Euroconference LEGAL
L'aggiornamento settimanale per l'Avvocato
TeamSystem LEGAL

Edizione di martedì 20 dicembre 2016

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

La conservazione nel PAT
di **Giuseppe Vitrani**

Diritto del Lavoro

Permessi retributivi
di **Evangelista Basile**

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Il ruolo dell'organismo di vigilanza nelle procedure di accertamento dell'illecito
di **Matteo De Paolis**

Diritto Bancario

Riconoscimento di debito
di **Fabio Fiorucci**

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Sospensione in seguito ad opposizione all'esecuzione: la mancata instaurazione del giudizio di merito non comporta la improcedibilità del reclamo
di **Giuseppe Bertolino**

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Sospensione in seguito ad opposizione all'esecuzione: la mancata instaurazione del giudizio di merito non comporta la improcedibilità del reclamo
di **Giuseppe Bertolino**

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Mediazione delegata: non è perentorio il termine assegnato dal giudice
di **Mara Adorno**

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Mediazione delegata: non è perentorio il termine assegnato dal giudice
di **Mara Adorno**

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Litisconsorzio facoltativo ed eccezione di incompetenza per territorio nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo
di **Elisa Bertillo**

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Litisconsorzio facoltativo ed eccezione di incompetenza per territorio nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo
di **Elisa Bertillo**

Impugnazioni

Le Sezioni Unite si pronunciano in tema di nullità e inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione
di **Giulia Ricci**

Procedimenti di cognizione e ADR

Documento prodotto in copia fotostatica: forma ed effetti del disconoscimento
di **Marco Russo**

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

La conservazione nel PAT
di **Giuseppe Vitrani**

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Il ruolo dell'organismo di vigilanza nelle procedure di accertamento dell'illecito

di **Matteo De Paolis**

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

La conservazione nel PAT

di **Giuseppe Vitrani**

Il 1° gennaio 2017, salvo ulteriori e non auspicate proroghe, partirà ufficialmente anche il processo amministrativo telematico.

Val dunque la pena approfondire anche la tematica relativa alla conservazione dei fascicoli dei singoli procedimenti che, lo ricordiamo, saranno integralmente digitali. A tal proposito va accolto certamente con favore il disposto dell'art. 5, comma VI, dpcm 16 febbraio 2016, n. 40 (contenente le regole tecniche sul processo amministrativo telematico) ove si dispone che "*l'archiviazione, la conservazione e la reperibilità di tutti gli atti del fascicolo redatti sotto forma di documenti informatici è assicurata secondo quanto previsto dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri 3 dicembre 2013 pubblicati nella Gazzetta Ufficiale n. 59 del 12 marzo 2014 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 13 novembre 2014 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 8 del 12 gennaio 2015*".

Una norma chiara e semplice che estende al processo in analisi le regole tecniche dettate ai sensi dell'art. 71 del codice dell'amministrazione digitale.

L'analisi della materia si complica però quando si passa ad analizzare l'art. 12 delle regole tecniche in commento e precisamente laddove si prevede che "*la trasmissione telematica da parte dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Tribunale Regionale di giustizia amministrativa del Trentino-Alto Adige del fascicolo informatico di primo grado al Consiglio di Stato o al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, tramite SIGA, avviene con modalità finalizzate ad assicurarne la data certa, nonché l'integrità, l'autenticità e la riservatezza secondo quanto stabilito dalle specifiche tecniche di cui all'articolo 19.*

La trasmissione del fascicolo informatico o di singoli atti dello stesso, nei casi consentiti dalla normativa vigente, da e verso organi giurisdizionali diversi da quelli indicati al comma 1 avviene, in ogni stato e grado del giudizio, per via telematica su canale sicuro".

Per completare il quadro, le specifiche tecniche (che, lo ricordiamo, costituiscono un allegato del dpcm 40/2016) all'art. 11 dispongono che "*la trasmissione dei fascicoli informatici di primo grado con modalità telematiche da parte dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Tribunale Regionale di giustizia amministrativa del Trentino-Alto Adige al Consiglio di Stato o al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, avviene, tramite S.I.G.A., mediante accesso diretto al fascicolo di primo grado da parte dei soggetti abilitati.*

La trasmissione del fascicolo informatico o di suoi singoli atti, da e verso organi giurisdizionali

diversi da quelli indicati al comma 1 avviene, in ogni stato e grado del giudizio, per via telematica con le modalità stabilite in virtù di apposite Convenzioni stipulate dal Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa".

La lettura di queste norme lascia interdetti; è infatti sufficiente riflettere un attimo per comprendere che le norme in commento sono sostanzialmente inutili (e dannose) visto che prefigurano operazioni già previste, con gli opportuni presidi di sicurezza, dal dpcm 3 dicembre 2013 che detta le regole tecniche sulla conservazione dei documenti informatici la cui applicabilità al processo amministrativo telematico, lo ricordiamo, è espressamente prevista dalle regole tecniche in commento.

Se la normativa in materia di conservazione verrà correttamente applicata, il fascicolo del processo diventerà pertanto pacchetto di archiviazione ai sensi del dpcm 3 dicembre 2013 e confluirà nel sistema di conservazione ministeriale e sarà lì mantenuto in condizioni di integrità e autenticità, e sarà anche munito di data certa.

Sempre le regole tecniche sulla conservazione ci dicono poi che i soggetti autorizzati possono avere accesso, anche da remoto, al sistema di conservazione (art. 10) e possono chiedere al responsabile della conservazione la generazione del pacchetto di distribuzione. Nel caso in esame, dunque, il giudice superiore (es. il Consiglio di Stato) ben potrà accedere al sistema di conservazione e richiedere il fascicolo archiviato dal TAR in forma di pacchetto di distribuzione, senza la necessità di ulteriori norme quali quelle analizzate nel presente articolo.

Queste le considerazioni a proposito dell'infrastruttura preposta alla conservazione; va però fatta anche una riflessione di fondo sulla scelta di ricorrere all'utilizzo di un portfolio PDF per il deposito di tutti gli atti del processo telematico in analisi.

Come noto le regole tecniche sulla conservazione prevedono che i documenti testuali debbano essere redatti in formato "*PDF/A, ovvero in un formato che è stato sviluppato con l'obiettivo specifico di rendere possibile la conservazione documentale a lungo termine su supporti digitali.*

Tra le caratteristiche di questa tipologia di file abbiamo:

- *assenza di collegamenti esterni;*
- *assenza di codici eseguibili quali javascript ecc.,*
- *assenza di contenuti crittografati.*

Queste caratteristiche rendono il file indipendente da codici e collegamenti esterni che ne possono alterare l'integrità e l'uniformità nel lungo periodo" (allegato 2 dpcm 3 dicembre '13).

Tale disposizione rischia dunque di costituire un ostacolo per la conservazione degli atti del processo amministrativo telematico in quanto il portfolio PDF non nasce in formato PDF-A né pare possibile una sua conversione nel predetto formato.

Il rischio è dunque quello di trovarsi in presenza di un sistema che conserva documenti sui quali di fatto non sussiste una sicura garanzia di archiviazione a lungo termine; si prefigura dunque un problema di natura non solo tecnica, ma sostanziale, che merita un serio approfondimento da parte degli organi preposti all'elaborazione della normativa in materia di processo amministrativo telematico.

Diritto del Lavoro

Permessi retributivi

di **Evangelista Basile**

Corte Costituzionale, 23 settembre 2016, n. 213

Permessi retribuiti – Conviventi* more uxorio *– Discriminazione – Sussiste

MASSIMA

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992, come modificato dall'art. 24, comma 1, lett. a), l. n. 183 del 2010, nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado. Il diritto alla salute psico-fisica, ricomprensivo della assistenza e della socializzazione, va garantito e tutelato, al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale per la quale, ai sensi dell'art. 2 cost., deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico; pertanto, è irragionevole che nell'elencazione dei soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito ivi disciplinato, non sia incluso il convivente della persona con handicap in situazione di gravità.

COMMENTO

Il Tribunale di primo grado ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione alla nuova formulazione dell'art. 33 co. 3 l. 104/1992 a seguito della modifica intervenuta nel 2010, in virtù del quale hanno diritto al permesso retribuito di tre giorni al mese solo il coniuge, il parente o affine entro il secondo grado ovvero entro il terzo grado in particolari situazioni, escludendo espressamente la convivenza quale presupposto per la concessione di tale beneficio e subordinando lo stesso alla sola esistenza di un vincolo di matrimonio, parentela o affinità. Secondo il Giudice rimettente, ai fini della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione costituzionale è necessario prendere in considerazione, non (solo) la diversità delle fattispecie, ma (anche) i mutamenti normativi intervenuti *medio tempore* e la stessa *ratio* normativa. Il legislatore, a partire dal 1992, nel rafforzare gli strumenti volti a sostenere il disabile e il suo nucleo familiare, ha voluto attribuire alla famiglia un ruolo essenziale nei confronti della persona con handicap, garantendo una molteplicità di funzioni (assistenza, affetto e solidarietà) altrimenti difficilmente attuabili nella loro pienezza ed effettività. Ciò premesso, rimane pertanto da inquadrare il concetto di famiglia a cui si deve far riferimento, se all'art. 29 Cost. o alla più estesa formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost. Difatti, per il Tribunale non rileverebbe il rapporto legale alla fonte, in

quanto la norma censurata non è finalizzata ad assicurare a colui che assiste la persona un trattamento pensionistico o di natura patrimoniale, bensì a garantire, attraverso la previsione di agevolazioni, la tutela del soggetto disabile; al contrario, l'INPS sostiene che la mancata inclusione del convivente *more uxorio* troverebbe una ragionevole giustificazione nella necessaria correlazione tra l'erogazione dei fondi pubblici e la preesistenza di un rapporto giuridico certo qual è quello della famiglia fondata sul matrimonio. La Corte accoglie le osservazioni mosse dal Giudice rimettente, evidenziando che il permesso mensile retribuito è espressione dello Stato sociale che eroga una provvidenza in forma indiretta, uno strumento di politica socio-assistenziale che, al pari del congedo straordinario di cui all'art. 42 co. 5 D.lgs. 151/2001, è basato sul riconoscimento della cura alle persone con handicap in situazione di gravità prestata dai congiunti e sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale ed intergenerazionale: è, pertanto, evidente che l'interesse primario è quello di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare. Alla luce di ciò, appare irragionevole che nell'elencazione dei soggetti beneficiari non vi sia il convivente: la norma vìola l'art. 3 Cost., non per la sua portata eguagliatrice, ma per la contraddittorietà logica della esclusione del convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare il diritto alla salute psicofisica del disabile, anche qualora ciò avvenga all'interno di una relazione affettiva, tipica del rapporto familiare, riconducibile ai valori solidaristici di cui all'art. 2 Cost. Ragionando diversamente, la tutela del diritto di cui all'art. 32 Cost. del portatore di handicap verrebbe compressa, non in ragione di una obiettiva carenza di soggetti portatori di un rapporto qualificato sul piano affettivo, ma in funzione del solo dato "normativo" rappresentato dal mero rapporto di parentela o di coniugio. In conclusione, ai fini di stabilire se un soggetto ha diritto ad usufruire dei permessi mensili retribuiti sarebbe necessario far riferimento non tanto al grado di parentela o affinità, ma all'effettiva formazione sociale tutelata e riconosciuta ai sensi dell'art. 2 Cost.

Principali precedenti giurisprudenziali

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Il ruolo dell'organismo di vigilanza nelle procedure di accertamento dell'illecito

di **Matteo De Paolis**

Per poter assolvere ai propri compiti, l'Organismo di Vigilanza (ODV) deve essere dotato, come specifica l'art. 6, 1° comma, lett. b), d.lgs. n. 231/2001, di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, quindi di strumenti adeguati per poter verificare l'idoneità e la concreta attuazione delle procedure codificate, all'interno del Modello adottato dall'ente, per la prevenzione degli illeciti in ciascuna delle aree di rischio individuate. Il corretto ed efficace svolgimento di detta attività, necessariamente legata all'adozione del Modello, assieme alla prova che non vi e? stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'ODV, potrà permettere all'ente l'esonero dalla responsabilità in caso di procedimento che lo veda indagato o imputato per un reato presupposto commesso nel suo presunto interesse e/o vantaggio.

L'ODV, infatti, dovrebbe svolgere la propria attività e, soprattutto, pensare a come documentare la stessa, nella prospettiva che possa diventare "la prova" della non omessa o insufficiente vigilanza sul funzionamento e osservanza del Modello; prova da dover produrre in un procedimento penale volto ad accertare – e a escludere, dal punto di vista difensivo – la c.d. colpa di organizzazione dell'ente (si pensi, al riguardo, all'inversione dell'onere della prova "assolutoria" nel caso di reato commesso da un apicale, in base al disposto dell'art. 6, comma 1, d.lgs. 231/2001).

Dalle scarne indicazioni legislative, si può ricavare che per poter efficacemente operare in tal senso, fondamentale risulta l'autonomia dell'ODV nei confronti degli organi di direzione e amministrazione dell'ente, la quale deve caratterizzare le fasi dell'"iniziativa" e del "controllo" sulla corretta attuazione del Modello. Invero, non si deve dimenticare che nell'attività ordinaria l'ODV potrebbe imbattersi in violazioni di protocolli o procedure organizzative previste dal Modello che abbiano avuto, possano avere, o stiano avendo rilievo penale; la conoscenza di tali violazioni da parte dell'ODV potrebbe verificarsi, quindi, ancor prima di quella degli organi inquirenti. Si capisce, pertanto, del perché l'ODV dovrà essere munito della capacità di decidere cosa, quando, e come esplicare la propria fondamentale funzione di controllo, agendo in modo indipendente dalle altre funzioni ed organi di vertice dell'ente, in quanto proprio questi ultimi potrebbero diventare destinatari dell'attività ispettiva volta ad assicurare, pur sempre e soltanto, il funzionamento e l'osservanza del Modello adottato.

Senza dimenticare, comunque, che l'ODV ha un obbligo contrattuale nei confronti dell'ente discendente dalla sua nomina; di conseguenza, il mancato svolgimento delle attività di controllo e vigilanza sull'attuazione del Modello, potrebbe esporre i membri dell'ODV a ipotesi

di responsabilità contrattuale verso l'ente nel caso sia riconosciuta, in ambito processuale, la responsabilità amministrativa di quest'ultimo "per omessa o insufficiente vigilanza", con conseguenze civilistiche in ordine al risarcimento dei danni nei confronti della società; inoltre, e *in extremis*, non è da escludere che i membri dell'ODV possano esporsi alla possibile contestazione del reato di favoreggiamento o concorso nel reato presupposto per aver agevolato, mediante omissioni, l'attività illecita del soggetto autore dello stesso.

