Sez. VI n. 27735/10 e n. 360837/09

l'aspetto soggettivo del medesimo, e cioè la colpa in organizzazione.

Per quanto attiene l'aspetto oggettivo, le Sezioni Unite hanno precisato che *"grava sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della società e che abbia agito nell'interesse di questa; tale accertata responsabilità si estende per rimbalzo dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro (...)"*.

Per quanto riguarda il profilo soggettivo dell'illecito, e cioè la "riprotevolezza" della condotta dell'ente, spetta poi sempre all'accusa - prosegue la sentenza - la prova degli *"elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo ente (...)"* Nessuna inversione dell'onere della prova è, pertanto, ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al D.lvo 231/01, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di fornire prova liberatoria".

Sull'ente incombe invece l'onere di dimostrare, con effetti liberatori, di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire i reati.

Sul criterio di imputazione oggettivo

Una volta configurato il principio di personalità della responsabilità dell'ente nei termini della c.d. colpa di organizzazione, la Corte di Cassazione si spinge a fornire un'interpretazione correttiva della disciplina del D.Lgs. n. 231/2001 anche per quanto concerne i criteri di imputazione oggettiva di tale responsabilità.

Si ricorda che sulla base di quanto disposto dall'art. 5 del D.Lgs. n. 231/2001 l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:

a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;

b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Per la Corte, al di là dell'adesione alle differenti ricostruzioni di tale formula secondo le contrapposte teorie esistenti

(dualistica¹¹ o unitaria¹²), il problema della compatibilità logica tra la non volontà dell'evento e la finalità sottese alla norma in commento, sorto con l'introduzione tra i reati presupposto di delitti colposi (omicidio colposo o lesioni colpose commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro ex art. 25-septies del D.Lgs. n. 231/2001), è risolto in via interpretativa secondo il seguente principio: *"i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi d'evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antigiuridico. Tale soluzione non determina alcuna difficoltà di carattere logico: è ben possibile che una condotta caratterizzata dalla violazione della disciplina cautelare e quindi colposa sia posta in essere nell'interesse dell'ente o determini comunque il conseguimento di un vantaggio.. (omissis) ... tale soluzione interpretativa ... (omissis) ... si limita ad adattare l'originario criterio d'imputazione al mutato quadro di riferimento, senza che i criteri d'ascrizione ne siano alterati. L'adeguamento riguarda solo l'oggetto della valutazione che, coglie non più l'evento bensì solo la condotta, in conformità alla diversa conformazione dell'illecito; e senza, quindi, alcun vulnus ai principi costituzionali dell'ordinamento penale. Tale soluzione non presenta incongruenze: è ben possibile che l'agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l'evento che ne può derivare, pur senza volerlo, per corrispondere ad istanze funzionali a strategie dell'ente. A maggior ragione vi è perfetta compatibilità tra inosservanza della prescrizione cautelare ed esito vantaggioso per l'ente"*.

In altri termini, per la Corte i concetti di interesse o vantaggio, nei reati colposi di evento, vanno necessariamente riferiti alla condotta e non all'esito antigiuridico. È possibile infatti che una violazione della disciplina cautelare sia posta in essere nell'interesse dell'ente o comunque ne determini un suo vantaggio.



¹¹ Come riportato in sentenza secondo l'impostazione prevalente, ispirata anche dalla Relazione governativa al D.Lgs. n. 231/01, i due criteri d'imputazione dell'interesse e del vantaggio si pongono in rapporto di alternatività, come confermato dalla congiunzione disgiuntiva "o" presente nel testo della disposizione. La tesi dualistica trova accoglimento anche in giurisprudenza (Sez. II, n. 3615 del 20/12/2005; Sez. V, n. 10265 del 28/11/2013, dep. 2014; Sez. 6, n. 24559 del 22/05/2013).

¹² Secondo la tesi c.d. unitaria, il criterio d'imputazione sarebbe costituito dall'interesse, mentre il vantaggio potrebbe al più rivestire un ruolo strumentale, probatorio, volto alla dimostrazione dell'esistenza dell'interesse.

La confisca del profitto

In relazione alla confisca del profitto, le Sezioni Unite provvedono, innanzitutto, a riepilogare quale sia l'attuale situazione sulla base dei chiarimenti progressivamente forniti dai giudici di legittimità; successivamente sottolineano come l'idea di profitto debba essere conformata alle caratteristiche della fattispecie alla quale si riferisce.

Premesso dunque che con riguardo ai reati colposi di evento, l'imputazione oggettiva dell'illecito dell'ente si fonda sull'interesse o vantaggio riferito alla condotta e non all'evento, le Sezioni Unite precisano che rispetto ad una condotta che reca la violazione di una disciplina prevenzionistica per corrispondere ad istanze aziendali, il profitto confiscabile è da correlare al risparmio derivante dalla mancata adozione di onerosi accorgimenti di natura cautelare ovvero allo svolgimento di un'attività in una condizione economicamente favorevole, ma meno sicura di quanto dovuto.

Composizione dell'OdV e modello organizzativo

Nella sentenza in commento la Cassazione muove nuovamente dei rilievi in merito del profilo della necessaria autonomia, in funzione del corretto esercizio dei poteri di iniziativa e di controllo, dell'Organismo di Vigilanza - OdV, al fine di assicurare un'efficace attuazione cd. Modelli organizzativi previsti come causa di esonero da responsabilità dallo stesso Decreto¹³.

In particolare, i giudici di legittimità confermano che, per il rispetto del requisito di autonomia, non è ammissibile che all'OdV partecipi, in qualità di componente interno, il responsabile dell'area sicurezza della stessa società¹⁴.

In un discorso più generale, per la Corte è sufficiente che il componente interno non sia del tutto autonomo e indipendente per far emergere un contrasto con il principio generale secondo cui il controllante (l'OdV) non può coincidere con il controllato.

Dall'errata composizione dell'OdV, conferma e sancisce la Cassazione, discende il mancato rispetto della lett. b) dell'art. 6 e, quindi (automaticamente), la mancata efficace attuazione del Modello organizzativo previsto dalla lett. a) della stessa norma, con conseguente impossibilità di escludere la responsabilità dell'ente ex art. 5 del D.Lgs. n. 231/2001 (nonostante il Modello organizzativo sia stato adottato dalla società).

¹³ Cfr. art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001.

¹⁴ Nel caso di specie, tra i componenti dell'OdV figurava anche il responsabile dell'area deputata alla manutenzione impianti ed all'organizzazione del servizio di sicurezza.

In buona sostanza, l'errata composizione dell'OdV rende automaticamente inefficace (e inutile) il Modello organizzativo, a prescindere da qualsivoglia valutazione nel merito dei suoi contenuti e del suo concreto funzionamento.

In definitiva, la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite sembra risolvere la diatriba dottrinale sorta in merito alla possibilità - o addirittura convenienza - di inserire nell'OdV un referente di un'area a rischio-reato dello stesso ente.

Con tali precisazioni, viene dunque smentita dalla Corte di Cassazione la tesi di coloro che hanno sostenuto che la presenza di elementi interni all'ente può assicurare conoscenze funzionali al migliore funzionamento dell'Organismo di Vigilanza; oppure, in altre parole, che il contemporaneo impegno del membro interno sul fronte operativo e su quello di controllo permette una migliore comunicazione e tramite tra i due organismi.

Conclusioni

In conclusione, la sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp può considerarsi una *summa* dell'elaborazione giurisprudenziale del sistema delineato dal D.Lgs. n. 231/2001.

Con tale importante pronuncia, la Corte di Cassazione, supera, in primo luogo, la *querelle* sulla natura della responsabilità degli enti e sancisce l'appartenenza del sistema 231 al diritto punitivo, riconoscendo agli enti le medesime garanzie - per quanto compatibili - che costituiscono il portato tipico del diritto penale. Inoltre, in relazione al sistema disegnato dal D.Lgs. n. 231/2001, per la Corte, non sono ravvisabili profili di illegittimità costituzionale, né con riguardo al principio di responsabilità per fatto proprio (il fatto commesso dalla persona fisica è sicuramente proprio anche dell'ente in forza del rapporto organico), né in ordine a quello di colpevolezza (da ricostruire in termini di colpa d'organizzazione), né - infine - per quello di determinatezza della fattispecie (essendo l'obbligo organizzativo e gestionale imposto all'ente ben delineato dalla normativa).

*Avvocato del Foro di Milano

**Dottoressa in Giurisprudenza

Studio Pirola, Pennuto, Zei & Associati



LE POSSIBILI DIFESE TRIBUTARIE DEI SOCI DI S.R.L. A RISTRETTA BASE PARTECIPATIVA DI STEFANO LOCONTE*

Nei casi di verifiche tributarie condotte ai fini IRES nei confronti di società di capitali a ristretta base sociale che si concludono con l'accertamento di una ricchezza imponibile maggiore di quella dichiarata, l'Amministrazione Finanziaria, con il censurabile avallo della giurisprudenza di legittimità, è solita contestare anche ai soci della società i ricavi sottratti all'imposizione in proporzione alla loro quota di partecipazione.

La metodologia accertativa così configurata è priva di fondamento normativo trovando supporto nella sola giurisprudenza di legittimità secondo cui *“una volta accertati maggiori utili conseguiti da una società di capitali a ristretta base azionaria è consentito all'Ufficio presumere la distribuzione tra i soci?”* (cfr., tra le altre, Cass. 6.10.2010 n. 20721 e Cass. 26.5.2008 n. 13485). Ciò in forza del procedimento logico-presuntivo secondo cui: in presenza di un maggior reddito determinato nei confronti della società a ristretta compagine sociale e/o familiare (fatto noto), se ne assume *i)* l'integrale distribuzione tra i soci, *ii)* secondo le medesime percentuali delle quote sociali e *iii)* nel corso dello stesso anno oggetto di accertamento (pluralità di fatti ignoti). Tale sistema di “presunzioni plurime”, che implica una forzata estensione alle società di capitali a ristretta base societaria e/o familiare di un modello procedimentale tipicamente previsto per le società che adottano il regime della trasparenza fiscale - con tutti i dubbi circa le conseguenze processuali che ne derivano -, ha sollevato un ampio e risalente dibattito in dottrina e in giurisprudenza con una certa contrapposizione, in particolare, tra giudici di merito e Cassazione.

Profili procedurali.

Il “ribaltamento” *pro quota* sui singoli soci del maggior reddito accertato in capo alla società presuppone un valido accertamento in capo a quest'ultima in ordine ai ricavi non contabilizzati, il quale costituisce il presupposto per l'applicazione della rettifica a carico dei soci in ordine ai dividendi (*ex pluribus*, da ultimo, Cass. 4.03.2015 n. 4308). Ne consegue la possibilità di contestare l'“atto individuale” del socio, tutte le volte in cui si rinvergono invalidità dell'atto prodromico (Cass. 31.3.2011 n. 7385).

L'imprescindibile connessione tra i due atti si manifesta, altresì, ai fini della motivazione. Difatti, volendo escludere che nei casi oggetto della presente trattazione ricorra una ipotesi di litisconsorzio necessario, il socio

deve sempre essere messo nelle condizioni di potere conoscere il preteso maggior utile societario da cui deriva il “dividendo occulto”; ciò, per il tramite dell'allegazione, all'avviso “individuale”, del richiamato atto diretto alla società o, quantomeno, tramite la riproduzione del contenuto essenziale di quest'ultimo, determinandosi, in mancanza, la violazione del disposto di cui agli artt. 7 della Legge n. 212/2000 e 42 del D.P.R. 600/1973 (C.T.R. Roma 18.7.2008 n. 103).

La violazione del divieto di doppia presunzione e la necessità di addurre, a sostegno della presunta distribuzione degli utili occulti, elementi fattuali ulteriori rispetto alla ristrettezza della compagine sociale.

La metodologia accertativa *de qua*, per il succitato procedimento logico-induttivo su cui si fonda (ossia, dedurre dal “fatto accertato ma non noto” della produzione del maggior reddito in capo alla società a ristretta compagine, una pluralità di fatti ignoti), determina la violazione del divieto di doppia presunzione (c.d. *praesumptum de praesumpto non admittitur*) di cui all'art. 2727 c.c. secondo cui, il fatto noto - dal quale risalire a quello ignorato - deve essere, appunto, un fatto e non una convinzione od asserzione, inidonee a fondare la presunzione *de qua*.

La Cassazione, a fronte di tale eccezione, ha più volte ribadito che il fatto noto da cui scaturisce la “presunzione di distribuzione” non è costituito dall'esistenza di utili extra-contabili in capo alla società accertata, quanto invece dalla ristretta base sociale e/o familiare che caratterizza l'entità giuridica. Ciò in quanto, sebbene per le società di capitali non esista una norma analoga all'art. 5 del TUIR, una compagine sociale caratterizzata dalla partecipazione di un numero esiguo di soci integra tra i suoi partecipanti un vincolo di solidarietà o un legame familiare che costituisce il fatto noto dal quale presumere quello ignoto della distribuzione dell'oculto societario. Tale situazione oggettiva assume rilevanza giuridica che si esprime attraverso l'assoggettamento del socio all'“onere di conoscere”.

La prima osservazione è che il ridotto numero di soci può al limite giustificare la distribuzione occulta del “nero” tra di loro ma, di per se, non spiega che detta distribuzione abbia avuto ad oggetto *tutti* gli utili extra-contabili, in proporzione alle quote di ciascun socio, e che il tutto sia avvenuto nel medesimo esercizio di conseguimento dei proventi.

In secondo luogo, a prescindere da quale sia il “fatto noto”, la “presunzione di distribuzione” altro non è che una “presunzione giurisprudenziale” non certo annoverabile nell'alveo delle presunzioni legali, sicché è da escludersi che la medesima

possa fondarsi esclusivamente sul rilievo della ristrettezza della compagine sociale. Questo elemento, come affermato dalla stessa Cassazione con sentenza del 20.03.2000 n. 3254, è, infatti, da trattarsi alla stregua di un mero indizio.

Pertanto, per procedere all'imputazione ai soci degli utili riflettenti il reddito di impresa accertato alla società, devono ricorrere una delle due seguenti ipotesi: o che la distribuzione stessa sia stata effettivamente provata, oppure che ci si trovi in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che dovranno necessariamente essere indicati negli avvisi di accertamento notificati ai soci. E infatti, *"la ristretta base azionaria non può certo essere una colpa della società e quindi dei soci da sanzionare prescindendo da norme legali, eque e civili, emanate dal legislatore"*.

Tale impostazione, fatta propria da numerose sentenze di merito (C.T.P. Treviso 12.12.1996 n. 123; C.T.R. Puglia 27.12.2006 n. 116; C.T.R. Puglia 13.4.2007 n. 66; C.T.R. Veneto 6.6.1997 n. 33; C.T.R. Marche 9.7.2010 n. 114), trova ulteriore forza, in chiave sistematica, dall'art. 44 TUIR, ai sensi del quale gli utili societari concorrono alla formazione dell'imponibile in quanto effettivamente percepiti dai soci, non contemplando tale disposizione, alcuna presunzione di distribuzione e percezione (salvo casi specifici) a differenza di quanto espressamente sancito per gli utili delle società di persone ex art 5 TUIR o di quanto previsto dagli art. 115 e 116 TUIR per le società di capitali che hanno optato per il regime di trasparenza fiscale.

Nello stesso senso, la Suprema Corte, con sentenza del 17.06.2009 n. 14046, ha qualificato come apodittica l'affermazione del giudice di merito secondo cui l'imputazione al socio dei maggiori utili societari nella società a ristretta base sociale appare dettata dal buon senso e dall'*id quod plerumque accidit*.

La prova negativa del contribuente.

Ciò nonostante, negli atti impositivi diretti ai soci, la "presunzione di distribuzione" non è generalmente supportata da elementi fattuali ulteriori rispetto alla ristretta compagine sociale. Si determina, in questi casi, una (illegittima) inversione dell'*onere probandi*.

Il contribuente dovrà, dunque, fornire una prova meramente negativa di una serie di elementi quali la mancata distribuzione degli utili, in quanto, ad esempio, sono stati diretti alla creazione di riserve occulte, destinati ad altri usi o reimpiegati nel sostentamento di spese anche esse extra-bilancio.

In un'ottica di difesa del singolo socio, il contribuente potrà, inoltre, provare a dimostrare l'inesistenza della condizione di ristretta base sociale sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo. In merito al primo profilo, le criticità difensive dipendono dall'indeterminatezza del concetto di

"ristretta compagine sociale" ad oggi non univocamente definito né a livello normativo (il richiamo all'art. 116 TUIR sembra troppo forzato) né a livello giurisprudenziale (ove la nozione è stata riconosciuta addirittura nel caso di società in cui il capitale societario era strutturato in ben quattro gruppi azionari *cf.*, Cass. 7.11.2005 n. 21573). Sotto un profilo soggettivo, la "presunzione di complicità e di conoscenza" può essere smentita dal socio tramite la prova della sua estraneità alla vita sociale dimostrando, ad esempio, di essere titolare di una quota estremamente minoritaria; di non poter godere di potere decisionale esplicabile, soprattutto, con la partecipazione alle adunanze del Consiglio di Amministrazione (C.T.P. Reggio Emilia 1.12.1997 n. 284); di avere querelato o denunciato l'amministratore (Cass. 7.11.2005 n. 21573) o di aver agito in sede civile per far valere la sua responsabilità (Cass. 17.10.2005 n. 20078).

**Avvocato, Professore a contratto e titolare delle cattedre di Diritto Tributario, Diritto Tributario internazionale e comunitario e di Diritto dei trust presso le facoltà di Economia e Giurisprudenza e la Scuola per le Professioni Legali dell'Università degli Studi LUM "Jean Monnet" di Casamassima*



IL "NUOVO" FALSO IN BILANCIO DI DOMENICO CALVELLI*

Il reato rubricato come "false comunicazioni sociali" (artt. 2621 e 2622 Codice Civile) torna a far parlare di sé dopo la sentenza della V Sezione della Suprema Corte di Cassazione n. 890 del 2016, che contraddice l'orientamento espresso dalla medesima sezione nella primavera del 2015 con la sentenza n. 33374. La stessa sezione, con sentenza n. 6916 del 22 febbraio 2016, torna a reputare irrilevanti ai fini del reato le valutazioni, contraddetta infine dalla recentissima pronuncia delle Sezioni Unite (31 marzo 2016).

La *vexata quaestio* resta, tra l'altro, la locuzione "fatti materiali rilevanti" e, di conseguenza, il dilemma se le valutazioni considerate non conformi siano o no suscettibili di piena offensività penale e quindi sanzionabili dalla norma *de quo*.

La Suprema Corte, pronunciandosi su di un caso in cui la maggior parte dei fatti posti

all'attenzione dell'inquirente era rappresentata da una cospicua percentuale di crediti "incagliati" esposti in un bilancio d'esercizio, addivene alla convinzione che la locuzione "fatti" non sia tanto da ascrivere alla categoria sostanziale (*substantialis*) dell'evento, ma alla dimensione informativa ai medesimi riferibili (*formalis*), sicché ne discende l'asserto che ogni "valutazione" diviene sostanza, *ergo* passibile di sanzione penale laddove non coerente con principi sanciti da norme o da tecniche condivise.

La novella nasce (*rectius*, viene modificata) all'interno di una serie di provvedimenti aventi la finalità di colpire fenomeni corruttivi che, si afferma, sono suscettibili di rappresentazione anche nei bilanci d'esercizio.

La Suprema Corte, alfine, addivene alla convinzione che il termine "materiale" semanticamente si rivolga ad un concetto di "essenzialità" riferibile, più che al significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, ad un concetto della dottrina economica anglosassone, la nozione cioè di "*materiality*", attingendo così, ai fini interpretativi, non tanto alla nostra lingua, quanto piuttosto ad un termine inglese che solo apparentemente si manifesta quale omologo del corrispondente italiano.

Il ricorso, più o meno condivisibile, a lingue straniere per enunciare un predicato interpretativo della norma che superi la nozione in idioma corrente della materialità di un fatto, non può esimersi dall'osservare che l'aggettivo qualificativo "materiale" viene definito, dall'autorevole vocabolario Treccani, come "della materia, che consta di materia, di cose che si presentano come oggetti sensibili e occupano un'estensione spaziale...; beni materiali, in economia...". Un qualcosa dunque di tangibile ed in sé sussistente, secondo la scuola economica classica quindi "gli unici beni economici".

Il contrario di detta nozione appartiene ai concetti di "formalità" e di "idealità"; *nulla quaestio* quindi sull'evidenza, empirica si vorrebbe dire, che il concetto di materialità si estrinsechi nella dicotomia aristotelica tra "sostanza" ed "accidente", laddove la "*substantia*" è ciò che sta sotto (*sub-stantia*), fatto costitutivo di ogni cosa e distinguendosi da ciò che è accessorio, contingente, l'accidente quindi, che ne diviene (*accidens*, "che accade"), un semplice attributo formale (*formalis*).

Non trattando in questa sede degli altri elementi indispensabili ad integrare il reato di false comunicazioni sociali, lo spartiacque interpretativo insiste pertanto sulla questione se le valutazioni siano ascrivibili alla categoria dei "fatti materiali rilevanti", superando la nozione *stricto sensu* di "materiale" nella direzione di una rappresentazione formale della realtà sottostante al bilancio d'esercizio.

Nel caso di specie, la Suprema Corte giunge a conclusioni favorevoli all'utilizzo del paradigma valutativo, applicandolo a crediti esposti in bilancio ed in buona misura pacificamente inesistenti. Ma qui sta il punto: nel caso di un credito, la natura sostanziale dello stesso corrisponde alla sua rappresentazione formale, in quanto questa grandezza nasce (e muore) esprimendosi in valuta corrente. Ergo, un credito, che in un bilancio viene rappresentato in euro, o esiste o non esiste, in tutto od in parte.

