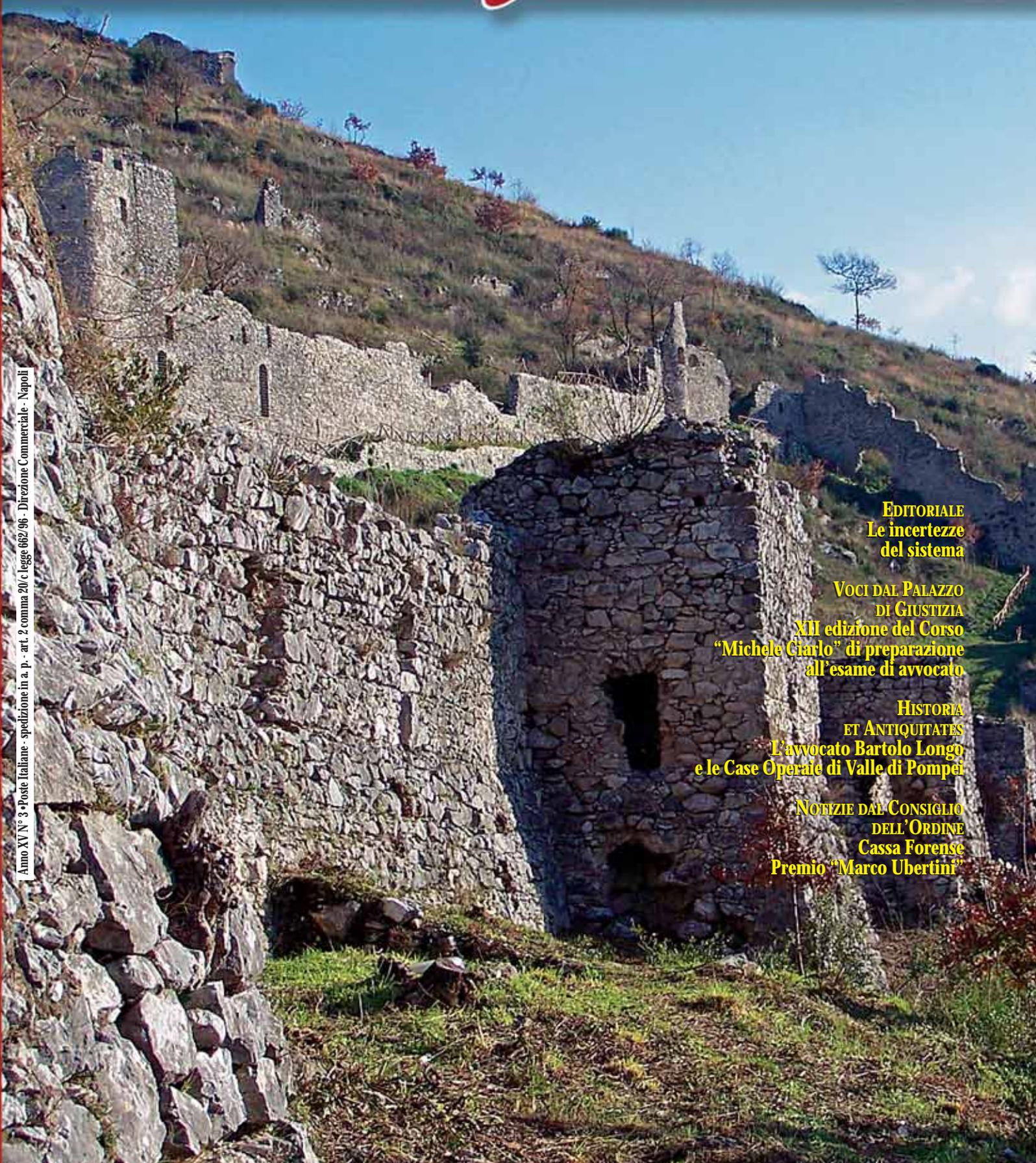


OMNIA *i*USTITIAE

ANNO XV NUMERO 3
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



EDITORIALE
**Le incertezze
del sistema**

**VOCI DAL PALAZZO
DI GIUSTIZIA**
**XII edizione del Corso
"Michele Ciarlo" di preparazione
all'esame di avvocato**

**HISTORIA
ET ANTIQUITATES**
**L'avvocato Bartolo Longo
e le Case Operate di Valle di Pompei**

**NOTIZIE DAL CONSIGLIO
DELL'ORDINE**
**Cassa Forense
Premio "Marco Ubertini"**

**Periodico Quadrimestrale
dell'Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore**

Registrazione presso il Tribunale
di Nocera Inferiore
n. 184 del 23.02.2004

Presidente

Aniello Cosimato

Direttore Editoriale

Luigi Ciancio

Direttore Responsabile

Marianna Federico

Comitato di Redazione

Barbara Barbato

Carmela Bonaduce

Maria Coppola

Maria Grazia Coppola

Gianluca Granato

Eliana Libroia

Emiliana Matrone

Mariella Orlando

Francesco Ricciardi

Gaetano Riccio

Giuseppina Romano

Eleonora Stefanelli

Valeria Tevere

Michele Tipaldi

Rossella Ugliano

Segretario di Redazione

Massimo De Martino Adinolfi

Hanno collaborato a questo numero

Lucia Apuzzo

Marianna Arpaia

Antonio Coppola

Renata Gaeta

Adriano Giallauria

Umberto Mancuso

Andrea Milo

Proposte e suggerimenti ai contatti

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

Tel./Fax 081.929600 - 081.927432

e.mail:

omniaiustitiae@foronocera.it

Progetto grafico a cura di

Marianna Federico

Il materiale per la pubblicazione,
che dovrà essere inviato su supporto magnetico
formato Word, non sarà restituito

In copertina:

Mercato San Severino, il castello

Realizzazione Editoriale

Altrastampa Edizioni

cell. 338.7133797

altrastampa@libero.it

Le immagini a corredo di questo numero sono
tratte dal volume *Paesaggisti stranieri in Campania
nell'800* di Massimo Ricciardi, De Luca Edizioni,
Salerno, ai quali va il nostro ringraziamento

© 2018 Foto

Altrastampa Edizioni

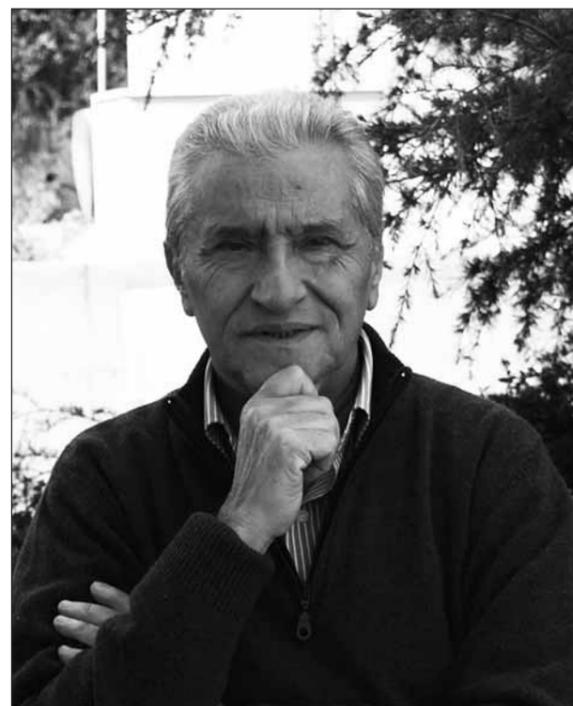
© 2018 Testi

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Eleonora Stefanelli</i> Sulla determinazione dell'assegno di mantenimento dei figli e sui poteri istruttori <i>ex officio</i> funzionali ad una ricostruzione della condizione economica delle parti: le linee chiarificatrici poste dalla giurisprudenza di legittimità	23
VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA <i>la redazione</i> XII edizione del Corso "Michele Ciarlo" di preparazione all'esame di avvocato	6	DOTTRINA <i>Barbara Barbato</i> La disciplina del contratto part-time dopo il Jobs Act	26
GIURISPRUDENZA <i>Lucia Apuzzo</i> Reati a "tempi plurimi" e <i>tempus commissi delicti</i> : si applica il criterio della condotta	8	<i>Antonio Coppola</i> Illeciti penali on line: il caso <i>The Pirate Bay</i> e la pirateria "altruistica"	28
<i>Marianna Arpaia</i> PCT e attestazione di conformità della sentenza impugnata	11	<i>Adriano Giallauria</i> Il contratto con obbligazioni del solo proponente: natura ed evoluzione	31
<i>Maria Coppola</i> Il Sindaco può limitare gli orari di apertura delle sale gioco per contrastare la dipendenza dal gioco d'azzardo	12	<i>Andrea Milo</i> L'annullamento degli accordi di separazione consensuale omologati per vizi di volontà con particolare riferimento al dolo	33
<i>Renata Gaeta</i> Esclusione del "test di meritevolezza" per le clausole c.d. <i>claims made</i>	13	HISTORIA ET ANTIQUITATES <i>Maria Grazia Coppola</i> L'avvocato Bartolo Longo e le Case Operaie di Valle di Pompei	35
<i>Eliana Libroia</i> Giusta causa di licenziamento e facebook: quando il lavoratore offende il datore in chat	16	LA PAGINA DEI CONVEGNI <i>Umberto Mancuso</i> Diritto bancario e finanziario Convegno a Nocera Inferiore	43
<i>Emiliana Matrone</i> L'indennità di maternità della lavoratrice autonoma è cumulabile ai riposi giornalieri del padre	17	NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i> News dalla Cassa Forense Premio "Marco Ubertini"	45
<i>Gaetano Riccio</i> Assegni bancari non trasferibili e falsità: il recente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione	19	Comune di Bientina (Pisa): Concorso nazionale dedicato alla memoria della dott.ssa Elisabetta Paoletti	45
<i>Giuseppina Romano</i> Legge applicabile nel caso in cui tra condotta ed evento entri in vigore una legge più sfavorevole	20	Statistiche iscritti	48

Editoriale di Luigi Ciancio



Le incertezze del sistema

L'anno che sta finendo è stato caratterizzato da una serie di avvenimenti che, ancora una volta, hanno richiamato l'attenzione del cittadino sulla drammatica situazione in cui versa la Giustizia, sulla mancata certezza della pena e sulla sua applicazione, sulla mancata concreta attuazione del giusto processo, sulla individuazione di diritti che vengono puntualmente violati e sulla speranza che vengano recuperate credibilità ed autorevolezza: quelle stesse appartenute ai tempi andati.

Una volta, chi veniva condannato per il reato commesso, effettivamente rimaneva recluso per tutto il tempo della condanna ma, soprattutto, si sapeva che l'istruzione e la celebrazione del processo sarebbero avvenute in maniera rapida e senza rumore.

Oggi i processi si celebrano prima sui mezzi di comunicazione (giornali e televisioni), attraverso memoriali e dichiarazioni, assumendo una forma di discutibile spettacolarizzazione e poi arrivano nelle aule di giustizia.

Sembra quasi che si faccia di tutto perché le macroscopiche inefficienze dell'attuale sistema giudiziario debbano essere soverchiate da accadimenti che, per la loro ostentatezza mediale, possano coprirle o nasconderle.

È inutile occultare che il sistema giudiziario sia in una fase di grave crisi, ad onta di quanto affermato dal politico di turno che tende a minimizzare tutto senza preoccuparsi di individuare la causale di quanto accade ed a ricercare la soluzione necessaria.

Le riforme sono essenziali ed efficaci nella misura in cui non difettano le più elementari necessità quotidiane che costituiscono, poi, la vita fondamentale di una struttura giudiziaria.

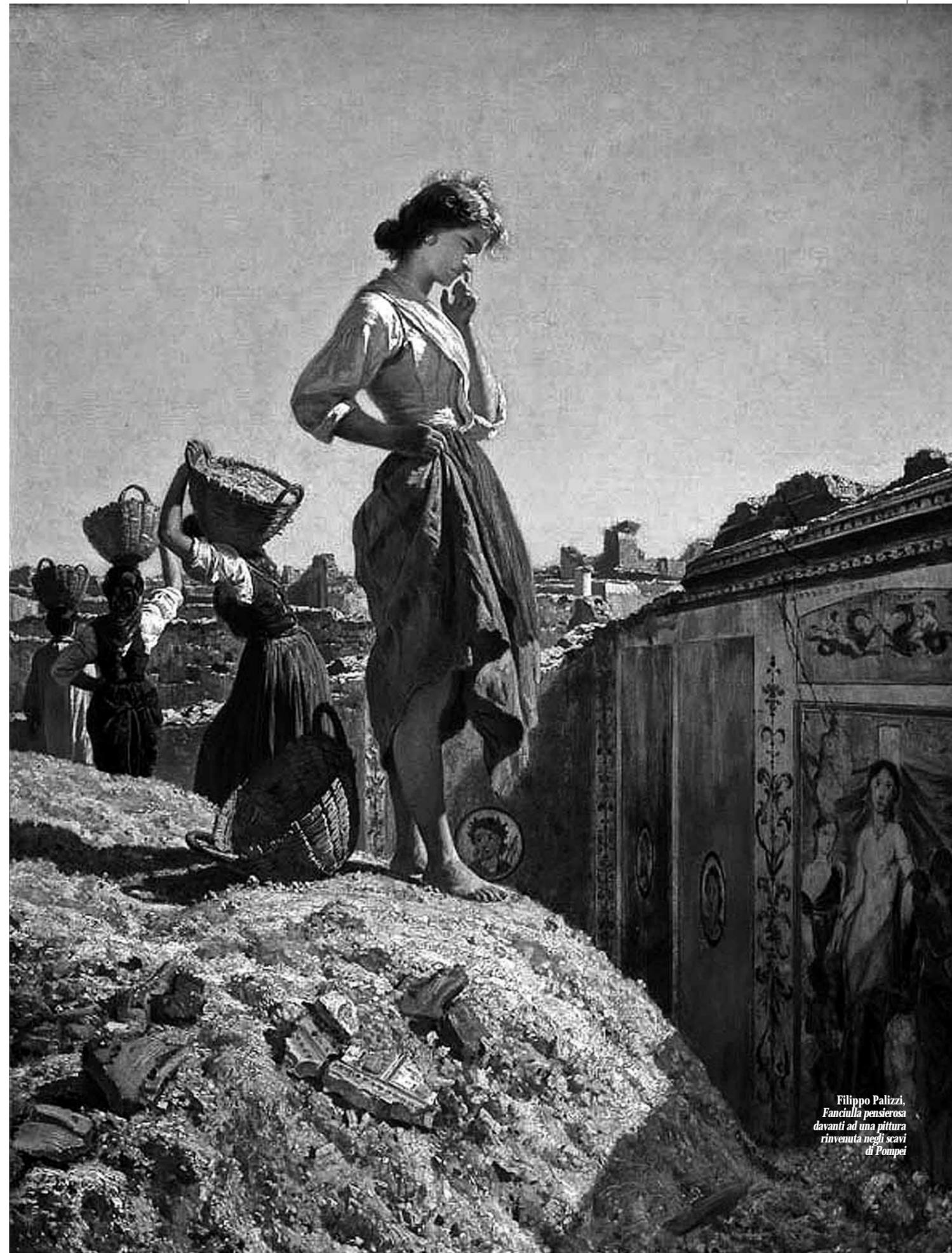
Quale riforma potrà mai trovare la sua piena applicazione quando in un Tribunale ci si trova a discutere, un giorno sì e un giorno no, sulla carenza del personale, dei carichi di lavoro dei magistrati, sull'orario di inizio delle udienze e sul rispetto dello stesso?