Un elenco di attività di verifica sul funzionamento e osservanza del Modello ex art. 6, comma 1, d.lgs. 231/2001 è stata data in passato dalla giurisprudenza[1], ed è stata poi ripresa dalle Linee Guida di Confindustria che, nella versione aggiornata al marzo 2014, nel sottolineare l'importanza della previsione, all'interno dei Modelli, dell'obbligatorietà dei flussi informativi verso l'ODV al fine di consentire a quest'ultimo lo svolgimento delle attività di cui al Decreto (artt. 6 e 7), hanno precisato come "*l'obbligo di informazione è stato probabilmente previsto anche allo scopo di conferire maggiore autorevolezza alle richieste di documentazione che si rendono necessarie all'Organismo di vigilanza nel corso delle sue verifiche. Guardando anche alle esperienze straniere e in particolare alle* Federal Sentencing Guidelines *statunitensi e ai relativi* Compliance Programs*, l'obbligo di informazione dovrà essere esteso anche ai dipendenti che vengano in possesso di notizie relative alla commissione dei reati, in specie all'interno dell'ente, ovvero a "pratiche" non in linea con le norme di comportamento che l'ente è tenuto a emanare [...] nell'ambito del Modello disegnato dal decreto 231 (i cd. codici etici)*".

Non ci si può esimere dal rilevare, come da queste indicazioni discenda l'attribuzione in capo all'ODV di una vera e propria funzione inquirente volta a indagare – e non a prevenire – la commissione di reati presupposto da parte degli organi e soggetti che si trovano in rapporto funzionale con l'organizzazione dell'ente[2].

Un ruolo sempre più di garante della legalità interna all'ente – e che ha portato anche all'espressa previsione di una responsabilità di carattere penale in capo ai membri dell'ODV – deriva dal ruolo assegnato a tale organo aziendale dal d.lgs. 231/2007 in tema di prevenzione dei fenomeni di riciclaggio e finanziamento del terrorismo. L'art. 52, comma 1, d.lgs. 231/2007 affida il compito di vigilare sull'osservanza delle norme del medesimo decreto anche all'Organismo di Vigilanza delle banche e degli altri intermediari finanziari ed enti soggetti alla disciplina del d.lgs. 231/2001, il quale risulta essere destinatario di una serie di obblighi di segnalazione nei confronti di varie autorità pubbliche. In tal modo si è imposto, per la prima volta, un obbligo di comunicazione diretta anche in capo all'ODV, la cui violazione può essere sanzionata penalmente con la reclusione fino a un anno e con la multa da 100 a 1.000 euro. In sostanza, l'ODV ai sensi dell'art. 52, d.lgs. 231/2007, dovrà:

- Comunicare alle autorità di vigilanza le violazioni delle disposizioni emanate dalle medesime, relative alle modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, all'organizzazione, alla registrazione, alle procedure e ai controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo;
- Comunicare al titolare dell'attività le infrazioni delle disposizioni relative all'obbligo di

segnalazione delle c.d. operazioni sospette, che la normativa riferisce sia alle operazioni aventi ad oggetto denaro/utilità di sospetta provenienza dai delitti di riciclaggio sia a quelle aventi ad oggetto denaro/utilità che si sospetta possano essere destinati al finanziamento del terrorismo;
- Comunicare al Ministero dell'Economia e delle Finanze le infrazioni delle disposizioni relative alle limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore e relative al divieto di conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazione fittizia;
- Comunicare all'Unità di Informazioni Finanziaria (UIF) le infrazioni delle disposizioni relative alla conservazione dei documenti e alla registrazione delle informazioni acquisite per assolvere agli obblighi di adeguata verifica della clientela.

È consigliabile, quindi, che i Modelli 231, predisposti da quei soggetti destinatari delle disposizioni contenute nel d.lgs. 231/2007 (banche, intermediari finanziari, società di cambi, ecc.), laddove disciplinano le attività dei propri Organismi di Vigilanza connesse agli obblighi di comunicazione ex articolo 52, d.lgs. 231/2007, prevedano una specifica reportistica da parte dell'ODV al Collegio Sindacale sulle eventuali segnalazioni effettuate ai sensi della normativa antiriciclaggio, prevedendo idonee modalità di archiviazione anche al fine di esimersi da ipotesi di responsabilità di carattere penale.

In virtù, quindi, della sensibilità delle notizie che possono, e in alcuni casi devono, essere riportate all'ODV, e da quest'ultimo agli organi societari o istituzionali, è chiaro che le interferenze dell'attività di quest'ultimo con l'attività di indagine degli organi inquirenti della magistratura in fase di accertamento dei reati presupposto, possono essere molteplici: si pensi solo ai casi in cui si procede all'implementazione di Modelli *post delictum* per il riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 12, d.lgs. 231/2001, e pertanto necessariamente redatti, approvati e implementati prima che il processo penale si celebri in sede dibattimentale; o ai casi di aggiornamento del Modello per violazioni dello stesso. In entrambe le ipotesi, i membri dell'ODV si possono trovare a dover effettuare interviste con persone coinvolte nel fatto reato, semplici testimoni o presunti indagati, oppure ad acquisire ed esaminare documentazione oggetto del fatto reato, come email interne, segnalazioni o mancate segnalazioni, contratti e flussi finanziari[3].

Anche le eventuali sanzioni disciplinari irrogate dall'ente ai propri dipendenti costituiscono materiale oggetto di indagine da parte della Magistratura, e forniscono un'utile prova allo stesso ente in sede di verifica dell'efficacia del Modello. Invero, il sistema disciplinare "*idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure*" ex art. 6, comma 2, lett. e), d.lgs. 231/2001 è elemento essenziale del Modello stesso, e come affermato dalla giurisprudenza, "*un Modello che non preveda espressamente sanzioni disciplinari per gli amministratori, direttori generali e* compliance officier *colpevoli di negligenza o imperizia nell'individuare ed eliminare violazioni del Modello e/o commissione dei reati deve ritenersi lacunoso con conseguente non configurabilità dello stesso quale esimente per l'ente*"[4]. Rilevanti, pertanto, saranno anche le comunicazioni dell'ODV al vertice aziendale indicanti la necessità di sanzionare disciplinarmente un dipendente qualora si sia accertata da parte dello stesso la violazione del Modello, che faranno ovviamente parte della documentazione riservata e accuratamente archiviata da parte

dell'ODV.

Non bisogna dimenticare, poi, che il compito della polizia giudiziaria in sede di accertamento dell'illecito, è proprio quello di "*stimare la completezza, soprattutto in termini di qualità, e la tempestività delle informazioni destinate all'organismo di controllo, allo scopo di constatare l'effettivo funzionamento dei meccanismi di prevenzione predisposti e la concreta capacità di reazione del citato organismo di vigilanza nello specifico contesto*"[5]. L'attività degli organi inquirenti sarà, quindi, soprattutto rivolta a "*verificare anche la conformità dei comportamenti concreti rispetto alle regole del modello atteso che le caratteristiche dello stesso talvolta possono di fatto concretizzarsi in una mera sovrastruttura formale, dando luogo alla mancata osservanza di regole, meccanismi e dispositivi*"[6]. Non stupisce, quindi, l'eventualità che in fase di indagini la polizia giudiziaria possa acquisire documentazione contabile ed extracontabile anche tramite richiesta diretta ai membri dell'ODV oltre, ovviamente, alla possibilità di acquisire altri elementi informativi, anche di natura testimoniale, in relazioni a precedenti eventuali violazioni del Modello.

Sarà fondamentale, pertanto, che l'attività svolta dall'ODV sia adeguatamente registrata e documentata, e la relativa documentazione custodita dallo stesso ODV, in modo che ne sia assicurata la riservatezza, anche nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali (privacy).

Di norma, le attività dell'ODV trovano formale rilevazione mediante i seguenti documenti:

- verbali delle riunioni e delle attività dell'ODV;
- rapporti alle parti interessate (CdA o altro);
- registro delle segnalazioni.

L'ODV, inoltre, deve pianificare la propria attività di controllo tramite apposito documento basato principalmente sull'analisi dei rischi (reati presupposto) e aggiornato periodicamente, oltre a dotarsi di un proprio regolamento interno che ne disciplini le attività.

Tutti questi documenti, oltre alla verbalizzazione delle interviste effettuate al personale dipendente – sia che vengano effettuate in occasione di violazioni del Modello, sia, invece, in occasione della sola verifica ordinaria sulla funzionalità dello stesso – acquistano fondamentale importanza nel contesto dell'indagine giudiziaria volta ad accertare la colpa di organizzazione dell'ente.

Come appena accennato, infatti, tutta la documentazione dell'attività dell'ODV, sia essa svolta direttamente dai suoi membri o da consulenti appositamente nominati, e? documentazione societaria sequestrabile o che, comunque, la società potrebbe essere costretta a consegnare in caso di richiesta da parte degli organi inquirenti o del Giudice. In molti casi, si tratta di documentazione che non è possibile stabilire, *a priori*, se sia a favore o contro l'Ente, considerato che in caso di sequestro o di richiesta dell'A.G. non vi è, il più delle volte, possibilità di scelta di quali atti offrire al PM. Potrebbe pertanto accadere che siano sequestrati

o semplicemente richiesti all'organo amministrativo i report dell'ODV relativi alle segnalazioni dei comportamenti oggetto di indagine; tuttavia, potrebbe anche succedere che in un report sia inserito anche il riferimento a un fatto relativo a un altro reato che nulla ha a che vedere con il fatto reato per cui il PM sta procedendo, e che potrebbe essere utilizzato come spunto per indagini ulteriori.

Inoltre, tutti i membri dell'ODV, i consulenti, gli *auditor* interni, potranno essere sentiti come persone informate sui fatti e poi come testimoni, anche su fatti e circostanze conosciute *de relato*, e cioè apprese da terzi. Gli stessi non potranno esimersi dal rispondere al PM o al Giudice su fatti e circostanze a loro note: invero, i membri dell'ODV, i loro collaboratori e i loro consulenti sono sottoposti a un obbligo di riservatezza rilevante ex art. 622 c.p. (che prevede il delitto di *Rivelazione di segreto professionale*), ma non possono valersi del diverso segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p. che individua i soggetti, tra cui gli avvocati difensori e i loro consulenti, che "*non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragioni del proprio ministero, ufficio o professione*". L'avvocato che, in ipotesi, svolge l'attività di membro di un ODV, agisce come organo societario interno e non come consulente/professionista, pertanto non potrà opporre il segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p..

Vi sono, comprensibilmente, dei limiti anche all'attività d'indagine dell'ODV, volta – è sempre bene ricordarlo – alla verifica sul funzionamento e osservanza del Modello ai fini dell'esenzione dalla – o attenuazione della – responsabilità amministrativa dell'ente. In primo luogo, qualora si scelga di procedere con audizioni o interviste nei confronti di soggetti dipendenti, coinvolti nei reati presupposto o semplici persone informate sui fatti, occorre tenere a mente che l'intervistato non ha l'obbligo di dire la verità, come del resto il soggetto che esegue l'intervista non ha l'obbligo giuridico di riportare, in modo fedele ed integrale, le informazioni raccolte, con conseguenti dubbi processuali in merito alla genuinità, fedeltà e completezza del documento. In più, nel caso in cui dal verbale dell'audizione/intervista, emerga la prova del comportamento fraudolento dell'organo aziendale, il documento potrebbe anche non poter essere utilizzato in sede processuale, qualora contenga dichiarazioni autoaccusatorie; tuttavia, il PM potrà sempre acquisire il documento quale mezzo di ricerca di prove e utilizzarlo contro l'ente nel *simultaneus processus* ex d.lgs. 231/2001[7].

In secondo luogo, l'attività che dovrebbe svolgere l'ODV potrebbe scontrarsi con la normativa posta dal d.lgs. 196/2003 a tutela della privacy. In particolare, il trattamento di dati sensibili, indipendentemente dai protocolli previsti nel Modello, non potrebbe essere effettuato se non con il consenso dell'interessato. Per ovviare a tale inconveniente, sarebbe opportuno che nell'atto di nomina e istituzione dell'ODV, allo stesso venisse conferito il ruolo, almeno, di Responsabile del trattamento dei dati personali[8]. Si consideri, comunque, come sia possibile svolgere attività investigativa-ispettiva e pertanto acquisire documentazione protetta, quali le e-mail del dipendente, anche senza il consenso dell'interessato, nelle ipotesi di cui all'art. 24, lett. f), d.lgs. 196/2003, e cioè quando sia "*necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali*

finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento, nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale".

In tal caso, anche per le garanzie giudiziarie previste a favore della documentazione difensiva raccolta, in particolare ex artt. 327 bis e 391 bis e ss., c.p.p., sarebbe opportuno che una rappresentanza dell'ente nominasse un legale di fiducia a cui dare l'incarico di svolgere attività investigativa difensiva, eventualmente anche preventiva in vista di un futuro procedimento giudiziario nei confronti della società.

Da ultimo, si sottolinea il costante ruolo di collaborazione con l'Autorità Giudiziaria che deve avere l'ODV, anche al fine di impedire il verificarsi di condotte di inquinamento probatorio che potrebbero mettere in pericolo il positivo giudizio sui requisiti di autonomia, indipendenza e professionalità richiesti ai suoi membri, la mancanza dei quali si ripercuoterebbe, necessariamente, sulla valutazione della (non) capacità esimente del Modello in sede giudiziaria.

[1] Ci si riferisce, in particolare, a quanto indicato nell'Ordinanza del GIP di Napoli del 26.06.2007, secondo cui l'OdV "S*volge periodica attività ispettiva, secondo le modalità e le scadenze indicate nel Regolamento dell'OdV; accede a tutte le informazioni concernenti le attività a rischio di reato; chiede informazioni o esibizioni di documenti in merito alle attività a rischio di reato a tutto il personale dipendente della società e laddove necessario agli amministratori, al collegio sindacale e alla società di revisione; riceve periodicamente informazioni dai responsabili di funzioni interessate dalle aree a rischio; chiede informazioni agli organismi di vigilanza delle società appartenenti al gruppo; propone l'adozione delle sanzioni disciplinari; coordina, in unione con il Direttore delle risorse umane, la definizione dei programmi di formazione del personale; sottopone il modello a verifica periodica e ne propone l'aggiornamento quando siano intervenute violazioni o elusioni delle prescrizioni dello stesso che ne abbiano dimostrano inefficacia ed incoerenza ai fini della prevenzione ovvero quando siano intervenuti mutamenti significativi nel quadro normativo, nell'organizzazione o nell'attività della società; redige semestralmente una relazione al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulla attività svolta; informa il presidente del CdA di circostanze e fatti significativi emersi nel corso della propria attività*".

[2] Riguardo all'attività investigativa dell'ODV si veda, ad esempio, CALLERI, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, Vol. 1, p. 73 e ss.