La grandezza richiede una rappresentazione che attiene alla propria stessa esistenza, non sicuramente alla forma; è quindi, *sine dubio*, "substantialis", laddove venga ovviamente provata, al di là di ogni soggettività e ragionevole dubbio, l'esistenza o l'inesistenza della voce in esame.

A diversa conclusione (e con un iter logico differente) si potrebbe addivenire, ad esempio, per altre voci di bilancio, quali le rimanenze o le immobilizzazioni materiali, che nascono espresse in grandezze differenti dalla valuta corrente (i chili, i metri quadrati, ecc.) e, successivamente, per mezzo di un'operazione valutativa (*formalis*), si tramutano in valuta al fine di essere rappresentati all'interno di un documento contabile.

Concludendo, la norma, che avrebbe potuto certamente essere più chiara, tuttavia appare razionalmente orientata da un concetto di *substantia* (materiale) che esula, anche teleologicamente, da una nozione di *forma existimationis* (valutativa), insistendo sul concetto della natura originaria dell'oggetto esposto in bilancio.

*Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Biella, componente della Commissione Università del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, consigliere della Scuola di Alta Formazione Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Piemonte e Valle d'Aosta



DIGITAL ECONOMY; APPLICABILITA' DEI PREFERENTIAL REGIMES E SCAMBIO SPONTANEO DI INFORMAZIONI

DI MARCO CARROZZINO* E
GILBERTO GERLI**

Il Tax planning

Ad oggi la scelta *patologica* degli investitori di rivolgersi a Paesi a fiscalità privilegiata prevale in maniera quasi indiscussa. Per tale ragione l'OECD ha incentivato l'attività di individuazione dei più diffusi fenomeni di trasferimento di profitti verso Paesi diversi da quelli di realizzazione. Tali comportamenti di *aggressive tax planning* meglio si attagliano alle imprese multinazionali ed, in particolar modo, a quelle della *digital economy*.

Di rilievo sull'argomento è il *Public Discussion Draft - B.E.P.S. Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy* del settembre 2014 che pone attenzione all'individuazione delle cosiddette *B.E.P.S. concerns* del settore dell'economia digitale¹⁵.

A livello strategico di impresa, l'*international tax planning* è il risultato della sommatoria di aspetti contrastanti in grado di permettere al *tax planner* di scegliere l'opzione ottimale. Ecco che, nell'ambito dei benefici, oltre che al risparmio d'imposta, si pone l'attenzione ad ulteriori elementi che derivano dai *fattori dell'opzione offshore*: la qualità dei controlli, la tolleranza delle Amministrazioni e la capacità di far fronte ad eventuali sanzioni.

Il ruolo dell'economia digitale

La globalizzazione ha avuto effetti positivi sui sistemi economico-sociali nazionali ed il *leitmotiv* è la digitalizzazione che ha garantito impulso al commercio, favorendo la crescita degli investimenti.

Tuttavia, le Organizzazioni Internazionali hanno riconosciuto un asserto di tutta evidenza: l'interazione di sistemi fiscali può portare a fenomeni di doppia imposizione, con conseguenti effetti avversi sulla crescita. L'interazione non coordinata tra sistemi indipendenti, infatti, creerebbe vuoti normativi, causando potenzialmente fenomeni di *double taxation* nei confronti dei soggetti economici che operano in Paesi diversi. *A contrariis*, non preoccupa la doppia non imposizione.

Creano allarme, invece, i fenomeni citati se qualificati quali *segregativi*: in grado di separare la base imponibile dall'attività generatrice della stessa, creando fenomeni distorsivi di doppia imposizione o doppia non imposizione¹⁶.

Le ulteriori sfide lanciate dall'evoluzione dell'economia digitale derivano, poi, dalla caratteristica dell'asse portante di quest'ultima: i fattori produttivi immateriali (c.d. *intangibles*).

Tutti i temi citati sono stati oggetto di trattazione compiuta, sia in termini di *fisiologia* che di *patologia*, nel testo dell'*Action Plan B.E.P.S.* del luglio 2013.

L'Action 5

L'*Action 5 - Countering Harmful Tax Practice More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance* - si pone quali obiettivi:

- l'analisi delle pratiche fiscali dannose e gli effetti delle stesse;
- la riflessione sulle caratteristiche sostanziali delle operazioni poste in essere dal contribuente, auspicando un ruolo più incisivo, definito obbligatorio, dello scambio informazioni spontaneo circa i *rulings* in tema di *preferential regime*.

Le attuali norme nazionali ed internazionali, caratterizzate da elevato tecnicismo, possiedono numerosi elementi di pregio. Tra questi molto rilevante è la capacità di arginare il fenomeno evasivo incidendo sulle scelte del *tax payer* ed analizzando nei particolari non solo quanto posto in essere dal *tax planner*, ma soprattutto la *ratio* alla base della condotta. Il citato tecnicismo presenta, quale *risvolto della medaglia*, la necessità di adattamento normativo a fenomeni evasivi innovativi e più articolati in grado di sfruttare le *zone d'ombra* create dalla frammentarietà delle disposizioni vigenti nei diversi Ordinamenti.

Particolare analisi merita il *Chapter 4* dell'*Action 5* che, attribuendo importanza sostanziale al concetto di *attività sostanziale* in relazione ai cosiddetti *regimi preferenziali*, analizza lo scambio spontaneo di informazioni definendolo *compulsory*.

Può porsi accento sulla considerazione assunta, in tema di contrasto delle condotte di *profit shifting*, dal requisito della sostanzialità che permette di *allineare* la tassazione al luogo di produzione della ricchezza evitando che i profitti tassabili possano essere *patologicamente* trasferiti in Paesi diversi da quello di creazione del valore.

Il *Forum on Harmful Tax Practices*¹⁷ ha, nel tempo, proposto vari approcci al requisito dell'attività sostanziale con il fine del

¹⁵ Si veda OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Luglio 2013, *Action 1 - Address the Tax Challenges of Digital Economy*: "Identify the main difficulties that the digital economy poses for the application of existing international tax rules and develop detailed options to address these difficulties, taking a holistic approach and considering both direct and indirect taxation".

¹⁶ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p. 10.

¹⁷ Di seguito F.H.T.P.

contrasto performante delle pratiche citate. Quanto appena riferito si scontra con l'annesso tema del trattamento fiscale preferenziale dei redditi prodotti da attività immateriali - detti *IP regimes*.

La sostanzialità negli *IP regimes*

I recenti *leading cases* di Google, Apple e Facebook hanno permesso di comprendere come il *tax planning* delle grandi *companies* dell'economia digitale assuma contorni non secondari.

I regimi fiscali di favore per il valore prodotto dall'economia digitale (c.d. *IP regime* favorevole) costituiscono oggetto di discussione principale dell'*F.H.T.P.*, ma ciò avendo riguardo al fatto che le aziende dell'*e-commerce* rivestono un ruolo fondamentale per la crescita e che gli Stati possono fornire liberamente incentivi alle attività di ricerca e sviluppo, a condizione che le stesse *companies* rispettino le indicazioni fornite dal *Forum*.

Gli Stati membri dell'OCSE, nell'ambito del piano d'azione per il contrasto ai fenomeni di *base erosion* e *profit shifting*, hanno vincolato l'applicabilità dell'*IP regime* favorevole ai requisiti di presenza ed attività sostanziale, dando rilievo a quest'ultimo, per l'occorrenza e l'esistenza del quale l'*F.H.T.P.* ha formulato tre approcci.

Tra questi, si segnala il cosiddetto *nexus approach* in merito al quale l'OCSE ha ribadito come, nel rispetto del requisito della *sostanzialità*, tale approccio debba operare una proporzione tra l'analisi degli *income* maturati: non tutto il reddito prodotto sarà assoggettabile al regime preferenziale, ma solo la parte di questo parametrata al rapporto tra totalità delle spese sostenute e quota parte delle spese *qualificate*¹⁸. Scopo di tale approccio è concedere benefici ai redditi derivanti dalla *IP* (*intellectual property*) in cui l'attività di *research and development* sia effettivamente sostenuta.

Non è, comunque, preclusa la possibilità per il contribuente di dimostrare come la quota parte di reddito da assoggettare al trattamento favorevole sia maggiore, in relazione alla sussistenza di un diretto collegamento tra quest'ultimo e le *spese qualificate* sostenute.

Stando, inoltre, a quanto definito dall'OCSE nel testo del documento in commento, per *soggetti qualificati* (N.d.R. contribuenti) si intendono:

-quelli fiscalmente residenti;

-le stabili organizzazioni di soggetti giuridici stranieri;

-le *Permanent Establishment* estere di società residenti soggette a tassazione nella giurisdizione concedente il beneficio e dalle *spese qualificate* devono escludersi quelle non direttamente collegate all'*IP asset* quali, ad esempio, i pagamenti di interessi.

In ragione della dipendenza del *nexus approach* dall'esistenza di un collegamento tra spese e ricavi, è necessario per l'OCSE che le giurisdizioni nazionali impongano ai contribuenti il tracciamento delle spese, degli stessi *assets* e dei redditi, tanto da assicurare che il reddito sottoposto a regime preferenziale derivi da spese *direttamente collegate* all'*income* in parola.

Lo scambio spontaneo di informazioni

Nel testo del documento in analisi, l'OECD riconosce allo scambio spontaneo di informazioni tra Amministrazioni Finanziarie, qualificato come *compulsory*, ruolo essenziale per la conoscenza di eventuali *rulings* sui regimi preferenziali. Inoltre, lo stesso prevede che debbano essere oggetto di *exchange* i dati e le notizie inerenti *taxpayer-specific rulings* che, cioè, attengono la posizione di un contribuente precisamente identificato e che possano costituire affidamento per lo stesso.

Prendendo le mosse dalle specifiche disposizioni sul tema dettate da:

-la Convenzione sulla Mutua Assistenza Amministrativa (cosiddetta *Convenzione MAAT*) del 1988¹⁹;

-la Direttiva del Consiglio 2011/16/UE²⁰ l'*Action 5* definisce le *key questions* per riconoscere efficacia allo specifico strumento cooperativo.

La necessità di scambiare informazioni deve essere riconosciuta con riguardo a *specific taxpayers* definiti all'esito di un *filter approach* che prenda in considerazione informazioni attinenti:

-*taxpayer-specific rulings* su regimi preferenziali applicati a rilevanti redditi prodotti da attività *geograficamente mobili*;

-un regime definibile quale preferenziale dall'*Action 5*;

-redditi sottoposti ad un *no or low effective tax rate*.

Tra le *informations* risultanti dalla selezione appena descritta dovranno, però, essere oggetto di *compulsory spontaneous exchange*:

-se il *ruling* non attiene a criteri di definizione dei prezzi di trasferimento: solo quelle inerenti investimenti verso o da Paesi che permettono di siglare accordi di *ruling* che

coinvolgono gli interessi di più Stati;

-se il *ruling*, invece, definisce *a set of criteria* inerenti il *transfer pricing*: esclusivamente dati e notizie di interesse per le attività di accertamento degli Stati non coinvolti.

All'esito del *filter approach*, le informazioni inerenti i *preferential regimes* potranno essere destinate:

-generalmente: al Paese della fonte del reddito od a quello di residenza del beneficiario effettivo dello stesso;

-nel caso di *ruling* inerenti il *transfer pricing*: per le transazioni *intercompany* transfrontaliere, alle Amministrazioni Finanziarie degli Stati di residenza della controparte od in cui questa svolge la propria attività attraverso una stabile organizzazione o, per le allocazioni di profitti tra *head office* e stabile organizzazione estera, a quelle del Paese di residenza del primo o di stabilimento della seconda;

-nel caso di *ruling* diversi: per gli investimenti *inbound*, alle *tax authorities* dello Stato di residenza dell'investitore o di stabilimento della *permanent establishment*; per quelli *outbound*, alle Amministrazioni Finanziarie del Paese di residenza del soggetto che riceve il collocamento di ricchezza e, nel caso di operazioni che coinvolgono più Stati, alle Autorità per ciascuno competenti all'accertamento.

Le informazioni scambiate dovranno:

-identificare il *taxpayer*, le controparti ed il periodo di vigenza del *ruling*;

-esporre le transazioni e le imposte oggetto del *ruling*;

-rendere noti il testo e le motivazioni della decisione assunta.

Il documento in analisi, infine, definisce:

-il limite temporale di 3 mesi per lo scambio;

-l'obbligo, da parte dello Stato ricevente, di inviare un *feedback* teso a migliorare le successive attività di cooperazione;

-la necessità di una costante attività di *reporting* da parte del *F.H.T.P.*

Possibili (ed auspicabili) iniziative e decisioni future

Seppure l'OCSE abbia prestato crescente attenzione al tema della *concorrenza fra ordinamenti*, ad oggi, si è ben lontani dall'obiettivo di *costruire* una politica fiscale unica perché:

-agli operatori economici non vengono imposte medesime norme e *best practices*, basate su principi generali identici;

-la concorrenza fiscale è *strettamente legata all'integrazione economica di differenti giurisdizioni tributarie*, per effetto della mobilità dei fattori produttivi e dei flussi reddituali assoggettati ad imposizione²¹.

¹⁸ L'OCSE così definisce le spese *qualificate*: "[...] must have been incurred by a qualifying taxpayer, and they must be directly connected to the IP asset. [...] They would include the types of expenditures currently granted R&D credits under the tax laws of multiple jurisdictions. They would not include interest payments, building costs, acquisition costs, or any costs that could not be directly linked to a specific IP asset".

¹⁹ L. VACCARO - M. CARROZZINO, *Lo Scambio di Informazioni*, in *Esterovestizione Societaria*, 2013, p. 279 ss.

²⁰ M. CARROZZINO, *Lo scambio di informazioni si rinnova*, in *Panorama Tributario e Professionale*, n. 6/2014.

²¹ Così P. VALENTE, *Sviluppi in ambito internazionale per contrastare l'erosione di base imponibile: quali prospettive?*, in *il Fisco*, n. 38/2013, p. 3038.

Invero, l'interazione volontaria di sistemi fiscali differenti volta all'eliminazione della doppia imposizione e della *sovrapposizione di diritti*, può far sorgere lacune normative tali da consentire ai *global taxpayer* di abbattere il livello di tassazione attuando condotte elusive (c.d. *schemi di pianificazione fiscale aggressiva*).

L'aspirazione degli Organismi statuali di attuare politiche fiscali che salvaguardino gli interessi degli Stati, evitando il sorgere della citata *concorrenza*, abbisogna di costante sinergia tra gli stessi. Questa può concretizzarsi in interventi, di natura internazionale e comunitaria, volti a precludere la possibilità di scelta, da parte del contribuente, dell'*opzione off-shore*.

Per tale motivo l'OCSE cerca costantemente il coinvolgimento dei Paesi in via di sviluppo, secondo un approccio al problema solidaristico, al fine di tendere al "*coinvolgimento e la responsabilizzazione del massimo numero di soggetti*", consci che "*davanti ad operazioni di pianificazione fiscale riguardanti una pluralità di giurisdizioni tributarie, il rimedio non possa che esser fornito da una platea altrettanto composita di Paesi che condividano lo spirito, l'obiettivo e gli strumenti dei quali si propone l'implementazione*".²²

*Capitano della Guardia di Finanza, in servizio presso il Nucleo di Polizia Tributaria di Milano

**Tenente della Guardia di Finanza, in servizio presso la Compagnia di Gela



OMICIDIO STRADALE: NORMA "MANIFESTO" O CONQUISTA DI CIVILTÀ? DI KETTY ZAMPAGLIONE*

"Per Lorenzo, per Gabriele, per le vittime della strada. Per le loro famiglie. L'omicidio stradale è legge #finalmente". Così il premier Matteo Renzi su *twitter* dopo il via libera alla Legge n. 41/2016

"E' stata dura - dice il Premier - ma questa legge è realtà".

Il 2 marzo 2016 il testo del DDL, alla quinta lettura, è stato approvato dall'Aula di Palazzo Madama ed è quindi legge. L'Aula ha detto "sì" al voto di fiducia chiesto dal governo sul DDL per l'omicidio stradale: i

voti a favore sono stati 149, 3 i contrari e 15 gli astenuti.

All'entusiasmo del Governo risponde, piccata, l'Unione delle Camere Penali: "*Si tratta di una vera e propria mistificazione, di un arretramento verso forme di imbarbarimento del diritto penale, frutto di cecità politico-criminale e di un assoluto disprezzo per i canoni più elementari della "grammatica" del diritto penale*" (comunicato della Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane del 4 marzo 2016).

La Giunta dell'UCPI parla senza mezzi termini e rileva nella nuova Legge un eccessivo inasprimento delle pene, non conforme al principio di proporzionalità tra illeciti e sanzioni.

Come spiegarci una tale distonia fra il pensiero del Legislatore e quello dell'organo rappresentativo degli avvocati penalisti su un argomento a così alto impatto sociale come questo?

Per cogliere la portata dell'innovazione normativa in esame, occorre, innanzitutto, rilevare che il Legislatore ha voluto "scorporare" dalla disciplina generale dell'omicidio e delle lesioni personali colpose, che restano disciplinate dagli articoli 589 e 590 del Cp, quelle commesse con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale, rispettivamente ora disciplinate dagli articoli 589 bis e 590 bis del Cp ad eccezione dei fatti commessi con colpa lieve che non vengono presi in considerazione dalla nuova norma e, pertanto, restano disciplinati dall'art. 590 del Cp.

In sostanza, con le nuove misure, l'omicidio stradale diventa un reato a sè, graduato su tre varianti: da 2 a 7 anni di reclusione nell'ipotesi base, quando cioè l'evento morte sia stato causato con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale; da 8 a 12 anni di reclusione quando l'evento sia stato causato ponendosi alla guida in stato di ebbrezza grave, con un tasso alcolemico oltre 1,5 grammi per litro, o sotto effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope; da 5 a 10 anni di reclusione quando l'evento sia stato causato ponendosi alla guida in stato di ebbrezza con un tasso alcolemico superiore a 0,8 g/l oppure nel caso in cui l'evento sia stato causato da condotte considerate di particolare pericolosità (casi di eccesso di velocità particolarmente gravi, guida contromano, infrazioni ai semafori, sorpassi e inversioni a rischio). E' prevista un'aggravante ad effetto speciale (aumento fino al triplo) qualora il conducente cagioni la morte di più persone (la pena non può comunque superare gli anni 18 di reclusione), una seconda aggravante, sempre ad effetto speciale (da un terzo a due terzi con limite inferiore fissato a cinque anni), per il conducente che si dia alla fuga ed un'aggravante ad effetto comune per chi risulti senza la patente o circoli con veicolo sprovvisto di assicurazione. E', infine,

prevista un'attenuante (pena diminuita sino alla metà) se l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole.

Sono, inoltre, previsti il raddoppio dei termini di prescrizione del reato, l'obbligo di arresto in flagranza e, soprattutto, il divieto per i giudici di bilanciare attenuanti e aggravanti al fine di mitigare la sanzione al reo.

Parallelamente, il nuovo art. 590-bis c.p. prevede che chiunque cagioni per colpa ad altri una lesione personale con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale sia punito con la reclusione da 3 mesi a un anno per le lesioni gravi e da uno a tre anni per quelle gravissime.

Per chi guida in stato di ebbrezza o sotto effetto di sostanze stupefacenti la pena è aumentata da 3 a cinque anni di reclusione per le lesioni gravi e da quattro a sette per le lesioni gravissime.

Reclusione da un anno e mezzo a tre (lesioni gravi) e da due a quattro anni (lesioni gravissime) per chi venga colto in stato di ebbrezza con tasso alcolemico tra 0,8 g/l e 1,5 g/l o per chi cagioni l'evento in conseguenza di condotte considerate di particolare pericolosità (casi di eccesso di velocità particolarmente gravi, guida contromano, infrazioni ai semafori, sorpassi e inversioni a rischio). Sono previste le stesse aggravanti e le stesse attenuanti dell'art. 589 bis.

Il reato, a differenza della disciplina previgente, diventa procedibile d'ufficio, con la conseguenza che anche in caso di risarcimento totalmente satisfattivo il procedimento farà il suo corso.

Alle condanne per i reati in esame consegue sempre la sanzione accessoria della revoca della patente.

Premesso il doveroso excursus sul testo della Legge proviamo a capire le ragioni delle feroci critiche mosse dall'UCPI.

Il primo elemento che, *ictu oculi*, emerge, anche solo ad una semplice lettura del testo, è il considerevole inasprimento delle pene e, soprattutto, l'innalzamento del limite edittale minimo nelle ipotesi aggravate, sia in caso di morte della vittima sia in caso di lesioni.

A ciò si aggiunge il divieto per il Giudice di bilanciare attenuanti e aggravanti al fine di mitigare la sanzione al reo.

Tutto questo per fatti, non dimentichiamocelo, qualificati come colposi. Tanto per capire: la violenza sessuale commessa nei confronti di una persona che non abbia compiuto gli anni 14 (reato doloso e particolarmente odioso) viene attualmente punita con la pena della reclusione da 6 a 12 anni (art. 609 ter c.p.) mentre, con l'introduzione della Legge in esame, chiunque cagioni per colpa la morte di una persona ponendosi alla guida in stato di ebbrezza, con un tasso alcolemico oltre

²² Così M. GREGGI, *Il Rapporto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) dell'OCSE e la sua incidenza sull'attività di tutela dell'interesse erariale*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, n. 6 del 2013, p. 1707.

1,5 grammi per litro, viene punito con la reclusione da 8 a 12 anni. Il tutto con l'aberrante risultato che un fatto colposo, sia pur grave nelle sue conseguenze ed indubbiamente esecrabile, viene punito con maggiore severità di un fatto altrettanto, se non ancor più, esecrabile oltre che doloso!

Vi è più: ad una più attenta lettura non potrà sfuggire quella che appare una sorta di codificazione, nei casi di guida in stato di ebbrezza (e/o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti) e di condotte considerate di particolare pericolosità, di una colpa *in re ipsa* che prescinde *tout court* dal necessario accertamento del nesso eziologico fra la colpa e l'evento morte/lesione.