La carenza di uomini e mezzi che non è comunque una novità dei giorni d'oggi, determina rallentamenti e inefficienze che - al di là dell'aumentato contenzioso - incrementano pur'anche gli arretrati delle cause.

Le riforme, quindi, badino *in primis* a statuire disposizioni di natura organizzativa e finanziaria che possano assicurarne l'attuazione e poi alle grandi progettualità.

Che una vera riforma, capace di avviare un serio processo revisionista, va costruita insieme con l'apporto di tutte le componenti del mondo giudiziario.

Solo partendo da un percorso comune è possibile imboccare la strada giusta per una totale e complessiva rivisitazione del sistema.



Filippo Palizzi,
Fanciulla pensierosa
davanti ad una pittura
rinvenuta negli scavi
di Pompei

Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione



XII edizione del Corso "Michele Ciarlo" di preparazione all'esame di avvocato

Il giorno 2 ottobre 2018, alle ore 16.00, presso la Biblioteca del Palazzo di Giustizia di Nocera Inferiore, si è svolta la cerimonia di apertura della XII edizione del corso di preparazione all'esame di avvocato, "Michele Ciarlo", durante la quale è stata consegnata la Toga "Tessa Guerra" alla prima classificata della precedente edizione. A conclusione della cerimonia il Presidente del Consiglio dell'Ordine ha consegnato gli attestati di partecipazione ai colleghi che hanno collaborato, distinguendosi per l'estrema qualità dei servizi erogati nell'interesse della Classe Forense e dei cittadini del circondario di Nocera Inferiore, con gli uffici del Giudice di Pace di Nocera Inferiore, nell'ambito del progetto di volontariato "qualificato", organizzato in collaborazione con il Tribunale Nocera Inferiore.

L'intervento del Presidente del Consiglio dell'Ordine Aniello Cosimato

"Buonasera e benvenuti a questa sobria cerimonia di apertura del XII corso per la preparazione all'esame di avvocato intitolato alla cara memoria del collega Michele Ciarlo assassinato 23 anni orsono. Saluto con affetto il figlio di Michele Ciarlo, Ugo, oggi presente per consegnare, quale premio per essersi qualificata come prima classificata del corso svoltosi l'anno scorso, la toga intitolata alla compianta collega, già consigliere dell'Ordine Tessa Guerra, alla dottoressa Francesca Gubitosa. Il Consiglio dell'Ordine di Nocera Inferiore è stato sempre molto attento alla preparazione dei propri praticanti fornendo loro strumenti ade-

guati per potere partecipare all'esame di abilitazione.

Il lavoro svolto trova positivo riscontro nelle statistiche del distretto che registrano in favore del circondario di Nocera Inferiore il più alto numero di promossi in termini percentuali, questo risultato è da ascrivere, comunque, anche alla qualità dei nostri praticanti e alla loro dedizione allo studio.

Nell'ambito del corso, organizzato dalla Scuola di Formazione "Fiorentino De Nicola" e coordinato dal consigliere Matilde Squillante, vengono svolte simulazioni per la redazione di pareri e la compilazione di atti sotto la sapiente guida di colleghi di provata esperienza i quali provvedono poi alle correzioni; ad essi come al coordinatore va la nostra riconoscenza per il loro impegno incondizionato.

Prima di iniziare i lavori del XII corso il Consiglio premia con la borsa di studio intitolata alla memoria dell'avvocato Tessa Guerra la dottoressa Francesca Gubitosa per avere riportato il migliore risultato alla passata edizione; alla dottoressa Francesca Gubitosa, formuliamo i migliori auguri per uno splendido futuro professionale. E devo dire che se sono questi gli inizi il prosieguo sarà senz'altro luminoso e carico di soddisfazioni che saranno sicuramente raggiunte ma anche a costo di sacrifici e rinunce.

Cara Francesca, come sicuramente avrai appreso dal tuo *dominus*, i risultati in questa, come in qualsiasi altra attività, hanno un costo proprio in termini di sacrifici e rinunce, oggi hai raggiunto solo una meta.

Spero che già da oggi tu riesca a comprendere i disagi e le ansie che l'avvocato vive nell'espletamento del mandato difensivo, perché occorre guardare alla professione che svolgiamo come ad una fonte da cui scaturiscono doveri e responsabilità, prima di ottenere le giuste soddisfazioni. Chi inizia almeno con questa consapevolezza è sulla buona strada.

Prima di procedere con l'avvio della XII edizione del Corso "Michele Ciarlo", il Consiglio intende ringraziare i giovani colleghi Saverio Ascolese, Alfonsina Caiazzo, Annalisa Caliano, Davide Di Marco, Andrea Faraco, Michela Dayana Gambardella, Giuseppe Maria Iannone, Antonino Morvillo, Ylenia Rispoli e Maria Russo per l'opera prestata, gratuitamente, presso le cancellerie del Giudice di Pace di Nocera Inferiore, nell'ambito del progetto di volontariato "qualificato", organizzato in collaborazione con il Tribunale di Nocera Inferiore. I risultati sono stati eccezionali ed evidenti a tutti i colleghi che quotidianamente frequentano il Giudice di Pace di Nocera Inferiore. Migliaia di sentenze pubblicate e notifi-



che fatte nei sei mesi di durata del progetto, che hanno consentito di recuperare gran parte del carico di lavoro arretrato presso tale ufficio, per le notorie carenze di personale. Ribadisco ciò che ho detto dalle pagine della nostra rivista *Omnia Iustitiae*, ovvero che il volontariato oggi è strumento indispensabile per tenere insieme una società sempre più divisa, in presenza di uno Stato che non riesce, per mancanza di risorse ma a volte purtroppo per le scarse capacità, ad assolvere alla sua funzione primaria di garante dei servizi essenziali minimi ai cittadini. Tra questi vi è sicuramente il servizio Giustizia.

Un sentito ringraziamento a tutti i colleghi che hanno prestato attività di collaborazione presso gli uffici del Giudice di Pace, dimostrando grandissima solidarietà e spirito di abnegazione per la classe Forense cui appartengono, nell'interesse di tutti i cittadini del circondario".

L'intervento della dottoressa Francesca Gubitosa premiata con la Toga "Tessa Guerra"

"Il Corso Michele Ciarlo, edizione 2018, organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore si è rivelato, sin dai primi incontri, un ottimo strumento per affrontare le prove scritte dell'esame di avvocato.

Le simulazioni, con la redazione dei pareri e degli atti, vengono accompagnate dal costante confronto intrattenuto coi responsabili.

I partecipanti al corso dispongono di una variegata professionalità da cui attingere egregi e indispensabili consigli che involgono sia la fase di lettura e di svolgimento della traccia, sia la successiva fase della correzione degli elaborati.

Punti di forza del corso devono ineludibilmente ritrovarsi nella piena disponibilità, nella serietà e nella professionalità degli organizzatori, veri dispensatori di consigli e direttive che infondono nei candidati sicurezza e serenità per la difficile prova che si accingono ad affrontare.

La partecipazione al corso rappresenta, dunque, un eccellente allenamento propedeutico all'esame di avvocato che contribuisce, degnamente, alla formazione e alla preparazione dei candidati.

La mia esperienza, assolutamente positiva, mi porta ad essere ancor più onorata di ricevere questo pregiatissimo riconoscimento in memoria degli avvocati Michele Ciarlo e Tessa Guerra.

Ringrazio, pertanto, il Presidente, avvocato Aniello Cosimato, e tutti i componenti del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, unitamente a ciascuno dei responsabili, per l'egregio lavoro svolto durante il Corso Michele Ciarlo.

Non da ultimo, sento di ringraziare, altresì, l'av-

vocato Valerio Di Stasio e l'avvocato Vincenzo D'Amore che, con tutti i componenti dello Studio Legale Di Stasio, accompagnandomi in un esemplare e magistrale cammino di praticantato e di formazione, hanno condiviso con me questo emozionante momento".

Inoltre riceviamo e con grande piacere pubblichiamo i ringraziamenti di due dei colleghi volontari presso gli Uffici del Giudice di Pace di Nocera Inferiore

"Posso raccontare solo in termini positivi l'esperienza avuta presso la cancelleria dell'ufficio dei Giudici di Pace di Nocera Inferiore, avendo visto in prima persona il grande e importante lavoro che c'è dietro quello che noi avvocati facciamo normalmente in udienza, dinanzi al Giudice.

Non posso che ricordare con piacere questa esperienza e anche consigliarla in futuro a chiunque vorrà farla, perché mi ha arricchito sotto un profilo umano ed anche lavorativo e, nel futuro, ogni qual volta ci sarà un provvedimento del giudice che richiederà un adempimento alla Cancelleria, penserò al duro ma importantissimo lavoro nel mandare anche una semplice PEC.

Nello specifico ricorderò con piacere negli anni tutti i cancellieri e la dirigente della Cancelleria dei Giudici di Pace di Nocera Inferiore, con i quali ho collaborato quotidianamente in questa esperienza semestrale".

Andrea Faraco

"Grazie, conclusasi questa esperienza semestrale, nelle cancellerie del Giudice di Pace di Nocera Inferiore desidero porgere i miei ringraziamenti a tutte le persone del Consiglio dell'Ordine, al Presidente Cosimato, ai colleghi del volontariato, agli stessi cancellieri, per aver aderito e aver permesso all'iniziativa di diventare un prezioso momento di confronto e crescita professionale nonché personale per tutti noi.

Un contributo fondamentale ai lavori è venuto da ogni componente di questo gruppo di "volontari", un contributo di entusiasmo, disponibilità e attenzione che ha permesso di portare alla fine dello stesso percorso il risultato prefissatosi".

Saverio Ascolese

Pagina Precedente.
Aniello Cosimato,
Presidente dell'Ordine
degli Avvocati
di Nocera Inferiore con,
da sinistra,
Saverio Ascolese,
Annalisa Caliano,
Maria Russo,
Andrea Faraco
In questa pagina.
Ugo Ciarlo figlio di
Michele Ciarlo con
Francesca Gubitosa

Giurisprudenza

Lucia Apuzzo

Reati a “tempi plurimi” e *tempus commissi delicti*: si applica il criterio della condotta

Cassazione penale, Sezioni Unite, 24 settembre 2018 (ud. 19 luglio 2018), n. 40986, presidente Carcano, relatore Caputo

La Quarta Sezione della Corte di Cassazione, chiamata a decidere in relazione ad un ricorso in materia di successione delle leggi penali nel tempo, rilevato il contrasto giurisprudenziale, (ord. 5 aprile 2018, n. 21286) rimetteva alle Sezioni Unite la seguente questione: “se, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, debba trovare applicazione il trattamento sanzionatorio vigente al momento della condotta, ovvero quello vigente al momento dell’evento”. La vicenda, da cui trae origine il ricorso e la conseguente ordinanza di rimessione, riguarda il caso di un automobilista che, nel gennaio 2016, travolgeva un passante in prossimità di un attraversamento pedonale, cagionandogli lesioni; nell’agosto 2016, a seguito di complicità derivanti dall’incidente, decedeva. *Medio tempore*, entrava in vigore la legge 23 marzo 2016, n. 41 (“Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale il 24 marzo 2016, n. 70) che introduceva, nel nostro ordinamento, il reato di cui all’art. 589-bis c.p., di cui veniva riconosciuto colpevole l’imputato, a seguito di applicazione della pena richiesta dalle parti ex art. 444 c.p.p. L’imputato, per il tramite del proprio difensore, promuoveva ricorso per Cassazione, evidenziando che, siccome il reato *de quo* fosse entrato in vigore in epoca successiva alla condotta, avrebbe dovuto applicarsi il trattamento sanzionatorio più mite previsto dall’art. 589 comma 2 c.p., sebbene aggravato dalla violazione delle norme sulla circolazione stradale. La Quarta Sezione, dunque, investiva della cognizione del ricorso le Sezioni Unite, rilevando l’esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità sulla questione del trattamento sanzionatorio da applicare nel caso in cui la condotta si realizzi sotto la vigenza di una legge penale più favorevole e l’evento sotto la vigenza di una legge penale più sfavorevole. In particolare, osserva la Corte nell’ordinanza, sul

tema due sono gli orientamenti contrapposti. Secondo un primo orientamento, considerato maggioritario, in tali ipotesi, dovrebbe applicarsi la legge vigente al momento della verifica dell’evento, ancorché meno favorevole rispetto a quella vigente al momento della condotta. Si tratta, infatti, di un reato di evento, la cui consumazione, si realizza nel momento in cui si verifica l’evento (c.d. criterio dell’evento). A sostegno di ciò, la Corte richiama una recente sentenza (Cass., sez. IV, n. 879/2015, c.d. sentenza Sandrucci) relativa ad un caso di alcuni lavoratori esposti ad amianto, negli anni ‘70 e ‘80 del secolo scorso, due dei quali deceduti nel 2007 e 2009 a causa di mesotelioma pleurico (patologia a lunga latenza). Nel caso in esame, la Cassazione aveva giudicato immuni da censure le pronunce di merito che avevano ritenuto applicabili le pene previste per il reato di omicidio colposo, aggravato dalla normativa antinfortunistica, introdotta in un momento successivo alla condotta (legge 21 febbraio 2006, n. 102 e D.Lgs. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 24 luglio 2008 n. 125). Sulla stessa scia si ponevano altri precedenti, relativi uno alla trasformazione da contravvenzione a delitto del reato previsto dall’art. 9 della legge n. 1423 del 1956 (Cass., sez. I, n. 20334/2006); altri all’introduzione del reato di atti persecutori. In realtà, osserva la Corte nell’ordinanza, “i casi richiamati dalla sentenza Sandrucci (riferibili a reati abituali, o comunque caratterizzati da condotte protratte nel tempo) si riferiscono, nella quasi totalità, ad azioni poste in essere - almeno in minima parte - “a cavallo” fra le due diverse discipline del trattamento sanzionatorio. Solo il riferimento a sez. V, 19/05/2011, L. riguarda un’ipotesi di atti persecutori consumata nella vigenza della norma incriminatrice, in cui la condotta materiale di minaccia e/o di molestia era stata posta in essere per intero prima dell’entrata in vigore della nuova norma incriminatrice”. Milita a favore della teoria dell’evento, anche la pronuncia (Cass., sez. V, n. 19008/2014, c.d. sentenza Calamita) relativa ad un caso di concorso di persone nei reati di importazione e detenzione di armi da guerra, da parte di un soggetto che aveva intrapreso trattative con un venditore prima dell’introduzione dell’aggravante di cui all’art. 7 D.L. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203. La condotta in tal caso si era realizzata dopo il suo arresto e, conseguentemente, dopo l’entrata in vigore dell’aggravante, a seguito dell’apporto di altri concorrenti. Altro orientamento contrario, che la Corte sembra condividere, considera, invece, che, al fine di individuare il *tempus commissi delicti*, nei reati ad evento “differito”, bisogna considerare la legge

applicabile al momento della verifica della condotta (c.d. criterio della condotta). A tal proposito, la Corte richiama un precedente orientamento di legittimità (Cass., sez. IV, n. 8448/1972, c.d. sentenza Bartesaghi) nonché l’opinione univoca della dottrina, secondo cui, applicando il criterio dell’evento, il soggetto agente non sarebbe in grado di adeguare la sua condotta alle prescrizioni della legge che solo successivamente introduce un trattamento sanzionatorio più grave. La legge, dunque, verrebbe applicata retroattivamente a fatti commessi in un tempo in cui non era conoscibile.