[3] Si veda, in proposito, DUZIONI, *Attività "investigativa-ispettiva" e attività "preventiva difensiva ex art. 391-nonies c.p.p" quale attività dell'OdV: due ipotesi a confronto di documentazione dell'effettiva attuazione del Modello 231 nei casi di presunto o sospetto accertamento di fatti reato commessi o in itinere*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, Vol. 2, p. 51 e ss.

[4] Tribunale di Milano, Ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del 20 settembre 2004.

[5] Si veda Circolare della Guardia di Finanza n. 83607/2012, dal titolo "*Attività della Guardia di Finanza a tutela del mercato dei capitali*", in particolare il Terzo Volume della Circolare, che illustra le modalità di indagine relative all'accertamento della responsabilità degli enti secondo il d.lgs. 231/2001.

[6] *Ibidem*.

[7] DUZIONI, *Attività "investigativa-ispettiva"*, cit.

[8] Nell'ordinamento italiano, per Responsabile del trattamento dei dati si intende, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. g) d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della Privacy), "*la persona fisica, giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento dei dati personali*". Per quanto qui rileva, il Codice della Privacy specifica che la figura del Responsabile del trattamento deve essere indicata anche nella informativa da rendere agli interessati – e quindi a tutti i dipendenti, fornitori e apicali della società – ai sensi dell'art. 13 del Codice.

E-learning
Percorso on-line
D.LGS. 231: RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI ED APPROCCIO OPERATIVO AL MODELLO
Durata: 5 ore CFP: 5
accedi al sito >

Diritto Bancario

Riconoscimento di debito

di **Fabio Fiorucci**

Come noto, per la costituzione dell'obbligo di corrispondere interessi in misura superiore a quella legale (come pure per la modifica della clausola concernente gli interessi, comportante il superamento della soglia legale) è necessaria la forma scritta *'ad substantiam'*, la cui mancanza comporta la nullità della clausola stessa, con automatica sostituzione della misura convenzionale con quella legale (Cass. n. 1878/1972; Cass. n. 266/2006; Cass. n. 3017/2014; Cass. n.10516/2016**;** App. Salerno 27.1.2016).

La prova di una siffatta pattuizione grava sulla parte che chiede il pagamento del tasso ultralegale, essendo gli interessi una componente del credito vantato (v. Cass. n. 23974/2010).

Essendo l'atto scritto concernente la stipulazione degli interessi in misura superiore a quella legale costitutivo del relativo rapporto obbligatorio, a norma dell'art. 1284 c.c., è privo di rilevanza giuridica il riconoscimento che di esso il debitore faccia *ex post* (Cass. n. 10516/2016; Cass. n. 17679/2009; Cass. n. 11466/2008; Cass. n. 15643/2003; Cass. n. 280/1997; Cass. n. 2690/1987; Trib. Udine 29.10.2013; Trib. Teramo 29.5.2015).

"L'eventuale richiamo alla clausola contenente la pattuizione di interessi in misura ultralegale in altro documento successivo equivale ad un riconoscimento di debito, e come tale è inidoneo a porre tale obbligo a carico del debitore, in quanto l'atto scritto concernente la pattuizione degli interessi ha natura costitutiva e non dichiarativa" (Cass. n. 266/2006).

In altri termini, "*la ricognizione di debito, anche se titolata, non costituisce un'autonoma fonte di obbligazione ma ha il solo effetto di sollevare il promissario dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria e deve essere – oltre che esistente – valido*" *(cfr. ex multis, Cass. Civ. n. 13776/14)*" (Trib. Napoli 25.5.2015).

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Sospensione in seguito ad opposizione all'esecuzione: la mancata instaurazione del giudizio di merito non comporta la improcedibilità del reclamo

di **Giuseppe Bertolino**

Tribunale di Milano, 3 marzo 2016 (ord.) – Pres. de Sapia – Est. Rossetti

Opposizione all'esecuzione – sospensione disposta dal giudice dell'esecuzione – mancata introduzione giudizio di merito – reclamo – improcedibilità – esclusione (cod. proc. civ., art. 624 commi 2 e 3; cod. proc. civ., art. 669 *terdecies*)

Opposizione all'esecuzione – mancata introduzione giudizio di merito – sospensione disposta dal giudice del reclamo – esclusione (cod. proc. civ., art. 624 commi 2 e 3; cod. proc. civ., art. 669 terdecies)

[1] Il reclamo avverso l'ordinanza che provvede sulla istanza di sospensione del processo esecutivo ai sensi dell'art. 624, comma primo, cod. proc. civ., non diviene improcedibile se nessuna delle parti inizia il giudizio di merito nel termine perentorio stabilito dal giudice dell'esecuzione.

[2] Se nessuna delle parti introduce il giudizio di merito di opposizione all'esecuzione, nel caso di accoglimento del reclamo avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di sospensione il processo esecutivo non si estingue e il collegio deve concedere un nuovo termine per l'introduzione del giudizio di merito.

CASO

[1] [2] Una società debitrice proponeva reclamo, ai sensi dell'art. 669 *terdecies* cod.proc.civ., avverso l'ordinanza emessa il 4 dicembre 2015, con la quale il giudice dell'esecuzione aveva rigettato, a seguito di proposizione di opposizione all'esecuzione, la richiesta di sospensione del processo esecutivo.

Il creditore, preliminarmente, nel corso dell'udienza, eccepiva la inammissibilità del reclamo, non avendo parte reclamante introdotto il giudizio di merito nel termine assegnatole dal giudice dell'esecuzione e, nel merito, ne chiedeva il rigetto.

SOLUZIONE

[1] [2] Il collegio del tribunale ha affrontato la questione preliminare, dedotta dalla reclamata,

ed ha affermato che l'interesse a promuovere il giudizio di merito si consolida definitivamente solo all'esito del reclamo, ove proposto.

Pertanto, nel caso di sospensione disposta in seguito a reclamo, il collegio deve concedere un nuovo termine per l'introduzione del giudizio di merito, tenuto conto degli effettivi interessi delle parti.

Nel merito, il collegio ha poi rigettato il reclamo, confermando che parte reclamata ha diritto di agire esecutivamente per il pagamento delle somme indicate nel lodo.

QUESTIONI
[1] [2] L'art. 624, comma 3, cod. proc. civ., regola un'ipotesi di estinzione tipica del processo esecutivo qualora la procedura sia stata sospesa dal giudice dell'esecuzione e l'ordinanza non sia stata reclamata ovvero sia stata confermata in sede di reclamo, se il giudizio di merito non viene introdotto entro i termini perentori stabiliti dal giudice, a norma dell'art.616 cod. proc. civ.

Nessun cenno è contenuto nel nuovo art. 624 cod. proc. civ., circa le conseguenze sul reclamo nel caso in cui nessuna delle parti instauri il giudizio di merito nel termine perentorio stabilito dal giudice dell'esecuzione.

Parte della giurisprudenza, sul presupposto della natura cautelare-conservativa del provvedimento di sospensione ritiene improcedibile il reclamo (cfr. tribunale di Brindisi, ordinanza 4 dicembre 2012; conforme tribunale di Campobasso 13 maggio 2013). Altra parte, invece, ritiene ammissibile il reclamo in ragione della natura anticipatoria del provvedimento di sospensione (cfr. tribunale di Lecce, ordinanza 4 dicembre 2014).

Il tribunale meneghino, con l'ordinanza in esame, ha evidenziato le finalità deflattive del contenzioso che il legislatore ha inteso perseguire con la novella introdotta nel 2006, che ha modificato la norma in questione, e ribadito la natura cautelare del provvedimento di sospensione.

La volontà deflattiva del legislatore ha indotto il collegio a non aderire alla tesi di chi sostiene che il creditore debba prudentemente introdurre il giudizio di merito anche quando abbia ottenuto un provvedimento che nega la sospensione da parte del giudice dell'esecuzione.

Il tribunale ha aggiunto, che a seguito del provvedimento di sospensione adottato dal collegio si stabilizza definitivamente l'interesse all'eventuale proposizione del giudizio di merito.

In altri termini, risulterebbe contradittorio con lo spirito della norma imporre al debitore o al creditore di introdurre il giudizio di merito allorquando la fase cautelare complessivamente considerata non sia ancora conclusa.

Il debitore, infatti, ove avrà ottenuto un provvedimento di sospensione davanti al giudice

dell'esecuzione, fermo restando il suo astratto interesse ad introdurre la causa di merito al fine di ottenere un accertamento più ampio del mero effetto estintivo del processo esecutivo (*id est*: l'inesistenza del diritto del creditore procedente di agire esecutivamente nei suoi confronti una volta per tutte) non ha un interesse concreto a introdurre il giudizio di merito; il suo interesse concreto potrebbe invece atteggiarsi in modo sensibilmente diverso nell'ipotesi in cui in sede di reclamo il collegio riformasse il provvedimento adottato.

Dall'altro lato, per il creditore, che abbia ottenuto un provvedimento che rigetti l'istanza di sospensione, l'interesse a promuovere la causa di merito potrebbe sorgere, tendenzialmente, solo nel caso in cui in sede di reclamo quel provvedimento fosse riformato.

Poiché l'interesse a promuovere il giudizio di merito si consolida definitivamente solo all'esito del reclamo, ove proposto, il collegio con il provvedimento con cui decide il reclamo deve concedere un nuovo termine per l'introduzione del giudizio di merito, tenuto conto degli effettivi interessi delle parti, allorquando la decisione adottata sia contraria rispetto a quella assunta dal giudice dell'esecuzione.

Nel provvedimento il esame il tribunale in composizione collegiale afferma pure che, nel caso di in mancanza introduzione del giudizio di merito da parte del debitore esecutato che non ha ottenuto il provvedimento di sospensione, il reclamo deve essere egualmente esaminato nel merito e, in caso di accoglimento, porterà all'estinzione del processo esecutivo soltanto qualora, nei termini assegnati dal collegio, la causa di merito non verrà introdotta dal creditore procedente.

L'ordinanza in esame ha il pregio di dipanare, senza indugiare su posizioni "ontologiche" circa la natura del provvedimento di sospensione adottato dal giudice dell'esecuzione, "l'ordito intessuto di equivoci" di cui consta l'art. 624, comma 3, cod. proc. civ. (così, Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 3° ed., Torino, 2015, pag.457) tenendo conto, primariamente, delle finalità deflattive della norma.

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Sospensione in seguito ad opposizione all'esecuzione: la mancata instaurazione del giudizio di merito non comporta la improcedibilità del reclamo

di **Giuseppe Bertolino**

Tribunale di Milano, 3 marzo 2016 (ord.) – Pres. de Sapia – Est. Rossetti

Opposizione all'esecuzione – sospensione disposta dal giudice dell'esecuzione – mancata introduzione giudizio di merito – reclamo – improcedibilità – esclusione (cod. proc. civ., art. 624 commi 2 e 3; cod. proc. civ., art. 669 *terdecies*)

Opposizione all'esecuzione – mancata introduzione giudizio di merito – sospensione disposta dal giudice del reclamo – esclusione (cod. proc. civ., art. 624 commi 2 e 3; cod. proc. civ., art. 669 terdecies)

[1] Il reclamo avverso l'ordinanza che provvede sulla istanza di sospensione del processo esecutivo ai sensi dell'art. 624, comma primo, cod. proc. civ., non diviene improcedibile se nessuna delle parti inizia il giudizio di merito nel termine perentorio stabilito dal giudice dell'esecuzione.

[2] Se nessuna delle parti introduce il giudizio di merito di opposizione all'esecuzione, nel caso di accoglimento del reclamo avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di sospensione il processo esecutivo non si estingue e il collegio deve concedere un nuovo termine per l'introduzione del giudizio di merito.

CASO

[1] [2] Una società debitrice proponeva reclamo, ai sensi dell'art. 669 *terdecies* cod.proc.civ., avverso l'ordinanza emessa il 4 dicembre 2015, con la quale il giudice dell'esecuzione aveva rigettato, a seguito di proposizione di opposizione all'esecuzione, la richiesta di sospensione del processo esecutivo.

Il creditore, preliminarmente, nel corso dell'udienza, eccepiva la inammissibilità del reclamo, non avendo parte reclamante introdotto il giudizio di merito nel termine assegnatole dal giudice dell'esecuzione e, nel merito, ne chiedeva il rigetto.

SOLUZIONE

[1] [2] Il collegio del tribunale ha affrontato la questione preliminare, dedotta dalla reclamata,

ed ha affermato che l'interesse a promuovere il giudizio di merito si consolida definitivamente solo all'esito del reclamo, ove proposto.

Pertanto, nel caso di sospensione disposta in seguito a reclamo, il collegio deve concedere un nuovo termine per l'introduzione del giudizio di merito, tenuto conto degli effettivi interessi delle parti.

Nel merito, il collegio ha poi rigettato il reclamo, confermando che parte reclamata ha diritto di agire esecutivamente per il pagamento delle somme indicate nel lodo.

QUESTIONI
[1] [2] L'art. 624, comma 3, cod. proc. civ., regola un'ipotesi di estinzione tipica del processo esecutivo qualora la procedura sia stata sospesa dal giudice dell'esecuzione e l'ordinanza non sia stata reclamata ovvero sia stata confermata in sede di reclamo, se il giudizio di merito non viene introdotto entro i termini perentori stabiliti dal giudice, a norma dell'art.616 cod. proc. civ.

Nessun cenno è contenuto nel nuovo art. 624 cod. proc. civ., circa le conseguenze sul reclamo nel caso in cui nessuna delle parti instauri il giudizio di merito nel termine perentorio stabilito dal giudice dell'esecuzione.

Parte della giurisprudenza, sul presupposto della natura cautelare-conservativa del provvedimento di sospensione ritiene improcedibile il reclamo (cfr. tribunale di Brindisi, ordinanza 4 dicembre 2012; conforme tribunale di Campobasso 13 maggio 2013). Altra parte, invece, ritiene ammissibile il reclamo in ragione della natura anticipatoria del provvedimento di sospensione (cfr. tribunale di Lecce, ordinanza 4 dicembre 2014).

Il tribunale meneghino, con l'ordinanza in esame, ha evidenziato le finalità deflattive del contenzioso che il legislatore ha inteso perseguire con la novella introdotta nel 2006, che ha modificato la norma in questione, e ribadito la natura cautelare del provvedimento di sospensione.

La volontà deflattiva del legislatore ha indotto il collegio a non aderire alla tesi di chi sostiene che il creditore debba prudentemente introdurre il giudizio di merito anche quando abbia ottenuto un provvedimento che nega la sospensione da parte del giudice dell'esecuzione.

Il tribunale ha aggiunto, che a seguito del provvedimento di sospensione adottato dal collegio si stabilizza definitivamente l'interesse all'eventuale proposizione del giudizio di merito.