Che dire poi rispetto alla previsione di un'aggravante per chi guidi senza patente o con mezzo sprovvisto di assicurazione obbligatoria? E' evidente che ci troviamo di fronte ad un goffo tentativo di trasferire alla competenza penale quello che è un illecito civile.... *Qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu!*

Come non concordare, quindi, con chi definisce la Legge repressiva, barbara e frutto di cecità politico-criminale?

Ma non tutte le speranze sono perdute: l'accorto difensore non potrà certamente non cogliere la falla (neanche troppo nascosta...) che mina alle radici l'impianto fortemente repressivo della Legge in esame.

La Legge, bontà sua, prevede un' attenuante e cioè la diminuzione fino alla metà della pena "qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole".

Orbene, quale evento ha un'unica causa? Forse la Creazione...ma anche su questo non v'è certezza!

Non esiste evento che sia causato esclusivamente dall'azione o dall'omissione del colpevole: il fatto stesso che la vittima fosse in quel luogo ed in quel momento è causa altra che si unisce all'azione o all'omissione del colpevole.

E' evidente che il Legislatore avrebbe dovuto circoscrivere le concause (colpa della vittima ecc.) rilevanti per l'applicazione dell'attenuante.

In assenza di tale previsione, a parere di chi scrive, il Giudice sarà tenuto ad applicare sempre l'attenuante de quo: l'analfabetismo giuridico del Legislatore ha potuto dove la volontà non ha voluto!

**Avvocato del Foro di Biella*



VIolenza di Genere: CONTRASTI AL FENOMENO DAL VERSANTE AMMINISTRATIVO DI GIORGIO TRIBAN*

Il tema della "violenza contro le donne" è da anni di strettissima attualità ed al centro dell'attenzione e dell'interesse dell'opinione pubblica, oltrechè, ovviamente, del legislatore. Una definizione di "violenza contro le donne" si può trovare fin dall'articolo 1 della Dichiarazione Onu sull'Eliminazione della Violenza contro le Donne, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione 48/104 del 20.12.1993, ove la si qualifica come ogni atto di violenza fondata sul genere che provochi un danno o una sofferenza fisica, sessuale o psicologica per le donne, incluse le minacce, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà.

Ed allo stesso modo, 23 anni dopo, con l'espressione "violenza di genere" si indicano tutte quelle forme di violenza, da quella psicologica e fisica a quella sessuale, dagli atti persecutori (cosiddetto *stalking*), allo stupro, fino al femminicidio, che riguardano, purtroppo, un vasto numero di persone discriminate in base al sesso.

Tutte le normative che si sono susseguite negli ultimi anni contro la violenza di genere hanno avuto quale filo conduttore ed obiettivo (non sempre centrato) quello di prevenire i reati, punire i colpevoli e, soprattutto, quello di proteggere le vittime.

Da quest'ultimo punto di vista ed in questo segmento di norme possono essere considerate le *iniziative consentite all'autorità amministrativa*, alcune delle quali, a parere di chi scrive, potrebbero rappresentare una forma di forte deterrenza per il "delinquente di genere".

Tra le misure amministrative adottabili va citato, innanzitutto, in particolare in tema di *stalking*, l'*ammonimento*, introdotto dall'art. 8 del decreto legge 23.02.2009 n. 11 ("*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*"), convertito, con modificazioni, dalla legge 23.04.2009 n. 11, il cui art. 7 ha inserito nel nostro ordinamento, all'art. 612bis del codice penale, il reato di "*atti persecutori*" ("*stalking*"). La procedura prevede che, fino a che non sia stata proposta querela per il reato di cui all'art. 612bis c.p., la persona offesa possa esporre i fatti all'autorità di pubblica sicurezza avanzando richiesta al questore di *ammonimento* nei confronti dell'autore della condotta illecita in argomento. Il questore, assunte se necessario informazioni dagli organi investigativi e sentite le persone informate sui fatti, ove ritenga fondata l'istanza, *ammonisce oralmente* il soggetto nei cui confronti è stato richiesto il

provvedimento, invitandolo a tenere una condotta conforme alla legge.

Nell'ambito della procedura di *ammonimento* s'inserisce un ulteriore provvedimento amministrativo potenzialmente efficace quanto a prevenzione e protezione dei soggetti vittime di *atti persecutori*, che sono "*i provvedimenti in materia di armi e munizioni*", che il questore dovrà adottare. Come ben noto a noi avvocati, infatti, spesso per i nostri assistiti il rischio di vedersi revocare licenze e/o porti d'armi costituisce una sorta di "dramma personale" assolutamente da evitare e contro cui combattere con ogni mezzo e, quindi, anche evitando di porre in essere condotte che potrebbero giustificare reazioni dell'ordinamento in tema, appunto, di armi.

L'*ammonimento orale* del questore non è fine a sé stesso, ma comporta anche conseguenze processuali per lo stalker. I commi 3 e 4 dell'art. 8 del D.L. 11/2009 prevedono, infatti, rispettivamente, che la pena sia aumentata e che si proceda d'ufficio se le condotte vietate dall'art. 612bis c.p. siano poste in essere da soggetto già ammonito ai sensi dello stesso articolo 8.

Sempre con riferimento al D.L. 11/2009, da segnalare l'art. 11, il quale prevede che le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche che ricevono dalla vittima notizia del reato di *atti persecutori*, hanno l'obbligo di fornire alla stessa tutte le informazioni relative ai *centri antiviolenza* presenti sul territorio e, in particolare, nella zona di residenza della vittima ovvero di metterla in contatto con i centri antiviolenza, qualora quest'ultima ne faccia espressa richiesta.

Di *ammonimento* si parla anche, in forma ben più ampia, all'art. 3 del Decreto Legge 14.08.2013 n. 93 ("*disposizioni urgenti in materia di sicurezza per il contrasto della violenza di genere*"), convertito nella Legge 15.10.2013 n. 119. Nella prima parte del comma 1 si prevede che nei casi in cui alle forze dell'ordine sia segnalato, in forma non anonima, un fatto che debba ritenersi riconducibile ai reati di percosse e di lesioni ex art. 582 comma 2 c.p., consumati o tentati, nell'ambito di *violenza domestica*, il questore, anche in assenza di querela, possa procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate sui fatti, all'*ammonimento* dell'autore dell'illecito.

Il comma 1 prosegue dando una definizione di *violenza domestica*, da intendersi come "*uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima*".

Nell'art. 3 D.L. 93/2013 l'istituto dell'*ammonimento* viene riproposto per contrastare le condotte di *violenza domestica*, come "misura di prevenzione" e la nozione di *violenza domestica* legittimante l'intervento del questore non è solo quella "non episodica" e, quindi, abituale, bastando anche un solo atto, purché "grave". La norma si propone di rafforzare gli strumenti di prevenzione delle vessazioni perpetrate non solo nell'ambito del nucleo familiare, ma anche di relazioni affettive, prevedendo la possibilità di segnalazioni all'autorità di situazioni relative ad atti di violenza non perseguibili d'ufficio, ma che, se reiterate, possono essere prodromiche di manifestazioni ben più gravi.

Da segnalare che, ai sensi del comma 4 dell'art. 3 D.L. 93/2013, in ogni atto del procedimento per l'adozione dell'*ammonimento* di cui al comma 1, devono essere "omesse le generalità del segnalante", essendo la segnalazione utilizzabile solo ai fini dell'avvio del procedimento e ciò ad evidente tutela della vittima di *violenza domestica*.

L'art. 3, comma 2, D.L. 93/2013 introduce tra i provvedimenti adottabili nei confronti del trasgressore-ammonito (da parte del questore e ad opera del prefetto), una misura assai incisiva, quale quella della *sospensione della patente di guida per un periodo da uno a tre mesi*, salvo che non ricorrano particolari situazioni economico-lavorative insuscettibili di essere garantite secondo la particolare modalità del permesso di guida a ore contemplata dall'art. 218, comma 2, del Codice della Strada (istituto, peraltro, quest'ultimo, raramente applicato dalle prefetture).

Da segnalare, ancora, che nei confronti dello straniero condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di "patteggiamento", per uno dei delitti di cui all'art. 4, comma 1, D.L. 93/2013 (maltrattamenti in famiglia, lesioni e lesioni aggravate, sequestro di persona, violenza sessuale, atti persecutori) o per uno dei delitti che rendano obbligatorio l'arresto in flagranza, commessi in ambito di *violenza domestica*, possono essere disposte la *revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione* (art. 4, comma 4bis, D.L. 93/2013).

Ed infine, dopo le modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, lett. c), del D. L.vo 29.09.2013, n. 121, l'art. 39, comma 2, del T.U.L.P.S. (testo unico leggi di pubblica sicurezza) prevede che, "nei casi di *urgenza* gli ufficiali e gli agenti di pubblica sicurezza provvedono all'*immediato ritiro cautelare dei materiali di cui al primo comma*" (*armi, munizioni e materie esplodenti*), "dandone immediata comunicazione al prefetto", che assegnerà all'interessato un termine per la *cessione a terzi* del materiale sequestrato, pena, in caso di mancato rispetto del precetto, la sua *confisca*.

Trattasi di una normativa generale, non dettata specificamente per la *violenza di genere*, ma che alla stessa potrebbe facilmente essere applicata. Un *caso d'urgenza* e tale da legittimare un intervento in via immediata degli operatori di pubblica sicurezza potrebbe essere quello di un ex marito, detentore di armi, che stia tenendo nei confronti della ex moglie una condotta integrante *atti persecutori* (quale molestie, telefonate, sms di minacce, pedinamenti), culminata solo nell'*ammonimento* da parte del questore e che, grazie al nuovo art. 39 T.U.L.P.S., potrebbe culminare con il *ritiro cautelare di armi, la loro cessione la loro confisca*.

Le *misure amministrative*, quali sanzioni aggiunte ai normali rimedi giudiziari contro la *violenza di genere e domestica*, se applicate con rigore ed assiduità, così da divenire di dominio comune, potrebbero rappresentare un valido mezzo preventivo e deterrente, tale da contribuire a scoraggiare condotte criminose con le quali da troppo tempo, purtroppo, siamo abituati a convivere.

*Avvocato del Foro di Biella e
Presidente della Camera Penale di Biella



LE RIFORME SGRAMMATICATE DI SILVANO ESPOSITO*

La discussione, l'approvazione, l'attuazione e l'interpretazione delle leggi innescano un processo sul corpo sociale dello Stato che a volte va al di là (o anche in direzione opposta) rispetto agli intendimenti del legislatore. Altre volte, come in un organismo vivente, la medicina delle riforme non tiene conto di controindicazioni che possono nuocere alla salute della società. In altri casi addirittura queste controindicazioni non sono previste, andando incontro a conseguenze, tipiche della nostra modernità, che sono portatrici di problemi più gravi di quelli che si volevano risolvere.

L'analisi vuole essere soprattutto giornalistica, o al massimo sociologica, pur basandosi su considerazioni di carattere squisitamente giuridico, sulle quali chi scrive si rimette al più competente giudizio degli specialisti.

Dopo "Mattarellum" e "Porcellum", che hanno contraddistinto i 20 anni della Seconda Repubblica, la politica italiana, spinta da un'infinita crisi di credibilità, tenta

una nuova riforma elettorale con "Italicum", il nuovo sistema fortemente voluto dal presidente del consiglio Matteo. Questa riforma elettorale è strettamente legata a quella costituzionale che prevede il superamento del "bicameralismo perfetto", che attualmente attribuisce compiti identici ai due rami del Parlamento, con conseguenti tempi doppi per l'approvazione definitiva delle leggi. Il superamento del Bicameralismo perfetto dovrebbe avvenire attraverso l'abolizione del Senato, trasformato in Camera delle autonomie, composta da amministratori locali, senatori nominati e altri indicati attraverso un meccanismo ancora da definire da parte delle Regioni, per le quali è stata inserita nella proposta di legge l'unica prescrizione che gli eletti siano designati attraverso il "consenso degli elettori", formula che non presuppone però necessariamente un suffragio popolare.

Dei nuovi senatori si sa che dovrebbero essere (il condizionale in questi casi è sempre d'obbligo) senza indennità e privi del compito di votare la fiducia al governo, la cui maggioranza politica sarà quindi necessaria solo a Montecitorio. Appare però singolare che tali senatori "declassati", senza mandato popolare, saranno comunque coinvolti nell'elezione del Presidente della Repubblica e nella votazione delle leggi costituzionali.

Nel "pacchetto" della riforma costituzionale ci sono anche l'abolizione delle province e il superamento della riforma del Titolo V della Costituzione sulle autonomie locali, varata a maggioranza dal centrosinistra nel 2001, e considerata, anche dai suoi promotori, la causa principale dei problemi di spesa pubblica nelle 19 Regioni italiane e nelle due Province autonome del Trentino Alto Adige.

Sarà soprattutto importante capire se, ancora una volta, come accaduto negli ultimi anni, si tratterà di un tentativo fondato su solide basi costituzionali o se sarà di nuovo una riforma "zoppa". Finora, infatti, si è peccato soprattutto di mancanza della necessaria coerenza giuridica, che aveva invece caratterizzato l'architettura costituzionale varata nel 1946 dai padri costituenti.

Una mancanza che ha reso tali riforme, spesso proposte sull'onda dell'emotività popolare o delle convenienze politiche del momento, inefficaci o addirittura dannose per la stabilità del Paese, soprattutto in tempi di crisi, come dimostrano i successivi interventi correttivi della Corte Costituzionale e le criticità che hanno impedito uno sviluppo armonioso della nostra vita democratica.

Uno dei casi emblematici di questo modo di procedere, che alla lunga si è rivelato approssimativo e confuso, è stata la riforma dell'articolo 68 della Costituzione, quello

che prevedeva l'immunità parlamentare, quasi soppressa dopo la stagione di Tangentopoli per assecondare un'ondata di indignazione popolare per le inchieste che travolsero la classe politica della Prima Repubblica. Nel 1946 l'immunità parlamentare fu introdotta per garantire la separazione e l'autonomia dei poteri dello Stato (giurisdizionale, esecutivo e legislativo); abolendola era inevitabile che il sistema, così intelligentemente costruito, presentasse uno squilibrio, che, infatti, si è puntualmente manifestato con il grave conflitto tra una magistratura, sempre più impegnata in supplenze etiche (e non solo) della politica e quest'ultima fortemente arroccata in difesa delle proprie prerogative. Uno squilibrio che ha più volte rischiato di compromettere, oltre all'autonomia dei legislatori, sempre sub judice rispetto alla giustizia, anche quella dei magistrati, la cui pur sacrosanta indipendenza, non è facilmente difendibile se non si accorda un identico status anche agli altri due poteri fondamentali dello stato.

Questo modo di realizzare riforme senza considerarne le possibili conseguenze, fu alla base, nel 2001, anche della famigerata riforma del Titolo V della Costituzione, che attribui poteri esclusivi alle Regioni ponendo fuori controllo le loro spese, sia per quanto riguarda gli investimenti che la spesa corrente. Fu una riforma difettosa, perché attribuiva prerogative di intervento e spesa, senza un'adeguata assunzione di responsabilità, soprattutto per gli aspetti finanziari che restavano prevalentemente legati sempre alla capacità impositiva del governo centrale. Senza contare il problema delle competenze legislative concorrenti, tra Stato e Regioni, sulle quali si è sviluppato un intricato quanto oneroso contenzioso negli anni.

Sempre nell'ambito delle autonomie locali, anche il recente infinito dibattito sull'abolizione delle province ha portato alla creazione di un "mostro", con lo sruotamento delle competenze di questi enti, mantenendo però quasi intatti i costosi apparati burocratici e impedendo l'erogazione dei servizi attribuiti ad essi, con l'eliminazione della rappresentanza popolare dei loro amministratori.

Ma la performance, a mio modesto giudizio, giuridicamente più debole è stata quella che ha riguardato le diverse riforme fin qui attuate del sistema elettorale. La legittima voglia di cambiamento scaturita dalla crisi della Prima Repubblica, aveva prodotto soprattutto una forte esigenza di stabilità dei governi, associata alla volontà, sulla scorta di quanto avveniva per Regioni, Comuni e Province, di stabilire in modo lampante chi vinceva e chi perdeva le elezioni e chi era chiamato a guidare le coalizioni di governo uscite dalle urne. Per questo si inventò un sistema prevalentemente maggioritario,

introducendo anche la cosiddetta "indicazione" del candidato premier. Si trattava di un'evidente forzatura di un sistema che la Costituzione, ancora oggi, definisce come "Repubblica parlamentare", in cui vige il principio della rappresentanza parlamentare che riceve, senza vincoli di mandato, la delega dal corpo elettorale per la formazione di maggioranze di governo e l'elezione del Presidente della Repubblica.

Per passare a un sistema realmente maggioritario, con l'elezione diretta del capo del governo, introdotta di fatto dal "Mattarellum", sarebbe stato necessario cambiare non solo la legge elettorale, ma anche la Costituzione in un'ottica semipresidenzialista. Invece la riforma si limitò solo all'aspetto elettorale, provocando una serie di incongruenze, tra cui anche l'interventismo del Presidente della Repubblica, di cui si parla tanto oggi con i governi Monti e Letta di fatto "imposti" da Giorgio Napolitano, che ha snaturato il ruolo di arbitro dell'equilibrio tra i poteri dello stato che invece aveva previsto la Costituzione del 1946 per il capo dello stato. Conseguenza di questi errori tecnici, dettati però da convenienze tutte politiche, è stato anche il passaggio successivo al cosiddetto "Porcellum", che, se da un lato ripristinava il vecchio sistema proporzionale, introduceva però un premio di maggioranza enorme (peraltro fruibile solo alla Camera e non al Senato, dove veniva attribuito su scala regionale, con il rischio, poi concretizzatosi, dei due rami del Parlamento con maggioranze diverse), ma con un ulteriore indebolimento del sistema della rappresentanza, dovuto all'abolizione delle preferenze. Due aspetti che, non a caso, la Corte Costituzionale ha bocciato con una recente sentenza.

Ora si riprova con "Italicum", un sistema proporzionale con collegi piccoli, liste in buona parte bloccate, ma molto corte, un premio di maggioranza attribuito oltre una soglia minima di voti ottenuti del 40 per cento (altrimenti si va al ballottaggio tra i due schieramenti più votati) e una soglia di sbarramento del 5 per cento per escludere i piccoli partiti. Il tutto per stabilire con certezza la sera delle elezioni chi ha vinto e chi ha perso ed evitare governi di larghe intese. Finalità legittima e condivisibile, ma ancora una volta distante dal dettato costituzionale che, per introdurre questo nuovo assetto, andrebbe a sua volta riformato. A parte una riflessione sui regolamenti parlamentari che andrebbero modificati per frenare la corsa al trasformismo che negli ultimi anni ha reso inutili maggioranze anche molto ampie, occorrerà infatti prestare attenzione al fatto che, mentre la riforma elettorale è già stata approvata, per quella costituzionale sul bicameralismo perfetto si dovranno attendere tempi decisamente più lunghi e un

iter più difficile, comprensivo del referendum confermativo. Per cui non è scongiurato il rischio che la riforma elettorale possa arrivare senza che il sistema bicamerale venga rivisto, il che potrebbe provocare, ancor più di quanto non sia avvenuto finora, due risultati opposti nelle due camere, considerato anche che si rivolgono a elettorati diversi per fasce di età. Sarebbe l'ennesimo pasticcio di una stagione di riforme "sgrammaticate".

**Direttore de Il Biellese*



LA PARTICOLARE PROBLEMATICA DELLA CHIUSURA ANTICIPATA DELLA PROCEDURA ESECUTIVA PER INFRUTTUOSITA' EX ART. 164 BIS DISP. ATT. C.P.C. DI MASSIMILIANO CARNIA*

a) Aspetti generali e scelta di politica legislativa.

Il decreto legge del 12 settembre 2014, n. 132 – come convertito con la legge 10 novembre 2014, n. 162 – si compone di 7 capi volti all'introduzione ovvero alla rimodulazione di istituti e meccanismi tesi, come linea guida di politica legislativa, alla c.d. "degiurisdizionalizzazione" del contenzioso civile

A tali fini, il legislatore ha introdotto misure per facilitare il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: ad esempio, aprendo alla possibilità di un trasferimento in sede arbitrale del giudizio pendente in primo grado o in appello (Capo I, art. 1), ovvero introducendo la procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati non solo in materia di diritti disponibili ma anche per la separazione personale dei coniugi e il divorzio (Capo II, artt. 2-11), e garantendo all'accordo raggiunto immediata efficacia ed esecutività senza necessità di omologazione giudiziale. Inoltre, e per quanto di maggiore interesse in questa sede, ha predisposto soluzioni volte ad attribuire efficienza e celerità nei

processi di cognizione ed esecuzione, in particolare, riducendo il periodo di sospensione dei termini feriali (art. 16), aprendo a nuove modalità telematiche di ricerca dei beni da pignorare (art. 492 bis c.p.c.) e, con riferimento all'oggetto di questo scritto, codificando, attraverso l'introduzione dell'**art. 164-bis** nelle disp. att. c.p.c., **la chiusura anticipata del processo esecutivo per infruttuosità (art. 19).**

Proprio la volontà di semplificare e ridurre i tempi della procedura esecutiva ha giustificato nei programmi legislativi l'introduzione, con l'**art. 19, comma 2, d.l. n. 132 del 2014**, della nuova disposizione di cui all'**art. 164-bis disp. att. c.p.c.**, a tenore della quale **«Quando risulta che non è più possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori, anche tenuto conto dei costi necessari per la prosecuzione della procedura, delle probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo, è disposta la chiusura anticipata del processo esecutivo».**

La norma costituisce evidentemente la risposta al delicato tema del tempo "ragionevole" della procedura esecutiva, soprattutto quando a fronte di **ripetute** operazioni di vendita infruttuose scendano significativamente le possibilità di realizzo del bene pignorato.