Le Sezioni Unite ripercorrono le pronunce richiamate dall’ordinanza di rimessione ed aderendo al secondo orientamento, giungono all’affermazione del seguente principio di diritto: “in tema di successione di leggi penali, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta”.

In via preliminare, affrontano la questione, sollevata dal Procuratore Generale, di sollevare la legittimità costituzionale dell’art. 2 comma 4 c.p., in relazione all’art. 3 Cost., nella parte in cui fa riferimento al reato e non già al fatto, anche in relazione ai reati ad evento “differito” quando dopo la realizzazione della condotta sopravvenga una disciplina meno favorevole. Non essendo consentita in via interpretativa la scissione degli elementi costitutivi del reato (condotta, nesso causale, evento), l’interprete si vedrebbe costretto ad applicare la legge in vigore al momento dell’evento, anche laddove più sfavorevole, in contrasto con il principio di irretroattività sancito dall’art. 25 comma 2 Cost. La Corte osserva che è ben possibile interpretare l’art. 2 in modo conforme all’art. 25 comma 2, ricorrendo alla sola interpretazione letterale. Quest’ultima, infatti, è l’attività interpretativa prioritaria nell’analisi della norma. Essa non esonera l’interprete dalla ricerca di tutti i possibili significati linguistici e, al contempo, ne segna il limite esterno che, soprattutto nella materia penale, è invalicabile, stante la riserva di legge. Orbene, nella disposizione codicistica, il legislatore utilizza il termine “fatto” per riferirsi a fattispecie non penalmente sanzionate (comma 1) o non più sanzionate (comma 2); il termine “reato” è, invece, utilizzato correttamente per indicare una fattispecie penalmente sanzionata ed assoggettata al regime della successione delle leggi penali nel tempo. Rileva, ancora, considerare, secondo quanto sostenuto anche in dottrina, che l’individuazione del *tempus commissi delicti* va riferita ai singoli istituti e ricostruita sulla base

della *ratio* e dei principi che li governano. Non è, cioè, possibile individuare il dato cronologico in modo generalizzante, né nel codice si rinvengono ricostruzioni “omnicomprensive” dello stesso. La Corte conclude, quindi, che “il riferimento letterale alla commissione del “reato” non è di ostacolo all’individuazione della condotta dell’agente quale punto di riferimento cronologico della successione di leggi: la mancanza, nel codice penale, di una nozione omnicomprensiva del *tempus commissi delicti* e la valenza dei richiami al “fatto” e al “reato” nell’art. 2 c.p. convergono nell’individuazione di un’area semantica dell’espressione “reato commesso” nella quale è riconducibile, in via interpretativa, il criterio della condotta, senza fuoriuscire dall’ambito dei significati autorizzati dal testo legislativo, ossia dal quarto comma dello stesso art. 2”. Ciò premesso, l’attenzione della Corte si sposta, poi, alle argomentazioni a sostegno della teoria della condotta, ai fini della determinazione del *tempus commissi delicti* nei reati ad evento “differito”. In particolare, le conclusioni cui perviene la Corte, sono ancorate alla garanzia del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, nonché alla funzione della pena. Con riferimento alla prima argomentazione, la Corte osserva che il principio di irretroattività rappresenta un “valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali” (Corte cost., sent. n. 394/2006; sent. n. 236/2011). In questo senso, esso si differenzia dal principio di retroattività della norma più favorevole, che rinviene il suo fondamento non già nell’art. 25 Cost., bensì nell’art. 3 Cost., nonché art. 117 comma 1 Cost. in relazione all’art. 7 CEDU, ed è suscettibile di limitazioni e deroghe che, tuttavia, possono giustificarsi solo in relazione alla necessità di tutelare interessi di pari rilievo. Il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, al contrario, costituisce un’“istanza” volta alla valutazione preventiva, da parte dell’individuo, delle conseguenze sfavorevoli della propria condotta, funzionalmente orientata alla libera autodeterminazione dell’individuo. Si comprende, quindi, scrive la Corte, come sia la condotta il momento temporale essenziale a garantire la “calcolabilità” delle conseguenze penali e l’autodeterminazione dell’individuo, ed è a questo momento che deve essere ricondotta l’operatività dell’art. 25 Cost. “Spostare in avanti” detta operatività, correlandola all’evento del reato, determinerebbe, qualora alla condotta interamente posta in essere nella vigenza di una legge penale sia sopravvenuta una normativa penale più sfavorevole, la sostanziale retroattività di quest’ultima rispetto al momento in cui è effettivamente possibile per la persona “calcolare” le conseguenze penali del



proprio agire; con l'inevitabile svuotamento dell'effettività della garanzia di autodeterminazione della persona e della *ratio* di tutela del principio costituzionale di irretroattività". Gli stessi lavori preparatori dell'Assemblea Costituente forniscono una conferma in tal senso. La disposizione dell'art. 25 Cost., infatti, è il frutto di un emendamento proposto, tra gli altri, dall'onorevole Giovanni Leone che chiari il significato da attribuire al principio di irretroattività, ossia che la norma di legge "deve preesistere non solo all'evento ma anche all'azione", poiché è in quel momento che "si realizza il contrasto tra la volontà imputabile del delinquente e la volontà della legge". La Corte fa espresso richiamo, poi, ad una sua precedente decisione (Cass., SS. UU., sent. n. 2977/92, c.d. sentenza Piccillo), resa sulle questioni scaturite dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 442, comma 2, c.p.p. nella parte in cui ammetteva al giudizio abbreviato l'imputato cui fosse addebitato un reato punibile con l'ergastolo (Corte cost., sent. n. 176/1991). Ebbene, in quell'occasione la Corte stabilì che, se la legge collega ad una precisa condotta un trattamento penale più favorevole, la declaratoria di incostituzionalità di quella norma non può comportare un trattamento svantaggioso per chi ha tenuto quella condotta. Una pronuncia di incostituzionalità non poteva determinare, pertanto, effetti sfavorevoli agli imputati di reati punibili con l'ergastolo che avevano richiesto il giudizio abbreviato prima della pronuncia della Corte Costituzionale. Sebbene in quella occasione non si affrontasse la stessa questione, è evidente, tuttavia, la "rigidità rinforzata" attribuita al principio di irretroattività rispetto alla stessa declarato-

ria di illegittimità costituzionale. La stessa giurisprudenza di legittimità, ricorda la Suprema Corte, (Cass., sez. III, n. 28233/2016; Cass., sez. III, n. 4185/2016; Cass., sez. IV, n. 44808/2014) ha valorizzato, inoltre, il medesimo orientamento in tema di successione di leggi penali. Si è stabilito, infatti, che la norma incriminatrice più severa, ripristinata a seguito di declaratoria di incostituzionalità della norma successiva più favorevole, non può essere applicata ai fatti commessi sotto la vigenza di quest'ultima, rispetto ai quali non ha svolto alcuna funzione di orientamento e limite per il comportamento del reo. Con riguardo, poi, alla funzione special-preventiva della pena, la Corte cita ancora l'onorevole Leone, che, nel suo intervento, evidenziò come il contrasto con la norma penale incriminatrice da parte dell'agente, si realizza nel momento in cui agisce ovvero omette di compiere l'azione doverosa. In tal senso, il tempo del commesso reato, va individuato nel momento in cui si realizza la condotta. Alla medesima conclusione si giunge qualora si analizzi la funzione rieducativa della pena. Recentemente, il giudice delle leggi ha rimarcato la sua centralità nel nostro sistema costituzionale, mettendo in luce il "principio della non sacrificabilità" di tale funzione "sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena" (Corte cost., sent. n. 149/2018). Partendo dall'analisi dell'art. 27 comma 1 e 3 Cost., in relazione ai principi generali costituzionali e, in particolare l'art. 25 Cost., con riguardo al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, la Corte Costituzionale ha sottolineato che i consociati devono essere in grado di conoscere in anticipo quali conseguenze potranno scaturire dalla propria azione o omis-

sione, al fine di sentirsi liberi di adeguarsi o meno alla legge penale. Detta aspettativa sarebbe frustrata qualora il legislatore decidesse di punire fatti che, all'epoca della loro commissione, non costituivano reato o erano puniti meno severamente (Corte cost., sent. n. 364/1988). È evidente che, anche in tal senso, assume rilievo la prospettiva della commissione della condotta e la necessità di individuare in quel momento il tempo del commesso reato. Ciò posto, la Cassazione fornisce poi indicazioni in merito all'individuazione del *tempus commissi delicti*, ai fini della successione di leggi penali, in relazione a peculiari figure di reato, caratterizzate non già dalla "distanza" tra condotta tipica ed evento, bensì dal protrarsi nel tempo della stessa condotta tipica. Con riferimento al reato permanente, la Corte ricorda che la giurisprudenza di legittimità (*ex multis*, Cass., sez. III, n. 43597/2015) ha chiarito che deve aver luogo la "cessazione della permanenza". Il protrarsi della condotta sotto la vigenza, sopravvenuta, della norma più sfavorevole, assicura, infatti, la calcolabilità delle conseguenze derivanti dall'azione o omissione posta in essere dal reo, sempre che, sotto la vigenza della norma più sfavorevole, abbia integrato tutti gli elementi del reato. Quanto al reato abituale, in linea generale, bisogna avere riguardo "all'ultima condotta tipica". Si osserva, tuttavia, che con riferimento al reato di atti persecutori, non trattandosi di *ius superveniens* che introduce un trattamento sanzionatorio più severo, bensì di una nuova norma incriminatrice, affinché possa dirsi integrata la fattispecie astratta è necessario che tutti gli elementi di cui all'art. 612-bis c.p., siano stati posti in essere dopo l'introduzione della nuova fattispecie incriminatrice (Cass., sez. V, n. 54308/2017), mentre atti posti in essere prima della sua introduzione non possono rientrare nella condotta prevista e punita dalla norma stessa.

Marianna Arpaia

PCT e attestazione di conformità della sentenza impugnata

Si fa sempre più crescente ed interessante l'attenzione della giurisprudenza di legittimità e di merito nei confronti delle problematiche connesse alla nascita ed allo sviluppo del processo civile telematico. Ed è proprio il binomio costituito, da una lato, dal rilievo di depositi e notifiche con modalità telematiche e, dall'altro, dalle esigenze di innovazione interpretativa poste da un dettato normativo troppo spesso oscuro o comunque non aggiornato, a destare le maggiori preoccupazioni. Difatti, già a luglio del 2017 la Terza

Sezione della Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata con la sentenza n. 17450 sull'onere incombente in capo al ricorrente, destinatario della notifica a mezzo PEC della sentenza impugnata, di depositare, a pena di improcedibilità, la copia autentica della sentenza impugnata e la relazione di notificazione, qualora questa abbia avuto luogo (*ex art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c.*). Secondo quanto sancito dalla Suprema Corte, "il difensore del ricorrente, destinatario della notificazione, deve estrarre copie cartacee del messaggio di posta elettronica certificata pervenutogli e della relazione di notificazione redatta dal mittente *ex lege* n. 53 del 1994, *ex art. 3-bis*, comma 5 e attestare con propria sottoscrizione autografa la conformità agli originali digitali delle copie analogiche (del messaggio PEC e della relata di notifica), depositate queste ultime presso la Cancelleria della Corte".

Con questa interpretazione, senz'altro discutibile e discussa, la Corte propende per un'applicazione estensiva dell'art. 9, comma 1-*ter*, della legge 53 del 1994, fino a sanzionare con l'improcedibilità il ricorrente che abbia depositato il messaggio di posta elettronica certificata inviatogli dalla controparte in copia cartacea, senza attestarne la conformità all'originale e senza produrre la necessaria copia conforme della relazione di notificazione pervenutagli dal mittente. Ad oggi, quindi, pur non esistendo nel nostro ordinamento una norma che conferisca, con assoluta certezza, al difensore il potere di attestare la conformità della notifica PEC, quando questa sia da lui ricevuta, per assolvere a quanto richiesto dall'art. 369 c.p.c. comma 2 n. 2, gli Ermellini applicano l'art. 9, comma 1-*ter*, della legge 53 del 1994.

Questo principio è stato ulteriormente ribadito con la sentenza 9 novembre 2017 n. 26520, con cui la Cassazione conferma il duplice onere di certificazione che il ricorrente deve ottemperare: da un lato, deve asseverare, come conforme all'originale ai sensi dell'art. 16-*bis*, comma 9-*bis* del d.l. 179/2012 la copia del provvedimento impugnato, estratta dal fascicolo informatico e non dalla copia notificata (fatta comunque salva la possibilità di produrre la copia autentica rilasciata dalla Cancelleria, non essendo necessario in tal caso alcuna attestazione) e, dall'altro lato, deve parimenti certificare le copie cartacee della notificazione telematica ricevuta ai sensi della legge 53/1994. La fattispecie da cui discende il suddetto principio di diritto ha ad oggetto il caso di quattro esecutivi che proponevano ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.* avanti alla Corte di Cassazione avverso la sentenza del Tribunale di Milano, che aveva accolto solo parzialmente la loro opposizione agli atti esecutivi avente ad

oggetto un provvedimento di approvazione del progetto di distribuzione delle somme ricavate dalla vendita degli immobili di loro proprietà, precedentemente approvato dal Giudice dell'Esecuzione. Ma il difensore dei ricorrenti aveva prodotto la mera copia della sentenza notificata dalla controparte, comunque recante la propria attestazione di conformità e la Corte di Cassazione, in applicazione del summenzionato principio di diritto, dichiarava in via preliminare la improcedibilità del ricorso degli esecutati ai sensi dell'art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c. in ragione del mancato deposito della copia autentica della sentenza e della relazione di notificazione, spiegando che tale onere permane anche qualora l'originale sia stato formato digitalmente, essendosi il giudizio di merito svolto nelle forme del processo civile telematico. Secondo la Corte quanto imposto dall'art. 369 c.p.c. deve essere adempiuto mediante il deposito di una copia cartacea della sentenza impugnata, asseverata dallo stesso difensore del ricorrente come conforme all'originale digitale presente nel fascicolo informatico. Pertanto, qualora la sentenza che si intende impugnare venga notificata al ricorrente a mezzo PEC, l'attestazione di conformità dovrà comunque essere apposta sulla copia analogica tratta dall'originale contenuto nel fascicolo informatico e non sulla copia notificata telematicamente. Per creare la copia cartacea conforme all'originale digitale il difensore deve accedere tramite il PCT al fascicolo informatico ed estrarre da lì la copia da asseverare.