In altri termini, risulterebbe contradittorio con lo spirito della norma imporre al debitore o al creditore di introdurre il giudizio di merito allorquando la fase cautelare complessivamente considerata non sia ancora conclusa.

Il debitore, infatti, ove avrà ottenuto un provvedimento di sospensione davanti al giudice

dell'esecuzione, fermo restando il suo astratto interesse ad introdurre la causa di merito al fine di ottenere un accertamento più ampio del mero effetto estintivo del processo esecutivo (*id est*: l'inesistenza del diritto del creditore procedente di agire esecutivamente nei suoi confronti una volta per tutte) non ha un interesse concreto a introdurre il giudizio di merito; il suo interesse concreto potrebbe invece atteggiarsi in modo sensibilmente diverso nell'ipotesi in cui in sede di reclamo il collegio riformasse il provvedimento adottato.

Dall'altro lato, per il creditore, che abbia ottenuto un provvedimento che rigetti l'istanza di sospensione, l'interesse a promuovere la causa di merito potrebbe sorgere, tendenzialmente, solo nel caso in cui in sede di reclamo quel provvedimento fosse riformato.

Poiché l'interesse a promuovere il giudizio di merito si consolida definitivamente solo all'esito del reclamo, ove proposto, il collegio con il provvedimento con cui decide il reclamo deve concedere un nuovo termine per l'introduzione del giudizio di merito, tenuto conto degli effettivi interessi delle parti, allorquando la decisione adottata sia contraria rispetto a quella assunta dal giudice dell'esecuzione.

Nel provvedimento il esame il tribunale in composizione collegiale afferma pure che, nel caso di in mancanza introduzione del giudizio di merito da parte del debitore esecutato che non ha ottenuto il provvedimento di sospensione, il reclamo deve essere egualmente esaminato nel merito e, in caso di accoglimento, porterà all'estinzione del processo esecutivo soltanto qualora, nei termini assegnati dal collegio, la causa di merito non verrà introdotta dal creditore procedente.

L'ordinanza in esame ha il pregio di dipanare, senza indugiare su posizioni "ontologiche" circa la natura del provvedimento di sospensione adottato dal giudice dell'esecuzione, "l'ordito intessuto di equivoci" di cui consta l'art. 624, comma 3, cod. proc. civ. (così, Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 3° ed., Torino, 2015, pag.457) tenendo conto, primariamente, delle finalità deflattive della norma.

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Mediazione delegata: non è perentorio il termine assegnato dal giudice

di **Mara Adorno**

Trib. Milano, ord. 27 settembre 2016

Mediazione obbligatoria – Mediazione delegata – Tardiva proposizione – Improcedibilità – Insussistenza
(d.leg. 4 marzo 2010, n. 28, art. 5)

[1] *Il tentativo di mediazione obbligatorio, ancorché esperito successivamente al termine di quindici giorni assegnato dal giudice, non consente di ritenere operante la improcedibilità prevista per il mancato esperimento del procedimento, in assenza di espressa previsione di perentorietà del termine assegnato dal giudice* ex *art. 5, 2° comma, d. leg. 28/2010, dovendosi dare prevalenza all'effetto sostanziale dello svolgimento del procedimento.*

CASO
[1] Disposta dal giudice nel corso del processo la mediazione, l'attore esperisce il procedimento successivamente al decorso del termine assegnato. Il tentativo di mediazione sortisce, peraltro, un esito negativo. Sicché l'attore, depositati i verbali di mediazione, chiede la prosecuzione del giudizio con l'assegnazione dei termini di cui all'art. 183, 6° comma, c.p.c.

SOLUZIONE
[1] Il Tribunale di Milano, rilevato che comunque il tentativo di mediazione risulta esperito, ancorché tardivamente rispetto al termine assegnato dal giudice, afferma che l'assenza di una espressa indicazione nell'art. 5, 2° comma, d.leg. 28/2010 in termini di perentorietà del predetto termine debba essere interpretata nel senso di ritenere inoperante l'improcedibilità prevista per il mancato assolvimento dell'obbligo di esperire il procedimento di mediazione, «dovendosi dare prevalenza all'effetto sostanziale dello svolgimento del procedimento». Pertanto, respinte le censure di improcedibilità avanzate dalle parti convenute, il giudice meneghino assegna, come richiesto, i termini *ex* art. 183, 6° comma, c.p.c. per la trattazione della causa.

QUESTIONI
[1] L'art. 5, 2° comma, d.leg. 28 cit. prevede la possibilità per il giudice, anche in sede di appello, «valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti» di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione. In tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione viene qualificato come «condizione di procedibilità della

domanda giudiziale anche in sede di appello». Pertanto, la c.d. mediazione delegata *ex officio* costituisce una forma di mediazione obbligatoria che trova la propria fonte in un provvedimento giudiziale. Il giudice, nel disporre il rinvio in mediazione, assegna alle parti, che non abbiano ancora avviato il relativo procedimento, un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda.

Sulla natura perentoria o ordinatoria del predetto termine con la conseguenza di far discendere o meno dalla sua qualificazione l'improcedibilità della domanda di mediazione si sono registrati orientamenti oscillanti in giurisprudenza.

Secondo un primo indirizzo l'inosservanza del termine comporta l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità del giudizio, derivando tale conclusione dalla natura perentoria del termine. Pertanto, l'avvio tardivo della mediazione disposta dal giudice produce gli stessi effetti del mancato esperimento della stessa, ossia impedisce l'avveramento della condizione di procedibilità da cui non può che derivare una declaratoria di improcedibilità con chiusura in rito del processo. (in tal senso, v. Trib. Firenze 14 settembre 2016, *www.eclegal.it*, con nota di U. Serra, *Sulla tempestività della domanda di mediazione c.d. delegata*; Trib. Firenze 4 giugno 2015, *Giur. it*., 2015, 2374, con nota di E. Benigni, *L'avvio «tardivo» della mediazione determina l'improcedibilità della domanda?*; Trib. Bologna 15 marzo 2015, *www.lanuovaproceduracivile.com*).

Un altro indirizzo, invece, ritiene che, in virtù della natura non perentoria del termine e, come tale, non riconducibile al regime di cui all'art. 152 c.p.c., la tardiva proposizione della mediazione non determini l'improcedibilità della domanda giudiziale, purché il ritardo non pregiudichi l'effettivo esperimento del tentativo di mediazione (cfr. Trib. Roma 14 luglio 2016, in *www.arcadiaconcilia.it*; Trib. Pavia 14 ottobre 2015, *www.adrintesa.it*).

In quest'ultimo orientamento si inserisce l'ordinanza in epigrafe che privilegia una soluzione coerente con l'intento di consentire alle parti l'effettivo compimento del percorso conciliativo, piuttosto che favorire il profilo sanzionatorio della dichiarazione di improcedibilità per l'inerzia delle stesse.

In tema di mediazione «disposta» dal giudice, v., da ultimo, D. Dalfino, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 310 ss., ove ulteriori riferimenti.

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Mediazione delegata: non è perentorio il termine assegnato dal giudice

di **Mara Adorno**

Trib. Milano, ord. 27 settembre 2016

Mediazione obbligatoria – Mediazione delegata – Tardiva proposizione – Improcedibilità – Insussistenza
(d.leg. 4 marzo 2010, n. 28, art. 5)

[1] *Il tentativo di mediazione obbligatorio, ancorché esperito successivamente al termine di quindici giorni assegnato dal giudice, non consente di ritenere operante la improcedibilità prevista per il mancato esperimento del procedimento, in assenza di espressa previsione di perentorietà del termine assegnato dal giudice* ex *art. 5, 2° comma, d. leg. 28/2010, dovendosi dare prevalenza all'effetto sostanziale dello svolgimento del procedimento.*

CASO
[1] Disposta dal giudice nel corso del processo la mediazione, l'attore esperisce il procedimento successivamente al decorso del termine assegnato. Il tentativo di mediazione sortisce, peraltro, un esito negativo. Sicché l'attore, depositati i verbali di mediazione, chiede la prosecuzione del giudizio con l'assegnazione dei termini di cui all'art. 183, 6° comma, c.p.c.

SOLUZIONE
[1] Il Tribunale di Milano, rilevato che comunque il tentativo di mediazione risulta esperito, ancorché tardivamente rispetto al termine assegnato dal giudice, afferma che l'assenza di una espressa indicazione nell'art. 5, 2° comma, d.leg. 28/2010 in termini di perentorietà del predetto termine debba essere interpretata nel senso di ritenere inoperante l'improcedibilità prevista per il mancato assolvimento dell'obbligo di esperire il procedimento di mediazione, «dovendosi dare prevalenza all'effetto sostanziale dello svolgimento del procedimento». Pertanto, respinte le censure di improcedibilità avanzate dalle parti convenute, il giudice meneghino assegna, come richiesto, i termini *ex* art. 183, 6° comma, c.p.c. per la trattazione della causa.

QUESTIONI
[1] L'art. 5, 2° comma, d.leg. 28 cit. prevede la possibilità per il giudice, anche in sede di appello, «valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti» di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione. In tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione viene qualificato come «condizione di procedibilità della

domanda giudiziale anche in sede di appello». Pertanto, la c.d. mediazione delegata *ex officio* costituisce una forma di mediazione obbligatoria che trova la propria fonte in un provvedimento giudiziale. Il giudice, nel disporre il rinvio in mediazione, assegna alle parti, che non abbiano ancora avviato il relativo procedimento, un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda.

Sulla natura perentoria o ordinatoria del predetto termine con la conseguenza di far discendere o meno dalla sua qualificazione l'improcedibilità della domanda di mediazione si sono registrati orientamenti oscillanti in giurisprudenza.

Secondo un primo indirizzo l'inosservanza del termine comporta l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità del giudizio, derivando tale conclusione dalla natura perentoria del termine. Pertanto, l'avvio tardivo della mediazione disposta dal giudice produce gli stessi effetti del mancato esperimento della stessa, ossia impedisce l'avveramento della condizione di procedibilità da cui non può che derivare una declaratoria di improcedibilità con chiusura in rito del processo. (in tal senso, v. Trib. Firenze 14 settembre 2016, *www.eclegal.it*, con nota di U. Serra, *Sulla tempestività della domanda di mediazione c.d. delegata*; Trib. Firenze 4 giugno 2015, *Giur. it*., 2015, 2374, con nota di E. Benigni, *L'avvio «tardivo» della mediazione determina l'improcedibilità della domanda?*; Trib. Bologna 15 marzo 2015, *www.lanuovaproceduracivile.com*).

Un altro indirizzo, invece, ritiene che, in virtù della natura non perentoria del termine e, come tale, non riconducibile al regime di cui all'art. 152 c.p.c., la tardiva proposizione della mediazione non determini l'improcedibilità della domanda giudiziale, purché il ritardo non pregiudichi l'effettivo esperimento del tentativo di mediazione (cfr. Trib. Roma 14 luglio 2016, in *www.arcadiaconcilia.it*; Trib. Pavia 14 ottobre 2015, *www.adrintesa.it*).

In quest'ultimo orientamento si inserisce l'ordinanza in epigrafe che privilegia una soluzione coerente con l'intento di consentire alle parti l'effettivo compimento del percorso conciliativo, piuttosto che favorire il profilo sanzionatorio della dichiarazione di improcedibilità per l'inerzia delle stesse.

In tema di mediazione «disposta» dal giudice, v., da ultimo, D. Dalfino, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 310 ss., ove ulteriori riferimenti.

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Litisconsorzio facoltativo ed eccezione di incompetenza per territorio nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo

di **Elisa Bertillo**

Con ordinanza del 14 ottobre 2016, n. 20720, la Cassazione afferma che qualora un decreto ingiuntivo emesso contro più condebitori in via solidale sia opposto separatamente dai coobligati, l'eccezione di incompetenza del giudice che emise il decreto è rilevante solo a favore del coobligato che l'ha proposta e, salvo che il giudice rilevi d'ufficio tempestivamente l'incompetenza anche per gli altri, resta escluso che, pur riunite le opposizioni separatamente proposte, possa dichiararsi l'incompetenza e la conseguente caducazione del decreto ingiuntivo anche riguardo ai coobligati non eccipienti.

1. L'occasione per queste rapide riflessioni proviene da una vicenda giunta in Cassazione e che brevemente si riassume.Un decreto ingiuntivo veniva richiesto ed emesso, per l'attività professionale svolta a favore del *de cuius*, nei confronti di quattro eredi accettanti l'eredità con beneficio di inventario. La richiesta riguardava il pagamento dell'intera somma a carico di ognuno dei debitori, sul presupposto che fosse dovuta da tutti solidalmente. Il ricorso ingiuntivo veniva, quindi, emesso in questi termini.

Avverso il provvedimento monitorio venivano proposte separate opposizioni, in seguito riunite. Con la citazione in opposizione solo uno dei debitori eccepiva l'incompetenza del Tribunale di Macerata ad emettere il decreto ingiuntivo opposto, per essere la controversia soggetta al foro del consumatore, individuato nell'ultimo domicilio del *de cuius* o nel luogo di residenza dei coeredi. L'eccezione veniva accolta dal giudice di primo grado che dichiarava la propria incompetenza e la conseguente nullità del decreto ingiuntivo opposto.

Contro tale statuizione veniva proposto regolamento di competenza con il quale si contestava la statuizione dichiarativa della incompetenza solo con riferimento ai coobligati che nell'atto di citazione in opposizione non avevano sollevato la relativa eccezione.

1. La Cassazione accoglie l'istanza di regolamento di competenza, in base al seguente ragionamento.

In primo luogo, la Corte rileva come erroneamente la domanda sottesa al ricorso monitorio prospettasse a carico degli eredi l'esistenza di un'obbligazione solidale. Tale ricostruzione è, infatti, in contrasto con il dettato dell'art. 754 c.p.c. secondo cui gli eredi rispondono *pro quota* dei debiti ereditari. Ne consegue che la posizione dei coeredi realizza un litisconsorzio meramente facoltativo, «nel quale le posizioni dei coobligati erano distinte fra loro quanto

all'esercizio delle difese in rito e nel merito ed erano assistiti da poteri distinti».

Ne consegue che l'eccezione di incompetenza territoriale del giudice adito con il ricorso monitorio avrebbe dovuto essere prospettata da ognuno separatamente, non potendosi estendere alla posizione degli altri intimati neanche a seguito della riunione delle opposizioni separatamente proposte: «nel processo litisconsortile facoltativo concernente una pretesa fatta valere contro coobligati solidali l'eccezione di incompetenza proposta da un coobligato non giova agli altri, a meno che oggetto della domanda non sia, per esplicita richiesta, anche l'accertamento del rapporto di condebito, cioè la contitolarità passiva del rapporto», questione non sollevata nel caso di specie.