Non vi è dubbio, infatti, che la giusta considerazione **dell'interesse del creditore** a soddisfare il proprio diritto sui beni dell'esecutato debba pure necessariamente **rapportarsi con l'interesse dello stesso debitore esecutato** a non rimanere esposto *sine die* all'esecuzione:

Ma al di là dell'interesse creditorio o debitorio, quello che rileva in misura maggiore nel dato normativo è l'**interesse pubblico generale** alla tempestiva definizione delle procedure: una funzione di economia processuale **con finalità deflative**, quindi, non troppo dissimile da quanto previsto in materia fallimentare dall'art. 102 L.F., che pure mira ad evitare l'inutile dispendio di risorse in presenza di fallimenti "negativi" o "vuoti" che non presentano alcuna prospettiva di soddisfacimento dei creditori, a tal fine liberando il curatore dall'obbligo di redigere il programma di liquidazione e rendendo più rapide le operazioni della procedura

b) La giurisprudenza di merito e di legittimità antecedente la riforma.

Da un punto di vista temporale la nuova disposizione normativa è destinata a trovare applicazione in ordine ai procedimenti esecutivi iniziati **a decorrere dal trentesimo giorno successivo** alla data di entrata in vigore della legge di conversione. (vale a dire **a partire dall'11 dicembre**

2014, essendo entrata in vigore la legge di conversione in data 10 novembre 2014).

Il tema della chiusura anticipata dell'esecuzione infruttuosa è però certamente antecedente alla nuova produzione normativa, avendo in più occasioni già interessato la dottrina e soprattutto la giurisprudenza.

L'antieconomicità delle vendite immobiliari alimenta da tempo il dibattito sulla **compatibilità della ripetizione** delle operazioni di vendita (soprattutto quando comportino costi superiori al valore della *res* pignorata e questa non presenti un apprezzabile valore di mercato) con il principio di stampo costituzionale della **ragionevole durata** del processo, messo a rischio da un'esecuzione temporalmente "dilatata" e per di più "improduttiva".

La considerazione di tali esigenze era in questo senso già apparsa in una prima **giurisprudenza di merito** che, sulla scorta della valorizzazione del dettato dell'art. 111 Cost., e della regola di "necessaria utilità" del processo esecutivo, aveva concluso, a fronte della inutilità della prosecuzione della procedura, per la necessità **della sua sospensione** (si veda in particolare Tribunale di Roma, sez. Ostia, 9 maggio 2014, che dinanzi a cinque aste tenute senza aggiudicazione e ad una riduzione del prezzo del bene già pari a circa un terzo rispetto al valore di stima del CTU aveva disposto la sospensione per un anno dell'esecuzione ritenendo che, ai sensi dell'art. 586 c.p.c., debba considerarsi inutile per il creditore un trasferimento del bene immobile pignorato, quando sia palese che l'eventuale controvalore sarebbe «notevolmente inferiore a quello giusto»), ovvero finanche della declaratoria **di estinzione** della stessa (si veda Tribunale Napoli 23 gennaio 2014, Tribunale Belluno 3 giugno 2014, meno recente, Tribunale Venezia 6 novembre 2009, Tribunale Salerno 2002 n.1779, in *Giur. mer.*, 2004, 1373 ss.).

Una vera e propria "anticipazione normativa" che in parte aveva trovato sostegno in un iniziale orientamento estensivo della Suprema Corte. La Cassazione, infatti, aveva sostenuto che la riserva contenuta nella prima parte dell'art. 630 c.p.c. permettesse di ritenere che i casi di estinzione non fossero soltanto quelli esplicitamente menzionati negli artt. 629, 630 e 631 (rinuncia agli atti, inattività delle parti e mancata comparizione all'udienza) e che la relativa elencazione **non** fosse pertanto **tassativa**.

Nella ricostruzione di tale prima pronuncia, quindi, ogni qual volta il processo esecutivo non avesse potuto più proseguire in via definitiva (ad esempio per il venir meno del titolo esecutivo, per distruzione o sottrazione del bene pignorato, o, come nel caso deciso, nell'ipotesi di omessa richiesta di accertamento dell'obbligo del terzo da

parte del creditore procedente, a norma dell'art. 548 c.p.c.) esso avrebbe potuto **certamente estinguersi** (Cass. Civ. 19 maggio 2003 n.7762).

I limiti di tale orientamento non erano tuttavia sfuggiti **alla dottrina**, che aveva tentato di ricostruire il regime di chiusura anticipata della esecuzione come **limitato ai soli casi** in cui il bene pignorato fosse risultato, ab origine ovvero a seguito di incanti andati deserti, privo di effettivo valore di mercato o comunque insufficiente per il pagamento delle spese di procedura: **l'unico limite** alla prosecuzione della procedura sarebbe pertanto da individuarsi **nella totale mancanza di valore economico** del bene. Solo in questo caso, infatti, essendo divenuto il compendio pignorato un **"non bene"** economicamente apprezzabile, verrebbe meno l'oggetto stesso dell'esecuzione e troverebbe giustificazione la sua chiusura anticipata.

Si tratta evidentemente di argomentazioni ispirate da un favor creditoris non estraneo nemmeno **alla più recente giurisprudenza di legittimità** che, con un chiaro cambiamento di indirizzo, ha chiarito che nell'attuale quadro normativo applicabile all'esecuzione forzata vige **il principio della tassatività** delle ipotesi di estinzione del processo e, conseguentemente, **non è legittimo un provvedimento di c.d. "estinzione atipica"** fondato sulla improseguibilità per "stallo" della procedura di vendita forzata e, quindi, sulla inutilità o non economicità sopravvenuta del processo esecutivo (tra le altre, Cassazione Civile 19 dicembre 2006 n. 27148 e Cassazione Civile 26 marzo 2009 n.7346).



c) La nuova disposizione di cui all'articolo 164 bis disp.att. c.p.c.

Il testo della nuova disposizione normativa in commento si pone in una prospettiva di evidente **rottura** con quanto affermato dalla Cassazione sin dal 2006 (in particolare le già citate Cassazione Civile 19 dicembre 2006 n. 27148 e Cassazione Civile 26 marzo 2009 n.7346).

La disposizione, infatti, come già evidenziato, prevede la chiusura anticipata del processo esecutivo al verificarsi dei presupposti dalla stessa indicati.

Come parte della dottrina non ha mancato di sottolineare, il legislatore ha impiegato una formulazione **fortemente generica** che comporta il rischio di attribuire al giudice dell'esecuzione un potere discrezionale eccessivo in merito alla

verifica delle condizioni di applicabilità della norma.

Affinché dell'esecuzione possa essere ordinata la chiusura anticipata, infatti, la norma prescrive l'accertamento dell'impossibilità di conseguire un **“ragionevole soddisfacimento”** delle ragioni **«dei creditori», «anche»** tenendo conto **«dei costi necessari per la prosecuzione della procedura, delle probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo»**.

Al giudice è quindi rimessa una valutazione comparativa che non si sottrae, però, a ragionevoli dubbi interpretativi.

Innanzitutto, l'art. 164-bis fa richiamo **all'intera categoria dei creditori**, (privilegiati e non, tempestivi e non), con evidente sacrificio delle ragioni del creditore procedente, fortemente più esposte, al rischio della chiusura anticipata.

In secondo luogo il testo **non** offre con chiarezza **i criteri per determinare la soglia di ragionevolezza** del soddisfacimento delle pretese.

In tale contesto, la soluzione della chiusura anticipata dovrebbe certamente escludersi quando, nonostante i ripetuti ribassi, il prezzo di vendita continui a conservare **un'autonoma consistenza economicamente apprezzabile**.

Più complesse, invece, le ipotesi in cui il valore di aggiudicazione sia divenuto ormai **corrispondente** a quello dei costi già sostenuti per la procedura.

Una rigida applicazione del dettato normativo dovrebbe indurre, in ragione dell'impossibilità di soddisfare in concreto il credito portato dal titolo, a ritenere percorribile la strada della chiusura anticipata dell'esecuzione. Tuttavia tale soluzione pare **non** considerare **l'interesse del creditore** a che la procedura prosegua, **almeno per il recupero delle spese sopportate**. Infatti, ai sensi dell'art. 95 c.p.c., le spese sostenute dal creditore procedente e da quelli intervenuti sono a carico di chi ha subito l'esecuzione **solo quando si pervenga ad un'utile distribuzione**, rimanendo altrimenti in capo a chi le ha già anticipate. E' quindi evidente come la disposizione normativa in questione presupponga che il processo esecutivo si sia concluso **fruttuosamente** (si veda in particolare Cassazione Civile 2003 n. 8634 e Cassazione Civile 1999 n. 4695). In un'ottica meno rigorista allora, il nuovo art. 164-bis dovrebbe ritenersi applicabile solo quando i **futuri** costi per la prosecuzione della procedura superino il presumibile valore di aggiudicazione del bene. Altrimenti ragionando, si finirebbe infatti per accedere ad un'interpretazione del testo eccessivamente sacrificante per le ragioni del creditore nonché potenzialmente in contrasto con il principio costituzionale della tutela del diritto

all'esecuzione di un provvedimento giurisdizionale o di altro titolo esecutivo (tra le altre, Corte Costituzionale 6 dicembre 2002, n. 522; Corte cost. 18 luglio 2002, n. 366).

Inoltre v'è pure da aggiungere come la norma nulla dica in ordine **ai tempi e ai modi** della decisione di chiusura anticipata per infruttuosità. Ragioni di coerenza sistematica possono essere chiarificative sul punto.

È infatti chiaro che **da un punto di vista temporale** la valutazione sulla infruttuosità dell'esecuzione postula necessariamente almeno un tentativo di vendita, anche qualora il bene risulti – effettuata la perizia di stima – non collocabile sul mercato già al momento dell'udienza di autorizzazione ex art. 569 c.p.c. In tale specifica ipotesi il provvedimento di chiusura anticipata dovrà verosimilmente essere adottato il prima possibile

Quanto **alle modalità** della decisione di chiusura anticipata ex art. 164 bis disp. att. c.p.c., invece, l'esercizio dei poteri discrezionali **di direzione** del processo spettanti al giudice dell'esecuzione ex art. 484 c.p.c. e 175 c.p.c., **debbono necessariamente contemperarsi** con l'esigenza di assicurare alla parte interessata la possibilità di esporre la propria posizione in merito all'ipotesi della chiusura anticipata della procedura. Il provvedimento reso ai sensi dell'art. 164-bis, infatti, è – come evidenziato – destinato ad incidere sulle ragioni del creditore, sostanzialmente sacrificandole. In questo senso, **la sua convocazione risulta necessaria**, anche se per non costituire un formale contraddittorio, quantomeno per il miglior esercizio della potestà ordinatoria affidata al giudice stesso, come ispirata a regole di dovuta collaborazione.



d) I rimedi azionabili avverso l'ordinanza di chiusura anticipata

Resta da esaminare la questione dei rimedi azionabili avverso l'ordinanza di chiusura anticipata dell'esecuzione ex art. 164 bis disp. att. c.p.c., la quale, però, è strettamente connessa alla soluzione di un quesito fondamentale: accertare se quella delineata dal testo sia o meno una nuova ipotesi di estinzione “tipica” della procedura.

La più recente giurisprudenza di legittimità, in effetti, si è ormai univocamente assestata nel ritenere che solo per le ipotesi di cui agli artt. 629, 630 e 631 c.p.c. si è in presenza di una fattispecie tecnicamente qualificabile

come estintiva, con correlata reclamabilità (tra le altre, Cass. Civ. 19 dicembre 2014 n. 27031).

Diversamente, le altre ipotesi “atipiche” si configurano come affermazioni **non di estinzione, ma di improseguibilità** del processo esecutivo, per inutilità dovuta a consistente abbassamento del valore di vendita del bene al di sotto della soglia di un apprezzabile valore di mercato, per distruzione o perimento del compendio pignorato, per mancato assolvimento di oneri ritenuti essenziali per lo svolgimento e la definizione della procedura esecutiva. Nei confronti dei provvedimenti di improseguibilità lo strumento di reazione deve essere ravvisato **nell'opposizione agli atti esecutivi ex artt. 617 e ss. c.p.c.** (strumento generale diretto a far valere i vizi degli atti del processo esecutivo).

Ne deriva che il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione dichiara l'estinzione del processo esecutivo **per cause diverse da quelle tipiche** (e cioè differenti dalla rinuncia agli atti del processo ex art. 629 c.p.c., dall'inattività delle parti ex art. 630 c.p.c., dalla mancata comparizione delle parti a due udienze successive ex art. 631 c.p.c. e dalle cause espressamente previste dalla legge, anche speciale), avendo carattere atipico – contenuto di pronuncia di mera improseguibilità dell'azione esecutiva e natura sostanziale di atto del processo esecutivo – è impugnabile **con l'opposizione agli atti esecutivi** ai sensi dell'art. 617 c.p.c., che è il rimedio proprio previsto per tale atti (così Cass. Civ. 23 dicembre 2008 n. 30210; Cass. Civ. 20 novembre 2014 n. 24775; Cass. Civ. 1 aprile 2004 n. 6391).

D'altra parte lo stesso legislatore, attraverso le previsioni di cui agli artt. 629, comma 3, 630, comma 3, 631 comma 3 e 632 comma 3 c.p.c., ha di fatto indicato il reclamo quale strumento azionabile avverso i soli provvedimenti adottati **per le cause tipizzate** al Capo II del Titolo VI della legge processuale

Lo strumento del reclamo sarebbe quindi difficilmente compatibile con il dettato dell'art. 164 bis disp. att. cod. proc.civ., che ricollega piuttosto la dichiarazione di chiusura anticipata dell'esecuzione **ad una valutazione** (peraltro particolarmente libera) del giudice, a nulla rilevando la volontà del creditore.

La stessa norma infatti non fa ricorso alla categoria formale dell'estinzione del procedimento né offre argomenti che inducano a ritenere altrimenti

Inoltre considerare quella di cui all'art. 164-bis come nuova ipotesi **tipica** di estinzione, significherebbe anche dover considerare operativo l'art. 2945 comma 3 del codice civile ai sensi del quale l'instaurazione del giudizio interrompe la prescrizione e ne sospende il decorso fino al passaggio in

giudicato della sentenza che definisce il medesimo giudizio, mentre, quando il processo **si estingue**, la prescrizione decorre **dalla data dell'atto interruttivo** (Cass. Civ. 13 luglio 2007 n. 15756; Cass. Civ. 9 marzo 2006 n. 5104). Ciò importerebbe conseguenze negative per i creditori in termini di intervenuta prescrizione del diritto azionato in via esecutiva.

Anche ragioni di tenuta del sistema di tutela del credito suggeriscono quindi di attingere alla qualificazione di quella introdotta dall'art. 164 bis disp. att. c.p.c. come ipotesi di estinzione atipica, **rectius "di mera improseguibilità"** della procedura, con conseguente applicabilità del rimedio di cui all'art. 617 c.p.c. ed esclusione del meccanismo prescrizione di cui all'art. 2945 comma 3 c.c.

Occorre infine chiedersi se, disposta la chiusura anticipata della procedura esecutiva, sia possibile riproporre l'azione esecutiva, atteso che l'art. 632 ultimo comma c.p.c., anche per tramite del rinvio all'art. 310 c.p.c., non la esclude: infatti **"l'estinzione del processo non estingue l'azione"** recita testualmente l'art. 310 primo comma c.p.c. La soluzione al quesito pare positiva: del resto la stessa giurisprudenza di legittimità ha già chiarito che la rinnovazione del precetto configura senza dubbio un'attività legittima finché **in pendenza del procedimento esecutivo**, poiché esso non preclude né rende inutile la reiterazione dell'atto processuale che vi dà inizio, al fine di porre al riparo la concreta attuazione della pretesa esecutiva da possibili insuccessi (Cassazione Civile 20 dicembre 2013 n. 28614 e Cassazione Civile 29 agosto 2013 n. 19876).

e) Considerazioni conclusive

Con l'art. 164 bis disp. att. c.p.c., il legislatore ha introdotto **una norma di chiusura** per evitare l'inutile prolungarsi delle procedure esecutive non più idonee a raggiungere lo scopo del soddisfacimento delle pretese creditorie. Questa sembra essere **la vera causa** dell'introduzione di tale articolo: soddisfare quindi prioritariamente **l'interesse pubblico** a ridurre i costi e le lungaggini di procedure esecutive ormai inutili ed antieconomiche anche per lo stesso creditore, con conseguente riduzione dei carichi di lavoro e velocizzazione dell'*iter* procedimentale.

Sotto un'altra prospettiva la norma si presenta come misura di estremo interesse e importanza, **a tutela della casa e del debitore**: infatti, se in passato il giudice, in assenza di offerte vantaggiose, poteva percorrere la via della sospensione della procedura ex art. 586 c.p.c. **senza** che il debitore esecutato potesse tornare nella disponibilità del bene, oggi, con la chiusura definitiva ed anticipata della procedura ex

art. 164 bis c.p.c., è consentito al debitore esecutato, sebbene ancora gravato dal debito, di tornare **nella piena disponibilità** del proprio bene immobile.

E' infine indispensabile che l'organo giudicante, nell'applicare la norma, **salvaguardi anche l'interesse dei creditori** a vedere soddisfatte le proprie ragioni, disponendo la chiusura anticipata solo con riguardo ad ipotesi in cui il presumibile valore di realizzo del bene **non sia idoneo alla copertura dei costi futuri** dell'esecuzione.

Da una complessiva analisi della norma non si può tuttavia tacere che la tutela del ceto creditorio risulta più attenuata rispetto alla tutela dell'interesse pubblico e del debitore. Probabilmente, un maggiore e più efficace temperamento degli interessi in gioco si sarebbe potuto perseguire, attraverso il ricorso a strumenti diversi, peraltro già noti alla normativa processuale, finalizzati a **"conservare"** la procedura in attesa di migliori condizioni di mercato ovvero **"a realizzare"** direttamente il credito.

Il richiamo non è solo all'istituto dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 591 c.p.c., ma soprattutto **alla sospensione ai sensi degli artt. 586 e 624-bis** e, soprattutto, all'istituto **dell'assegnazione previsto dall'art. 588 c.p.c.** che – come noto – permette di realizzare le pretese del creditore nelle forme civilistiche della *datio in solutum* attraverso il trasferimento in proprietà dell'immobile in compensazione totale o parziale del credito.

**Avvocato del Foro di Biella*



IL RUOLO DELL'ISCRIZIONE ALL'ALBO NELL'ART. 348 C.P. DI VALERIA BOZIO*

Due opposte sentenze in materia - Il caso: il Medico Chirurgo, specializzato in Odontostomatologia, iscritto all'Albo dei Medici, che eserciti anche la professione di Odontoiatra, senza essere iscritto all'Albo dei Medici Odontoiatri pur avendo i requisiti per iscriversi, risponde di esercizio abusivo della professione ex art. 348 c.p.?

Nel 2013 due sentenze si sono occupate del problema, e sono giunte a conclusioni diametralmente opposte: il Tribunale di Arezzo, Sezione distaccata di Montevarchi, nella persona del Giudice Dott. Mauro Bilancetti, con la sentenza 11 gennaio 2013,

depositata il 20 febbraio 2013²³, condanna l'imputato alla pena di Euro 400 di multa, oltre al pagamento delle spese processuali, mentre il Tribunale di Torino, nella persona del Giudice Dott. Giuseppe Casalbore, con la sentenza 11 gennaio 2013, depositata il 4 marzo 2013, assolve l'imputato perché il fatto non sussiste²⁴.

Entrambi gli imputati si erano iscritti all'Albo dei Medici prima che entrasse in vigore la l. 24/07/1985 n. 409, istitutiva della professione sanitaria di odontoiatria, ed entrambi avevano pacificamente tutti i requisiti per iscriversi anche all'albo degli Odontoiatri dopo l'entrata in vigore della suddetta legge, ma non si erano iscritti, perché convinti che l'iscrizione all'Albo dei Medici fosse condizione sufficiente per operare, come medico, anche nel settore odontoiatrico.

Il Tribunale di Arezzo, sezione distaccata di Montevarchi, ritiene, con la giurisprudenza prevalente, che presupposto per non incorrere in esercizio abusivo della professione sia, oltre all'abilitazione, anche l'iscrizione al relativo albo professionale, e che quindi risponda del delitto di cui all'art. 348 c.p. non solo chi eserciti una professione protetta sfornito del titolo richiesto e della relativa abilitazione, ma anche chi, regolarmente abilitato, non abbia tuttavia adempiuto alle successive formalità previste dalla legge. Il Tribunale di Torino, invece, giudica «l'omessa iscrizione all'Albo degli Odontoiatri, da parte di un soggetto che ha già tutti i titoli abilitativi per esercitare la professione di dentista e che continua ad esercitare tale professione in quanto la stessa legge di nuova introduzione gliene ha riconosciuto la legittimazione sulla base della sua precedente situazione di medico chirurgo iscritto all'Albo dei Medici chirurghi (...) una violazione di carattere esclusivamente formale che non incide sul precetto penale e che non attiene al giudizio di disvalore espresso nella norma incriminatrice contestata»²⁵.

²³ Tribunale di Arezzo, Sezione distaccata di Montevarchi, Sezione Penale, sentenza 11 gennaio 2013 - 20 febbraio 2013, Giudice Dott. Mauro Bilancetti, in *Diritto e Giurisprudenza Commentata* 2-2014, Dike p. 89 s.

²⁴ Tribunale Ordinario di Torino, Sezione Prima Penale, sentenza 11 gennaio 2013 - 4 marzo 2013, Giudice Dott. Giuseppe Casalbore, *ibidem*, p. 85 s.