Nel caso in cui il provvedimento sia stato notificato a mezzo PEC, pertanto, il difensore sarà soggetto ad un duplice onere di certificazione: egli dovrà, infatti, non solo asseverare come conforme all'originale la copia del provvedimento impugnato estratta dal fascicolo informatico, ma anche certificare le copie cartacee della notificazione telematica ricevuta.

Tale modo di operare è stato confermato anche dall'ordinanza n. 3446/2018 della Sesta Sezione della Suprema Corte. La questione sulla quale la Cassazione è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi trae origine dal rigetto dell'appello proposto dagli eredi contro la sentenza che aveva respinto l'opposizione al decreto con cui una finanziaria aveva ingiunto al *de cuius*, in qualità di fidejussore di una società a responsabilità limitata, il pagamento di oltre 25 mila euro, con accessori e spese. Gli eredi, dunque, ricorrevano per Cassazione, che dichiarava improcedibile il ricorso per mancata attestazione di conformità del provvedimento notificato a mezzo PEC. La sentenza impugnata, difatti, era stata notificata con le modalità telematiche, tuttavia la copia cartacea

del messaggio PEC pervenuto al destinatario mancava dell'attestazione di conformità da parte del difensore del ricorrente.

Stesso ragionamento per il ricorso per Cassazione, che, notificato in modalità telematica, non reggeva la prova della c.d. resistenza: da qui la scure della sua improcedibilità.

A ben vedere, con le decisioni in commento la Suprema Corte detta per il difensore destinatario della notifica PEC una nuova modalità per attestare la conformità della sentenza e della relata; qualora ometta ciò o qualora le stesse, con attestazione di conformità, non siano state depositate dal controricorrente o non siano comunque agli atti, il ricorso è improcedibile, senza possibilità alcuna di sanatoria.

Il Processo Civile Telematico è entrato in vigore da oltre quattro anni e se il suo successo presuppone un forte coinvolgimento di tutta la classe forense, anche in termini di responsabilità di natura professionale e deontologica, ciò non può prescindere dall'intervento uniformatore e nomofilattico cui è chiamata la Suprema Corte di Cassazione. In attesa dell'intervento del Legislatore, l'auspicio è di porre in essere un'interpretazione ragionevole che, dinanzi ai problemi interpretativi, ponga un argine al dilagare di questo rigido formalismo, inquadrandolo entro le garanzie costituzionali del diritto di difesa e del giusto processo.

Maria Coppola

Il Sindaco può limitare gli orari di apertura delle sale gioco per contrastare la dipendenza dal gioco d'azzardo

Nota a TAR Campania-Salerno, sez. I, sentenza 17.09.2018 n. 1291

L'Amministrazione comunale può esercitare il proprio potere di inibizione delle attività "per comprovate esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, oltre che del diritto dei terzi al rispetto della quiete pubblica, in caso di accertata lesione di interessi pubblici quali quelli in tema di sicurezza, libertà, dignità umana, utilità sociale, salute".

La vicenda

Il TAR Campania, con la sentenza n. 1291/18, depositata il 17 settembre scorso, si è pronunciato sul ricorso presentato da diverse società di gestione di bar e caffetterie avverso il Comune di Nocera Inferiore per chiedere l'annullamento delle misure di limitazione dell'orario di utilizzo

degli apparecchi da gioco adottate dall'Ente. Invero, in passato la domanda di opposizione dei titolari degli esercizi commerciali aveva trovato positivo riscontro da parte dei Giudici amministrativi, i quali frequentemente avevano annullato le misure di limitazione dell'orario di utilizzo degli apparecchi da gioco adottate dai Comuni, ritenendole illegittime, con la motivazione che la materia "ordine pubblico e sicurezza" rientrava nella competenza esclusiva dello Stato¹, TAR Piemonte, sent. n. 513/2011; TAR Genova, sent. n. 189/2014.

L'orientamento è, tuttavia, mutato.

La decisione del TAR Campania-Salerno

La decisione in commento si colloca nell'ambito della sperimentazione di una serie di interventi realizzati per contrastare la dipendenza dal gioco d'azzardo, fenomeno pericolosamente in crescita negli ultimi anni sul territorio.

Molti Comuni, in quest'ottica, hanno ridotto gli orari di apertura delle sale da gioco, mentre altri hanno previsto un orario più rigido per l'accensione e lo spegnimento delle *slot machines* e dei video giochi², altri ancora hanno imposto l'ubicazione degli stessi oltre i trecento metri da istituti scolastici di qualsiasi ordine e grado, nonché da luoghi di culto, centri di aggregazione sociale e giovanili, strutture socio-assistenziali, culturali, ricreative e sportive frequentate principalmente da giovani³. Ciò ha provocato la reazione di molti titolari di attività economiche legate al gioco d'azzardo che sono insorti, denunciando, la violazione della propria libertà di iniziativa economica: è quanto è accaduto, per esempio, in Sardegna, regione che è tra le prime in Italia per diffusione del gioco d'azzardo.

Il Giudice amministrativo non ha, tuttavia, in quella fattispecie, accolto la doglianza degli esercenti, ritenendo superiore l'interesse ad assicurare il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Invero, "la libertà di iniziativa economica trova limite, per espressa previsione di cui all'art. 41 della Carta Costituzionale, nel divieto di arrecare pregiudizio all'utilità sociale ovvero alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umane, tanto che al legislatore è stato affidato il precipuo compito di individuare i necessari sistemi di contenimento tra le contrapposte necessità; di qui numerose disposizioni normative che sottopongono le attività economiche a restrizioni volte a tutelare la salute e la sicurezza dei cittadini, nonché altri valori di rilievo generale"⁴.

Invero, la Corte Costituzionale - già nel 2014, decidendo sui casi di Rivoli e Santhià - aveva riconosciuto che "il Sindaco può disciplinare gli orari delle sale giochi e degli esercizi nei quali siano

installate apparecchiature per il gioco e che ciò può fare per esigenze di tutela della salute, della quiete pubblica, ovvero della circolazione stradale". Il Tribunale amministrativo campano ha seguito l'orientamento appena descritto, perseguendo la finalità di equilibrare gli interessi degli imprenditori del settore con il superiore interesse pubblico a contrastare i fenomeni di patologia sociale connessi al gioco compulsivo.

E ben venga.

Soprattutto in un momento in cui le persone maggiormente interessate al gioco risultano essere le fasce più deboli e fragili della nostra società, gli adolescenti, chi ha una minore scolarizzazione, chi ha un lavoro più precario, chi è in difficoltà nel trovare una propria identità⁵.

.....

¹ *Ex multis*.

² Ordinanza n. 63 /2014 del Sindaco di Milano.

³ TAR Sardegna, sent. n. 758/2018.

⁴ TAR Sardegna, sent. n. 758/2018.

⁵ Cfr. Manifesto contro il gioco d'azzardo.

Renata Gaeta

Esclusione del "test di meritevolezza" per le clausole c.d. *claims made*

Cassazione Civile, SS.UU., sentenza del 24.9.2018, n. 22437, presidente Mammone, estensore Vincenti

"Il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole *on claims made basis*, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita al primo comma dell'art. 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata dall'assicuratore.

Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322 c.c., secondo comma, ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati".

Con la sentenza in esame, la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, si è nuovamente pronunciata in ordine alla validità delle clausole *claims made*, nonostante queste ultime fossero già state oggetto di recente decisione, resa anch'essa nella Massima composizione (sent. n. 9140).

In particolar modo, si è affermato che, indipendentemente dal tipo di *claims made* apposto al

contratto di assicurazione, non è mai doveroso effettuare quel "test di meritevolezza" a cui, invece, aveva fatto riferimento la sentenza del 2016 - e che concerne esclusivamente i contratti atipici -, in quanto le clausole in questione non sono in grado di "forzare" la tipicità del contratto a cui ineriscono rendendolo atipico.

Per meglio comprendere l'iter logico-argomentativo seguito dalla Cassazione nella sentenza n. 22437 del 2018, appare opportuno ripercorrere, brevemente, la "storia" delle clausole *claims made*. Tali clausole, nate negli anni '80 nei mercati assicurativi, anglosassone e statunitense, sono frequentemente inserite nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile soprattutto per far fronte ai c.d. rischi lungo-latenti in cui si ha uno scollamento temporale tra il momento dell'illecito e la manifestazione del danno.

Tenuto a mente che il meccanismo tipico di cui all'art. 1917 c.c. (c.d. *loss occurrence*) fa sorgere il diritto all'indennizzo al momento di commissione del fatto, senza tenere in considerazione il tempo in cui la richiesta risarcitoria venga avanzata, nei casi di lungo latenza del rischio, siccome il danno e la successiva domanda risarcitoria potrebbero emergere anche dopo molti anni dalla commissione del fatto, l'impresa di assicurazioni incontra notevoli difficoltà nell'effettuare previsioni economiche.

Sicché, proprio al fine di consentire alle compagnie assicurative di poter appostare in bilancio le precise somme di denaro da destinare agli indennizzi richiesti e, altresì, di poter congruamente fissare la misura dei premi, l'apposizione delle clausole *claims made* permette di approntare un meccanismo in grado di circoscrivere l'operatività dei contratti di assicurazione della responsabilità civile, spostando il momento rilevante ai fini della detta operatività, dal verificarsi del sinistro alla richiesta di indennizzo.

Molteplici sono le tipologie di clausole *claims made* che possono essere utilizzate a tale scopo.

Di regola, è possibile raggrupparle in due grandi macroaree, distinguendo così, le *claims made* pure da quelle miste.

Le prime, appunto, spostano la nascita del diritto all'indennizzo dal momento di commissione del fatto materiale al momento di manifestazione del danno e conseguente richiesta di indennizzo. Sono connesse ad una garanzia retroattivamente illimitata e, per tal ragione, non appaiono squilibranti in quanto provvedono ad un giusto temperamento di interessi - quello dell'assicurato di evitare "buchi di copertura" e quello dell'impresa assicuratrice di compiere previsioni economiche sicure. Le seconde, invece, fondano l'insorgenza del diritto all'indennizzo sul duplice requi-

sito della commissione del fatto e della richiesta di indennizzo. Entrambe devono verificarsi durante la vigenza della polizza.

Com'è stato chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, si tratta di clausole limitative dell'oggetto e non della responsabilità, perciò non soggiacciono alla tutela, ancorché meramente formale, posta dall'art. 1341 c.c.

Invero, come statuito prima dalla sentenza n. 9140 del 2016, poi dalla n. 22437 del 2018, con le clausole in questione le parti non intendono escludere una responsabilità che sarebbe altrimenti insorta, bensì si preoccupano di stabilire i precisi obblighi scaturenti dal contratto e di delimitare i rischi indennizzabili, nei limiti della propria autonomia negoziale.

Ciò premesso, la questione di maggiore rilevanza posta (per ben due volte) all'attenzione della Suprema Corte è quella relativa alla possibilità di qualificare in termini di atipicità il contratto di assicurazione a cui le *claims made* sono apposte e, perciò solo, assoggettare un tale contratto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. Inizialmente, con la pronuncia resa dalle Sezioni Unite nel 2016, si è sostenuto che le *claims made* pure, discostandosi interamente dal modello delineato dall'art. 1917 c.c., una volta inserite nel contratto di assicurazione, lo trasformino in un contratto atipico, con conseguente operatività dell'art. 1322, comma 2, c.c.

In tali casi, il controllo di meritevolezza avrebbe tendenzialmente esito positivo, in quanto le *claims made* pure, offrendo una garanzia illimitatamente retroattiva, essendo idonee a coprire qualsiasi sinistro verificatosi prima della stipula del contratto, purché la relativa richiesta di indennizzo avvenga in pendenza del contratto stesso, non generano alcuno squilibrio, anzi sembrano tutelare egualmente sia l'assicurato che la società di assicurazioni grazie ad un effettivo bilanciamento dei differenti interessi in gioco.

Diversamente, dietro il meccanismo di indennizzo previsto dalle *claims made* miste, potrebbe facilmente scorgersi una violazione dei principi di solidarietà sociale, di non prevaricazione e di parità posti alla base del nostro ordinamento giuridico. In particolare, qualora un contratto di assicurazione contenente una clausola *claims made* mista comporti un ingiusto vantaggio a favore di una parte senza contropartita per l'altra, una posizione di indeterminata soggezione di una parte rispetto all'altra o, infine, costringa una delle parti a tenere condotte contrastanti con i superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti, si tratterà di un contratto immeritevole di tutela e, in quanto tale, affetto da nullità.

Se questa è stata la soluzione sposata dalle

Sezioni Unite del 2016, diversa è la conclusione raggiunta dalla sentenza del 24 settembre del 2018. Invero, a seguito dell'ordinanza n. 1465 del 2018, si è reso necessario un nuovo intervento delle Sezioni Unite che potesse meglio definire l'operatività e la validità delle clausole *claims made*. Nello specifico, la sentenza n. 22437 del 2018, ha confermato che le clausole in questione non debbano essere ritenute vessatorie e sottoposte alla disciplina di cui all'art. 1341 c.c., in quanto volte a delimitare l'oggetto del contratto e non anche atte ad escludere la responsabilità dell'assicuratore. Allo stesso modo, ha confermato la totale ammissibilità delle clausole *claims made* pure e di tutte quelle, in generale, con "garanzia pregressa". Infatti, non vi è alcun dubbio che nella assicurazione della responsabilità civile l'oggetto del contratto equivalga al rischio dell'aggressione al patrimonio dell'assicurato e che esso si concretizzi progressivamente, in quanto necessitante sia della sussistenza della condotta colposa dell'assicurato sia della manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento. I due elementi, della condotta materiale e della volontà di ottenere il risarcimento, nella responsabilità civile - a differenza di quanto accade nella generale responsabilità contro i danni -, sono scindibili e, pertanto, la clausola con garanzia pregressa che afferisce ad uno solo dei due menzionati elementi (la condotta materiale), lasciando impregiudicata l'alea in ordine all'altro elemento che connota il rischio assicurato, è del tutto lecita. È ovvio che, però, finché non venga stipulato il contratto di assicurazione, il danneggiato assicurato non deve essere consapevole della causazione del sinistro poiché, diversamente, verrebbe meno l'incertezza intrinseca al rischio assicurabile.

Ciò posto, se quelle appena esposte sono le questioni che trovano conferma in entrambe le pronunce delle Sezioni Unite, diversa è la soluzione che la sentenza 22437 del 2018 adotta in fatto di atipicità/tipicità del contratto di assicurazione *on claims made basis*.