Secondo il ragionamento della Corte, pertanto, il Tribunale di Macerata avrebbe dovuto decidere dando rilievo all'eccepita incompetenza solo con riferimento al coobligato che l'aveva sollevata. Il giudice avrebbe semmai potuto rilevare d'ufficio l'incompetenza anche nei riguardi degli altri condebitori ma avrebbe dovuto farlo entro la prima udienza di trattazione ai sensi dell'art. 183 c.p.c. In mancanza, il rilievo non poteva essere fatto con la sentenza.

III. Appare opportuno preliminarmente soffermarsi sul rapporto tra eccezione di incompetenza territoriale e litisconsorzio, distinguendo le ipotesi di litisconsorzio necessario e di litisconsorzio facoltativo.

Con riferimento ai rapporti regolati dall'art. 102 c.p.c., secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza sino al 2006 per l'accoglimento della eccezione di incompetenza territoriale derogabile era necessario che «entrambi i convenuti sollevino l'eccezione stessa, in ragione dell'incontestabilità, *ratione loci*, del giudice adito nei riguardi del convenuto che tale eccezione non abbia proposto, attesane la natura dispositiva ed in conseguenza del carattere inscindibile della causa» (la sentenza capostipite dell'indirizzo esegetico è Cass. 19 ottobre 1970, n. 2076, in *Foro it.*, Rep. 1971, voce *Competenza civile*, n. 266; tra le altre, v. Cass. 29 novembre 2004, n. 22374, *id.*, 2005, I, 2787 e in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 173 e Cass. 4 ottobre 2004, n. 19802, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Competenza civile*, n. 121; Cass. 20 novembre 1990, n. 11197, in *Corriere giur.*, 1991, 550, con nota di G. Guarnieri, *Giudizio litisconsortile ed eccezione di incompetenza di un solo convenuto*). Tale orientamento è stato oggetto di un *revirement* ad opera della sentenza della Corte costituzionale dell'8 febbraio 2006, n. 41 (in *Foro it.*, 2006, I, 973, con nota di G. Costantino; in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1083, con nota di L. Salveneschi, *La Corte costituzionale ammette l'esame dell'eccezione di incompetenza territoriale proposta da uno solo dei litisconsorti necessari*; in *Giur. it.*, 2006, 10, con nota di G. Fortunato, *Eccezione di incompetenza territoriale non proposta da tutti i convenuti e garanzia del giudice naturale*), la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 38 e 102 c.p.c. nella parte in cui consentono di ritenere improduttiva di effetti l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile proposta non da tutti i litisconsorti convenuti (su cui cfr. M. Liguori, *Le (nuove) azioni di risarcimento del danno esperibili dalle vittime di incidenti stradali e nautici*, in *Resp. civ.*, 2007, 643 ss). Dopo l'intervento dei giudici costituzionali, dunque, anche il singolo litisconsorte può utilmente sollevare l'eccezione di incompetenza (cfr. Cass. 5 settembre 2006, n. 19055, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Competenza civile*, n. 84; in dottrina C.

Mandrioli-A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016, 306).

Nel commentare la pronuncia della Consulta, alcuni autori avevano rivelato come il ragionamento della Corte non fosse riproponibile in ipotesi di litisconsorzio facoltativo. In tal caso, infatti, l'autonomia delle cause riunite e l'indipendenza delle facoltà e dei contegni processuali dei singoli litisconsorti comporta che la valutazione dei presupposti processuali per l'esame e per la decisione del merito va operata disgiuntamente rispetto a ciascuna lite, tanto più in presenza di comportamenti contrastanti o semplicemente diversi tenuti dai litisconsorti. Ne consegue che l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile sollevata da un solo convenuto circoscrive i suoi effetti esclusivamente alla causa relativa al soggetto deducente, sulla quale si impone la pronuncia declinatoria con separazione dalle altre controversie in cui il differente atteggiamento della parte abbia determinato una proroga della competenza del giudice adito (cfr. R. Rossi, *Giudice naturale, processi con pluralità di parti, eccezione di incompetenza per territorio inderogabile*, in *Corriere giur.*, 2007, 333 ss.).

Tali rilievi sono stati accolti dalla pronuncia in commento, secondo la quale, dovendo qualificarsi il rapporto tra i coeredi come ipotesi di litisconsorzio facoltativo, deve escludersi che l'eccezione di incompetenza sollevata da un solo convenuto possa estendersi alla posizione degli altri intimati.

Statuendo in tal senso la pronuncia si allinea all'opinione costante della giurisprudenza di legittimità: v., in senso conforme, Cass. 21 settembre 2010, n. 19972, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Competenza civile*, n. 52; Cass. 14 febbraio 2008, n. 3533, *id.*, Rep. 2008, voce *Competenza civile*, n. 61; Cass. 14 gennaio 2000, n. 347, *id.*, Rep. 2000, voce *Competenza civile*, n. 207. *Contra* Giudice di pace Reggio Calabria 24 ottobre 1996, *id.*, Rep. 1997, voce *Amm.ne Stato* (rappresentanza), n. 23.

La Cassazione si conforma, inoltre, alla soluzione individuata da G. Tarzia, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 312 ss., spec. 321, il quale, dopo aver illustrato le varie tesi dottrinali e giurisprudenziali avanzate al riguardo, giunge alla conclusione per cui «il regime dell'incompetenza territoriale non comporta alcuna deroga all'indipendenza dei litisconsorti facoltativi nelle loro attività processuali; e la separazione delle cause, soggettivamente cumulate, può ben conseguire alla proposizione dell'eccezione da parte di alcuni dei litisconsorti, tanto se l'eccezione sia ad essi personale quanto se sia a tutti comune».

Si evidenzia, peraltro, come, secondo la dottrina, la soluzione da offrire alla problematica in esame sia diversa in caso di litisconsorzio c.d. unitario o processuale (sulla eventuale distinzione tra le due figure si pongono dubbi, su cui v. F.P. Luiso, *Commento all'art. 103 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo, Milano, 2010, 1172). Si tratta, secondo l'elaborazione dottrinale (cfr. Menchini S., *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, 716 ss.; Civinini, *Note per uno studio sul litisconsorzio «unitario» con particolare riferimento al giudizio di primo grado*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 429 ss.) di un'ipotesi di litisconsorzio facoltativo quanto all'instaurazione e necessario quanto allo

svolgimento. Si riconducono a tale fattispecie una serie eterogenea di casi: «basti pensare ai membri di un ente organizzato che abbiano impugnato la medesima deliberazione, alle parti di un contratto che discutano della validità e dell'efficacia di esso, ai comproprietari che abbiano agito per l'accertamento del comune diritto o in rivendica, ai contitolari, attivi o passivi, di obbligazione indivisibile. Costoro non sono litisconsorti necessari ai sensi dell'art. 102 c.p.c.; non è necessario che partecipino tutti al processo. Ma se agiscono o se sono convenuti nello stesso processo, la causa è inscindibile, non è possibile che si pervenga a soluzioni diverse per ognuno degli attori o dei convenuti». In queste ipotesi, «l'eccezione di incompetenza proposta da uno dei convenuti è efficace per gli altri in quanto in considerazione della unità della controversia, appare corretto formulare il problema dell'ultrattività dell'attività processuale di ciascuna parte» (cfr. G. Costantino, *Eccezione di incompetenza, litisconsorzio necessario, inscindibilità di cause*, in *Foro it.*, 2006, I, 973). Secondo F.P. Luiso, *Commento all'art. 103 c.p.c.*, cit., 1171, il fenomeno processuale così delineato dalla dottrina ha trovato nella giurisprudenza una corrispondenza solo parziale e comunque non esplicita (ma v., da ultimo, Cass. 21 luglio 2011, n. 16007, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 6, secondo cui, in caso di litisconsorzio necessario processuale, l'eccezione di incompetenza territoriale formulata da uno solo dei convenuti comporta, ove fondata, la declinatoria di tutto il cumulo di domande).

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Litisconsorzio facoltativo ed eccezione di incompetenza per territorio nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo

di **Elisa Bertillo**

Con ordinanza del 14 ottobre 2016, n. 20720, la Cassazione afferma che qualora un decreto ingiuntivo emesso contro più condebitori in via solidale sia opposto separatamente dai coobligati, l'eccezione di incompetenza del giudice che emise il decreto è rilevante solo a favore del coobligato che l'ha proposta e, salvo che il giudice rilevi d'ufficio tempestivamente l'incompetenza anche per gli altri, resta escluso che, pur riunite le opposizioni separatamente proposte, possa dichiararsi l'incompetenza e la conseguente caducazione del decreto ingiuntivo anche riguardo ai coobligati non eccipienti.

1. L'occasione per queste rapide riflessioni proviene da una vicenda giunta in Cassazione e che brevemente si riassume.Un decreto ingiuntivo veniva richiesto ed emesso, per l'attività professionale svolta a favore del *de cuius*, nei confronti di quattro eredi accettanti l'eredità con beneficio di inventario. La richiesta riguardava il pagamento dell'intera somma a carico di ognuno dei debitori, sul presupposto che fosse dovuta da tutti solidalmente. Il ricorso ingiuntivo veniva, quindi, emesso in questi termini.

Avverso il provvedimento monitorio venivano proposte separate opposizioni, in seguito riunite. Con la citazione in opposizione solo uno dei debitori eccepiva l'incompetenza del Tribunale di Macerata ad emettere il decreto ingiuntivo opposto, per essere la controversia soggetta al foro del consumatore, individuato nell'ultimo domicilio del *de cuius* o nel luogo di residenza dei coeredi. L'eccezione veniva accolta dal giudice di primo grado che dichiarava la propria incompetenza e la conseguente nullità del decreto ingiuntivo opposto.

Contro tale statuizione veniva proposto regolamento di competenza con il quale si contestava la statuizione dichiarativa della incompetenza solo con riferimento ai coobligati che nell'atto di citazione in opposizione non avevano sollevato la relativa eccezione.

1. La Cassazione accoglie l'istanza di regolamento di competenza, in base al seguente ragionamento.

In primo luogo, la Corte rileva come erroneamente la domanda sottesa al ricorso monitorio prospettasse a carico degli eredi l'esistenza di un'obbligazione solidale. Tale ricostruzione è, infatti, in contrasto con il dettato dell'art. 754 c.p.c. secondo cui gli eredi rispondono *pro quota* dei debiti ereditari. Ne consegue che la posizione dei coeredi realizza un litisconsorzio meramente facoltativo, «nel quale le posizioni dei coobligati erano distinte fra loro quanto

all'esercizio delle difese in rito e nel merito ed erano assistiti da poteri distinti».

Ne consegue che l'eccezione di incompetenza territoriale del giudice adito con il ricorso monitorio avrebbe dovuto essere prospettata da ognuno separatamente, non potendosi estendere alla posizione degli altri intimati neanche a seguito della riunione delle opposizioni separatamente proposte: «nel processo litisconsortile facoltativo concernente una pretesa fatta valere contro coobligati solidali l'eccezione di incompetenza proposta da un coobligato non giova agli altri, a meno che oggetto della domanda non sia, per esplicita richiesta, anche l'accertamento del rapporto di condebito, cioè la contitolarità passiva del rapporto», questione non sollevata nel caso di specie.

Secondo il ragionamento della Corte, pertanto, il Tribunale di Macerata avrebbe dovuto decidere dando rilievo all'eccepita incompetenza solo con riferimento al coobligato che l'aveva sollevata. Il giudice avrebbe semmai potuto rilevare d'ufficio l'incompetenza anche nei riguardi degli altri condebitori ma avrebbe dovuto farlo entro la prima udienza di trattazione ai sensi dell'art. 183 c.p.c. In mancanza, il rilievo non poteva essere fatto con la sentenza.

III. Appare opportuno preliminarmente soffermarsi sul rapporto tra eccezione di incompetenza territoriale e litisconsorzio, distinguendo le ipotesi di litisconsorzio necessario e di litisconsorzio facoltativo.

Con riferimento ai rapporti regolati dall'art. 102 c.p.c., secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza sino al 2006 per l'accoglimento della eccezione di incompetenza territoriale derogabile era necessario che «entrambi i convenuti sollevino l'eccezione stessa, in ragione dell'incontestabilità, *ratione loci*, del giudice adito nei riguardi del convenuto che tale eccezione non abbia proposto, attesane la natura dispositiva ed in conseguenza del carattere inscindibile della causa» (la sentenza capostipite dell'indirizzo esegetico è Cass. 19 ottobre 1970, n. 2076, in *Foro it.*, Rep. 1971, voce *Competenza civile*, n. 266; tra le altre, v. Cass. 29 novembre 2004, n. 22374, *id.*, 2005, I, 2787 e in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 173 e Cass. 4 ottobre 2004, n. 19802, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Competenza civile*, n. 121; Cass. 20 novembre 1990, n. 11197, in *Corriere giur.*, 1991, 550, con nota di G. Guarnieri, *Giudizio litisconsortile ed eccezione di incompetenza di un solo convenuto*). Tale orientamento è stato oggetto di un *revirement* ad opera della sentenza della Corte costituzionale dell'8 febbraio 2006, n. 41 (in *Foro it.*, 2006, I, 973, con nota di G. Costantino; in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1083, con nota di L. Salveneschi, *La Corte costituzionale ammette l'esame dell'eccezione di incompetenza territoriale proposta da uno solo dei litisconsorti necessari*; in *Giur. it.*, 2006, 10, con nota di G. Fortunato, *Eccezione di incompetenza territoriale non proposta da tutti i convenuti e garanzia del giudice naturale*), la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 38 e 102 c.p.c. nella parte in cui consentono di ritenere improduttiva di effetti l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile proposta non da tutti i litisconsorti convenuti (su cui cfr. M. Liguori, *Le (nuove) azioni di risarcimento del danno esperibili dalle vittime di incidenti stradali e nautici*, in *Resp. civ.*, 2007, 643 ss). Dopo l'intervento dei giudici costituzionali, dunque, anche il singolo litisconsorte può utilmente sollevare l'eccezione di incompetenza (cfr. Cass. 5 settembre 2006, n. 19055, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Competenza civile*, n. 84; in dottrina C.

Mandrioli-A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016, 306).

Nel commentare la pronuncia della Consulta, alcuni autori avevano rivelato come il ragionamento della Corte non fosse riproponibile in ipotesi di litisconsorzio facoltativo. In tal caso, infatti, l'autonomia delle cause riunite e l'indipendenza delle facoltà e dei contegni processuali dei singoli litisconsorti comporta che la valutazione dei presupposti processuali per l'esame e per la decisione del merito va operata disgiuntamente rispetto a ciascuna lite, tanto più in presenza di comportamenti contrastanti o semplicemente diversi tenuti dai litisconsorti. Ne consegue che l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile sollevata da un solo convenuto circoscrive i suoi effetti esclusivamente alla causa relativa al soggetto deducente, sulla quale si impone la pronuncia declinatoria con separazione dalle altre controversie in cui il differente atteggiamento della parte abbia determinato una proroga della competenza del giudice adito (cfr. R. Rossi, *Giudice naturale, processi con pluralità di parti, eccezione di incompetenza per territorio inderogabile*, in *Corriere giur.*, 2007, 333 ss.).