²⁵ In realtà, anche il Tribunale di Torino ritiene che, astrattamente, «il conseguimento del solo titolo abilitativo non può essere ritenuto elemento da solo sufficiente per il legittimo esercizio della relativa attività professionale» e che «la mancata iscrizione all'Albo professionale, pur in presenza del conseguimento dei rispettivi titoli abilitativi per l'esercizio della professione stessa, integra gli estremi del reato previsto dall'art. 348 c.p.». Nel caso specifico, però, il soggetto già esercitava, lecitamente, la professione di odontoiatra nel momento di entrata in vigore della legge che istituiva il relativo albo, ed allora, «l'omessa iscrizione all'Albo degli Odontoiatri (...) può essere considerata una violazione di carattere esclusivamente formale». Discorso la cui logica si comprende, però, solo nell'ottica di una

L'ambito applicativo dell'art. 348 c.p. - L'art. 348 c.p. punisce «chiunque abusivamente esercita una professione, per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato».

La *ratio* è evidente: sanzionare i soggetti che esercitino determinate attività, riconosciute come particolarmente delicate, senza essersi sottoposti alla previa verifica sull'idoneità prevista dalla legge²⁶.

Le attività contemplate dalla disposizione sono le professioni per le quali è richiesta una speciale abilitazione dello Stato. Restano, quindi, al di fuori le arti e i mestieri, nonché le professioni per il cui esercizio non sia richiesta l'abilitazione²⁷.

Soggetto attivo può essere chiunque si trovi sprovvisto dei requisiti per l'esercizio della professione²⁸, mentre soggetto passivo è la Pubblica Amministrazione, non anche gli ordini professionali o i privati che abbiano avuto rapporto con il professionista abusivo (entrambi possono, però, costituirsi parte civile, qualora ritengano di aver subito dei danni).

La condotta incriminata consiste nel compimento di uno o più atti riservati in modo esclusivo all'attività professionale, non anche di atti che possono essere compiuti da chiunque. Le Sezioni Unite hanno però specificato che «concreta esercizio abusivo di una professione, punibile a norma dell'art. 348 c.p., non solo il compimento senza titolo, anche se posto in essere occasionalmente e gratuitamente, di atti da ritenere attribuiti in via esclusiva a una determinata professione, ma anche il compimento senza titolo di atti che, pur non attribuiti singolarmente in via esclusiva, siano univocamente individuati come di competenza specifica di una data professione, allorché lo stesso compimento venga realizzato con modalità tali, per continuità, onerosità e (almeno minimale) organizzazione, da creare, in assenza di chiare indicazioni diverse, le oggettive apparenze di un'attività professionale svolta da soggetto regolarmente abilitato»²⁹.

La gratuità della prestazione professionale non esclude la sussistenza del reato: non è richiesto, infatti, lo scopo di lucro. Il dolo è generico, e consiste nella consapevolezza dell'agente di esercitare abusivamente la

professione. Controversa, in dottrina, l'efficacia scusante dell'ignoranza circa le disposizioni dei diversi ordinamenti professionali³⁰. Tra le scriminanti, inapplicabile l'art. 50 c.p.: il consenso del destinatario della prestazione è irrilevante, perché l'interesse leso è pubblico, quindi indisponibile. Applicabile, invece, l'art. 54 c.p.: l'atto compiuto in stato di necessità non costituisce reato, ed in alcuni casi è addirittura doveroso.

È opinione pressoché pacifica che l'art. 348 c.p. sia una *norma penale in bianco*, perché presuppone l'esistenza di altre norme giuridiche che qualifichino un'attività come professione e prescrivano l'abilitazione per il suo esercizio. Mentre la maggior parte della dottrina, però, ritiene che la disposizione si limiti a sanzionare i divieti contemplati da norme giuridiche speciali esterne³¹, alcuni la considerano norma «conclusa» e perfetta, con tanto di precetto in sé compiutamente significativo e con relativa sanzione³². In questa seconda prospettiva, la disciplina amministrativa della professione di volta in volta presa in considerazione costituirebbe solo il criterio di riferimento per determinare il concreto abuso, e non anche l'integrazione del tipo di illecito in termini generali ed astratti.

«L'autosufficienza precettiva» della fattispecie incriminatrice delineata dall'art. 348 c.p. è stata avallata anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 199 del 1993³³, secondo cui, a ««prescindere dal problema dogmatico sulla natura giuridica della norma penale in bianco» (v. sentenza n. 58 del 1975)», «l'art. 348 del codice penale

(...) lungi dall'operare un meccanico rinvio ad altre fonti dell'ordinamento quali elementi strutturali del precetto, delinea esaurientemente la fattispecie in tutte le sue componenti essenziali. Il fatto costitutivo del reato, infatti, assume i connotati della antigiridicità attraverso la realizzazione dell'atto o degli atti mediante i quali «abusivamente» viene esercitata una determinata professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato».

Tuttavia, anche successivamente a tale decisione è stato ribadito l'indirizzo, maggioritario, secondo il quale l'art. 348 c.p. postula l'esistenza di altre disposizioni di legge, integrative della norma penale, che stabiliscano le condizioni oggettive e soggettive in difetto delle quali non è consentito l'esercizio di determinate professioni³⁴.

Il concetto di esercizio abusivo: a) l'opinione consolidata - In che senso va inteso l'avverbio «abusivamente» nell'ambito dell'art. 348 c.p.?

Dottrina e giurisprudenza sono concordi, con l'eccezione di voci isolate³⁵, nell'affermare che sia **abusivo l'esercizio della professione svolto in mancanza dei requisiti previsti dalla legge; in particolare, non solo la mancanza dell'abilitazione, ma anche la mancata iscrizione all'albo, ove prevista, integrerebbe il reato**³⁶.

La tesi è sviluppata attraverso due vie, che convergono nel risultato, pur partendo da due punti di vista differenti.

In una prima prospettiva, **la speciale abilitazione di cui parla l'articolo 348 c.p. non sarebbe diretta a dar corpo al concetto di «abusivamente», ma assumerebbe un significato puramente referenziale**, volto cioè ad individuare unicamente le professioni protette;

³⁰ Per la tesi che esclude il dolo nel caso in cui l'agente ritenga per errore dovuto a ignoranza delle disposizioni dei diversi ordinamenti professionali di poter lecitamente esercitare, cfr M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Commentario sistematico, Giuffrè, 1999, p. 146; per la tesi secondo la quale l'errore sulle norme che qualificano l'attività come professione e prescrivono una speciale abilitazione per il suo esercizio, nonché sulle norme che prescrivono i requisiti per la capacità giuridica all'esercizio della professione, non discrimina, cfr E. CONTIERI, *Esercizio abusivo di professioni, arti o mestieri*, cit., p. 609.

³¹ V. MANZINI, *Esercizio abusivo di professioni*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1934, p. 742. In giurisprudenza cfr *ex multis* Cass. pen. Sez. VI, 18 novembre 1993, n. 2685 in *Cass. Pen.*, 1995, p. 2126: «L'art. 348 c.p. - che punisce il reato di abusivo esercizio di una professione - ha natura di norma penale in bianco in quanto postula, come si evince dalla stessa formulazione del testo normativo (cfr. l'avverbio «abusivamente»), l'esistenza di altre disposizioni di legge che stabiliscano le condizioni oggettive e soggettive in difetto delle quali non è consentito - ed è quindi abusivo - l'esercizio di determinate professioni (quelle per cui occorre l'abilitazione statale); trattasi propriamente di altre disposizioni che, essendo sottintese nell'art. 348, sono integrative della norma penale ed entrano a far parte del suo contenuto quasi per incorporazione; cosicché la violazione di esse si risolve in violazione della norma incriminatrice».

³² M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 137.

³³ Corte Cost., 27 aprile 1993, n. 199, punto 4 *Considerato in diritto*.

³⁴ Cfr. *ex multis*, Cass. pen. Sez. VI, 9 dicembre 2002, n. 1751, in *CED Cassazione* 2003.

³⁵ Su cui v. *infra*.

³⁶ Cfr. in dottrina F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale II, Giuffrè, 2000, p. 393: «l'esercizio della professione è «abusivo» non solo allorché il soggetto è sfornito del titolo richiesto (laurea o diploma), ma anche quando non sono state adempiute le formalità prescritte, come, ad es., l'iscrizione nell'albo degli avvocati», G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 317: «può dirsi abusivo l'esercizio della professione svolto in mancanza dei requisiti previsti dalla legge (abilitazione e iscrizione all'albo)»; in giurisprudenza Cass. pen. Sez. VI, 5 marzo 2004, n. 19658, in *Riv. Pen.*, 2005, p. 489: «Commette il reato di esercizio abusivo di una professione (nella specie, quella di procuratore legale) colui il quale, pur avendo superato l'esame di Stato necessario a conseguire la relativa abilitazione, non sia (o non sia più) iscritto al relativo albo professionale. Tale disciplina non contrasta con il comma quinto dell'art. 33 della Costituzione, nella parte in cui prescrive un esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio professionale, in quanto la norma non vieta al legislatore la previsione di condizioni aggiuntive per detto esercizio».

«giustizia del caso singolo» che effettivamente la sentenza in questo modo riesce a realizzare.

²⁶ Cfr. *ex multis*, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte speciale*, Vol. I, Zanichelli, 1997 p. 316, V. MANZINI, *Trattato di diritto Penale Italiano*, vol V, UTET, 1950, pp. 516-517.

²⁷ Cfr. E. CONTIERI, *Esercizio abusivo di professioni, arti o mestieri*, Enc. Dir., XV, 1966, p. 607.

²⁸ Può, peraltro, concorrere nel fatto commesso da chi esercita abusivamente la professione anche l'abilitato. Cfr V. MANZINI, *Trattato di diritto Penale Italiano*, cit., p. 516.

²⁹ Cass. Pen., S.U., 15 dicembre 2011, n. 11545, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, pp. 543-544.

all'interno delle quali, poi, si realizzerebbe l'abuso non solo per la mancanza della speciale abilitazione, ma per l'inosservanza di ogni altro requisito legalmente previsto (dunque anche per la mancata iscrizione all'albo).

Molto chiara su questo punto la Corte d'Appello di Milano, sentenza 11 gennaio 2005, depositata il 28 gennaio 2005 (inedita): «Priva di fondamento è la doglianza degli appellanti relativa alla interpretazione estensiva dell'art. 348 C.P.; infatti, la norma incriminatrice è norma penale in bianco, in quanto postula l'esistenza di altre disposizioni integrative del precetto penale che stabiliscano le condizioni oggettive e soggettive in difetto delle quali non è consentito – ed è quindi abusivo – l'esercizio di determinate professioni (quelle per cui occorre l'abilitazione statale): ed infatti la lettera della norma non fa riferimento al difetto dell'abilitazione, bensì all'esercizio abusivo di professioni per le quali è richiesta una speciale abilitazione dello Stato».

In questa logica si è sostenuto in dottrina che, nell'art. 348 c.p., «presupposto di fatto (con contenuto negativo) è la mancanza di capacità giuridica all'esercizio della professione nel soggetto attivo principale del reato, cioè in colui che compie l'atto tipico di esercizio della professione. Questa mancanza di capacità giuridica, che l'art. 348 c.p. designa col termine “abusivamente”, non dev'essere, in concreto, rapportata senz'altro o soltanto alla speciale abilitazione dello Stato, che appartiene, invece, al presupposto normativo del delitto. In altri termini, l'esigenza che sia richiesta una speciale abilitazione dello Stato sta solamente a designare quali professioni possano essere oggetto di esercizio abusivo; mentre la capacità giuridica ad esercitarle (e, quindi, l'abuso da parte dell'incapace) può dipendere da altri requisiti oltre che dalla titolarità dell'abilitazione (per esempio, dall'iscrizione in un albo) o, talvolta, può sussistere nonostante la mancanza di titolarità dell'abilitazione (per esempio, nel caso di speciali concessioni ammesse in via transitoria)»³⁷.

In una seconda prospettiva, si fa invece leva sul significato del termine “abilitazione”, sostenendo che la stessa non consista esclusivamente nel conseguimento del diploma o altro titolo analogo, ma nel complesso dei requisiti previsti dalla legge per l'ammissione all'esercizio professionale, tra cui l'iscrizione all'albo, ove prescritta³⁸. In termini categorici, «abilitazione è sinonimo, ai fini della valutazione giuridica di un comportamento, di legittimazione e deve, perciò, far rientrare nel concetto di essa la esigenza di qualunque

condizione richiesta dalla legge per l'esercizio legittimo di una professione»³⁹. Ancora, «l'abuso consiste nell'esercizio di una professione senza la speciale abilitazione dello Stato», pertanto la carenza di abilitazione che lo determina «si ha sia nel caso di difetto originario di titolo, sia nella ipotesi di cessazione o sospensione della capacità di esercizio (cancellazione dall'albo, sospensione, ecc.)»⁴⁰.

Mentre la prima prospettiva non contraddice il significato letterale dell'art. 348 c.p.⁴¹, non sembra si possa sostenere lo stesso per la seconda. **Si fuoriesce dalla cornice dei possibili significati dell'espressione «speciale abilitazione dello Stato» quando si ricomprende in essa l'iscrizione all'albo;** tanto è vero che si può essere tranquillamente abilitati ad una professione senza essere iscritti al relativo albo, ed a determinati fini i due requisiti sono slegati l'uno dall'altro⁴².

Segue: b) le voci critiche - Poche le voci dissenzienti rispetto all'idea che eserciti abusivamente una professione il soggetto abilitato, ma non iscritto al relativo albo.

Spicca una isolata, ma autorevole, corrente secondo la quale «non può rispondere di abusivo esercizio di una professione (...) chi, avendo conseguito la prescritta abilitazione, la eserciti senza avere ottenuto l'iscrizione all'albo relativo o ne sia stato cancellato, giacché la legge (art. 348 e 359) solo il requisito dell'abilitazione richiede, e non quello della iscrizione, che sono, nel sistema delle leggi speciali, cose nettamente distinte»⁴³.

Più recentemente, si è sviluppata una critica all'interpretazione consolidata basata sull'evidente diversità qualitativa della condotta di chi non abbia conseguito l'abilitazione e di chi, invece,

semplicemente non abbia perfezionato l'iter di iscrizione all'albo. In particolare, muovendo dal parametro costituzionale della ragionevolezza, si è così argomentato: «alla mancanza di abilitazione viene in genere totalmente assimilata, come elemento costitutivo del reato, la mancanza di iscrizione all'albo ove necessaria: conclusione, questa, cui si perviene rilevando che l'abilitazione richiesta contrassegna bensì le specifiche professioni, ma il carattere abusivo dell'esercizio può determinarsi anche *aliunde*, come inosservanza dell'iter amministrativo che ultimativamente ammette il soggetto allo svolgimento della professione. **Largamente condivisa (...), questa interpretazione dell'art. 348,** la cui diffusione si spiega certamente anche con l'assenza di una diversa previsione punitiva apposta per il caso di difetto di iscrizione all'albo (diverso pare infatti l'abuso di titoli e onori, dato il testo dell'art. 498 (...)), **è probabilmente da accogliere,** potendo contare sulla collocazione della norma nell'ambito dei delitti contro la p.a. e dunque sulla matrice unitaria di una violazione – comune al difetto di abilitazione – dei controlli “autorizzatori” che la p.a. medesima è nel suo complesso chiamata ad espletare; ma è dubbio che tale soluzione, seppure da accogliere sulla base della disposizione in vigore, sia anche soddisfacente, e che per questo verso l'art. 348 riesca ad accreditarsi come norma pienamente rispettosa del criterio costituzionale di ragionevolezza (...), essendo evidente la diversità qualitativa delle due condotte. Un conto, infatti, è l'esercizio professionale da parte di chi non abbia conseguito il diploma prescritto (poniamo di chi operi in un ospedale senza mai aver messo piede in una facoltà medica), altro è la professione esercitata da parte di chi del diploma e successiva abilitazione sia validamente in possesso ma non abbia perfezionato l'iter di iscrizione all'albo: e il divario di disvalore appare di tale dimensione che difficilmente può bastare a “livellarlo” la concreta scelta del giudice nell'ambito della previsione edittale di pena»⁴⁴.

La critica è mossa principalmente in prospettiva *de iure condendo*, ma le ragioni che,

³⁹ T. DELOGU, *La tutela penale delle professioni legali*, in *Giur. compl. cass. pen.*, 1944, p. 130

⁴⁰ G. MAGGIORE, *Diritto Penale*, Vol II, Tomo I, Zanichelli, 1950, p. 229

⁴¹ Seppur criticabile sul piano del rispetto del principio costituzionale della ragionevolezza (cfr *infra*)

⁴² Ne è un esempio, relativamente alla professione forense, uno dei requisiti per l'ammissione al Concorso in Magistratura (Decreto 30 ottobre 2013 - Concorso, per esami, a 365 posti di magistrato ordinario): «Per essere ammesso al concorso è necessario che l'aspirante (...) rientri (...) in una delle seguenti categorie: (...) abilitati all'esercizio della professione forense e, se iscritti all'albo degli avvocati, non incorsi in sanzioni disciplinari». La Corte Costituzionale (sentenza 20 ottobre 2010, n. 296), aveva giudicato incostituzionale il fatto che non fossero previsti tra i soggetti ammessi al concorso per magistrato ordinario anche coloro che avessero conseguito l'abilitazione all'esercizio della professione forense, ma non fossero iscritti al relativo albo degli avvocati.

⁴³ N. LEVI, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Trattato di diritto Penale coordinato da E. Florian*, Dottor Francesco Vallardi, 1935, p. 71. Si aggiunge che «d'altronde ciò risulta dalla estensione (diversamente superflua) fatta da talune leggi, che dichiarano applicabili gli art. 498 e 348 cod. pen. all'usurpazione del titolo e all'esercizio della professione senza iscrizione all'albo»

⁴⁴ M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 140-141. La dubbia legittimità dell'interpretazione maggioritaria, con riferimento all'irragionevole assimilazione fra situazioni cariche di differente disvalore penale, è evidenziata anche da V. TORRE (*Esercizio abusivo di professioni*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/esercizio-abusivo-di-professioni_%28Diritto-on-line%29/), la quale sottolinea inoltre come la rilevanza penale assunta dalla mancata iscrizione comprometta il significato politico-criminale della fattispecie codicistica, che da norma a tutela dell'interesse generale della collettività affinché alcune professioni vengano svolte con serietà e competenza, sbiadirebbe a mero strumento di affermazione di interessi corporativistici.

³⁷ E. CONTIERI, *Esercizio abusivo*, cit., pp. 607-608

³⁸ V. MANZINI, *Esercizio abusivo*, cit., p. 745

a dire dello stesso autore, osterebbero all'accoglimento della tesi *de iure condito* non paiono decisive. Non lo sono, in particolare, né l'argomento dell'assenza di una diversa e specifica previsione punitiva per il difetto di iscrizione all'albo, né quello topografico, in quanto l'interesse della P.A. al controllo sull'idoneità del soggetto ad esercitare una determinata professione è tutelato già nella fase dell'abilitazione, in cui si valutano le competenze acquisite.

Considerazioni a margine - Sul piano puramente letterale sono sostenibili sia la tesi, di più immediata percezione, secondo la quale l'avverbio «abusivamente» di cui all'art. 348 c.p. mutuerrebbe il suo significato dalla seconda parte della disposizione; con la conseguenza che sarebbe solo la mancanza della *speciale abilitazione* a determinare l'abusività dell'esercizio, sia la tesi, più sofisticata, secondo cui l'avverbio avrebbe un significato pienamente autonomo, capace di sanzionare qualsiasi abuso attinente alle professioni per le quali sia prevista una speciale abilitazione. Come accennato⁴⁵, assai meno convincente appare, invece, la tesi che ricomprende nell'espressione «speciale abilitazione dello Stato» anche l'iscrizione all'albo, essendo i due requisiti palesemente distinti l'uno dall'altro. Probabilmente ad orientare dottrina e giurisprudenza verso la prospettiva che assegna all'avverbio «abusivamente» un significato autonomo è la difficoltà di individuare una specifica sanzione per la mancata iscrizione all'albo; anche perché sul piano disciplinare l'ordine professione esercita la sua autorità unicamente sui soggetti iscritti.

Resta però il fatto che, **disancorando il concetto di "abusivo" dalla seconda parte della disposizione, ogni difformità dal paradigma stabilito per l'esercizio della professione verrebbe ad essere penalmente sanzionata, senza possibilità di una graduazione** se non nel limite della discrezionalità del giudice in ordine alla pena edittale.

Consapevoli del rischio di questo eccesso sanzionatorio, le Sezioni Unite con la sentenza n. 2 del 1990 tentano di porvi rimedio, ed affermano che «la portata della norma di cui all'art. 348 non può essere dilatata ricomprendendo in essa non solo i casi di esercizio della professione senza quella speciale abilitazione dello Stato richiesta ex art. 2229 cod.civ. ma anche i casi in cui, per il soggetto abilitato all'esercizio di una professione, siano richiesti ulteriori requisiti per svolgere particolari mansioni (nella specie direttive)». Infatti, «la norma di cui all'art. 348 C.P. tende a ribadire la potestà esclusiva dello Stato ad abilitare all'esercizio di alcune professioni che più

significativamente possono pregiudicare requisiti culturali o morali, interessi rilevanti dei cittadini, e perciò vuole penalmente sanzionare solo l'accesso alle predette professioni (da ciò lo stretto collegamento con l'abilitazione da parte dello Stato) e non le successive modalità di esercizio di una professione a cui si è già abilitati». Ciò porta a concludere che «non può sussistere l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 348 C.P. per chi è stato abilitato all'esercizio della professione e non sia stato né sospeso né interdetto né dichiarato decaduto. E la dottrina e la giurisprudenza ritengono unanimemente che se l'abilitato usurpi un titolo specialistico, che non gli compete, risponderà dell'ipotesi criminosa di cui all'art. 498 C.P. ma mai di quella di cui all'art. 348 che resta strettamente legata alla mera abilitazione da parte dello Stato»⁴⁶. Discorso apprezzabile nel fine, ma poco convincente sul piano argomentativo, in quanto **il termine "abusivo", una volta assunto autonomamente, non tollera al suo interno ulteriori distinzioni né di grado né di qualità**; e pertanto i vari *distinguo* non collegati alla speciale abilitazione, via via formulati da dottrina e giurisprudenza⁴⁷, diventano arbitrari. Con l'inammissibile conseguenza di trovarsi costretti a **parificare situazioni estremamente eterogenee**, come bene risulta dalla sentenza del Tribunale di Arezzo sopra citata: un medico specializzato in odontostomatologia in data anteriore all'entrata in vigore della l. 24/07/1985 n. 409, istitutiva dell'Albo degli Odontoiatri, risponde di esercizio abusivo, allo stesso

modo in cui ne risponde un soggetto che, neppure laureato, eserciti senza alcun titolo la stessa professione.