A differenza di quanto espresso con la sentenza n. 9140 del 2016, la Suprema Corte, ritiene che in nessun caso l'apposizione delle clausole in questione possa trasformare il contratto di assicurazione da tipico in atipico e che, pertanto, il riferimento al test di meritevolezza appare essere inadeguato.

Le clausole *claims made*, in particolare, non sono idonee a "snaturare l'essenza" del contratto di assicurazione della responsabilità civile perché non ne alterano affatto la causa. Quest'ultima, a ben vedere, deve essere connotata dall'alea data dall'impoverimento del soggetto assicurato, ma il rischio così identificato, può essere semplice o

articolato, ossia comprendente anche la manifestazione del danno. Sia che venga in rilievo un rischio semplice, sia che emerga un rischio articolato, complesso, non può dirsi snaturato il tipo contrattuale previsto dalla legge perché identica resta la causa indennitaria del contratto di assicurazione. Tale conclusione - come si legge dalla pronuncia in esame - è avvalorata da due elementi: l'art. 1932 c.c. che consente la deroga all'art. 1917 c.c. ed al meccanismo c.d. *loss occurrence*; le innovazioni legislative in tema di assicurazioni professionali.

In particolare, in ambito sanitario, la legge n. 24 del 2017 ha stabilito l'obbligo di assicurazione delle strutture sanitarie sancendo che la "garanzia assicurativa preveda un'operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza". Altresì, è disposta l'ultrattività della polizza per altrettanti dieci anni. È evidente, quindi, che il legislatore nazionale abbia tipizzato il fenomeno delle clausole *claims made* - nelle sue diverse declinazioni, spaziando dalla *deeming clause* alla *sunset clause* - recependo una prassi negoziale ormai da anni esistente. Logica conseguenza di quanto esposto è il superamento del vaglio di meritevolezza da parte del giudice così come predicato dalla sentenza n. 9140 del 2016, posto che un tale controllo è ancorato unicamente all'atipicità contrattuale ed è "frutto di un'autonomia contrattuale privata che ancora non rinviene il proprio referente nel 'tipo' prefigurato dalla legge".

Diversamente, in caso di contratti tipici - qual è quello di assicurazione contenente una clausola *claims made*, posto quanto sopra, il controllo che deve essere effettuato non può essere quello della meritevolezza degli interessi, svolto già a monte dal legislatore, ma deve, invece, concernere i limiti imposti dalla legge.

Dunque, in presenza di un contratto di assicurazione, anche se contenente una clausola *claims made*, sarà compito dell'interprete verificare, dapprima, che nella fase prodromica alla stipula siano stati osservati gli obblighi di buona fede e correttezza ex art. 1175 c.c. e 2 Cost.; successivamente, a contratto stipulato, che sussista, e sia lecito, lo scopo pratico che il negozio intenda realizzare (causa concreta).

Qualora, a seguito della prima delle due indagini, emerga una violazione degli obblighi informativi e/o di trasparenza, è chiaro che, trattandosi di violazione di regole di comportamento, la tutela spettante all'assicurato sarà unicamente quella di tipo risarcitorio, e ciò anche in caso di contratto stipulato a condizioni svantaggiose (responsabili-

tà precontrattuale da contratto valido che dà luogo al risarcimento del danno c.d. differenziale). Viceversa, nel caso in cui dall'indagine sulla causa in concreto emergano l'insussistenza, la illiceità o l'inadeguatezza della stessa, trattandosi di violazione di una regola di validità, la tutela apprestata all'assicurato sarà quella della nullità - anche parziale, ove possibile - del contratto di assicurazione.

Si sottolinea che, sebbene l'evidente squilibrio di diritti e obblighi possa essere considerato indice della carenza di una causa concreta - e non dunque di immeritevolezza come precedentemente sancito dalle Sezioni Unite -, non è compito del giudice sindacare l'equilibrio economico delle prestazioni, lasciato alla piena autonomia delle parti. Infatti, il disequilibrio contrattuale tra premio e rischio assicurato va valutato soltanto al fine di verificare l'adeguatezza del contratto e la sussistenza di una causa concreta.

Ad esempio, l'inserzione di una clausola attribuitiva - in capo all'assicuratore - del diritto di recesso al verificarsi di uno dei rischi assicurati, a parere della Suprema Corte, è chiara frustrazione dell'alea contrattuale e determina l'abusività della clausola stessa.

Eliana Libroia

Giusta causa di licenziamento e facebook: quando il lavoratore offende il datore in chat

Può un'espressione ingiuriosa scritta in una chat su un social network diventare giusta causa di licenziamento? La risposta a questo interrogativo è negativa secondo la Suprema Corte di Cassazione che, in una recentissima ordinanza della Sezione lavoro pronunciata il 10 settembre 2018¹, ha ritenuto non illecita - sotto il profilo oggettivo e soggettivo - la condotta del lavoratore che in una chat privata usi frasi offensive verso il proprio datore di lavoro non partecipante alla conversazione.

Per i Giudici di Piazza Cavour, la descritta condotta non integrerebbe una giusta causa di licenziamento, ma più correttamente sarebbe espressione del diritto costituzionalmente riconosciuto alla riservatezza delle comunicazioni.

Nel caso di specie il sig. A., guardia particolare giurata, nel mese di settembre 2014 nel corso di una chat tra membri del sindacato su Facebook aveva adoperato espressioni offensive verso l'amministratore delegato della società datrice di lavoro. Un paio di mesi più tardi - ad opera di una persona rimasta nell'anonimato - la schermata di

tale conversazione era giunta stampata agli organi di vertice della società.

Ciò aveva determinato il licenziamento per giusta causa della guardia giurata.

Dopo la soccombenza in primo grado il lavoratore proponeva reclamo dinanzi alla Corte d'appello di Lecce che - in riforma della sentenza di primo grado, con la pronuncia del 18 maggio 2016, n. 73 - affermava l'illegittimità del licenziamento intimato e, per l'effetto, condannava l'azienda alla reintegra del dipendente e al pagamento in suo favore di un'indennità pari a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, come pure al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali.

Contro tale decisione la società promuoveva ricorso in Cassazione che veniva categoricamente rigettato.

Secondo la Suprema Corte, infatti, ai fini della giusta causa di licenziamento, la condotta del prestatore di lavoro deve essere valutata prendendo in considerazione i parametri - uniformi ai valori dell'ordinamento - sussistenti nella realtà sociale, nel cui quadro devono porsi e conformarsi le necessità di salvaguardia dell'individuo rispetto a condotte offensive o diffamatorie e degli altri beni o interessi costituzionalmente rilevanti. Sul punto, i Giudici hanno evidenziato che sicuramente la condotta diffamatoria è in grado di ledere il bene giuridico della "reputazione" - intendendo con tale termine l'opinione positiva che i consociati hanno di un soggetto - ma ciò si verifica solo quando l'espressione diffamatoria sia comunicata ad una pluralità di soggetti.

Qualora invece la comunicazione si verifichi in un contesto privato, quindi in una ristretta cerchia di destinatari, non soltanto è ravvisabile un interesse contrario alla divulgazione, pure colposa, degli eventi e delle notizie oggetto di comunicazione, ma emerge altresì l'esigenza di protezione della libertà e della segretezza delle comunicazioni.

L'art. 15 Cost., infatti, qualifica come inviolabili "la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione", intendendo queste ultime come estrinsecazione del diritto di poter comunicare con i destinatari - liberamente selezionati - del proprio pensiero e di evitare che soggetti differenti vengano a conoscenza del contenuto dello stesso.

La salvaguardia della segretezza dipende dal concorso di più fattori, quali la determinatezza dei destinatari, la volontà del mittente di non estendere a soggetti terzi la conoscibilità del messaggio e l'utilizzo di uno strumento che permetta di rendere effettivamente riservata la comunicazione.

Nello stesso senso deve richiamarsi anche la sentenza della Consulta n. 20 del 24 gennaio 2017²,

ove è stato chiarito che la garanzia costituzionale di cui all'art. 15 Cost. si estende tanto alla corrispondenza quanto alle altre forme di comunicazione, espressione questa idonea a ricomprendere tutti i mezzi resi disponibili dallo sviluppo della tecnologia.

Di conseguenza, la necessità di salvaguardia la segretezza nelle comunicazioni ricomprende non solo le conversazioni verbali o epistolari, ma anche le forme di espressione più comuni oggi-giorno, come le mail, i messaggi e le chat private, comunicazioni queste che richiedono un account privato per accedere e scambiare informazioni.

I messaggi che circolano tramite le novelle tipologie di comunicazione, se condivisi con un predefinito gruppo di utenti e non estesi a una pluralità indefinita di soggetti, devono qualificarsi giuridicamente come corrispondenza privata.

Tale peculiarità esclude di per sé che il contenuto di una comunicazione possa definirsi diffamatorio proprio perché non destinato alla pubblica diffusione.

Nel caso di specie, dunque, il carattere chiuso e privato dei messaggi scambiati nella chat che vedeva partecipare esclusivamente alcuni componenti del sindacato era del tutto incompatibile con una condotta diffamatoria idonea a costituire una giusta causa di licenziamento.

-
- ¹ Cass. civ., Sezione lavoro, Ord., 10 settembre 2018, n. 21965, in CED Cassazione, 2018, p. 1 ss.
- ² Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 20, in *Dir. Pen. e Processo*, 2017, p. 1058 ss.

Emiliana Matrone

L'indennità di maternità della lavoratrice autonoma è cumulabile ai riposi giornalieri del padre

La Corte di Cassazione, Sezione IV civile (lavoro), con la sentenza 12 settembre 2018 n. 22177, afferma che il padre può usufruire dei permessi giornalieri previsti dall'art. 40 del D.Lgs. 151/2001 nel corso del primo anno di vita del bambino anche nel periodo di godimento dell'indennità di maternità da parte della madre lavoratrice autonoma. Infatti, il principio dell'alternatività dei benefici in oggetto è operante solo nel caso in cui la madre sia lavoratrice dipendente.

Nel caso specifico, la Corte di Appello di Torino, con la sentenza n. 1120/2012, rigettava il ricorso dell'Inps, pronunciandosi favorevolmente al cumulo dei benefici in discorso.

L'ente previdenziale impugnava la sentenza per violazione e falsa applicazione del combinato dis-

posto degli artt. 39, 40, 43, 66, 68, comma secondo, e 69, comma primo, del d.lgs. 151 del 2001, con riferimento all'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile (art. 360, n. 3, c.p.c.), sostenendo: "che, le pur esistenti differenze tra le madri lavoratrici autonome e lavoratrici subordinate, non incidessero sulla sussidiarietà ed alternatività degli istituti giuridici dei cosiddetti riposi giornalieri e delle indennità di maternità volti a proteggere lo stesso evento; e pertanto sulla inammissibilità di un loro cumulo. Sicché anche con riferimento ai riposi giornalieri dei padri lavoratori dipendenti al posto della madre lavoratrice autonoma, i medesimi riposi giornalieri potevano essere fruiti solo al termine della tutela apprestata dagli altri istituti posti a presidio dei medesimi bisogni. Né sussisteva alcuna valida ragione a giustificazione del cumulo dei due benefici durante uno stesso periodo per lo stesso evento a favore del padre quando la lavoratrice madre è autonoma; atteso che entrambi gli istituti sono comunque finalizzati a favorire i bisogni affettivi relazionali dal bambino al fine dell'armonico sereno sviluppo della personalità".

Orbene, la Suprema Corte, nel respingere le censure avanzate dall'Inps, richiama, innanzitutto, le disposizioni normative contenute negli artt. 39, 40 e 43 del Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151 "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53".

Come è noto, l'art. 39 del D.Lgs. 151/2001 stabilisce:

"1. Il datore di lavoro deve consentire alle lavoratrici madri, durante il primo anno di vita del bambino, due periodi di riposo, anche cumulabili durante la giornata. Il riposo è uno solo quando l'orario giornaliero di lavoro è inferiore a sei ore.

2. I periodi di riposo di cui al comma 1 hanno la durata di un'ora ciascuno e sono considerati ore lavorative agli effetti della durata e della retribuzione del lavoro. Essi comportano il diritto della donna ad uscire dall'azienda.

3. I periodi di riposo sono di mezz'ora ciascuno quando la lavoratrice fruisca dell'asilo nido o di altra struttura idonea, istituiti dal datore di lavoro nell'unità produttiva o nelle immediate vicinanze di essa".

Altresì, l'art. 40 riconosce al padre il diritto ad usufruire dei riposi giornalieri di cui all'art. 39 nelle seguenti ipotesi:

- "a) nel caso in cui i figli siano affidati al solo padre;
b) in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga;
c) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice

dipendente;

d) in caso di morte o di grave infermità della madre”.

Infine, con riferimento al trattamento economico e normativo, l'art. 43 prevede:

“1. Per i riposi e i permessi di cui al presente Capo è dovuta un'indennità, a carico dell'ente assicuratore, pari all'intero ammontare della retribuzione relativa ai riposi e ai permessi medesimi. L'indennità è anticipata dal datore di lavoro ed è portata a conguaglio con gli apporti contributivi dovuti all'ente assicuratore.

2. Si applicano le disposizioni di cui all'art. 34, comma 5”.

Invero, la Corte osserva che, dalla stessa formulazione del richiamato art. 40, scaturisca in maniera evidentissima che l'alternatività nella fruizione dei riposi giornalieri da parte del padre sia prevista solo in relazione “alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga” (lett. b dell'art. 40 cit.) e che, invece, nell'ipotesi in cui la madre non sia una lavoratrice dipendente (lett. c dell'art. 40 cit.), la norma non preveda nessuna alternatività. Sulla scorta di tanto, la Suprema Corte conclude che, nell'ipotesi in cui la madre sia lavoratrice autonoma, “il padre possa fruire dei permessi giornalieri in discorso anche nel periodo di fruizione dell'indennità di maternità da parte della madre, non essendo gli stessi permessi legati alla condizione che la madre non se n'avvalga e che pertanto essi debbano essere fruiti durante il primo anno di vita del bambino soltanto quando sia decorso un certo periodo di tempo dal parto”. La Suprema Corte giunge ad affermare ciò “non soltanto in base alla lettera della specifica norma”, ma soprattutto in virtù delle seguenti ragioni logico-argomentative: “Si tratta invero di una modalità di godimento del diritto che trova giustificazione nella diversa condizione lavorativa della lavoratrice autonoma; tenuta ben presente dalla complessiva regolamentazione dettata nella materia dalla legge, la quale, da una parte, prevede una differente tutela economica per la lavoratrice autonoma rispetto a quella garantita alla lavoratrice dipendente; e, dall'altra, consente alla stessa lavoratrice di rientrare al lavoro in ogni momento, subito dopo il parto, e dunque anche mentre sta fruendo dell'indennità di maternità. Non essendo previsto per la lavoratrice autonoma alcun periodo di astensione obbligatoria *post partum*; non potendo sussistere un obbligo in tal senso in considerazione delle modalità di svolgimento di tale attività lavorativa rimesse alla determinazione della donna (cfr. Corte cost. nn. 181/1993, 3/1998, 197/2002)”.