Tali rilievi sono stati accolti dalla pronuncia in commento, secondo la quale, dovendo qualificarsi il rapporto tra i coeredi come ipotesi di litisconsorzio facoltativo, deve escludersi che l'eccezione di incompetenza sollevata da un solo convenuto possa estendersi alla posizione degli altri intimati.

Statuendo in tal senso la pronuncia si allinea all'opinione costante della giurisprudenza di legittimità: v., in senso conforme, Cass. 21 settembre 2010, n. 19972, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Competenza civile*, n. 52; Cass. 14 febbraio 2008, n. 3533, *id.*, Rep. 2008, voce *Competenza civile*, n. 61; Cass. 14 gennaio 2000, n. 347, *id.*, Rep. 2000, voce *Competenza civile*, n. 207. *Contra* Giudice di pace Reggio Calabria 24 ottobre 1996, *id.*, Rep. 1997, voce *Amm.ne Stato* (rappresentanza), n. 23.

La Cassazione si conforma, inoltre, alla soluzione individuata da G. Tarzia, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 312 ss., spec. 321, il quale, dopo aver illustrato le varie tesi dottrinali e giurisprudenziali avanzate al riguardo, giunge alla conclusione per cui «il regime dell'incompetenza territoriale non comporta alcuna deroga all'indipendenza dei litisconsorti facoltativi nelle loro attività processuali; e la separazione delle cause, soggettivamente cumulate, può ben conseguire alla proposizione dell'eccezione da parte di alcuni dei litisconsorti, tanto se l'eccezione sia ad essi personale quanto se sia a tutti comune».

Si evidenzia, peraltro, come, secondo la dottrina, la soluzione da offrire alla problematica in esame sia diversa in caso di litisconsorzio c.d. unitario o processuale (sulla eventuale distinzione tra le due figure si pongono dubbi, su cui v. F.P. Luiso, *Commento all'art. 103 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo, Milano, 2010, 1172). Si tratta, secondo l'elaborazione dottrinale (cfr. Menchini S., *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, 716 ss.; Civinini, *Note per uno studio sul litisconsorzio «unitario» con particolare riferimento al giudizio di primo grado*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 429 ss.) di un'ipotesi di litisconsorzio facoltativo quanto all'instaurazione e necessario quanto allo

svolgimento. Si riconducono a tale fattispecie una serie eterogenea di casi: «basti pensare ai membri di un ente organizzato che abbiano impugnato la medesima deliberazione, alle parti di un contratto che discutano della validità e dell'efficacia di esso, ai comproprietari che abbiano agito per l'accertamento del comune diritto o in rivendica, ai contitolari, attivi o passivi, di obbligazione indivisibile. Costoro non sono litisconsorti necessari ai sensi dell'art. 102 c.p.c.; non è necessario che partecipino tutti al processo. Ma se agiscono o se sono convenuti nello stesso processo, la causa è inscindibile, non è possibile che si pervenga a soluzioni diverse per ognuno degli attori o dei convenuti». In queste ipotesi, «l'eccezione di incompetenza proposta da uno dei convenuti è efficace per gli altri in quanto in considerazione della unità della controversia, appare corretto formulare il problema dell'ultrattività dell'attività processuale di ciascuna parte» (cfr. G. Costantino, *Eccezione di incompetenza, litisconsorzio necessario, inscindibilità di cause*, in *Foro it.*, 2006, I, 973). Secondo F.P. Luiso, *Commento all'art. 103 c.p.c.*, cit., 1171, il fenomeno processuale così delineato dalla dottrina ha trovato nella giurisprudenza una corrispondenza solo parziale e comunque non esplicita (ma v., da ultimo, Cass. 21 luglio 2011, n. 16007, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 6, secondo cui, in caso di litisconsorzio necessario processuale, l'eccezione di incompetenza territoriale formulata da uno solo dei convenuti comporta, ove fondata, la declinatoria di tutto il cumulo di domande).

Impugnazioni

Le Sezioni Unite si pronunciano in tema di nullità e inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione

di **Giulia Ricci**

Cass., sez. un., 20 luglio 2016, n. 14917 – *Pres.* Rovelli, *Rel.* Virgilio

Ricorso per cassazione – Notificazione – Nullità – Inesistenza – Residualità (C.p.c., artt. 156, 157, 160)
La nullità delle notificazioni è disciplinata dall'art. 160 c.p.c. tramite rinvio al regime generale della nullità ex *artt. 156 e 157 c.p.c., per cui è necessario delimitare la categoria dell'inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione ai soli casi in cui l'atto sia privo dei requisiti minimi previsti dalla legge per la sussistenza della fattispecie. I requisiti indispensabili per l'esistenza della notificazione consistono nell'attività di trasmissione dell'atto svolta da un soggetto qualificato a compierla e nella fase di consegna in senso lato. Soltanto la notificazione priva di uno di tali elementi può considerarsi inesistente e improduttiva di effetti senza possibilità di sanatoria.* (1)

Ricorso per cassazione – Notificazione – Luogo della notificazione – Collegamento con il destinatario – Inesistenza – Esclusione (C.p.c., artt. 156, 157, 160, 291)
La fattispecie legale minima della notificazione del ricorso per cassazione non comprende il requisito dell'astratto collegamento del luogo della notificazione con il destinatario. La notificazione effettuata in luogo diverso da quello previsto dalla legge, ancorché privo di astratto collegamento con il destinatario, è dunque affetta da nullità e non da inesistenza. Tale nullità è sanata dalla costituzione dell'intimato, eventualmente a seguito della rinnovazione della notificazione, effettuata dall'interessato spontaneamente o su ordine del giudice ex *art. 291 c.p.c.* (2)

CASO
[1-2] In sede di appello, la parte resistente revocava il mandato al difensore costituito per il primo grado e nominava un nuovo difensore. All'esito del giudizio di gravame, la controparte impugnava la sentenza e notificava il ricorso per cassazione alle parti costituite nel domicilio eletto per il primo grado. La parte intimata eccepiva l'inammissibilità del ricorso per inesistenza della notificazione.

SOLUZIONE
[1-2] Le Sezioni unite, cui il Primo Presidente ha rimesso gli atti per aver rilevato un contrasto giurisprudenziale, hanno ricondotto alla categoria della nullità sanabile il vizio della

notificazione effettuata in luogo diverso da quello indicato dalla legge, a prescindere dalla sussistenza o meno dell'astratto collegamento del luogo di consegna con il destinatario. La Corte ha posto, inoltre, un criterio generale per distinguere i vizi di nullità e di inesistenza della notificazione, precisando i requisiti minimi per l'esistenza della fattispecie notificazione.

QUESTIONI

[1-2] La pronuncia in epigrafe (su cui v. anche Maffei, *Le Sezioni Unite rivedono i confini tra nullità e inesistenza della notifica*) ha risolto il contrasto sulle conseguenze della notificazione del ricorso per cassazione effettuata in luogo diverso da quello previsto dalla legge, in particolare presso il procuratore nominato in primo grado ma sostituito dalla parte nel giudizio di appello. Secondo un primo orientamento tale notificazione è da considerare inesistente, in quanto il luogo di consegna dell'atto sarebbe privo di astratto collegamento con il destinatario, con conseguente inammissibilità del ricorso per cassazione (Cass., 19 gennaio 2016, n. 759; Cass. 27 luglio 2012, n. 13477, in *Giur. it.*, 2012, 2731 ss., con nota di Lupano; Cass., 11 febbraio 2011, n. 3338). In altre pronunce, invece, lo stesso vizio è stato ricondotto alla categoria della nullità, in quanto tra il luogo della notificazione e la persona del destinatario si rinviene un ««astratto collegamento» (Cass., 13 marzo 2009, n. 6183; sulla notificazione del ricorso per cassazione presso il domicilio eletto per il primo grado quando il destinatario fosse rimasto contumace in appello, Cass., sez. un., 29 aprile 2008, n. 10817, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 511, con nota di Frassinetti; sul punto v. Gozzi, *La notificazione eseguita in luogo privo di relazione con il destinatario tra nullità ed inesistenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 764 ss.).

Le Sezioni Unite hanno aderito a quest'ultimo orientamento, dopo aver delineato un criterio generale per distinguere le categorie della nullità e dell'inesistenza della notificazione e ricondotto alla prima il vizio incidente sul luogo della notificazione, quando sia privo di astratto collegamento con il destinatario. In particolare, oltre alle specifiche ipotesi di nullità *ex* art. 160 c.p.c., alle notificazioni si applica il principio di strumentalità della forma di ciascun atto al proprio scopo, delineato dagli artt. 156 e 157 c.p.c. La categoria dell'inesistenza, creata in via pretoria, denota invece la completa inidoneità dell'atto ad ascriversi nella sequenza degli atti processuali ed impedisce il raggiungimento dello scopo ultimo del processo, ossia la pronuncia della sentenza di merito (sul recente orientamento della giurisprudenza teso ad evitare approcci formalistici alle regole processuali, v. Poli, *Rimessa alle sezioni unite la distinzione tra nullità ed inesistenza della notificazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1100 ss.). Perciò essa va applicata in via residuale, esclusivamente nei casi in cui la notificazione sia priva dei suoi elementi essenziali (sulla questione Auletta, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999; Id., *Considerazioni inattuali sulla notificazione dell'impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1241 ss.; Balena, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984).

Secondo la S.C. la fattispecie legale minima della notificazione sussiste in presenza *a)* dell'attività di trasmissione da parte di un soggetto qualificato dalla legge, e *b)* del momento della consegna in senso lato, intesa come raggiungimento di un esito «qualsiasi» previsto dalla legge, esclusa soltanto la riconsegna al mittente (tentativo di notificazione). In presenza di tali requisiti, qualsiasi difformità dal modello legale determina un vizio di nullità della

notificazione, salva l'applicazione dell'art. 156 c.p.c., ove lo scopo della notificazione consiste nella certezza legale che l'atto sia entrato nella sfera di conoscibilità del destinatario. Se invece l'atto è privo di uno di tali elementi non è identificabile con una notificazione e come tale è inesistente, con esclusione della possibilità di sanatoria.

In conclusione, la Corte conferma che i vizi di nullità della notificazione del ricorso per cassazione sono sanabili sia mediante costituzione spontanea dell'intimato (anche al fine esclusivo di eccepire la nullità, v. Cass., 21 marzo 2011, n. 6470), sia mediante rinnovazione della notificazione, effettuata spontaneamente dal ricorrente o su ordine del giudice *ex* art. 291 c.p.c. (Cass., 13 aprile 2000, n. 4804).

Procedimenti di cognizione e ADR

Documento prodotto in copia fotostatica: forma ed effetti del disconoscimento

di **Marco Russo**

Cass., 29 luglio 2016, n. 15790 – *Presidente* Chiarini – *Relatore* Barreca

Procedimento civile – Prova documentale – Scrittura privata – Copia – Disconoscimento della conformità all'originale – Termini (C.c. art. 2719; c.p.c. artt. 214, 215)

[1] *In tema di prova documentale, l'onere di disconoscere la conformità della copia fotostatica prodotta in giudizio all'originale di una scrittura privata, pur non implicando l'uso di formule sacramentali, va assolto mediante una dichiarazione di chiaro e specifico contenuto che consenta di desumere da essa in modo inequivoco gli estremi della negazione della genuinità della copia, senza che possano considerarsi sufficienti, ai fini del ridimensionamento dell'efficacia probatoria, contestazioni generiche o onnicomprensive.*

CASO

In primo grado, la parte nei cui confronti era stato prodotto un documento in copia fotostatica eccepisce ai sensi dell'art. 2719 c.c. la non conformità di questo rispetto all'originale, dichiarando in comparsa di costituzione che "sin da ora si impugna e disconosce ex art. 215 c.p.c. e art. 2719 c.c. ogni produzione documentale in copia, contestandone la conformità all'originale". Il giudice disattende (pur non pronunciandovi espressamente) l'eccezione, ritenendo processualmente utilizzabili i documenti prodotti in copia sulla cui base accoglie la domanda dell'attore.

SOLUZIONE

In motivazione la Cassazione mostra di voler confermare il consolidato orientamento giurisprudenziale per cui l'onere di disconoscere la conformità della copia fotostatica prodotta in giudizio all'originale di una scrittura privata può dirsi assolto qualora la parte renda una dichiarazione che – pur nel silenzio della legge, che non richiede forme particolari – evidenzi in modo chiaro e inequivoco i tratti di difformità del documento prodotto rispetto all'originale di cui costituisce mera copia, "senza che possano considerarsi sufficienti, ai fini del ridimensionamento dell'efficacia probatoria, contestazioni generiche o onnicomprensive".

QUESTIONI

Alla luce di quest'ultima precisazione sorprende semmai – stando almeno agli scarni riferimenti al fatto processuale emergenti dalla motivazione della sentenza – l'applicazione pratica tratta dalla Corte a partire da tali premesse teoriche.

La Corte sembrerebbe infatti aver considerato sufficiente ai fini di cui all'art. 2719 c.c. una dichiarazione fortemente sospetta di "genericità" e "onnicomprensività", se è vero che la parte ha riferito l'eccezione a "ogni produzione documentale in copia", con ciò astenendosi dall'elencare (i) gli *specifici* documenti di cui si contestava la conformità e (ii) gli *specifici* elementi di difformità tra le copie e gli originali.

Dalla motivazione emerge infatti, tutt'al più, che l'eccezione "è stata ribadita" in una successiva "udienza [...] con specifico riferimento ai documenti" sui quali l'attore aveva basato le proprie "controeccezioni: attività che, se effettuata (come pare di comprendere) in prima udienza al fine di completare l'eccezione anticipata in comparsa di costituzione, avrebbe dovuto essere ritenuta tardiva.