La paradossalità del caso dimostra come un'**interpretazione costituzionalmente orientata** della disposizione (sulla base del parametro della ragionevolezza), in accordo con il principio generale che vede il diritto penale come *extrema ratio*, **non possa disancorare la prima dalla seconda parte dell'art. 348 c.p., dilatando il concetto di abusivo anche ad inadempimenti che possono assumere rilevanza sul piano civile e/o amministrativo, ma non su quello penale.**

In conclusione appare, quindi, corretta nell'esito, al di là delle specifiche argomentazioni, la posizione assunta dal Giudice del Tribunale di Torino, che ha assolto l'imputato, medico specializzato in odontoiatria, iscritto all'albo dei medici prima dell'entrata in vigore della menzionata legge 409/1985, riconoscendo alla mancata iscrizione all'albo degli Odontoiatri il valore di «una violazione di carattere esclusivamente formale che non incide sul precetto penale e che non attiene al giudizio di disvalore espresso nella norma incriminatrice contestata».

La contestazione in ordine alla doppia iscrizione - Nel caso deciso dal Tribunale di Torino resta sullo sfondo la questione che, da un certo punto di vista, potrebbe anche definirsi 'pregiudiziale', se la doppia iscrizione (all'albo dei Medici e all'albo degli Odontoiatri) nel caso specifico fosse davvero necessaria a norma di legge per l'esercizio della professione di odontoiatra.

L'imputato è un convinto sostenitore dell'unitarietà della professione medica, e giudica l'introduzione della doppia iscrizione un equivoco in cui sarebbe incorsa la Corte Costituzionale (sentenza 9 marzo 1989, n. 100, che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale degli artt. 4, 5 e 20 della legge 24 luglio 1985, n. 409 (...)» nella parte in cui non prevedono che i soggetti indicati nell'art. 20, primo comma, ottenuta l'iscrizione all'albo dei odontoiatri, possano contemporaneamente mantenere l'iscrizione all'albo dei medici chirurghi così come previsto per i soggetti indicati nell'art. 5, e nella parte in cui prevedono che i medesimi possano <optare> nel termine di cinque anni per l'iscrizione all'albo degli odontoiatri, anziché <chiedere> senza limite di tempo tale iscrizione). Tutto ciò che è diagnosi e cura del corpo umano sarebbe, a suo avviso, competenza del medico, mentre sarebbe altamente dannosa una parcellizzazione della professione: è infatti necessario che ogni odontoiatra abbia competenza anche in medicina generale, per essere in grado di affrontare eventuali complicazioni insorte durante l'intervento.

⁴⁶ Cass Pen, S.U., 26 aprile 1990, n. 2, in *CED Cassazione 1990*. Così anche, in dottrina, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 318, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 395.

⁴⁷ Ad esempio, T. DELOGU, *La tutela penale delle professioni legali*, cit., p. 135 ritiene integri il reato ex art. 348 c.p. anche l'esercizio da parte di un abilitato iscritto all'albo effettuato in violazione delle norme sulla competenza (ad eccezione di quella territoriale, perché slegata da ragioni sostanziali, salvo che a base della stessa vi sia anche una diversità di requisiti tecnici). L'avvocato che eserciti patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori senza essere iscritto nei relativi albi, quindi, secondo questa tesi commetterebbe il reato, mentre non lo commetterebbe secondo la tesi di cui alla nota precedente (cfr G. FIANDACA-E. MUSCO, *ibidem* «è pacifico che la violazione delle regole di competenza territoriale o funzionale non integra l'estremo dell'esercizio abusivo, come nel caso del procuratore legale che eserciti al di fuori del distretto della Corte d'appello in cui è iscritto, o dell'avvocato che difenda in Cassazione senza essere iscritto nel relativo albo: qui sussiste la capacità di esercizio, ma si è violata una regola di competenza che renderà l'atto invalido e darà luogo a responsabilità disciplinare»). Ancora, una tesi più estrema (G. BONINI, *Del reato di esercizio abusivo di una professione*, in *Il Foro italiano*, parte II, 1936, p. 128), ritiene che sia abusivo anche l'esercizio al di fuori dell'area di competenza territoriale: «è abusivo non solo l'esercizio fatto da chi non è abilitato o iscritto, ma qualsiasi esercizio *oltre i limiti* imposti dal diritto, perché anche esso illegittimo, come per es. l'esercizio della professione di procuratore al di fuori della circoscrizione entro la quale il procuratore è abilitato».

La giurisprudenza di merito, d'altro canto, ha più volte affermato l'interdisciplinarietà tra la professione di medico e quella di dentista. Il Tribunale di Venezia, con la sentenza n. 2243 del 12 novembre 2002, depositata il 14 agosto 2003 (inedita), assolveva l'imputato (medico chirurgo non iscritto all'albo degli odontoiatri) dal reato ex art. 348 c.p. nonostante lo stesso incontestabilmente svolgesse, nel proprio studio medico, «attività di diagnosi e terapia delle malattie della bocca e dei denti, dunque attività odontostomatologica». L'assoluzione si basava sul fatto che «la distinzione e l'autonomia tra le due professioni, medico e odontoiatra, non preclude affatto l'interdisciplinarietà, del resto oggettiva, tra le medesime, elemento comune anche ad altre professioni, comportando esclusivamente la conseguenza che il medico chirurgo non potrà mai assumere la qualifica di odontoiatra, fregiandosi del relativo titolo professionale (...), ma nulla gli impedisce di compiere gli atti medici odontostomatologici comuni ad entrambe le professioni». Analogamente, il Tribunale di Avezzano, con Sentenza n. 1213 del 22 novembre 2005, depositata il 28 marzo 2006 (inedita), dichiarava la liceità dell'esercizio dell'odontostomatologia da parte del medico monoiscritto all'albo medici, assolvendo l'imputato dal reato ex art. 348 c.p. sulla base del fatto che «è innegabile che tra le due professioni intercorra interdisciplinarietà, con la conseguenza che l'attività di odontostomatologia non appare preclusa ad ognuna delle due professioni ed in particolare a quella dei medici-chirurghi, essendo la stessa una delle possibili discipline praticabili dai medici».

Diversa la strada percorsa dal Tribunale di Torino che, in base alle ragioni esposte, ha considerato penalmente irrilevante la mancata iscrizione all'albo, senza entrare nel merito della sua eventuale illiceità sotto il profilo civile o amministrativo; problema, quest'ultimo, evidentemente ritenuto estraneo all'oggetto del giudizio penale.

(l'articolo riproduce, con minime variazioni, il commento dell'autrice alle sentenze del 2013 del Tribunale di Torino e del Tribunale di Arezzo, pubblicato in Diritto e Giurisprudenza Commentata 2-2014, Dike, p. 93 s)

**Avvocato del Foro di Biella*



IL RAPPORTO TRA IL FENOMENO DEL BULLISMO ED IL REATO DI STALKING DI NICOLETTA VERARDO*

Il fenomeno del bullismo che coinvolge i giovani e i giovanissimi, è stato studiato a partire dagli anni 80 nel Nord-Europa. Dan Olweus è stato uno dei maggiori studiosi di questa materia e nel 1993 ha pubblicato il libro "Bullismo a scuola – ragazzi oppressi, ragazzi che opprimono", che è poi divenuto un importante punto di riferimento per chi si è occupato e ancora oggi si occupa di questo argomento.

Il Dott. Dan Olweus a quell'epoca era docente di psicologia presso l'università di Bergen in Norvegia, nel 1983 era stato incaricato dal Ministero della Pubblica Istruzione Norvegese di predisporre un programma di intervento contro il bullismo, in seguito alla notizia del suicidio di 3 ragazzi tra i 10 e i 14 anni, che erano stati vittime di frequenti atti di bullismo. A lui si deve la prima analisi sistematica e la definizione di questo fenomeno. Da quello studio nacque un programma di intervento mirato l'Olweus Building Prevention Program (OBPP) che ancora oggi è utilizzato in molti Stati del Mondo (<https://www.clemson.edu/olweus/index.html>)

Secondo Olweus caratteristica del bullismo è l'asimmetria della relazione, il bullo per forza fisica o psicologica è più forte della vittima. Le finalità dell'azione del bullo sono il predominio ed il controllo sulla vittima, il bullo agisce all'interno e con il favore di un gruppo, che non necessariamente partecipa agli atti di aggressione e può limitarsi ad osservare senza intervenire per farne cessare le condotte. Si parla di bullismo diretto, bullismo indiretto e cyberbullismo.

Il bullismo diretto è la forma considerata più risaltante agita soprattutto dai maschi e sempre di più anche dalle femmine. Si può manifestare attraverso azioni di violenza fisica: percosse, lesioni, danneggiamenti, furti, molestie o violenze sessuali, ecc., o attraverso azioni esplicite di violenza psicologica: ingiurie diffamazioni ecc.

Nel bullismo indiretto la vittima viene isolata dal resto del gruppo attraverso campagne denigratorie poste in essere dal bullo, diviene oggetto di pettegolezzi e dicerie, è una modalità subdola perché di difficile riconoscimento da parte degli osservatori e degli adulti di riferimento (genitori ed insegnanti), mentre viene vissuta consapevolmente sia dal bullo che dalla vittima.

Per Cyberbullismo intendiamo quelle prepotenze messe in atto attraverso messaggi o immagini offensive o divulgazione delle azioni sopra descritte mediante strumenti informatici. È molto più

invasivo dei precedenti perché la vittima non ha scampo: ovunque si trovi, anche tra le mura domestiche, è perseguitata dalle immagini o dai commenti offensivi e la platea degli osservatori è potenzialmente illimitata. Il bullo può fruire dell'anonimato e agire indisturbato, sino a che non intervengano le forze dell'ordine.

Interventi da parte del legislatore. Sia a livello sovranazionale che a livello nazionale si è coscienti del problema e, in coerenza con quelle che sono le politiche criminali minorili, si sta puntando ad una normativa volta più alla prevenzione che non alla repressione dei comportamenti di bullismo. Tra i più importanti progetti per il contrasto al bullismo vi è il progetto Daphne promosso dalla Commissione Europea e giunto alla terza edizione, che nel 2015 è stato dedicato al "Sostegno Bambini vittime di Bullismo" e finanziato con un milione e mezzo di euro.

Nel 2015 il MIUR ha pubblicato le "Linee di orientamento per azioni di prevenzione e contrasto al bullismo e al Cyberbullismo", che forniscono norme di comportamento in rete e indicano le politiche di intervento adottate dal Ministero: il programma Safer Internet Center (SIC), il Safer Internet Day (SID) e gli strumenti di segnalazione es. il numero verde di telefono azzurro 1.96.96 o la Hotline "Stop-It" messa a disposizione da Save the Children che consente agli utenti della rete di segnalare la presenza di materiale pedopornografico online.

De jure condendo. Va segnalato il Progetto di Legge n. 1261 Leg. XVII per la prevenzione e il contrasto del fenomeno del cyber bullismo - approvato in Senato nel maggio 2015 e attualmente pendente in Commissione alla Camera. Il testo prevede che in caso di qualunque forma di aggressione, molestia, ricatto, o in qualsiasi manipolazione o utilizzo dei dati personali in danno di minorenni sia possibile presentare al responsabile del trattamento o al gestore del sito internet, un'istanza per l'oscuramento o il blocco. Estende poi la procedura di ammonimento prevista per i casi di stalking dalla L. 38/2009 ai reati di cui agli artt. 594, 595, 612 c.p. e 167 DL 196/2003.

Si ritiene che l'art. 612 bis c.p. abbia numerosi punti di contatto con il fenomeno del bullismo. Elemento oggettivo del reato di stalking è la reiterazione di condotte di minaccia e molestia, da cui derivi un perdurante e grave stato di ansia o un timore per la propria incolumità, ovvero il cambiamento delle abitudini di vita. Se consideriamo che il bullo agisce con un comportamento reiterato finalizzato a fare del male alla sua vittima, che avrà come conseguenza dei danni alla sfera psicologica, ci troviamo di fronte a veri e propri atti persecutori.

Vero è che l'art. 612 bis c.p. nasce per evitare che di situazioni di violenza di genere possano essere portate all'estremo, in quanto l'esperienza ha dimostrato che gli atti propedeutici al femminicidio sono quasi sempre le minacce, le molestie telefoniche, i pedinamenti e altre forme di violenza psicologica. Diverso è invece il contesto in cui sorgono gli atti di bullismo, ma le finalità rimangono le medesime: il voler esercitare un potere di controllo sulla vittima, attraverso la paura.

Nel giugno 2014, un'indagine ISTAT ha fornito i dati ottenuti attraverso la lettura di 508 fascicoli di procedimenti definiti con sentenze di primo grado in 14 Tribunali Italiani, rappresentative della realtà nazionale per dimensione e ubicazione territoriale, in relazione ad imputazioni per l'art. 612 bis c.p. E' emerso che i procedimenti penali per stalking che riguardano i minori sono stati solo l'1,1%; altra indagine svolta sempre dall'ISTAT nel 2013, sui procedimenti pendenti davanti a tutti i Tribunali per i minorenni, ha evidenziato la sussistenza di 76 procedimenti di stalking in corso a carico di minorenni.

Leggendo invece un campione di 28 sentenze pubblicate dalla Corte di Cassazione ed emesse dal 2007 al 2016, nella cui motivazione si fa richiamo ad atti di bullismo, emerge che i reati posti in essere in ambito di bullismo siano i più diversi e spesso concorrano. In 8 casi era contestato il reato di rapina, in 3 l'omicidio il sequestro di persona e le lesioni personali, in 2 rissa, minacce, violenza privata, violenza sessuale, in un caso percosse, danneggiamento, porto illecito di armi, estorsione e **stalking**. In 3 casi poi il riferimento al bullismo è stato utilizzato dalla difesa di imputati di reati associativi per giustificare la finalità e cercare di evitare la condanna per il reato di cui all'art. 416 bis c.p.

Come abbiamo visto i dati statistici sembrerebbero portare alla conclusione per cui non ci sia una reale convergenza degli atti di bullismo nella fattispecie penale prevista dall'art. 612 bis c.p., in realtà alcune recenti esperienze maturate in diversi tribunali per i minorenni testimoniano a favore della tesi sopra esposta.

Il Tribunale per i Minorenni di Napoli con la sentenza n. 354 del 29.5-13.7.15, di recente pubblicata nella rivista di Diritto e Giustizia

Minorile (<http://www.dirittoegiusiziaminori.it/34-2015-dirgiusmin/>), ha condannato 4 minorenni che frequentavano una scuola ad Alife nel Casertano per il reato di cui all'art. 612 bis c.p.

Il processo aveva preso avvio da una denuncia presentata nel 2009 dai genitori di un ragazzo, che all'epoca frequentava il secondo anno della scuola secondaria di secondo grado. La vittima aveva dichiarato che per molti mesi era stato oggetto prima

di offese verbali e poi di vere e proprie aggressioni, che una delle ultime aggressioni, avvenute all'interno della classe, era stata ripresa con un telefonino e immessa su youtube. Egli in tutti quei mesi, per cercare di limitare i danni, aveva finto di stare al gioco, ma poi la situazione si era così aggravata che aveva paura ad uscire di casa, si era rivolto alle cure di uno psicologo e aveva abbandonato la scuola e quindi denunciato i fatti.

Il Tribunale ha creduto alle dichiarazioni della persona offesa. Dall'istruttoria dibattimentale sono emersi parziali riscontri al racconto della vittima. Ciò nonostante il Tribunale ha ritenuto che le discordanze tra le dichiarazioni dei testimoni e quelle della vittima, non inficiassero la credibilità della persona offesa, perché la svalutazione della gravità dei comportamenti di aggressione, che emergeva dalle testimonianze dei compagni di classe e degli insegnanti, con le dovute differenze, era la dimostrazione di come essi non avevano compreso *"il disagio avvertito dalla vittima, ad onta dell'apparente leggerezza con cui il ragazzo subiva gli scherzi e le derisioni e che dunque se non lo intuivano all'epoca, difficilmente avrebbero potuto riferire di un coinvolgimento della persona offesa in dinamiche bullistiche nel corso del dibattimento"*. Diversa invece era la posizione degli insegnanti che non erano presenti durante i momenti preferiti dagli studenti per la consumazione delle angherie e quindi erano allo scuro di parte della vita scolastica dei propri alunni.

Quanto invece alla gravità dei fatti il Tribunale ha osservato che se è vero che il bullismo viene presentato dai prepotenti come azione scherzosa, un sicuro punto di riferimento per individuarne gli estremi è rappresentato dal disagio mostrato dal prevaricato. Ogni volta che il bambino/ragazzo che subisce la situazione esprime con parole o atteggiamenti di essere in difficoltà è possibile ravvisare l'evento come un episodio di prepotenza. Allo stesso modo il confine tra l'atto di bullismo e il reato rimane fluido con la conseguenza che l'atto di bullismo diventa reato quando si manifesta mediante condotte violente che integrano specifiche fattispecie di reato, tra cui anche quello di atti persecutori.

I "bulli di Alife" sono rimasti contumaci, hanno deciso di non affrontare il processo, affidandosi ad una difesa prettamente tecnica e rimanendo contumaci: sono stati condannati a 10 mesi di reclusione con la sospensione condizionale della pena. Altra è stata la sorte per un gruppo di ragazzini giudicati dal Tribunale di Cagliari. Anche in questo caso il branco se la prendeva con un ragazzino e la Procura aveva contestato loro i reati di stalking ingiurie, minacce e percosse in danno di un loro coetaneo. Qui però il GUP del TM di Cagliari con sentenza del 19.7.2011 ha dichiarato non luogo a

procedere ai sensi dell'art. 27 DPR 446/88 nei confronti dei 4 giovani imputati.

Il Tribunale Sardo ha ritenuto che sebbene non ci fossero dubbi sulla responsabilità degli imputati *"alla luce delle loro dichiarazioni nonché della testimonianza della parte lesa e dall'esito delle indagini. Trattasi peraltro di giovani incensurati, dalla condotta regolare, mai più coinvolti, dopo i fatti per cui è processo, in alcun altra attività avente rilevanza penale. Massimo rilievo va, inoltre, attribuito al comportamento dei giudicabili che hanno ammesso i fatti ed hanno maturato consapevolezza relativamente agli episodi in contestazione, attraverso il percorso mediativo attivato in corso di causa, percorso che, come si evince dalle relazioni del Centro per la Mediazione e dalle dichiarazioni della persona offesa assunte in udienza, ha avuto un buon esito"*.

I fatti dei bulli Casertani e di quelli Sardi si commentano da soli, sono rappresentativi di una devianza giovanile che nei due casi ha portato a conseguenze totalmente opposte. L'esito dei due processi ne è testimone e insegna come un percorso rieducativo di messa alla prova, nel processo minorile e oggi anche in quelli a carico di maggiorenni, debba essere preferito sia per le conseguenze personali del reo, per quelle della vittima che si vede risarcire moralmente anche dal riconoscimento di responsabilità da parte del reo e, soprattutto, per quelle sociali di riduzione della recidiva.

*Avvocato del Foro di Biella



IL GESTORE DELLA CRISI DI DOMENICO MONTELEONE*

La figura dell'OCC è comune e trasversale a tutte e tre le procedure di crisi del sovraindebitamento, benché con un ruolo variamente declinato secondo le peculiarità di ciascuno dei tre istituti. ricapitolando in via preliminare (per così dire, ricordo a me stesso):

- le procedure di soluzione della crisi da sovraindebitamento trovano il loro fondamento normativo, tuttora, nella legge 3/2012, come modificata dal d.l. 179/2012, convertito in legge 221/2012.
- Più recentemente, in data 24.9.2014, con D.M. 24.9.2014, è stato emanato il regolamento recante i requisiti di iscrizione nel registro degli organismi di composizione, già previsto dall'art. 15 della legge 3/2012.

- Le procedure previste dalla legge 3/2012, come noto, sono tre, tutte proponibili dal debitore in stato di sovraindebitamento – nozione definita dall'art. 6 della legge – ma, più specificamente:

- l'accordo di ristrutturazione dei debiti è proponibile solo dal debitore avente qualifica di imprenditore e, tuttavia, non fallibile perché sottostante alle soglie di cui all'art. 1 l.f. o agricolo (art. 6 ss. e 10 ss.);

- il piano del consumatore dal debitore non avente la qualifica d'imprenditore (art. 6 ss. e 12 bis ss.);

- la liquidazione dei beni, suscettibile di essere invece applicata alla generalità dei debitori sovraindebitati, siano essi imprenditori sottosoglia o consumatori.

Ciò premesso, una prima chiarificazione terminologica.

Il mio intervento fa riferimento al gestore della crisi. La locuzione impiegata individua in modo appropriato il ruolo *multitasking*, per così dire, dell'OCC, investito di una molteplicità di compiti che vanno dalla consulenza economico-finanziaria del debitore in relazione alla crisi di sovraindebitamento, passano attraverso una sorta di attestazione dell'idoneità del piano al soddisfacimento dei creditori (con le necessarie attività istruttorie preliminari e strumentali all'attestazione medesima), fino ad assumere un ruolo gestorio vero e proprio quale liquidatore del patrimonio o gestore dei beni, ove previsto nell'accordo di ristrutturazione.