Sul punto, gli Ermellini precisano che “La stessa conclusione risulta altresì funzionale e rispon-

dente allo scopo primario che è posto alla base di tali riposi giornalieri i quali sono precipuamente diretti a garantire l'assistenza e la protezione della prole. Talché, del tutto coerentemente, la legge prevede nel caso della lavoratrice autonoma, da una parte, la possibilità della madre di rientrare al lavoro dopo il parto e, nel contempo, il diritto del padre di fruire dei riposi giornalieri nel medesimo periodo. Si tratta perciò di previsioni ed istituti tra loro strettamente correlati”.

La Cassazione, in particolare, sottolinea di non aver rinvenuto nessuna plausibile ragione a fondamento della pretesa dell'Inps di vietare il cumulo tra godimento dell'indennità di maternità e fruizione dei riposi giornalieri e di costringere il godimento degli stessi diritti in una condizione di generale alternatività che non è imposta dalla legge.

Al contrario, secondo la Corte, la differente opzione sollecitata dall'Inps è del tutto incoerente rispetto alle differenze esistenti tra le due diverse categorie di madri lavoratrici, oltre che fortemente penalizzante per gli interessi sostanziali protetti dalla normativa.

L'indirizzo espresso dalla sentenza in argomento è pienamente condivisibile e, peraltro, esso non va a configgere con i precedenti giurisprudenziali formati in favore dei “principi di fungibilità e di alternatività che presidono alla disciplina”, in quanto detti principi in relazione a quei casi avevano trovato, correttamente, applicazione, trattandosi di vicende diverse in cui il trattamento economico era stato rivendicato dal coniuge di una lavoratrice che ne aveva però già goduto in qualità di dipendente (cfr. Cassazione n. 809/2013).

In conclusione, nella fattispecie in esame, la Suprema Corte scolpisce il principio “per cui - potendo in base alla disciplina di legge entrambi i genitori lavorare subito dopo l'evento della maternità - risulta maggiormente funzionale affidare agli stessi genitori la facoltà di organizzarsi nel godimento dei medesimi benefici previsti dalla legge per una gestione familiare e lavorativa meglio rispondente alle esigenze di tutela del complessivo assetto di interessi perseguito dalla normativa; consentendo perciò ad essi di decidere le modalità di fruizione dei permessi giornalieri di cui si tratta, salvo i soli limiti temporali previsti dalla normativa. Ciò che, in relazione all'istituto in discorso, può essere garantito soltanto accedendo ad una interpretazione della normativa che consenta la facoltà di utilizzo dei permessi, da parte del padre lavoratore dipendente, anche nel periodo in cui la madre, lavoratrice autonoma, goda dell'indennità di maternità; la cui fruizione, come più volte ricordato, non è per legge incom-

patibile con la ripresa dell'attività lavorativa. Non rileva pertanto sul piano normativo quando, nel singolo caso concreto, la lavoratrice autonoma abbia ripreso effettivamente il lavoro, né se il godimento dei due benefici in capo ai distinti beneficiari si sia sovrapposto in tutto o solo in parte nel medesimo periodo previsto dalla legge”.

Gaetano Riccio

Assegni bancari non trasferibili e falsità: il recente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

Quale fattispecie astratta di reato integra la condotta di chi falsifica un assegno bancario non trasferibile? È questa la dibattuta questione affrontata dalle Sezioni Unite della Cassazione penale con la recentissima sentenza del 10 settembre 2018, n. 40256¹, nella cui motivazione si legge che: “La falsità commessa su un assegno bancario munito della clausola di non trasferibilità configura la fattispecie di cui all'art. 485 c.p.², abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. a), del D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7³ e trasformato in illecito civile”.

Procedendo con ordine, la Seconda Sezione del Supremo Collegio era stata chiamata a pronunciarsi su una vicenda in cui l'imputato era stato giudicato, tra gli altri reati, per falsificazione di un assegno bancario non trasferibile.

In particolare, contro la decisione del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Avezzano - il quale, ex art. 444 c.p.p., aveva applicato all'imputato la pena concordata tra le parti di mesi tre di reclusione e euro 300,00 di multa per i reati di ricettazione e falsificazione di assegno bancario non trasferibile - il legale del condannato promuoveva ricorso fondato su un solo motivo, ovvero il giudice avrebbe dovuto rigettare l'istanza di patteggiamento poiché il citato reato di falsificazione era stato, alla data della pronuncia, depenalizzato dal D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

Il Procuratore generale nella propria requisitoria aveva, invece, difformemente dichiarato che la fattispecie della falsificazione dell'assegno bancario, quantunque non trasferibile, non risultava essere stata oggetto di depenalizzazione.

La Seconda Sezione penale del Supremo Collegio, investita della questione - con ordinanza del 7 marzo 2016 - rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite, evidenziando la sussistenza di un contrasto interpretativo sulla problematica in oggetto. Nel dettaglio, ci si interrogava se la falsità commessa su un assegno bancario munito della clausola di “non trasferibilità” potesse essere ricondotta all'ambito di applicazione del depenalizza-

to art. 485 c.p. oppure dell'art. 491 c.p.⁴, dato che la Seconda Sezione aveva individuato due differenti indirizzi giurisprudenziali emersi in seno alle sezioni semplici della Cassazione.

In particolare, secondo il primo indirizzo - espresso dalla Quinta Sezione della Cassazione penale con le decisioni 17 gennaio 2017, n. 11999⁵ e del 6 luglio 2017, n. 32972⁶ - dopo l'abrogazione dell'art. 485 c.p. e la novella elaborazione dell'art. 491 c.p. ad opera del D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, la condotta di falsificazione di un assegno bancario non trasferibile non poteva più essere annoverata tra quelle sottoposte a sanzione penale, rimanendo la rilevanza penale del falso in titoli di credito trasmissibili per girata.

In altri termini, secondo tale orientamento, quantunque il legislatore italiano, tramite il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 - nel depenalizzare il delitto di cui all'art. 485 c.p. - avesse conservato la rilevanza penale dei falsi concernenti i titoli di credito trasmissibili per girata (punibili a norma dell'art. 491 c.p.), la falsificazione di un assegno bancario recante la clausola di non trasferibilità non sarebbe stata assimilabile alla fattispecie di reato residua dopo l'intervento di depenalizzazione.

A sostegno di tale interpretazione la Quinta Sezione richiamava la sentenza a Sezioni Unite n. 4 del 20 febbraio 1971⁷, nella cui motivazione si leggeva che la falsità commessa in un assegno bancario munito della clausola di non trasferibilità non fosse punibile ex art. 491 c.p. quanto piuttosto ai sensi dell'art. 485 c.p.

In ragione di ciò, l'indispensabile girata ai fini dell'incasso viene così a raffigurarsi quale girata “impropria”, visto che la clausola di non trasferibilità apposta sull'assegno bancario o sull'assegno circolare - dal punto di vista civilistico - ne determina la perdita della qualità di titolo trasferibile mediante girata⁸.

Secondo invece un differente orientamento - sostenuto dalla Seconda Sezione della Cassazione penale con la sentenza n. 36670 del 24 luglio 2017⁹ - malgrado l'abrogazione dell'art. 485 c.p. e la modificazione dell'art. 491 c.p., restava la rilevanza penale della condotta di falsificazione di assegno bancario, seppure dotato di clausola di non trasferibilità.

A sostegno di questa seconda ricostruzione erano poste molteplici argomentazioni: quali l'idoneità a indurre in errore l'impiegato dell'istituto di credito, l'assenza nell'art. 491 c.p. di qualsiasi regime di differenziazione fra una tipologia di girata e l'altra né tantomeno nei lavori preparatori alla modifica normativa era riscontrabile il proposito del legislatore di depenalizzare di fatto la maggior parte dei falsi in assegni, dal momento che dopo la Legge di Stabilità del 2016 tutti gli assegni per

un ammontare maggiore a euro 1.000,00 devono obbligatoriamente essere dotati della clausola di non trasferibilità.

Ciò premesso, anche in ragione di una serie di specifici interventi normativi sulla c.d. disciplina antiriciclaggio - per effetto dei quali non può più sostenersi che la clausola di non trasferibilità sia finalizzata a fornire un'assoluta sicurezza del pagamento al prenditore, quanto invece a impedire la libera circolazione dell'assegno nel quadro di riferimento delineato dalla normativa sulla prevenzione del riciclaggio - le Sezioni Unite hanno preferito di uniformarsi al primo degli orientamenti indicati e hanno ritenuto integrato l'ormai abrogato art. 485 c.p., riconoscendo, di conseguenza, l'autore della falsificazione solo responsabile di un illecito civile e non più di un reato penale.

1 Cass. pen., Sezioni Unite, 10 settembre 2018, n. 40256, in CED Cassazione, 2018, p. 1 ss.

2 In tale disposizione normativa si statuiva che: "Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, forma, in tutto o in parte, una scrittura privata falsa, o altera una scrittura privata vera, è punito, qualora ne faccia uso o lasci che altri ne facciano uso, con la reclusione da sei mesi a tre anni. Si considerano alterazioni anche le aggiunte falsamente apposte a una scrittura vera, dopo che questa fu definitivamente formata".

3 Il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, recante "Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'art. 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2016, n. 17.

4 Nella norma indicata si prevede che: "Se alcuna delle falsità previste dagli articoli precedenti riguarda un testamento olografo, ovvero una cambiale o un altro titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore e il fatto è commesso al fine di recare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, si applicano le pene rispettivamente stabilite nella prima parte dell'art. 476 e nell'art. 482. Nel caso di contraffazione o alterazione degli atti di cui al primo comma, chi ne fa uso, senza essere concorso nella falsità, soggiace alla pena stabilita nell'art. 489 per l'uso di atto pubblico falso".

5 Cass. pen., sez. V, 17 gennaio 2017, n. 11999, in CED Cassazione, 2017, p. 1 ss.

6 Cass. pen., sez. V, 6 luglio 2017, n. 32972, in CED Cassazione, 2017, p. 1 ss.

7 In Cass. pen., sez. V, 6 luglio 2017, n. 32972, cit., p. 1 ss. si legge che: "È pur vero che tale risalente pronuncia si era data carico di segnare il confine tra i reati di cui agli artt. 485 e 491 c.p. in riferimento a un diverso testo normativo e in un contesto in cui la falsità materiale di scrittura privata costituiva tuttora reato; tuttavia le Sezioni Unite avevano pur sempre analizzato e interpretato elementi costitutivi della fattispecie comuni alla vecchia e alla nuova disposizione incriminatrice, ossia la nozione di "altro titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore", e avevano colto la ragione della più rigorosa tutela accordata dall'art. 491 c.p. ai titoli di credito al portatore o trasmissibili per girata, equiparati *quoad poenam* agli atti pubblici, nel maggiore pericolo di falsificazione insito nel regime di circolazione proprio del titolo al portatore o trasmissibile per girata rispetto al regime di circolazione dei titoli nominativi. Per tale ragione le Sezioni Unite hanno ritenuto che la libera trasferibilità doveva esistere in concreto, come requisito essenziale condizionante l'applicabilità della norma, non potendosi, dunque, prescindere, a tal fine, dalle clausole che in concreto ostacolano giuridicamente la circolazione dei titoli anzidetti".

8 In Cass. pen., sez. V, 17 gennaio 2017, n. 11999, cit., p. 1 ss. si legge

che: "In particolare, era stato condivisibilmente evidenziato che la ragione della più rigorosa tutela accordata dall'art. 491 c.p. ai titoli di credito al portatore o trasmissibili per girata, nella equiparazione *quoad poenam* di tali titoli agli atti pubblici, non risiede nella loro natura giuridica né nella loro attitudine alla circolazione illimitata, che era comune a tutti i titoli di credito, ma è determinata dal maggiore pericolo di falsificazione, insito nel regime di circolazione proprio del titolo al portatore o trasmissibile per girata rispetto al regime di circolazione dei titoli nominativi. Costituendo la circolabilità in concreto dei titoli contemplati dalla norma citata requisito essenziale condizionante la sussumibilità della condotta illecita nella fattispecie di cui all'art. 491 c.p., questa Corte aveva ritenuto che non si potesse prescindere dalle clausole che in concreto ostacolano la circolazione dei titoli anzidetti, come ad esempio la clausola di non trasferibilità apponibile all'assegno bancario o all'assegno circolare, la quale, immobilizzando il titolo nelle mani del prenditore, ne esclude la trasmissibilità per girata, tale non potendo considerarsi la girata ad un banchiere per l'incasso (prevista dal R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736, art. 43, comma 1), che ha natura di semplice mandato a riscuotere ed è priva di effetti traslativi del diritto inerente al titolo. Non a caso la girata per incasso viene ritenuta anche in dottrina come girata impropria".

9 Cass. pen., sez. II, 24 luglio 2017, n. 36670, in CED Cassazione, 2017, p. 1 ss.

Giuseppina Romano

Legge applicabile nel caso in cui tra condotta ed evento entri in vigore una legge più sfavorevole

Cassazione Penale, Sezioni Unite, 24 settembre 2018 n. 40986

Con ordinanza n. 21286/2018 del 05.04.2018, la Quarta Sezione Penale della Suprema Corte di Cassazione, rimetteva alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore della legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, debba trovare applicazione il trattamento sanzionatorio vigente al momento della condotta ovvero quello vigente al momento dell'evento".

Con l'ordinanza in questione i giudici del Palazzaccio, sono stati chiamati a chiarire, con una pronuncia a Sezioni Unite, il rapporto intercorrente tra il *tempus commissi delicti* e il relativo trattamento sanzionatorio. La vicenda trae origine dal ricorso per Cassazione presentato dall'imputato di omicidio stradale avverso la sentenza di condanna di primo grado. A mezzo del suo difensore, il prevenuto si doleva dell'inosservanza o erronea applicazione della legge penale, essendo stata applicata, nel caso di specie, la più sfavorevole disciplina dell'art. 589 *bis* c.p. che prevede un'autonoma fattispecie incriminatrice (oltre all'applicazione obbligatoria ed automatica della sanzione amministrativa della revoca della patente di guida per un periodo minimo di 5 anni),

anziché quella più favorevole dell'art. 589, 2 comma, vigente al momento della condotta, che prevedeva unicamente una circostanza aggravante soggetta al giudizio di bilanciamento. L'applicazione della disciplina più sfavorevole, entrata in vigore, tra l'altro, in un momento successivo al verificarsi della condotta e, dunque, tra condotta ed evento, si porrebbe in netto contrasto con il principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole sancito dall'art. 2, comma 4, c.p. a mente del quale: "se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile" oltre che dall'art. 25 della Costituzione secondo cui: "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Di converso l'applicazione della diversa e più favorevole disciplina dell'art. 589, 2 comma, contrasterebbe con il principio di uguaglianza per l'ingiustificata disparità di trattamento che ne conseguirebbe, oltretutto, con il principio di legalità costituzionalmente garantito dall'art. 25, comma 2. Allo scopo di chiarire al meglio la questione sottoposta al vaglio della Suprema Corte, si impone, una sia pur sintetica digressione sulla successione di leggi penali in tema di omicidio stradale. Nella formulazione anteriore all'entrata in vigore della legge 25.03.2016, l'art. 589 c.p. così recitava: "Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da 6 mesi a 5 anni". Al secondo comma si statuiva che: "se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale la pena è della reclusione da 2 a 7 anni" prevedendosi con ciò una circostanza aggravante non soggetta, a differenza di quella di cui al successivo terzo comma, al regime derogatorio della disciplina relativa al giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee stabilito dall'art. 590 *bis* c.p.