Alla fattispecie di cui all'art. 2719 c.c. sono infatti applicabili i "modi e termini" del disconoscimento di scrittura privata di cui agli artt. 214 e 215 c.p.c. (ossia la proposizione "nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione"), come per altro espressamente affermato nella motivazione della sentenza in commento: l'operatività dei medesimi termini è ribadita da Cass., 13 giugno 2014, n. 13425 ("la copia fotostatica non autenticata si ha per riconosciuta, tanto nella sua conformità all'originale quanto nella scrittura e sottoscrizione, ove la parte comparsa non la disconosca in modo specifico e non equivoco alla prima udienza ovvero nella prima risposta successiva alla sua produzione"); Trib. Roma, 7 gennaio 2016, in *www.dejure.it*; Cass., 4 febbraio 2014, n. 2374; Cass., 21 novembre 2011, n. 24456; Cass., 12 ottobre 2011, n. 20951; Cass., 25 febbraio 2009, n. 4476; Cass., 17 luglio 2008, n. 19680 (per cui, nell'ambito di un procedimento a contraddittorio differito quale quello che si origina da un decreto ingiuntivo, la "prima risposta" deve essere individuata nell'atto di opposizione atteso che con tale atto "si dà inizio non ad un autonomo processo, ma ad una fase di quello già iniziato con la notificazione del ricorso e del pedissequo decreto").

La decisione conferma ulteriori parallelismi tra eccezione di disconoscimento della scrittura privata ed eccezione di non conformità della copia all'originale ai sensi dell'art. 2719 c.c.

La Cassazione applica infatti al tema in esame la più abbondante interpretazione giurisprudenziale delle norme in materia di disconoscimento del documento privato, recuperandone l'affermata superfluità di formule sacramentali (ricordata in materia di scrittura privata da Cass., 27 maggio 2016, n. 11048, e ribadita, in tema di copia fotostatiche, da Cass., 31 luglio 2013, n. 18349; Tribunale Napoli, 5 luglio 2012, in *www.dejure.it*; Cass., 24456/2011, cit.) e riaffermando al contrario, anche per la fattispecie dell'eccezione di non conformità della copia all'originale, i requisiti di chiarezza e inequivocità della dichiarazione (richiesta per il disconoscimento di scritture private, da ultimom da Cass., 31 ottobre 2016, n. 22043, in motivazione, e, in materia di copie, da Cass., 2374/2014, cit.; Cass., 30 dicembre 2009, n. 28096; Cass., 14 marzo 2006, n. 5461; Cass., 18 giugno 2004, n. 11419; Cass., 11 luglio 2003, n. 10912).

Ciò che differenzia le due ipotesi è l'onere di specifità richiesto alla parte che solleva l'eccezione e l'effetto cui mira la proposizione dell'eccezione.

Sotto il primo profilo, la parte che eccepisca ex artt. 214 e 215 c.p.c. è legittimata a limitarsi all'allegazione di non riconoscere come propria la sottoscrizione apposta in calce al documento (*ex multis* Cass., 18 maggio 2016, n. 10149; Cass., 6 maggio 2016, n. 9255), così residuando sulla parte che aveva prodotto la scrittura l'onere di proporre istanza di verificazione e, in quella sede, di provare che il segno nominale è autentico (Cass., 23 dicembre 2014, n. 27353; Cass., 19 giugno 2009, n. 14475).

Il disconoscimento della conformità della copia all'originale presuppone invece che il dichiarante indichi in quali punti la copia costituisce un "falso" (Cass., 30 giugno 2014, n. 14804), ossia sia stata materialmente contraffatta nel suo originario contenuto, o, più semplicemente, non corrisponde integralmente all'originale non prodotto (ad esempio, perché ne riproduce soltanto alcune parti), e sia in grado di offrire elementi, almeno indiziari, sul diverso contenuto che la scrittura presentava nella versione originale del documento (v. in tal senso Cass., 15 ottobre 2014, n. 21842, che ha ritenuto invalido il " generico ed apodittico disconoscimento delle fotocopie delle fatture", tanto più che "la parte non aveva mai concretamente specificato i motivi del disconoscimento").

Quanto agli effetti, la distinzione è chiaramente tracciata dalla giurisprudenza secondo cui mentre il disconoscimento della scrittura privata, in mancanza di richiesta di verificazione e di esito positivo di questa, preclude l'utilizzazione della scrittura, l'eccezione ex art 2719 c.c., pur in assenza della successiva produzione degli originali, "non impedisce che il giudice possa accertare la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni", e, conseguentemente, "l'avvenuta produzione in giudizio della copia fotostatica del documento, impegna la parte contro la quale il documento viene prodotto a prendere posizione sulla conformità della copia all'originale, senza tuttavia vincolare il giudice all'avvenuto disconoscimento della riproduzione, potendo egli apprezzarne l'efficacia rappresentativa" (Cass., 31 gennaio 2014, n. 2155; *contra* Cass., 11 novembre 2015, n. 22978, secondo cui, "in difetto di produzione degli originali" la copia, "di fronte al disconoscimento di conformità", è "*tamquam non esset*").

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

La conservazione nel PAT

di **Giuseppe Vitrani**

Il 1° gennaio 2017, salvo ulteriori e non auspicate proroghe, partirà ufficialmente anche il processo amministrativo telematico.

Val dunque la pena approfondire anche la tematica relativa alla conservazione dei fascicoli dei singoli procedimenti che, lo ricordiamo, saranno integralmente digitali. A tal proposito va accolto certamente con favore il disposto dell'art. 5, comma VI, dpcm 16 febbraio 2016, n. 40 (contenente le regole tecniche sul processo amministrativo telematico) ove si dispone che "*l'archiviazione, la conservazione e la reperibilità di tutti gli atti del fascicolo redatti sotto forma di documenti informatici è assicurata secondo quanto previsto dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri 3 dicembre 2013 pubblicati nella Gazzetta Ufficiale n. 59 del 12 marzo 2014 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 13 novembre 2014 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 8 del 12 gennaio 2015*".

Una norma chiara e semplice che estende al processo in analisi le regole tecniche dettate ai sensi dell'art. 71 del codice dell'amministrazione digitale.

L'analisi della materia si complica però quando si passa ad analizzare l'art. 12 delle regole tecniche in commento e precisamente laddove si prevede che "*la trasmissione telematica da parte dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Tribunale Regionale di giustizia amministrativa del Trentino-Alto Adige del fascicolo informatico di primo grado al Consiglio di Stato o al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, tramite SIGA, avviene con modalità finalizzate ad assicurarne la data certa, nonché l'integrità, l'autenticità e la riservatezza secondo quanto stabilito dalle specifiche tecniche di cui all'articolo 19.*

La trasmissione del fascicolo informatico o di singoli atti dello stesso, nei casi consentiti dalla normativa vigente, da e verso organi giurisdizionali diversi da quelli indicati al comma 1 avviene, in ogni stato e grado del giudizio, per via telematica su canale sicuro".

Per completare il quadro, le specifiche tecniche (che, lo ricordiamo, costituiscono un allegato del dpcm 40/2016) all'art. 11 dispongono che "*la trasmissione dei fascicoli informatici di primo grado con modalità telematiche da parte dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Tribunale Regionale di giustizia amministrativa del Trentino-Alto Adige al Consiglio di Stato o al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, avviene, tramite S.I.G.A., mediante accesso diretto al fascicolo di primo grado da parte dei soggetti abilitati.*

La trasmissione del fascicolo informatico o di suoi singoli atti, da e verso organi giurisdizionali

diversi da quelli indicati al comma 1 avviene, in ogni stato e grado del giudizio, per via telematica con le modalità stabilite in virtù di apposite Convenzioni stipulate dal Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa".

La lettura di queste norme lascia interdetti; è infatti sufficiente riflettere un attimo per comprendere che le norme in commento sono sostanzialmente inutili (e dannose) visto che prefigurano operazioni già previste, con gli opportuni presidi di sicurezza, dal dpcm 3 dicembre 2013 che detta le regole tecniche sulla conservazione dei documenti informatici la cui applicabilità al processo amministrativo telematico, lo ricordiamo, è espressamente prevista dalle regole tecniche in commento.

Se la normativa in materia di conservazione verrà correttamente applicata, il fascicolo del processo diventerà pertanto pacchetto di archiviazione ai sensi del dpcm 3 dicembre 2013 e confluirà nel sistema di conservazione ministeriale e sarà lì mantenuto in condizioni di integrità e autenticità, e sarà anche munito di data certa.

Sempre le regole tecniche sulla conservazione ci dicono poi che i soggetti autorizzati possono avere accesso, anche da remoto, al sistema di conservazione (art. 10) e possono chiedere al responsabile della conservazione la generazione del pacchetto di distribuzione. Nel caso in esame, dunque, il giudice superiore (es. il Consiglio di Stato) ben potrà accedere al sistema di conservazione e richiedere il fascicolo archiviato dal TAR in forma di pacchetto di distribuzione, senza la necessità di ulteriori norme quali quelle analizzate nel presente articolo.

Queste le considerazioni a proposito dell'infrastruttura preposta alla conservazione; va però fatta anche una riflessione di fondo sulla scelta di ricorrere all'utilizzo di un portfolio PDF per il deposito di tutti gli atti del processo telematico in analisi.

Come noto le regole tecniche sulla conservazione prevedono che i documenti testuali debbano essere redatti in formato "*PDF/A, ovvero in un formato che è stato sviluppato con l'obiettivo specifico di rendere possibile la conservazione documentale a lungo termine su supporti digitali.*

Tra le caratteristiche di questa tipologia di file abbiamo:

- *assenza di collegamenti esterni;*
- *assenza di codici eseguibili quali javascript ecc.,*
- *assenza di contenuti crittografati.*

Queste caratteristiche rendono il file indipendente da codici e collegamenti esterni che ne possono alterare l'integrità e l'uniformità nel lungo periodo" (allegato 2 dpcm 3 dicembre '13).

Tale disposizione rischia dunque di costituire un ostacolo per la conservazione degli atti del processo amministrativo telematico in quanto il portfolio PDF non nasce in formato PDF-A né pare possibile una sua conversione nel predetto formato.

Il rischio è dunque quello di trovarsi in presenza di un sistema che conserva documenti sui quali di fatto non sussiste una sicura garanzia di archiviazione a lungo termine; si prefigura dunque un problema di natura non solo tecnica, ma sostanziale, che merita un serio approfondimento da parte degli organi preposti all'elaborazione della normativa in materia di processo amministrativo telematico.

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Il ruolo dell'organismo di vigilanza nelle procedure di accertamento dell'illecito

di **Matteo De Paolis**

Per poter assolvere ai propri compiti, l'Organismo di Vigilanza (ODV) deve essere dotato, come specifica l'art. 6, 1° comma, lett. b), d.lgs. n. 231/2001, di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, quindi di strumenti adeguati per poter verificare l'idoneità e la concreta attuazione delle procedure codificate, all'interno del Modello adottato dall'ente, per la prevenzione degli illeciti in ciascuna delle aree di rischio individuate. Il corretto ed efficace svolgimento di detta attività, necessariamente legata all'adozione del Modello, assieme alla prova che non vi e? stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'ODV, potrà permettere all'ente l'esonero dalla responsabilità in caso di procedimento che lo veda indagato o imputato per un reato presupposto commesso nel suo presunto interesse e/o vantaggio.

L'ODV, infatti, dovrebbe svolgere la propria attività e, soprattutto, pensare a come documentare la stessa, nella prospettiva che possa diventare "la prova" della non omessa o insufficiente vigilanza sul funzionamento e osservanza del Modello; prova da dover produrre in un procedimento penale volto ad accertare – e a escludere, dal punto di vista difensivo – la c.d. colpa di organizzazione dell'ente (si pensi, al riguardo, all'inversione dell'onere della prova "assolutoria" nel caso di reato commesso da un apicale, in base al disposto dell'art. 6, comma 1, d.lgs. 231/2001).

Dalle scarne indicazioni legislative, si può ricavare che per poter efficacemente operare in tal senso, fondamentale risulta l'autonomia dell'ODV nei confronti degli organi di direzione e amministrazione dell'ente, la quale deve caratterizzare le fasi dell'"iniziativa" e del "controllo" sulla corretta attuazione del Modello. Invero, non si deve dimenticare che nell'attività ordinaria l'ODV potrebbe imbattersi in violazioni di protocolli o procedure organizzative previste dal Modello che abbiano avuto, possano avere, o stiano avendo rilievo penale; la conoscenza di tali violazioni da parte dell'ODV potrebbe verificarsi, quindi, ancor prima di quella degli organi inquirenti. Si capisce, pertanto, del perché l'ODV dovrà essere munito della capacità di decidere cosa, quando, e come esplicare la propria fondamentale funzione di controllo, agendo in modo indipendente dalle altre funzioni ed organi di vertice dell'ente, in quanto proprio questi ultimi potrebbero diventare destinatari dell'attività ispettiva volta ad assicurare, pur sempre e soltanto, il funzionamento e l'osservanza del Modello adottato.

Senza dimenticare, comunque, che l'ODV ha un obbligo contrattuale nei confronti dell'ente discendente dalla sua nomina; di conseguenza, il mancato svolgimento delle attività di controllo e vigilanza sull'attuazione del Modello, potrebbe esporre i membri dell'ODV a ipotesi

di responsabilità contrattuale verso l'ente nel caso sia riconosciuta, in ambito processuale, la responsabilità amministrativa di quest'ultimo "per omessa o insufficiente vigilanza", con conseguenze civilistiche in ordine al risarcimento dei danni nei confronti della società; inoltre, e *in extremis*, non è da escludere che i membri dell'ODV possano esporsi alla possibile contestazione del reato di favoreggiamento o concorso nel reato presupposto per aver agevolato, mediante omissioni, l'attività illecita del soggetto autore dello stesso.

Un elenco di attività di verifica sul funzionamento e osservanza del Modello ex art. 6, comma 1, d.lgs. 231/2001 è stata data in passato dalla giurisprudenza[1], ed è stata poi ripresa dalle Linee Guida di Confindustria che, nella versione aggiornata al marzo 2014, nel sottolineare l'importanza della previsione, all'interno dei Modelli, dell'obbligatorietà dei flussi informativi verso l'ODV al fine di consentire a quest'ultimo lo svolgimento delle attività di cui al Decreto (artt. 6 e 7), hanno precisato come "*l'obbligo di informazione è stato probabilmente previsto anche allo scopo di conferire maggiore autorevolezza alle richieste di documentazione che si rendono necessarie all'Organismo di vigilanza nel corso delle sue verifiche. Guardando anche alle esperienze straniere e in particolare alle* Federal Sentencing Guidelines *statunitensi e ai relativi* Compliance Programs*, l'obbligo di informazione dovrà essere esteso anche ai dipendenti che vengano in possesso di notizie relative alla commissione dei reati, in specie all'interno dell'ente, ovvero a "pratiche" non in linea con le norme di comportamento che l'ente è tenuto a emanare [...] nell'ambito del Modello disegnato dal decreto 231 (i cd. codici etici)*".

Non ci si può esimere dal rilevare, come da queste indicazioni discenda l'attribuzione in capo all'ODV di una vera e propria funzione inquirente volta a indagare – e non a prevenire – la commissione di reati presupposto da parte degli organi e soggetti che si trovano in rapporto funzionale con l'organizzazione dell'ente[2].