La parola "gestore", tuttavia è utilizzata dal legislatore in relazione a funzioni e ruoli tipiche.

Il "gestore della crisi", segnatamente, è la persona fisica insediata presso l'OCC e chiamato, appunto, a svolgere tutte le funzioni astrattamente incombenti *ex lege* sull'OCC, per ciascuna crisi da sovraindebitamento. In buona sostanza, si tratta del "responsabile del procedimento" per quella procedura di sovraindebitamento di cui è stato officiato dall'OCC, secondo i criteri indicati dall'art. 10 d.m. 202/2014. I canali di nomina del soggetto chiamato ad occuparsi delle soluzioni della crisi da sovraindebitamento sono due; da un lato l'OCC di derivazione pubblicistica, che individua al suo interno il gestore della crisi (appunto gestore della singola procedura di sovraindebitamento), dall'altro – in via transitoria (ma in Italia, come diceva Ennio Flaiano, nulla è così definitivo come ciò che è provvisorio) – il professionista nominato dal presidente del tribunale (o suo delegato), in ogni caso con i requisiti di cui all'art. 28 l.f. (curatore fallimentare).

A ciò si aggiunge il gestore dei beni, chiamato ad una specifica attività liquidatoria (cui non può essere non essere sottesa anche l'attività di custodia), all'amministrazione e conservazione del

patrimonio, alla distribuzione del ricavato ai creditori.

Ma non basta, accanto alla figura della gestore dei beni, sempre nell'ambito delle figure investite di finalità esecutive dell'accordo, c'è anche il liquidatore del patrimonio.

Dunque, in primo luogo, occorre prendere atto che alla parziale sovrapposizione terminologica corrispondono istituti differenti: gestore della crisi come, per così dire, "costola operativa" dell'OCC e gestore, come incaricato di operazioni sostanzialmente liquidatorie.

Nel prosieguo, cercheremo di riferirci al "gestore" secondo le sue diverse parti in commedia, partendo, comunque, dalla definizione normativa offerta dal DM 202/2014 che all'art. 2 – appunto, "definizioni" – definisce "gestore della crisi" la persona fisica che, individualmente o collegialmente, svolge la prestazione inerente alla gestione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore e per "gestione della crisi da sovraindebitamento" il servizio reso dall'organismo allo scopo di gestire i procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore.

Si è compreso come il gestore sia investito di una molteplicità di funzioni, talora in obiettiva contraddizione l'una con l'altra, quanto meno ove volessimo adottare gli stessi criteri interpretativi applicabili in materia di procedure esecutive individuali e concorsuali.

Ma nell'ottica del legislatore, come ulteriormente puntualizzata nel regolamento ministeriale, la funzione del gestore è, nel suo complesso, un servizio unitario ed è un servizio professionale, come si ricava, ulteriormente, dall'art. 4 del medesimo regolamento, che prevede in ogni caso requisiti di professionalità previsti dall'art. 4.5, lett. a-d, la formazione permanente di cui all'art. 4.6 e il soddisfacimento dei requisiti di cui all'art. 4 anche ove il gestore non sia iscritto ad un albo professionale fra quelli che istituzionalmente possono "di diritto" costituire OCC (art. 4.7), come pure dei requisiti di onorabilità di cui al 4.8, ancorché qui non possa non registrarsi un'inevitabile disparità di fatto tra il gestore professionista, inabilitato a ricevere incarichi in caso di sanzioni disciplinari superiori all'avvertimento (oltre all'applicazione di pena detentiva per sentenza di condanna passata in giudicato per una serie di reati, in materia bancaria e assicurativa, reati fallimentari, contro l'ordine pubblico, l'economia pubblica, in materia tributaria) e il gestore della crisi non professionista cui questo requisito non è applicabile. E se si considera che la condanna alla reclusione per almeno un anno, con sentenza passata in

giudicato, per la maggior parte di quei delitti reca con sé anche l'interdizione – perlomeno temporanea – ai pubblici uffici, ne consegue che mentre questo requisito di onorabilità (mancanza di precedenti penali specifici) è in realtà ripetitiva di un limite comunque già rinvenibile nell'ordinamento, ci troviamo al cospetto di una, per così dire, onorabilità a geometria variabile, a seconda che il gestore soggiaccia o meno ad un suo statuto professionale autonomo a monte della sua iscrizione nell'OCC. Pare sotto questo punto di vista sommamente opportuno che gli istituendi OCC pubblicistici si dotino di un codice deontologico applicabile anche ai gestori non professionisti.

Per altro verso, si pone invece il problema di aggiornare i codici deontologici professionali in relazione alla peculiare onnicomprensività del "servizio di gestione della crisi", dal momento che, proprio in relazione alla molteplicità delle funzioni del gestore, in tale ambito il professionista è istituzionalmente chiamato a svolgere compiti in conflitto fra loro: concorre col debitore all'articolazione del piano, poi ne attesta l'attuabilità, infine può essere investito di un ruolo esecutivo, come liquidatore o gestore dei beni. E' chiaro che, così operando, potrà trovarsi a porre in essere attività censurabili secondo i canoni disciplinari generali. Si pensi, a titolo d'esempio, solamente al canone d'indipendenza che presiede alla scelta dell'attestatore. Ora, se è vero che la legge 3/2012 di per sé consente al gestore di attestare, senza essere indipendente nei termini di cui all'art. 161 c.p.c., è però vero che il *modus operandi* del gestore-attestatore, chiamato a lavorare fianco a fianco col debitore, è significativamente diverso rispetto a quello dell'attestatore puro.

Questa commistione può anche avere ricadute sul piano penale. Come noto, la responsabilità penale dell'attestatore, disciplinata dall'art. 236 bis l.f., ha il suo immediato antecedente storico e sistematico proprio nella disciplina penale dell'OCC. Ora, è chiaro che l'omissione di informazioni rilevanti, comune ad entrambe le fattispecie, potrebbe assumere un perimetro ben differente per chi, come l'attestatore, è chiamato ad una mera – per quanto approfondita, diligente e perita – revisione o *audit* di informazioni fornite da altri (fermo restando che l'attestatore è chiamato a selezionare l'informazione, non solo depurandola dei dati non rilevanti, ma richiedendo quelli rilevanti e non forniti), rispetto a colui – il gestore della crisi – che è chiamato ad un ruolo attivo nella creazione del piano; il rischio che, attraverso la formale censura per la condotta omissiva, si finisca per imputare penalmente il gestore per il suo *modus operandi* attivo è tutt'altro

che remoto. Esempificando, all'attestatore può addebitarsi il fatto di non avere adeguatamente dato conto dell'attività di circolarizzazione dei crediti (onde verificarne la concreta esigibilità, anche sotto il profilo dell'effettiva solvibilità del cliente) o del valore di magazzino in relazione, per esempio, al suo indice di rotazione (oltre che agli altri parametri rilevanti secondo la tecnica contabile). Ma il gestore della crisi è colui che i dati, oltre a chiederli e selezionarli, è anche colui che li forma. Dunque, l'omissione rilevante può in realtà essere non già la conseguenza di una carente ricognizione dei dati rilevanti, sino alla manifesta ed inescusabile negligenza nell'attività di giudizio inerente le conclusioni da ritrarvi, ma essere la pura e semplice conseguenza di un vizio nella filiera di reperimento e confezione dell'informazione. Se anche siffatto tipo di omissione, meramente conseguente alla modalità di ricerca e disvelamento dell'informazione – cui però il gestore, pure, ha inevitabilmente concorso – sarà ritenuta coperta dal perimetro della fattispecie incriminatrice, non potrà che conseguire l'estensione della persecuzione penale anche alle attività di collaborazione alla formazione del piano, sia pure per il tramite della condotta omissiva, così trasformata in figura sintomatica di una pregressa negligenza inescusabile.

Dunque, reperimento e selezione dell'informazione paiono costituire i momenti più delicati nell'attività svolta dal gestore della crisi, poiché, da un lato, si trattano dati sensibili del debitore e, dall'altro, è dalla selezione delle informazioni che, quasi per effetto di un automatismo, consegue la possibilità di verificare il buon fine del piano.

Come ci ricorda l'art. 7 l. 3/2012, il contenuto dell'accordo, come pure del piano del consumatore, è la ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti in cui, comunque,

- Il regolare pagamento dei creditori impignorabili;
- Scadenze e modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi;
- Le eventuali garanzie concesse;
- Le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni;
- La previsione di un pagamento dei creditori muniti di prelazione speciale, pegno od ipoteca in misura non inferiore al valore di mercato attribuibile ai diritti o ai beni su cui insiste la prelazione.

E' tuttavia chiaro che lo spettro dei piani articolabili nelle crisi da sovraindebitamento è manifestamente meno ampio e "fantasioso" di quelli possibili nel

concordato preventivo, poiché, avuto riguardo da un lato, alla nozione di sovraindebitamento – sostanzialmente sbilancio patrimoniale che si riverbera in un'attuale o prospettica cessazione dei pagamenti – ed il carattere squisitamente satisfattorio della proposta nonché liquidatorio del patrimonio o almeno di una sua parte (l'art. 8.4 prevede la possibilità di un accordo con continuità dell'impresa, ma appare estremamente improbabile l'impiego e ciò non solo per parallelismo con la rarità dei concordati preventivi e dei 182 bis in vera e diretta continuità, ma anche perché è ovviamente più favorevole per il debitore non fallibile abbandonare al suo destino la bad company e riprendere l'attività con una nuova veste societaria, come dimostra la moria di "start up innovative" e la rinascita con nuova denominazione e i medesimi amministratori) è chiaro che la prospettività stessa del piano/accordo passa necessariamente attraverso la ricognizione di tre filoni d'indagine:

- Entità, peso e qualità dei debiti;
- Risorse disponibili e tempo per la loro liquidazione; siccome il termine per la liquidazione è previsto in 4 anni, appare evidente che non potranno essere contemplati beni non ragionevolmente realizzabili in tempi maggiori o flussi finanziari che si generino in un periodo superiore, sebbene il termine quadriennale, strettamente, sia riferito alla liquidazione, non al piano o all'accordo e ciò non foss'altro perché, come noto, sarebbe arduo attestare attuabilità di accordi per un periodo previsionale superiore ai 4/5 anni;
- Meritevolezza della misura di *discharge* voluta dal debitore, atteso che l'imputabilità delle ragioni dello "sbilancio" sono ostative all'omologazione del piano o dell'accordo.

Da un punto di vista di economicità degli incumbenti – attesa anche (è bene non dimenticarla) la antieconomicità della carica di gestore, tale da fare di quest'ultimo una sorta di *civil servant*: e non a caso il legislatore, prevede, a regime, la gestione *lato sensu* pubblicistica di questa attività, che per il professionista (alla luce dell'ulteriore taglio al compenso previsto dall'ultima riforma) si risolve, di fatto, in un *pro bono* – pare senz'altro opportuno incominciare da quest'ultimo punto.

Sebbene la giurisprudenza in materia non sia "alluvionale" – e sarà interessante brevemente soffermarsi sulle ragioni di ciò – occorre però prendere atto che, allo stato, i tribunali

sono piuttosto severi nel riconoscere al debitore questa forma di *fresh start*, in buona sostanza escludendola ogni qualvolta il pesante e non sostenibile indebitamento sia imputabile a condotte prevedibili o preventivabili da parte del debitore, quando non, addirittura, al deliberato mantenimento di un tenore di vita non sostenibile. E' allora chiaro che anche solo dalla mera verifica della documentazione relativa ai redditi mensili medi, agli estratti delle carte di credito, ad eventuali pratiche di accesso al credito al consumo, consentirà di già di esprimere una prognosi infausta sull'omologabilità del piano o dell'accordo, senza ulteriori e più approfonditi esami della tenuta complessiva del piano. E' infatti bene sottolineare e ricordare che nel nostro caso, a differenza che per quanto concerne le procedure concorsuali dei "grandi" (concordato preventivo e 182 bis) il giudizio di meritevolezza del debitore è pienamente ricompreso nel sindacato del tribunale.

Ricordiamoci, allora, che – secondo l'interpretazione che attualmente sembra prevalere nei tribunali – difficilmente la meritevolezza viene riconosciuta in casi diversi dalla perdita del lavoro (o cambiamento dello stesso, con forte contrazione del reddito disponibile), infermità, crisi coniugale, eventi inaspettati che hanno inciso sul patrimonio e quindi sul complesso delle garanzie disponibili, con conseguenti ricadute sull'accesso al credito (si pensi alle calamità naturali che hanno investito porzioni del paese). Non è invece ancora censita l'intersezione fra meritevolezza ed accesso al fondo delle persone colpite da condotte usuarie (se, cioè, basti tale fatto a rendere il sovraindebitato meritevole, anche se ciò sembrerebbe da escludere, attesa la necessità di una valutazione complessiva delle ragioni che hanno condotto alla situazione d'indebitamento eccessivo).

In ogni caso, una convincente e persuasiva verifica di tale elemento (cause del sovraindebitamento in funzione di verifica della meritevolezza) evita la spendita di attività professionale inutile e, comunque, di costi ulteriori per il debitore. Si può affermare che, ferma la competenza del giudice in ordine alla meritevolezza del debitore, il gestore della crisi è in concreto chiamato ad un giudizio per così dire speculare a quella valutazione cui è chiamato l'intermediario finanziario professionale; se quest'ultimo è tenuto *ex ante* ad una valutazione del merito creditizio del cliente, il gestore è

chiamato ex post ad una delibazione (meglio ad una *pre-opinion*), per così dire, di non-demerito debitorio nella formazione della situazione d'indebitamento eccessivo venutasi a formare. Ma, alla luce della attuale severità dei criteri adottati dalla giurisprudenza, tale vaglio dovrà essere particolarmente critico, cioè non limitato ad una mera verifica di non manifesta avventatezza nell'indebitamento. Non si dimentichi che ancor oggi, con una previsione di sapore un po' ottocentesco che, tuttavia, non è affatto abrogata, la c.d. "prodigalità", lungi dall'essere l'anticamera dell'esdebitazione, è una ipotesi tipica d'inabilitazione, espressamente disciplinata come tale dal codice civile.

Ove il debitore, nell'eziologia del proprio sovraindebitamento, sia stato – potremmo dire – di condotta "specchiata ed illibatissima" (come si diceva in passato a proposito della condotta di chi voleva divenire avvocato; dopo, il requisito cambiava, d'altro canto non si può rimanere illibati in eterno), allora il gestore della crisi può entrare nel merito del piano e delle informazioni a corredo.

Ciò premesso, occorre ora esaminare il *modus agendi* del gestore in questa fase, per così dire, istruttoria e, a questo proposito, occorre distinguere ciò che è previsto nella legge e ciò che in concreto viene compiuto nella prassi, perlomeno attualmente.

La legge 3/2012 prevede all'art. 7 che il debitore può proporre ai creditori CON L'AUSILIO DEGLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI, un accordo di ristrutturazione (oppure un piano, co. 1° bis), in cui prevedere anche l'affidamento del patrimonio del debitore ad un gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori (gestore nominato dal giudice). Ecco, qui, una prima volta in cui occorre distinguere fra il gestore della crisi (ipostatizzazione fisica dell'OCC) e il gestore del patrimonio, nominato dal giudice. Posto che il gestore potrebbe poi essere designato nella stessa persona fisica del gestore della crisi, ci si troverebbe di fronte ad una situazione in cui il professionista è l'alfa e l'omega. Elaboratore del piano, suo attestatore, fonte informativa privilegiata per i creditori chiamati ad approvare l'accordo, in ogni caso principale organo istruttorio per il giudice chiamato all'omologazione dell'accordo o del piano e, poi, esecutore del piano stesso e liquidatore

dei beni. L'analogia con certe figure degli spaghetti western, in cui lo stesso personaggio fa lo sceriffo, il sindaco, gestisce il saloon ed è padrone dell'unico emporio viene immediata.

E che un dibattito protratto per decenni di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul conflitto d'interessi sia finito in una sceneggiatura di Sergio Leone, certo, genera qualche inquietudine.

Ed è proprio per evitare che la sceneggiatura, sia pure solo metaforicamente, sfoci in un "mezzogiorno di fuoco", pare doveroso che il professionista, nel rapporto col debitore non smarrisca mai la sua terzietà che deriva

- dalla nomina pubblicistica (giudiziale oggi, amministrativa domani);
- dalla posizione di garanzia nei confronti dei terzi (attestazione), ricavabile anche dalla norma incriminatrice;
- dal ruolo ausiliare – per lo meno in senso atecnico – del giudice nel procedimento di omologazione.



Se si è d'accordo con tale premessa – cioè la terzietà del gestore, immanente a tale figura e permanente in ogni ambito della sua azione – occorre allora non smarrire il senso del richiamo fatto dalla norma al ruolo del gestore quale soggetto che offre un AUSILIO al debitore per la stesura del piano, ma non concorre direttamente a farlo, né può farsene redattore lui stesso in prima persona. Di là del fatto che il ruolo, come già si diceva in premessa, *multitasking* del suo apporto professionale, legittimi il gestore a fare ciò che in un diverso e più tradizionale contesto (delegato e/o custode nelle esecuzioni immobiliari, curatore, commissario giudiziale o precommissario, attestatore nel concordato preventivo) sarebbe del tutto abnorme, gli sarebbe obiettivamente impossibile essere redattore del piano e nel contempo suo primo valutatore e, a un tempo, strumento operativo dei poteri istruttori officiosi – di stampo inquisitorio – del giudice al fine della verifica dei presupposti per l'omologazione. A questo punto, va allora considerato – lasciando per un momento ciò che sta scritto nella lettera della legge per soffermarsi su ciò che sta accadendo nella prassi – che il debitore, nonostante la usuale modestia economica di questo tipo di procedure (sebbene non possa escludersi –

e, in qualche caso, si sia effettivamente verificato – che il sovraindebitamento possa declinarsi in relazione a complessi patrimoniali di rilevante entità: basti pensare al "consumatore" agiato, titolare di un patrimonio immobiliare di rilevanti proporzioni o all'accordo di ristrutturazione dell'impresa agricola soprassoglia, ma non fallibile, appunto, per la sua qualifica "agricola" e non commerciale [n.b., ma con riguardo a quest'ultima ipotesi, è bene ricordare che le imprese agricole già potevano accedere agli accordi di ristrutturazione maggiori, cioè quelli ex art. 182 bis]), non si presenta all'OCC (e, dunque, poi, al gestore, insediato presso l'OCC), per così dire, "nudo alla meta", ma nel momento in cui si fa la domanda, il piano o ipotesi di accordo è già stata abbozzata, la principale documentazione a corredo è già stata raccolta e, in generale, il materiale rilevante è già stato sottoposto al filtro costituito dall'intervento del professionista di cui il debitore si è avvalso. In altri termini, allo stato attuale, il debitore, allorché richiede la nomina giudiziale – in attesa dell'effettiva operatività degli OCC di marca "amministrativa" pensati dal legislatore – o già prospetta un piano o, comunque, è munito di un proprio professionista di riferimento cui è demandata l'elaborazione del piano.

In tali ipotesi – che, per quanto mi consta, costituiscono l'*id quod plerumque accidit*, il gestore della crisi è di per sé esonerato da un ruolo attivo nella confezione del piano, per assumere necessariamente una veste più limitatamente critico-ausiliaria, di primo verificatore della sussistenza dei fondamentali economico-finanziari di sostenibilità del piano e, dall'altro, di facilitatore del piano medesimo.

Tale è, egualmente, il suo ruolo, allorché il debitore neppure chiede di accedere ad un piano o ad un accordo, ma richiede la liquidazione del suo patrimonio. E tale ipotesi non è infrequente, nonostante – apparentemente – la misura della liquidazione del patrimonio sia più invasiva della sfera giuridica del debitore rispetto a strumenti negoziali bilaterali (come l'accordo) o unilaterali (come il piano del consumatore). Infatti non si deve dimenticare che l'esito della liquidazione conduce, come le altre due misure, all'esdebitazione del richiedente e alla sua conseguente reimmersione nel circuito del credito, il che costituisce il vero *target* (obiettivo) di tali procedure, sul presupposto ideologico di voler consentire appunto al debitore un *fresh start* (una nuova partenza) in un contesto socio-economico – quello attuale – in cui il mancato accesso agli strumenti di credito finisce per costituire, di fatto, una nuova forma di "morte civile" di ottocentesca memoria (cioè, la perdita dei diritti politici e di molti diritti civili che le

legislazioni liberali – e l'ultima traccia era contenuta nella legge fallimentare preriforma, con la sua previsione di perdita dei diritti elettorali, d'incapacità ad assumere veste di amministratore e sindaco, di svolgere determinate professioni, di controllo totalitario della corrispondenza, di divieto d'espatrio ed obbligo di residenza – che facevano conseguire all'insolvenza) che, da un lato, è estremamente penalizzante per il debitore e, dall'altro, determina un limite al traffico giuridico-economico e alla circolazione della ricchezza. E se, come cennato, l'effetto è il medesimo, la liquidazione del patrimonio ha però l'enorme vantaggio rispetto alle altre due misure previste dalla legge (piano e accordo) di non soggiacere al vaglio dei controinteressati, mentre l'accordo – per definizione – postula il consenso dei creditori ed il piano espone, comunque, alle opposizioni da parte dei medesimi: opposizioni tutt'altro che infrequenti da parte dei creditori professionali (si pensi alle società di leasing, alle società finanziarie erogatrici di credito al consumo) le quali, insensibili sotto il profilo economico alla sorte del loro modesto credito nell'ambito della singola procedura, di contro paventano enormemente l'affermarsi di prassi che conducano all'affermazione "sistemica" di uno stralcio delle loro posizioni e all'inoperatività – in un contesto concorsuale – delle clausole contrattuali che concorrono grandemente alla formazione del loro margine di profitto (penali, interessi moratori convenzionali, diritti di ritenzione del bene finanziato, ecc.).