Si trattava, in altri termini, di una normale circostanza aggravante soggetta al normale giudizio di bilanciamento che avrebbe potuto determinare l'applicazione della pena minima di 6 mesi, nel caso di ricorrenza di altrettante circostanze attenuanti considerate equivalenti, o, addirittura, della riduzione ad una pena di 4 mesi nell'ipotesi di circostanze attenuanti prevalenti sulla contestata aggravante. La descritta impostazione sanzionatoria muta completamente con l'entrata in vigore della legge n. 41 del 2016 che introduce la nuova fattispecie dell'omicidio stradale di cui all'art. 589 *bis* c.p. prevedendo per chiunque cagioni per colpa la morte di una persona, con violazione delle norme sulla circolazione stradale, la pena da 2 a 7 anni con la conseguenza che, trat-

tandosi di autonoma fattispecie di reato e non di mera circostanza aggravante, l'applicazione delle attenuanti potrà consentire una riduzione di pena al massimo di 16 mesi di reclusione. Da qui l'importanza della questione posta al vaglio delle Sezioni Unite, già in passato oggetto di ampio e approfondito dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza.

Sul fronte giurisprudenziale, sull'annosa questione del trattamento sanzionatorio applicabile alle "condotte con evento differito", vale a dire, a quei comportamenti posti in essere durante la vigenza di una normativa più favorevole il cui evento naturalistico si verifichi a distanza di tempo e ricada, con ciò, nella vigenza di un diverso e più sfavorevole trattamento sanzionatorio, si contrappongono due diversi orientamenti. La prima tesi che ritiene applicabile la legge vigente al momento della consumazione del reato e, dunque, al momento dell'evento lesivo, si basa essenzialmente sul richiamo alla sentenza Sandrucci (Cass. Pen., sez. 4 del 17.04.2015) secondo cui "per il trattamento sanzionatorio deve aversi riguardo alla legge vigente al momento della consumazione del reato: cioè al momento dell'evento lesivo"; in altri termini è al momento dell'evento che bisogna avere riguardo per individuare la normativa applicabile. L'opposto orientamento, invece, si ispira alla sentenza Bartesaghi (Cass. Pen., sez. 4, n. 8448 del 05.10.72) secondo cui, nel caso di successioni di legge penali regolanti la stessa materia, la legge da applicare è quella vigente al momento dell'esecuzione dell'attività del reo e quindi il criterio utilizzato è quello della condotta. E se vi sono reati in cui commissione e consumazione coincidono, ve ne sono altri nei quali il momento della consumazione, con il realizzarsi dell'evento, si verifica successivamente o può verificarsi successivamente.

Seguendo la tesi dell'evento, continua la sentenza Bartesaghi, "si giungerebbe all'applicazione retroattiva della legge nel caso di nuove o più gravi situazioni penali ... ed in tal modo il reo verrebbe ad essere punito più gravemente per il fatto puramente casuale che nel periodo di tempo intercorrente tra la sua condotta e l'evento sia sopraggiunta la nuova legge, in tal modo determinandosi incertezza sul grado di illiceità della comportamento umano" incertezza che è esclusa in modo assoluto nel nostro ordinamento dal principio di irretroattività. Nella sentenza in commento, i supremi Giudici del Palazzaccio hanno ritenuto di dover condividere il secondo orientamento prediligendo quale criterio applicabile il dato fattuale della materiale esecuzione del reato. A favore del secondo orientamento militano, innanzitutto, ragioni di carattere sistematico ed



interpretativo connesse al dato letterale di cui all'art. 2 c.p. secondo cui "nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali (2 comma)". E ancora al 4 comma "se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile".

Orbene, benché l'espressione commissione del reato potrebbe apparire tanto ampia da ricomprendere al suo interno "la triade condotta, nesso eziologico ed evento" così come sostenuto dal procuratore generale, appare molto più aderente al dato letterale della norma la individuazione della condotta quale punto di riferimento cronologico della successione delle leggi penali nel tempo. In secondo luogo, a sostegno del suindicato orientamento si pongono i principi di rango costituzionale, primo fra tutti, quello di irretroattività della legge penale più sfavorevole che trova la propria consacrazione nell'art. 25 Costituzione secondo cui "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso" e che si erge a garanzia fondamentale della persona contro i possibili arbitri del legislatore, garanzia fondamentale di "calcolabilità" delle conseguenze giuridico penali della propria condotta. Si tratta di un valore assoluto non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali. In ciò anche la principale differenza rispetto al principio di retroattività della norma penale più favorevole, del c.d. *Favor rei* che trova il proprio fondamento nell'art. 2 della Costituzione anziché nell'art. 25. D'altra parte l'e-

sigenza di garanzia della persona e la prevedibilità delle possibili conseguenze giuridiche e penali della condotta posta in essere, furono i principi ispiratori dei lavori preparatori dell'assemblea costituente.

All'uopo val la pena ricordare le parole dell'on.le Leone, il quale, intervenne nel dibattito dell'epoca sul principio di irretroattività precisando che "la legge penale deve preesistere non solo all'evento ma anche all'azione" giacché è nel momento in cui agisce ovvero omette di compiere l'azione doverosa che l'individuo si pone in una posizione di contrasto con l'ordinamento giuridico. Ciascun consociato deve essere posto in grado di conoscere in anticipo le conseguenze afflittive di una eventuale condotta antiggiuridica. Infine, a favore del criterio della condotta, depongono anche ragioni connesse alla funzione rieducativa della pena.

La soluzione adottata dalla Suprema Corte sicuramente ben si attaglia a tutte le ipotesi in cui vi è un certo arco temporale tra la condotta e l'evento, cioè in tutte ipotesi definite dalla dottrina come fattispecie di "reato a distanza" o "ad evento differito". Ci si chiede quale sia la validità di siffatto ragionamento per quelle figure di reato caratterizzate non già dalla distanza tra condotta ed evento ma dal protrarsi nel tempo della stessa condotta tipica. Tal è il caso del reato permanente che è un reato di creazione giurisprudenziale che si verifica quando l'offesa commessa dall'agente a un bene giuridico tutelato dall'ordinamento giuridico, si protrae nel tempo per effetto di una condotta persistente e volontaria. Esempio di tale reato è il sequestro di persona. Si tratta dunque di un reato di durata caratterizzato dal

fatto che l'evento lesivo e la sua consumazione perdurano per un certo periodo di tempo. Orbene nell'ipotesi di reato permanente la giurisprudenza di legittimità individua il *tempus commissi delicti*, ai fini della successione delle leggi penali, nella cessazione della permanenza.

Nel caso in cui, la condotta antiggiuridica si protragga nel vigore della nuova legge e, dunque, la cessazione della permanenza si verifichi nella vigenza della legge più sfavorevole, sarà quest'ultima a trovare applicazione (sez. 3, n. 43597 del 09/09/2015, Fiorentino, Rv. 265261; sez. 5, n.45860 del 10/10/2012, Abbatiello, Rv. 254458; sez. 3, n. 13225 del 05/02/2008, Spera, Rv. 239847; sez. 1, n. 20334 del 11/05/2006, Caffo, Rv. 234284; sez. 1, n. 3376 del 21/02/1995, Gullo, Rv. 200697). Ciò in quanto risulta sempre garantita la conoscibilità e dunque la calcolabilità delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta. L'applicazione della legge più sfavorevole introdotta quando la permanenza del fatto delittuoso era già in atto, presuppone, come rimarcato dalla dottrina, la colpevole e consapevole violazione della nuova legge e, dunque, la possibilità da parte del reo di conoscerla e di calcolare le conseguenze della propria azione.

Analoghe considerazioni valgono anche per il reato abituale che ricorre nel caso di reiterazione nel tempo da parte dello stesso soggetto di più condotte identiche e omogenee, condotte che, isolatamente considerate possono non costituire di per sé reato (c.d. reato abituale proprio es. maltrattamenti in famiglia) ovvero nella ripetizione di condotte che già di per sé costituiscono reato (reato abituale improprio es. relazione incestuosa). In relazione al reato abituale, il *tempus commissi delicti* ai fini della successione delle leggi penali coincide con la realizzazione dell'ultima condotta tipica integrante il fatto di reato. La questione è stata di recente affrontata dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alla neo introdotta fattispecie penale di atti persecutori di cui all'art. 612 bis c.p. che punisce, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da sei mesi a cinque anni, chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per la incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita. Perché si configuri il reato di "atti persecutori" è necessario che si realizzino tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice.

Nel caso di successione di leggi, dunque, per l'applicabilità della nuova e più sfavorevole disciplina

è necessario che tutti gli atti persecutori, tutti i comportamenti tipici, non solo l'ultimo, ricadano nell'ambito di operatività della nuova legge, che tutte le condotte, cioè, siano state poste in essere nella vigenza della nuova e più sfavorevole disciplina. Gli atti posti in essere prima dell'introduzione della legge 11/2009 conv. nella legge 38/2009 non possono rientrare nella condotta dell'art. 612 bis c.p. Alla luce delle osservazioni svolte gli Ermellini sono giunti all'affermazione del principio di diritto per cui "in tema di successioni di leggi penali, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta".

Eleonora Stefanelli

Sulla determinazione dell'assegno di mantenimento dei figli e sui poteri istruttori *ex officio* funzionali ad una ricostruzione della condizione economica delle parti: le linee chiarificatrici poste dalla giurisprudenza di legittimità

Brevi cenni introduttivi

Quando si è chiamati a discorrere di assegno di mantenimento in favore dei figli non può non tenersi conto del quadro normativo di riferimento, ovvero dell'impianto civilistico sul quale la tematica poggia.

A tal proposito, assumono un ruolo centrale le disposizioni normative presenti nel Libro I, Capo II, Titolo IX del codice civile. Nello specifico, l'art. 337-ter c.c.¹, propriamente rubricato "Provvedimenti riguardo ai figli" e strutturalmente scisso in sei commi.

In particolare, ad interessarci è il quarto comma, a mente del quale, salvo che non siano intervenuti diversi accordi liberamente trascritti tra le parti, ciascuno dei genitori è tenuto a provvedere al mantenimento dei figli in ottemperanza ad un principio fondamentale, rappresentato dal criterio di proporzionalità, la cui valutazione va eseguita tenuto conto della situazione reddituale delle parti.

Ne scaturisce che il giudice dovrà attenersi rigorosamente al suindicato canone di proporzionalità allorché preveda la corresponsione di un assegno periodico in favore dei figli, venendo, sul punto, in soccorso tutta una serie di parametri

appositamente individuati dallo stesso legislatore nella norma in esame, tra l'altro oggetto di studio da parte della giurisprudenza².

Ed in tale prospettiva non può non tenersi conto del criterio citato nel punto n. 4) del quarto comma, indicante le risorse economiche di entrambi i genitori.

Punto, quest'ultimo, abbastanza spinoso, le cui difficoltà interpretative aumentano se correlate a taluni profili emergenti in tema di assegno di mantenimento nei giudizi di separazione o divorzio, quali: la legittimità dei documenti probanti la situazione reddituale delle parti nonché la necessità di delineare i mezzi istruttori officiosi funzionali ad una maggiore tutela dell'interesse dei figli. Aspetti, questi ultimi, che vengono messi in evidenza nei paragrafi che seguono, soprattutto alla luce dei diversi indirizzi di matrice giurisprudenziale susseguitisi nel tempo.

Uno sguardo ai progressi orientamenti giurisprudenziali

In più occasioni la Cassazione ha avuto modo di intervenire in materia di determinazione dell'assegno di mantenimento e poteri d'ufficio del giudice. Si pensi, a tal proposito, a due importanti pronunce: la sentenza n. 10344 del 17.05.2005 e la sentenza n. 14081/2009, avendo tracciato una posizione chiara in tema di indagini patrimoniali eseguibili ai fini del riconoscimento e della determinazione dell'assegno. In entrambe, gli Ermellini pongono l'accento sulla possibilità di applicare in via analogica la normativa regolamentante la quantificazione ed il riconoscimento dell'assegno divorziale alla materia della separazione dei coniugi, con specifico riguardo all'assegno di mantenimento. Il riferimento è all'art. 5, comma 9, della legge n. 898/1970, come modificato dall'art. 10 della legge n. 74/1987, il quale statuisce espressamente che: "in caso di contestazioni, il tribunale dispone indagini sui redditi e patrimoni dei coniugi e sul loro effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria³".

Una estensione che, a detta dei giudici, trova riscontro in due ordini di motivazioni: per un verso, nella medesima *ratio* che accomuna l'assegno di divorzio e l'assegno di mantenimento, stante la natura eminentemente assistenziale di entrambi; per altro, nella circostanza secondo cui l'esercizio del potere di accertamento rientra nella piena discrezionalità del giudice di merito, il quale può anche decidere di non avvalersene ove ritenga provata compiutamente *aliunde* la situazione economica dei coniugi. Con la conseguenza che ove decida di non usufruire di siffatta potestà non potrà rigettare le domande per la mancata

dimostrazione della situazione patrimoniale delle parti. Ancora, sulla medesima scia si collocano pronunce maggiormente risalenti nel tempo, quale, a titolo esemplificativo, la sentenza n. 16575/2008. Difatti, anche in tale occasione il S.C. ha sottolineato la possibilità per il giudice di merito di procedere all'esperimento di indagini di natura patrimoniale, anche per il tramite della polizia tributaria, in tema di determinazione dell'assegno di mantenimento.

Questioni, dunque, di massimo rilievo, che proprio negli ultimi tempi sono state nuovamente sottoposte al vaglio dei giudici del Supremo Consesso, con soluzioni che, come vedremo nel paragrafo successivo, non tracciano alcun punto di rottura con il passato ma che, al contrario, si pongono in linea di continuità con gli orientamenti pregressi, non mancando di porre integrazioni di rilievo.

La posizione recentemente sostenuta dalla Cassazione Civile

Con ordinanza n. 21178/2018, la Suprema Corte di Cassazione ha toccato la delicata questione inerente la quantificazione dell'importo dell'assegno, dovuto a titolo di contributo per il mantenimento dei figli.

Il caso trae origine dal ricorso presentato da un padre avverso la pronuncia di secondo grado, laddove con essa veniva attribuito valore pienamente indiziario ad una relazione investigativa prodotta dalla difesa della moglie. Relazione che aveva portato a ritenere che il reddito a disposizione del marito fosse superiore rispetto a quanto dichiarato. Di guisa che il giudice d'appello provvedeva ad aumentare il contributo mensile paterno per il mantenimento di ciascun figlio.