Un ruolo sempre più di garante della legalità interna all'ente – e che ha portato anche all'espressa previsione di una responsabilità di carattere penale in capo ai membri dell'ODV – deriva dal ruolo assegnato a tale organo aziendale dal d.lgs. 231/2007 in tema di prevenzione dei fenomeni di riciclaggio e finanziamento del terrorismo. L'art. 52, comma 1, d.lgs. 231/2007 affida il compito di vigilare sull'osservanza delle norme del medesimo decreto anche all'Organismo di Vigilanza delle banche e degli altri intermediari finanziari ed enti soggetti alla disciplina del d.lgs. 231/2001, il quale risulta essere destinatario di una serie di obblighi di segnalazione nei confronti di varie autorità pubbliche. In tal modo si è imposto, per la prima volta, un obbligo di comunicazione diretta anche in capo all'ODV, la cui violazione può essere sanzionata penalmente con la reclusione fino a un anno e con la multa da 100 a 1.000 euro. In sostanza, l'ODV ai sensi dell'art. 52, d.lgs. 231/2007, dovrà:

- Comunicare alle autorità di vigilanza le violazioni delle disposizioni emanate dalle medesime, relative alle modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, all'organizzazione, alla registrazione, alle procedure e ai controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo;
- Comunicare al titolare dell'attività le infrazioni delle disposizioni relative all'obbligo di

segnalazione delle c.d. operazioni sospette, che la normativa riferisce sia alle operazioni aventi ad oggetto denaro/utilità di sospetta provenienza dai delitti di riciclaggio sia a quelle aventi ad oggetto denaro/utilità che si sospetta possano essere destinati al finanziamento del terrorismo;
- Comunicare al Ministero dell'Economia e delle Finanze le infrazioni delle disposizioni relative alle limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore e relative al divieto di conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazione fittizia;
- Comunicare all'Unità di Informazioni Finanziaria (UIF) le infrazioni delle disposizioni relative alla conservazione dei documenti e alla registrazione delle informazioni acquisite per assolvere agli obblighi di adeguata verifica della clientela.

È consigliabile, quindi, che i Modelli 231, predisposti da quei soggetti destinatari delle disposizioni contenute nel d.lgs. 231/2007 (banche, intermediari finanziari, società di cambi, ecc.), laddove disciplinano le attività dei propri Organismi di Vigilanza connesse agli obblighi di comunicazione ex articolo 52, d.lgs. 231/2007, prevedano una specifica reportistica da parte dell'ODV al Collegio Sindacale sulle eventuali segnalazioni effettuate ai sensi della normativa antiriciclaggio, prevedendo idonee modalità di archiviazione anche al fine di esimersi da ipotesi di responsabilità di carattere penale.

In virtù, quindi, della sensibilità delle notizie che possono, e in alcuni casi devono, essere riportate all'ODV, e da quest'ultimo agli organi societari o istituzionali, è chiaro che le interferenze dell'attività di quest'ultimo con l'attività di indagine degli organi inquirenti della magistratura in fase di accertamento dei reati presupposto, possono essere molteplici: si pensi solo ai casi in cui si procede all'implementazione di Modelli *post delictum* per il riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 12, d.lgs. 231/2001, e pertanto necessariamente redatti, approvati e implementati prima che il processo penale si celebri in sede dibattimentale; o ai casi di aggiornamento del Modello per violazioni dello stesso. In entrambe le ipotesi, i membri dell'ODV si possono trovare a dover effettuare interviste con persone coinvolte nel fatto reato, semplici testimoni o presunti indagati, oppure ad acquisire ed esaminare documentazione oggetto del fatto reato, come email interne, segnalazioni o mancate segnalazioni, contratti e flussi finanziari[3].

Anche le eventuali sanzioni disciplinari irrogate dall'ente ai propri dipendenti costituiscono materiale oggetto di indagine da parte della Magistratura, e forniscono un'utile prova allo stesso ente in sede di verifica dell'efficacia del Modello. Invero, il sistema disciplinare "*idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure*" ex art. 6, comma 2, lett. e), d.lgs. 231/2001 è elemento essenziale del Modello stesso, e come affermato dalla giurisprudenza, "*un Modello che non preveda espressamente sanzioni disciplinari per gli amministratori, direttori generali e* compliance officier *colpevoli di negligenza o imperizia nell'individuare ed eliminare violazioni del Modello e/o commissione dei reati deve ritenersi lacunoso con conseguente non configurabilità dello stesso quale esimente per l'ente*"[4]. Rilevanti, pertanto, saranno anche le comunicazioni dell'ODV al vertice aziendale indicanti la necessità di sanzionare disciplinarmente un dipendente qualora si sia accertata da parte dello stesso la violazione del Modello, che faranno ovviamente parte della documentazione riservata e accuratamente archiviata da parte

dell'ODV.

Non bisogna dimenticare, poi, che il compito della polizia giudiziaria in sede di accertamento dell'illecito, è proprio quello di "*stimare la completezza, soprattutto in termini di qualità, e la tempestività delle informazioni destinate all'organismo di controllo, allo scopo di constatare l'effettivo funzionamento dei meccanismi di prevenzione predisposti e la concreta capacità di reazione del citato organismo di vigilanza nello specifico contesto*"[5]. L'attività degli organi inquirenti sarà, quindi, soprattutto rivolta a "*verificare anche la conformità dei comportamenti concreti rispetto alle regole del modello atteso che le caratteristiche dello stesso talvolta possono di fatto concretizzarsi in una mera sovrastruttura formale, dando luogo alla mancata osservanza di regole, meccanismi e dispositivi*"[6]. Non stupisce, quindi, l'eventualità che in fase di indagini la polizia giudiziaria possa acquisire documentazione contabile ed extracontabile anche tramite richiesta diretta ai membri dell'ODV oltre, ovviamente, alla possibilità di acquisire altri elementi informativi, anche di natura testimoniale, in relazioni a precedenti eventuali violazioni del Modello.

Sarà fondamentale, pertanto, che l'attività svolta dall'ODV sia adeguatamente registrata e documentata, e la relativa documentazione custodita dallo stesso ODV, in modo che ne sia assicurata la riservatezza, anche nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali (privacy).

Di norma, le attività dell'ODV trovano formale rilevazione mediante i seguenti documenti:

- verbali delle riunioni e delle attività dell'ODV;
- rapporti alle parti interessate (CdA o altro);
- registro delle segnalazioni.

L'ODV, inoltre, deve pianificare la propria attività di controllo tramite apposito documento basato principalmente sull'analisi dei rischi (reati presupposto) e aggiornato periodicamente, oltre a dotarsi di un proprio regolamento interno che ne disciplini le attività.

Tutti questi documenti, oltre alla verbalizzazione delle interviste effettuate al personale dipendente – sia che vengano effettuate in occasione di violazioni del Modello, sia, invece, in occasione della sola verifica ordinaria sulla funzionalità dello stesso – acquistano fondamentale importanza nel contesto dell'indagine giudiziaria volta ad accertare la colpa di organizzazione dell'ente.

Come appena accennato, infatti, tutta la documentazione dell'attività dell'ODV, sia essa svolta direttamente dai suoi membri o da consulenti appositamente nominati, e? documentazione societaria sequestrabile o che, comunque, la società potrebbe essere costretta a consegnare in caso di richiesta da parte degli organi inquirenti o del Giudice. In molti casi, si tratta di documentazione che non è possibile stabilire, *a priori*, se sia a favore o contro l'Ente, considerato che in caso di sequestro o di richiesta dell'A.G. non vi è, il più delle volte, possibilità di scelta di quali atti offrire al PM. Potrebbe pertanto accadere che siano sequestrati

o semplicemente richiesti all'organo amministrativo i report dell'ODV relativi alle segnalazioni dei comportamenti oggetto di indagine; tuttavia, potrebbe anche succedere che in un report sia inserito anche il riferimento a un fatto relativo a un altro reato che nulla ha a che vedere con il fatto reato per cui il PM sta procedendo, e che potrebbe essere utilizzato come spunto per indagini ulteriori.

Inoltre, tutti i membri dell'ODV, i consulenti, gli *auditor* interni, potranno essere sentiti come persone informate sui fatti e poi come testimoni, anche su fatti e circostanze conosciute *de relato*, e cioè apprese da terzi. Gli stessi non potranno esimersi dal rispondere al PM o al Giudice su fatti e circostanze a loro note: invero, i membri dell'ODV, i loro collaboratori e i loro consulenti sono sottoposti a un obbligo di riservatezza rilevante ex art. 622 c.p. (che prevede il delitto di *Rivelazione di segreto professionale*), ma non possono valersi del diverso segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p. che individua i soggetti, tra cui gli avvocati difensori e i loro consulenti, che "*non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragioni del proprio ministero, ufficio o professione*". L'avvocato che, in ipotesi, svolge l'attività di membro di un ODV, agisce come organo societario interno e non come consulente/professionista, pertanto non potrà opporre il segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p..

Vi sono, comprensibilmente, dei limiti anche all'attività d'indagine dell'ODV, volta – è sempre bene ricordarlo – alla verifica sul funzionamento e osservanza del Modello ai fini dell'esenzione dalla – o attenuazione della – responsabilità amministrativa dell'ente. In primo luogo, qualora si scelga di procedere con audizioni o interviste nei confronti di soggetti dipendenti, coinvolti nei reati presupposto o semplici persone informate sui fatti, occorre tenere a mente che l'intervistato non ha l'obbligo di dire la verità, come del resto il soggetto che esegue l'intervista non ha l'obbligo giuridico di riportare, in modo fedele ed integrale, le informazioni raccolte, con conseguenti dubbi processuali in merito alla genuinità, fedeltà e completezza del documento. In più, nel caso in cui dal verbale dell'audizione/intervista, emerga la prova del comportamento fraudolento dell'organo aziendale, il documento potrebbe anche non poter essere utilizzato in sede processuale, qualora contenga dichiarazioni autoaccusatorie; tuttavia, il PM potrà sempre acquisire il documento quale mezzo di ricerca di prove e utilizzarlo contro l'ente nel *simultaneus processus* ex d.lgs. 231/2001[7].

In secondo luogo, l'attività che dovrebbe svolgere l'ODV potrebbe scontrarsi con la normativa posta dal d.lgs. 196/2003 a tutela della privacy. In particolare, il trattamento di dati sensibili, indipendentemente dai protocolli previsti nel Modello, non potrebbe essere effettuato se non con il consenso dell'interessato. Per ovviare a tale inconveniente, sarebbe opportuno che nell'atto di nomina e istituzione dell'ODV, allo stesso venisse conferito il ruolo, almeno, di Responsabile del trattamento dei dati personali[8]. Si consideri, comunque, come sia possibile svolgere attività investigativa-ispettiva e pertanto acquisire documentazione protetta, quali le e-mail del dipendente, anche senza il consenso dell'interessato, nelle ipotesi di cui all'art. 24, lett. f), d.lgs. 196/2003, e cioè quando sia "*necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali*

finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento, nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale".

In tal caso, anche per le garanzie giudiziarie previste a favore della documentazione difensiva raccolta, in particolare ex artt. 327 bis e 391 bis e ss., c.p.p., sarebbe opportuno che una rappresentanza dell'ente nominasse un legale di fiducia a cui dare l'incarico di svolgere attività investigativa difensiva, eventualmente anche preventiva in vista di un futuro procedimento giudiziario nei confronti della società.

Da ultimo, si sottolinea il costante ruolo di collaborazione con l'Autorità Giudiziaria che deve avere l'ODV, anche al fine di impedire il verificarsi di condotte di inquinamento probatorio che potrebbero mettere in pericolo il positivo giudizio sui requisiti di autonomia, indipendenza e professionalità richiesti ai suoi membri, la mancanza dei quali si ripercuoterebbe, necessariamente, sulla valutazione della (non) capacità esimente del Modello in sede giudiziaria.

[1] Ci si riferisce, in particolare, a quanto indicato nell'Ordinanza del GIP di Napoli del 26.06.2007, secondo cui l'OdV "S*volge periodica attività ispettiva, secondo le modalità e le scadenze indicate nel Regolamento dell'OdV; accede a tutte le informazioni concernenti le attività a rischio di reato; chiede informazioni o esibizioni di documenti in merito alle attività a rischio di reato a tutto il personale dipendente della società e laddove necessario agli amministratori, al collegio sindacale e alla società di revisione; riceve periodicamente informazioni dai responsabili di funzioni interessate dalle aree a rischio; chiede informazioni agli organismi di vigilanza delle società appartenenti al gruppo; propone l'adozione delle sanzioni disciplinari; coordina, in unione con il Direttore delle risorse umane, la definizione dei programmi di formazione del personale; sottopone il modello a verifica periodica e ne propone l'aggiornamento quando siano intervenute violazioni o elusioni delle prescrizioni dello stesso che ne abbiano dimostrano inefficacia ed incoerenza ai fini della prevenzione ovvero quando siano intervenuti mutamenti significativi nel quadro normativo, nell'organizzazione o nell'attività della società; redige semestralmente una relazione al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulla attività svolta; informa il presidente del CdA di circostanze e fatti significativi emersi nel corso della propria attività*".

[2] Riguardo all'attività investigativa dell'ODV si veda, ad esempio, CALLERI, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, Vol. 1, p. 73 e ss.

[3] Si veda, in proposito, DUZIONI, *Attività "investigativa-ispettiva" e attività "preventiva difensiva ex art. 391-nonies c.p.p" quale attività dell'OdV: due ipotesi a confronto di documentazione dell'effettiva attuazione del Modello 231 nei casi di presunto o sospetto accertamento di fatti reato commessi o in itinere*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, Vol. 2, p. 51 e ss.

[4] Tribunale di Milano, Ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del 20 settembre 2004.

[5] Si veda Circolare della Guardia di Finanza n. 83607/2012, dal titolo "*Attività della Guardia di Finanza a tutela del mercato dei capitali*", in particolare il Terzo Volume della Circolare, che illustra le modalità di indagine relative all'accertamento della responsabilità degli enti secondo il d.lgs. 231/2001.

[6] *Ibidem*.

[7] DUZIONI, *Attività "investigativa-ispettiva"*, cit.

[8] Nell'ordinamento italiano, per Responsabile del trattamento dei dati si intende, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. g) d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della Privacy), "*la persona fisica, giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento dei dati personali*". Per quanto qui rileva, il Codice della Privacy specifica che la figura del Responsabile del trattamento deve essere indicata anche nella informativa da rendere agli interessati – e quindi a tutti i dipendenti, fornitori e apicali della società – ai sensi dell'art. 13 del Codice.

E-learning
Percorso on-line
D.LGS. 231: RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI ED APPROCCIO OPERATIVO AL MODELLO
Durata: 5 ore CFP: 5
accedi al sito >