Dunque, si è detto la prassi conosce due tipi di domanda. Un primo gruppo, enormemente prevalente sul piano quantitativo, è composto – mi si perdoni l'espressione – da "...chi ci prova"; si tratta di domande letteralmente "buttate" in tribunale, in cui il soggetto non ha alcunché da offrire o beni da liquidare o, ancora, vuole uscire da una situazione di dissennato marasma finanziario cui lui stesso ha dato causa e che normalmente finiscono per "naturale perenzione", alla prima illustrazione da parte del gestore designato dell'impossibilità stessa di articolare un'exit strategy. E in questo, per quanto si tratti di un'attività del tutto gratuita e *pro bono*, risiede un ruolo davvero importante del professionista, chiamato ad arginare pretese implausibili da un lato e, dall'altro, a far comprendere al cittadino le ragioni per cui esse non possono trovare tutela.

Poi c'è un secondo gruppo di domande, molto più ridotto numericamente, in cui appunto, il richiedente si appropria alla nomina avendo già abbozzato una sorta di piano o ipotesi di accordo, ovvero una prima ricognizione-inventario del patrimonio finalizzato alla liquidazione concorsuale, normalmente sulla scorta di un

autonomo contributo professionale. E' in relazione a questo gruppo di domande che, ovviamente, si sostanzia il vero impegno per il gestore della crisi nominato.

Si tratta di un numero singolarmente ridotto, rispetto alla platea potenzialmente estesissima di interessati. Comprendere le ragioni di questa forchetta così ampia fra chi potrebbe chiedere e chi in concreto lo fa (con qualche possibilità) ci dà già conto dei limiti di fondo di questa legge, ma anche dell'approccio di metodo da cui deve partire il gestore.

1. Gli imprenditori non fallibili. Se si pensa che la maggior parte delle imprese ha meno di tre dipendenti e fatturati sotto i duecentomila euro, è evidente come la schiera dei possibili interessati sia enorme. Tuttavia, non si deve dimenticare che nell'attuale sistema, che vede il fallimento deprivato di effetti personali rilevanti per il debitore, non di rado la piccola impresa, specie se tenuta in forma societaria, è abbandonata a sé stessa e lasciata fallire (come noto, è il debitore che deve DIMOSTRARE l'insussistenza delle soglie, sicché se non lo fa, perché non si costituisce neppure o non ha una contabilità regolare da allegare, la sorte è pressoché segnata). Le persone fisiche possono pur sempre tentare l'avventura con una nuova società ed oggi (start up innovative, srl con capitale simbolico, cessione di formalizzata delle quote sociali) i costi di avviamento di una srl o di cessione della stessa sono molto modesti e certo più competitivi rispetto a un tentativo di soluzione dell'insolvenza. Il *metus* di possibili conseguenze penali non sembra giocare come controstimolo sufficientemente forte. Inoltre, non poche imprese sono prive di contabilità o in una condizione di disordine contabile non emendabile ed è chiaro che, in tale situazione, alcuna anamnesi dell'indebitamento e seria diagnosi della sua soluzione può essere neppure tentata.

2. I consumatori. Anche in questo caso, la schiera degli interessati è potenzialmente infinita. Tuttavia, se si considera che, normalmente, il *default* della persona fisica consegue alla perdita del lavoro, a una malattia o a un divorzio e che l'indebitamento è, per la maggior parte costituito dal mutuo fondiario per l'acquisto della casa, dall'assegno di mantenimento per i figli e il coniuge, sicuramente da

cartelle esattoriali (perché qualche debito erariale è il primo ad essere lasciato indietro) e la legge ci dice che il credito ipotecario non può essere stralciato in misura superiore al valore effettivo di mercato del bene su cui cade la garanzia, gli obblighi alimentari sono incomprimibili, le condizioni di transazione del credito erariale sono note (e strette, al di là della possibilità di una consistente dilazione), ne consegue che i margini per il consumatore di trovare una composizione razionale e complessiva alla propria situazione di indebitamento sono, nella maggior parte dei casi, inconsistenti.

Ed è bene, allora, che il gestore, oltre alla preliminare verifica di meritevolezza – che, logicamente, dovrebbe venire dopo la verifica dell'indebitamento e delle risorse messe a disposizione ma, operativamente, è più agevole verificare subito in funzione deflativa – tenga conto subito di tali situazioni. Ossia, a fronte di assegni di mantenimento, cartelle esattoriali di una certa entità, mutuo ancora gravante in misura preponderante sul valore dell'immobile (e tale da non permettere, con la vendita della casa, di liberare risorse finanziarie per i chirografari), quinto dello stipendio già assorbito da cessioni, è possibile concludere, anche a prescindere dalla meritevolezza, per l'impossibilità di articolare alcun piano. Non si dimentichi, fra l'altro, che molto spesso alle cartelle esattoriali consegue il fermo amministrativo del veicolo, il quale, tuttavia, non può essere cancellato – secondo la tesi prevalente – dall'autorità giudiziaria, trattandosi di vincolo, appunto, amministrativo, sicché il piano del consumatore neppure potrebbe servire a questo scopo.

Se anche questi impedimenti oggettivi possono dirsi superati ad un primo vaglio, ecco, allora, che il gestore può entrare nel merito della propria attività.

Credo che la sua opera di ausilio – a fronte di un debitore già assistito da professionista – sia più quella di porre le domande giuste che non quella di offrire risposte.

Ed infatti, allorché il legislatore si occupa del ruolo del professionista in questa fase istruttoria, ne fa espressamente un soggetto che rivolge domande, non che dà risposte. Mi riferisco, in particolare all'art. 15.10 che facoltizza il gestore all'accesso ai dati dell'anagrafe tributaria, delle altre banche dati pubbliche e delle centrali rischi.

E' bene ricordare che tale facoltà è comunque assoggettata alla disciplina del trattamento dei dati personali secondo il codice della privacy, con le potenziali conseguenze penali della sua violazione, sicché sarà opportuno informare

preventivamente il debitore che si procede all'interlocuzione con l'anagrafe, a mettere a disposizione in dati appena in possesso (con verbale scritto di consegna, onde evitare che successive propalazioni siano solamente imputate al gestore) a distruggere i dati, dandone evidenza documentale, secondo i regolamenti del Garante non appena conclusa la procedura.

E' però chiaro, da questa espressa facoltà, addirittura autonoma rispetto all'ordine del giudice, che il gestore è chiamato, volendo usare un'espressione di marca penalistica, a cercare "riscontri esterni". Ovvero il suo giudizio non potrà mai essere il giudizio sul giudizio – come neppure più può essere considerata, peraltro, la relazione ex art. 172 rispetto all'attestazione ex art. 161 – ma i dati ostesi dal debitore devono essere verificati.

I debiti attraverso l'Anagrafe tributaria e la Centrale Rischio, i beni attraverso una visura ipocatastale (si parla infatti di accesso alle banche dati pubbliche e, per certo, non si può non ricomprendere in tale ambito l'Agenzia del territorio, il Pra, ecc.).

Ma questa autonoma facoltà di accesso a dati sensibili ci dà il segno del metodo cui l'organismo deve informare la propria azione: deve riscontrare, deve verificare, deve chiedere e non basta che chiedi al debitore, deve andare alla fonte.

In tale logica si deve leggere la norma di chiusura contenuta nell'art. 15.5: "l'OCC, oltre a quanto previsto dalle sezioni prima e seconda del presente capo, assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e all'esecuzione dello stesso".

Se deve chiedere in tali casi ed è libero di ogni "iniziativa funzionale", non può far altro che chiedere anche con riferimento alle altre posizioni, poiché a fronte di una doverosità di metodo laddove la legge prevede e di una libertà d'iniziativa come criterio di chiusura, non potrebbe spiegarsi un percorso fatto di due pesi e di due misure che, laddove la legge non lo impone, si acquieti di quello che richiede il debitore. Stima, pur sommaria, dei beni mobili, andamento del conto corrente ed effettive giacenze, circolarizzazione dei crediti, richiesta di precisazione del credito da parte dei debitori.

Ed operata seriamente tale verifica, la stessa realtà che risulterà dalle informazioni condurrà, con la contrazione di valore dell' "avere" e con l'incremento del "dare" ad un'ulteriore, inevitabile moria di domande.

Ma qualcosa, pure, sopravviverà e si porrà il problema di predisporre il piano o l'accordo.

**Avvocato del Foro di Torino*

LA RESPONSABILITA' PROFESSIONALE DEGLI AVVOCATI

Redazionale a cura di



Le professioni di Avvocato e di Mediatore Civile rientrano nella categoria delle professioni liberali. L'Avvocato non ha obblighi di risultato nei confronti dei suoi clienti ma soltanto di mezzi e, dunque, deve rispondere ad eventuali richieste di risarcimento solo in caso di dolo o colpa grave. Emergono però situazioni che potrebbero generare responsabilità oggettivamente constatabili come ad esempio la perdita di documenti, il mancato rispetto dei termini di prescrizione ecc. Per questo motivo è sempre consigliabile stipulare una **polizza RC Professionale per avvocato**, che tuteli da eventuali richieste di risarcimento da parte di clienti.

Cosa copre una Polizza di Responsabilità Civile professionale e perchè stipulare una polizza ?

La polizza tiene indenne l'Assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare, quale civilmente responsabile ai sensi di legge, a titolo di risarcimento per perdite patrimoniali involontariamente e direttamente cagionate a terzi in conseguenza di errori personalmente connessi nel compimento delle attività previste dalla legge. Ovviamente affidarsi ai giusti professionisti è la soluzione migliore, per evitare le insidie che possono essere provocate da argomenti che non riguardano la consuetudine delle nostre giornate e delle nostre attività, ecco perché in questo caso Alpha Broker S.p.a. può essere il partner importante per la Vostra copertura.

Alpha Broker S.p.A.
Corso Europa, 5/7 - 13900 Biella
Tel. 015/8484.71 - Fax 015/8493702
Cell. 333/7308444 - **Cristiana Pasquini**
cristianapasquini@alphabroker.it
Specialist Rc professionale
www.alphabroker.it
www.asigestholding.com



L'AVVOC@TO®

supplemento de
IL COMMERCIALISTA®

Piazza Vittorio Veneto

13900 Biella

Testata iscritta al Registro Stampa del Tribunale di Biella al n. 576

Direttore responsabile

Domenico Calvelli

Comitato scientifico

Ilaria Capelli, Massimo Condinanzi, Alessandro D'Adda, Paolo Ferrua, Giuseppe Finocchiaro, Mario Gorlani, Paolo Moneta, Giuseppe Porro, Claudio Sacchetto

Coordinatori di redazione

Claudio Viglieno, Ketty Zampaglione

Coordinatori di redazione per il diritto tributario telematico e l'informatica forense

Fabio Montalcini, Camillo Sacchetto

Coordinatore di redazione per il diritto societario

Piero Marchelli

Coordinatrice di redazione per il diritto processuale tributario

Ernestina Pollarolo

Redattori

Valentina Alberta, Christian Aimaro, Mattia Alfieri, Francesco Alosi, Roberto Angelini, Daniela Ardizzone, Elena Maria Balestrini, Andrea Basso, Paolo Basso, Luca Bertagnolio, Silvia Bertorelli, Eva Betti, Alessandra Bocchio, Carlo Boggio Marzet, Marco Borgarelli, Valeria Bozio, Carlo Bozzalla Pret, Egidio Cabras, Giovanni Calvelli, Guya Calvelli, Lorenzo Calvelli, Rodolfo Caridi, Andrea Carli, Gianfranco Catella Caraffa, Angelo Chieppa, Valentina Ciparelli, Maurizio Coda Luchina, Andrea Conz, Andrea Delmastro Delle Vedove, Andrea Destefanis, Alessandro Di Manna, Domenico Duso, Franco Fedeli, Stefania Fontana, Francesca Frojo, Roberta Frojo, Stefano Fulcheri, Raimondo Fulcheri, Stefano Garbaccio Zanati, Gaia Garbellotto, Silvia Gelpi, Michela Giannini, Franco Giardino Roch, Francesca Giordano, Daniela Giraudo, Mirco Giroldi, Marco Graziola, Clelio Grosso, Francesca Grosso, Alessandra Guarini, Sabrina Goffi, Giuseppe La Masa, Eleonora Leone, Michele Lerro, Elena Lionetti, Lina Longhi, Valeria Maffeo, Pietro Magliola, Andrea Maiorana, Marco Manfredi, Piero Marchelli, Roberto Mattana, Elisabetta Mercandino, Stefania Militello, Fabio Montalcini, Gabriele Moscone, Domenico Monteleone, Stefano Monteleone, Lucia Musso, Andrea Mutti, Stefano Pagani, Graziella Panetta, Andrea Pastorello, Giancarlo Petrini, Carlo Pleitavino, Donatella Poggi, Ernestina Pollarolo, Fabrizio Ponzana, Lorenzo Porro, Massimo Pozzo, Enrica Ramella Valet, Luca Recami, Fabio Ria, Alberto Ritegno, Domitilla Rossi, Rodolfo Rosso, Camillo Sacchetto, Ilaria Sala, Ernesto Schinello, Andrea Sella, Caterina Sella, Gianluca Sella Bart, Marco Sormano, Stefania Tosone, Roberta Trevisiol, Giorgio Triban, Marzia Tucci, Nicoletta Verardo, Chiara Viale, Fanny Vibert, Maurizio Vigato, Claudio Viglieno, Ketty Zampaglione, Luca Zani, Federico Zettel

INDICE

Pag. 1

CASO THYSSENKRUPP. LE SEZIONI UNITE DELINEANO LA NATURA DELLA RESPONSABILITA' DELL'ENTE SECONDO IL SISTEMA DELINEATO DAL D.LGS.

231/2001

di Piero Marchelli e Rosella Staropoli

Pag. 4

LE POSSIBILI DIFESE TRIBUTARIE DEI SOCI DI S.R.L. A RISTRETTA BASE PARTECIPATIVA
di Stefano Loconte

Pag. 5

IL "NUOVO" FALSO IN BILANCIO

di Domenico Calvelli

Pag. 6

DIGITAL ECONOMY; APPLICABILITA' DEI PREFERENTIAL REGIMES E SCAMBIO SPONTANEO DI INFORMAZIONI

di Marco Carrozzino e
Gilberto Gerli

Pag. 8

OMICIDIO STRADALE: NORMA "MANIFESTO" O CONQUISTA DI CIVILTA'?

di Ketty Zampaglione

Pag. 9

VIOLENZA DI GENERE: CONTRASTI AL FENOMENO DAL VERSANTE AMMINISTRATIVO

di Giorgio Triban

Pag. 10

LE RIFORME SGRAMMATICATE
di Silvano Esposito

Pag. 11

LA PARTICOLARE PROBLEMATICHE DELLA CHIUSURA ANTICIPATA DELLA PROCEDURA ESECUTIVA PER INFRUTTUOSITA' EX ART. 164 BIS DISP. ATT. C.P.C.
di Massimiliano Carnia

Pag. 14

IL RUOLO DELL'ISCRIZIONE ALL'ALBO NELL'ART. 348 C.P.
di Valeria Bozio

Pag. 18

IL RAPPORTO TRA IL FENOMENO DEL BULLISMO ED IL REATO DI STALKING
di Nicoletta Verardo

Pag. 19

IL GESTORE DELLA CRISI
di Domenico Monteleone

Pag. 24

LA RESPONSABILITA' PROFESSIONALE DEGLI AVVOCATI

Redazionale a cura di Alpha Broker spa

Pag. 26

PROGRAMMA DEL CONGRESSO NAZIONALE DELL'UNIONE ITALIANA COMMERCIALISTI, ROMA, 28 APRILE 2016

I contenuti ed i pareri espressi sono da considerarsi opinioni personali degli autori e debbono pertanto ritenersi estranei all'editore ed ai suoi organi, che non ne sono in alcun modo responsabili.

L'editore non ha alcun rapporto contrattuale con gli autori, che contribuiscono in forma del tutto liberale con l'invio occasionale di propri articoli o lavori.

Poiché i contributi ed il lavoro di impaginazione sono effettuati su base volontaria, saranno sempre gradite segnalazioni di eventuali refusi o riferimenti inesatti.



**FONDAZIONE ITALIANA
DI GIUSECONOMIA**

*Fondazione dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Biella*



Università Popolare Biellese
per l'educazione continua

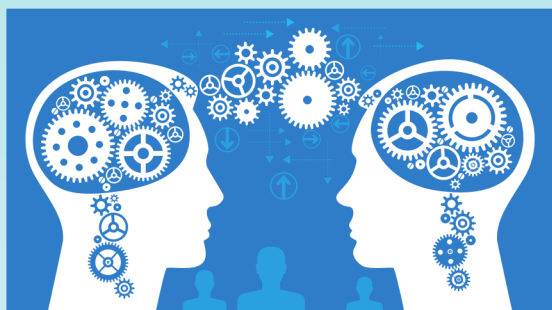
giornale
il Biellese

IL COMMERCIO@LISTA®

rivista di cultura economica e giuridica



COMITATO SCIENTIFICO



ROMA 2016

II° congresso nazionale

UN.I.CO.

UNIONE ITALIANA COMMERCIALISTI

COMMERCIALISTA 2.0

Innoviamo la professione, innoviamo il paese

In collaborazione con
Editrice

ADMAIORA

Giovedì 28 aprile 2016 ore 9,00-18,00

Sala Congressi "ROMA EVENTI" - via Alibert, 5/a Roma

Ore 09,00 Registrazione partecipanti

Ore 09,30 Inizio lavori

Saluti delle autorità - *L'Italia che innova*

Davide DI RUSSO, V. Presidente CNDCEC - Luigi PAGLIUCA, Presidente Cassa Ragionieri

Mario CIVETTA, Presidente ODCEC di Roma - Vincenzo CAPUTO, V. Presidente Giovani Confindustria

Stefano SCREPANTI, Gen. B. GdF Capo III Rep. Operazioni - Alberto MELONI, Unione Italiana Commercialisti Roma

Ore 10,15 Introduzione

Domenico POSCA, Presidente UNICO

Ore 10,30 Prima tavola rotonda

Preparare l'innovazione. Specializzazione e crescita dimensionale. Internazionalizzazione - Rete dei commercialisti

Modera: Franco FERRARO, Caporedattore SKY TG 24

Vincenzo CAPUTO, V. Presidente Naz. Giovani Confindustria - Achille COPPOLA - Segretario del CNDCEC

Antonio MASCIULLI, Consigliere e Tesoriere UNICO - Roberto PASQUINI, Il commercialista telematico

Stefania RADOCCIA, Partner EY - Claudio RORATO, Dir. Osservatorio Profess.ti e Innov. Digitale Politecnico Milano

Emmanuela SAGGESE - Consigliere UNICO

Ore 12,00 Seconda tavola rotonda

Innovazione delle rappresentanze ordinistiche e associative. Migliorare il sistema partendo dal dlgs 139/2015.

Ne discutono le associazioni sindacali con il CNDCEC

Modera: Maria Carla DE CESARI, V. Capo Redattore Il Sole 24 ORE

Marco CUCHEL - Presidente ANC - Roberta DELL'APA, Presidente AIDC

Giuseppe DIRETTO, Presidente UNAGRACO - Massimo MIANI, Consigliere CNDCEC

Domenico POSCA, Presidente UNICO - Michele SAGGESE, Presidente ADC

Amedeo SACRESTANO, Presidente ANDOC - Fazio SEGANTINI, Presidente UNGDCEC

Ore 13,00 BUFFET

Ore 14,30 Terza tavola rotonda

Le tecnologie al servizio dell'innovazione di fisco e giustizia

Modera: Giuseppe DE FILIPPI, Capo Redattore del TG5

Domenico CALVELLI, Consigliere UNICO - Francesca CORRARO, Direttore editoriale di ADMAIORA

Andrea CORTELLAZZO, Partner Cortellazzo & Soatto - Cosimo D'ARRIGO, Consigliere Corte di Cassazione

Donatella FERRANTI, Presidente Comm.ne Giustizia della Camera - Gennaro MIGLIORE, Sottosegretario alla Giustizia

Enrico MORANDO, V. Ministro Economia - Vincenzo TIBY, Commissione IT CNDCEC

Ore 16,00 Quarta tavola rotonda

Innovazione e nuove opportunità. Il patrimonio informativo economico finanziario dei commercialisti:

Big data per servizi di consulenza ad alto valore aggiunto

Modera: Gennaro SANGIULIANO, Vice Direttore TG1

Bruno DE GASPERIS, Fondatore di Genius

Roberto DE LUCA, Ricercatore Fondaz. Naz. Commercialisti - Salvatore ESPOSITO DE FALCO, Univ. La Sapienza Roma

Daniilo IERVOLINO, Fondatore e Presidente Università Telematica Pegaso

Domenico POSCA, Autore del volume Commercialista 2.0

Giuseppe RAGUSA, Direttore Master Big Data Analytics Luiss Roma

Giorgio TONINI, Presidente Commissione Bilancio Senato

Ore 18,00 Conclusioni

Comitato Organizzatore:

Domenico Calvelli, Vincenzo Caputo, Francesca Corrado, Bruno De Gasperis, Tito Giuffrida, Donato Magistà, Antonio Masciulli, Alberto Meloni, Giuseppe Piero, Domenico Posca, Giuseppe Prezzano, Emmanuela Saggese, Vincenzo Tiby

Evento accreditato dall'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Roma. La partecipazione al congresso è gratuita e darà diritto a 8 crediti per la formazione continua



Ordine dei
Dottori Commercialisti e degli
Esperti Contabili di
Roma

ISCRIZIONE GRATUITA

su www.unioneitalianacommercialisti.it/iscrizione

Patrocini



Ministero
dell'Economia
e delle Finanze



Ministero della Giustizia



Consiglio
Nazionale dei
Dottori
Commercialisti
e degli Esperti
Contabili



CNPR
Cassa Nazionale
di Previdenza e Assistenza
a favore dei Ragionieri
e Periti commerciali

Sponsor