Di seguito le motivazioni sostenute dal marito nel ricorso.

In primo luogo, l'impugnante contestava la pronuncia resa dalla Corte di merito per avere quest'ultima attribuito valenza indiziaria ad una relazione investigativa di natura privata, ritenendola così valido strumento di valutazione della sua capacità economico-reddituale nonché della quantificazione dell'assegno di mantenimento per i figli. Sottolineando, in aggiunta, la tardività nella produzione della relazione da parte della moglie, in spregio al rispetto del principio del contraddittorio⁴.

In seconda battuta, l'impugnante contestava il difetto di motivazione per non avere il giudice di merito proceduto all'audizione del minore, secondo le modalità normativamente positivizzate dall'art. 337 *octies* c.c.

La risposta della Cassazione è risultata essere di segno negativo, propendendo per un rigetto dei

motivi articolati dal ricorrente.

In particolare, partendo dalla disamina della prima doglianza, gli Ermellini hanno statuito che il giudice può "adottare d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio di merito, tutti i provvedimenti necessari per la migliore protezione dei figli", ben potendosi ritenere catalogabili in tale ambito "quelli di attribuzione e determinazione del *quantum* del contributo di mantenimento da porre a carico del genitore non affidatario". E tra questi, a detta dei giudici, non può non farsi rientrare anche la relazione investigativa prodotta dalla moglie nel corso del giudizio di merito, in quanto strumento idoneo a comprovare la situazione reddituale del marito, tenuto conto delle primarie esigenze di vita dei figli.

Dunque, un percorso che torna a ribadire, in aderenza a precedenti orientamenti oramai consolidati⁵, un importantissimo principio, ovvero che l'autorità giurisdizionale può legittimamente disporre indagini sui redditi e patrimoni delle parti ovvero esercitare poteri istruttori d'ufficio per finalità di natura pubblicistica, sempre che si tratti di mezzi tesi a salvaguardare gli interessi della prole, sia sotto il versante morale che materiale. Infine, venendo alla seconda motivazione, la Suprema Corte si conforma appieno alla decisione di secondo grado, sull'assunto che la mancata audizione dei figli minori debba ritenersi scelta opportuna nel caso di specie, stante la situazione di grave e palese condizionamento in cui i figli versavano.

Situazione di disagio che, come sottolineato dalla stessa Corte, trovava riscontro tanto nelle ragioni palesate dagli specialisti del Servizio di psicologia (che avevano seguito i minori) quanto in consolidati filoni di ordine giurisprudenziale.

Difatti, già in passato i giudici di legittimità avevano avuto modo di precisare che, in tema di separazione personale tra i coniugi, l'audizione del minore⁶ non sempre costituisce adempimento da doversi prevedere a pena di nullità, dal momento che può realizzarsi una situazione in cui il giudice ritenga l'esame in questione manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse superiore del minore⁷. Ferma restando l'esigenza, da parte del giudice, di motivare, in maniera puntuale e circostanziata, la non necessità di procedere all'ascolto del minore.

¹ Previsione inserita dall'art. 55 D.Lgs. 28 dicembre n. 154/2013, che riprende quanto sancito nella previgente formulazione dell'art. 155 c.c.

² Si pensi, al riguardo, al tenore di vita, quale canone indicato al quarto comma, punto n. 2, dell'art. 155 c.c. Al riguardo, occorre valutare il suddetto parametro a seconda che l'assegno di mantenimento interessi i figli (art. 155 c.c.) oppure l'ex coniuge (art. 156, primo

comma, c.c.).

Difatti, con riguardo alla posizione dei figli rimane in piedi l'impostazione di stampo tradizionale, pienamente in linea con l'impianto normativamente positivizzato. Ovvero, ai figli deve essere assicurato il tenore di vita di cui essi godevano durante la convivenza matrimoniale, tenendo conto della situazione economica dei genitori e delle esigenze del minore, analizzando tutti gli elementi concreti rivelatori della capacità economica dei coniugi nonché il contesto sociale di appartenenza del figlio, delle sue abitudini e via discorrendo (Cass. n. 785/2012; Cass. n. 15556/2011). Orientamento, quest'ultimo, che trova riscontro anche nella recentissima pronuncia n. 3922 del 19 febbraio 2018, con la quale gli Ermellini, reintervenendo in tema di assegno di mantenimento, hanno inteso ribadire ex novo la diversità di vedute intercorrente tra la posizione dei figli e la posizione dell'ex coniuge. Più precisamente, hanno statuito che: "i figli hanno il diritto di mantenere il tenore di vita in considerazione delle condizioni economiche dei genitori", aggiungendo che "la determinazione dell'assegno deve avvenire non solo sulla base di quanto necessario al sostentamento dei figli bensì anche in considerazione delle esigenze funzionali all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario e sociale".

Diversamente, il parametro del tenore di vita è stato oggetto di un vero e proprio *revirement* in tema di determinazione dell'assegno di divorzio in favore dell'ex coniuge. Più dettagliatamente, la Cassazione nel 2017 con la sentenza n. 11507 ha posto un vero e proprio paletto rivoluzionario, sancendo che l'assegno di divorzio è dovuto solo in favore di chi non è autosufficiente economicamente, scardinando di fatto la pregressa impostazione. In tal modo, ha aperto la strada ad un criterio maggiormente composito in tema di riconoscimento e definizione dell'assegno, secondo cui è opportuno eseguire una valutazione di tipo comparativo tra le condizioni patrimoniali dei rispettivi coniugi.

Ancor più recentemente, poi, la *vexata quaestio* circa la definizione del parametro del "tenore di vita" è stata ripresa dalla Cassazione, come confermato dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite, la sentenza n. 18287/2018.

Difatti, riprendendo l'*iter* logico argomentativo seguito dai giudici del Supremo Consesso, è stato stabilito che "all'assegno di divorzio deve attribuirsi un funzione non solo assistenziale bensì anche compensativa e perequativa". Ciò in ragione del fatto che vengono in auge anche principi di derivazione costituzionale che interessano il vincolo matrimoniale anche successivamente al suo scioglimento. E pertanto deve guardarsi non solo alle condizioni economiche dei rispettivi coniugi ma anche al contributo fornito dagli stessi al patrimonio personale e comune, nonché alla durata del matrimonio, all'età e alle possibilità reddituali future.

³ In senso conforme, Cass. 16 giugno 2008, n. 15085; Cass. n. 6087/1996.

⁴ Nello specifico, l'impugnante contestava la violazione o falsa applicazione degli artt. 345 e 346 c.p.c., in conseguenza dell'acquisizione, nel corso del secondo grado di giudizio, di una relazione investigativa tardivamente prodotta dalla controparte. Ancor più, l'impugnante evidenziava come già nel corso del primo grado di giudizio erano state disposte ed eseguite le indagini di polizia tributaria sui redditi, patrimonio e tenore di vita delle parti.

⁵ In tal senso, si vedano Cass., sez. I, sentenza n. 270/2004; Cass., sez. I, n. 6312/1999.

⁶ Audizione del minore che può essere disposta direttamente dal giudice ovvero, su mandato di questi, mediante gli uffici di un consulente o del personale dei servizi sociali.

⁷ Al riguardo si vedano Cass., sez. I, sentenza n. 19327/205; Cass. Sezioni Unite n. 22238/2009, a mente della quale: "l'audizione del minore, già prevista dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardano ed in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore. Pertanto, aggiunge la Cassazione, costituisce "violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che ne può giustificare l'omissione, in quanto il minore è portatore di interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e di diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale".

Dottrina

Barbara Barbato

La disciplina del contratto part-time dopo il Jobs Act

Il contratto part-time è una tipologia negoziale particolarmente diffusa nell'odierno mondo del lavoro. Da un lato, consente al datore di lavoro di poter impiegare manodopera in modo molto flessibile nella propria organizzazione lavorativa a seconda delle esigenze produttive; dall'altro, tale forma negoziale potrebbe avere un'utilità anche per quei lavoratori che intendono coniugare la professione con le esigenze di vita personale o familiare.

Nel corso degli anni il legislatore è intervenuto più volte per disciplinare tale forma di contratto che rappresenta pur sempre un'eccezione rispetto al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a tempo pieno.

L'ultimo intervento normativo si è avuto nel 2015, nel tentativo di razionalizzare e semplificare la disciplina del contratto part-time che si era sedimentata nel corso degli anni.

Più esattamente, nell'ambito della più ampia riforma del diritto del lavoro, le cui direttrici sono state dettate dalla legge delega n. 183/2014 (il c.d. Jobs Act), è stato adottato il d.lgs. n. 81/2015, che, nelle intenzioni del legislatore, è una sorta di "codice dei contratti del lavoro" ossia un testo unico nel quale far confluire la disciplina di tutte le diverse forme di contratti di lavoro stipulabili nell'ordinamento.

La sezione II del capo II di tale decreto legislativo è dedicata, per l'appunto, al "lavoro a tempo parziale".

Nell'art. 4 viene perentoriamente affermato che: "Nel rapporto di lavoro subordinato, anche a tempo determinato, l'assunzione può avvenire a tempo pieno, ai sensi dell'art. 3 del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, o a tempo parziale". Quindi, secondo tale definizione, il lavoratore part-time è chi lavora al di sotto dell'orario normale di lavoro, pari a quaranta ore settimanali, ovvero alla minore soglia fissata dai contratti collettivi di lavoro (art. 3, D.Lgs. n. 66/2003). Si tratta, dunque, di una definizione "a contrario", delineata a partire dal lavoro a tempo pieno.

Va subito precisato che il legislatore ha voluto archiviare la distinzione tra part-time orizzontale, verticale e misto, in quanto tale classificazione aveva ragione di esistere nella vigenza del R.D.L. n. 692/1923 che prevedeva la durata massima della giornata lavorativa.

Adesso, tale classificazione è resa alquanto nebulosa dalla circostanza che il d.lgs. n. 66/2003 pre-

vede solo una soglia oraria settimanale e non anche giornaliera. Di conseguenza svanisce la possibilità di parlare di un part-time orizzontale. I contratti collettivi nazionali di lavoro, tuttavia, continuano a distinguere tra part-time orizzontale, verticale e misto.

Il d.lgs. n. 81/2015 non ha innovato, invece, in materia di forma del contratto part-time, essendo previsto, anche alla luce della nuova normativa, che esso debba avere forma scritta *ad probationem*. Sul punto la Corte di Cassazione, sez. lavoro, sentenza n. 1375 del 19.01.2018 ha avuto modo di precisare che: "Il rapporto di lavoro subordinato, in assenza della prova di un rapporto part-time, nascente da atto scritto, si presume a tempo pieno; è, pertanto, onere del datore di lavoro, che allegghi la durata limitata dell'orario, fornire la prova della riduzione della prestazione lavorativa, né la sua diminuzione può essere unilateralmente disposta dal datore di lavoro, potendo conseguire soltanto ad accordo tra le parti, la cui prova, tuttavia, può essere data per *facta concludentia*, anche se il contratto sia stato stipulato per iscritto". È interessante ricordare come l'art. 10 del d.lgs. n. 81/2015 preveda che, nell'ipotesi in cui manca la prova per iscritto del contratto, il lavoratore può chiedere al Giudice di dichiarare la sussistenza tra le parti di un rapporto a tempo pieno a decorrere dalla data della domanda giudiziale, fermo restando che, per il periodo antecedente alla data della pronuncia giudiziale, il lavoratore ha diritto alla retribuzione ed al versamento dei contributi previdenziali dovuti solo per le prestazioni effettivamente rese.

Il contratto di lavoro part-time deve prevedere necessariamente puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno.

Diverse sono le conseguenze ascrivibili al mancato rispetto del contenuto minimo del contratto part-time: nell'ipotesi in cui non sia determinata la durata della prestazione, il legislatore dispone che, su domanda del lavoratore è dichiarata la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla pronuncia; nell'ipotesi in cui, invece, manchi l'indicazione della sola collocazione temporale, il contratto di lavoro rimane a tempo parziale, ma spetta al giudice determinare le modalità di svolgimento temporale della prestazione lavorativa, tenendo conto "delle responsabilità familiari del lavoratore interessato e della sua necessità di integrazione del reddito mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro" (art. 10, comma 2, d.lgs. n. 81/2015).

Le prestazioni lavorative rese oltre l'orario di lavoro

ro pattuito tra le parti vengono definite come lavoro supplementare. Le modalità ed i limiti del ricorso al lavoro supplementare sono rimandati alla contrattazione collettiva.

Tuttavia, nelle ipotesi in cui la contrattazione collettiva non disciplini in modo puntuale il ricorso al lavoro supplementare, il legislatore ha stabilito una disciplina minima suppletiva vincolante: il datore di lavoro può richiedere al lavoratore, infatti, lo svolgimento di prestazioni di lavoro supplementare in misura non superiore al 25% delle ore di lavoro settimanali concordate e il lavoro supplementare deve essere retribuito con una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell'incidenza della retribuzione delle ore supplementari sugli istituti retributivi indiretti e differiti.

Una importante modifica, invece, ha riguardato la possibilità o meno del lavoratore di rifiutarsi di prestare lavoro supplementare.

Mentre prima, il datore di lavoro poteva richiedere lavoro supplementare al lavoratore, nel caso in cui non fosse previsto nella contrattazione collettiva, solo su consenso del lavoratore e, in ogni caso, il rifiuto del lavoratore di prestare lavoro supplementare, non poteva essere considerato giustificato motivo di licenziamento, con la riforma, è previsto che il lavoratore solo ove il rifiuto sia "giustificato da comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale". Ciò significa che il rifiuto opposto dal lavoratore alla richiesta datoriale inerente al lavoro supplementare diventa sindacabile, perché deve essere sorretto da almeno una delle motivazioni indicate dalla legge.

Se previsto dalla contrattazione collettiva, le parti possono stipulare anche "clausole elastiche" attraverso le quali il datore di lavoro si riserva la facoltà di variare in aumento la durata della prestazione lavorativa oppure di modificare la collocazione temporale della prestazione stessa, a patto che tali modifiche siano comunicate al lavoratore con due giorni di preavviso.

Nel caso in cui la contrattazione collettiva nulla disponga al riguardo, le parti private possono comunque, stipulare clausole elastiche, ma, a garanzia del lavoratore, tali clausole devono essere pattuite, a pena di nullità, dinanzi alle commissioni di certificazione, con l'assistenza di un rappresentante sindacale o di un consulente del lavoro.

Ciò dovrebbe servire ad evitare che il datore di lavoro possa esercitare illecite pressioni sul lavoratore, approfittando della sua forza contrattuale, allo scopo di costringerlo ad accettare clausole non realmente volute.

Il legislatore prevede anche che il maggior lavoro

prestato nell'ambito di tali clausole elastiche venga compensato con una maggiorazione sulla retribuzione pari al 15%, dovuta solo in caso di effettiva prestazione lavorativa, e non anche in virtù della previsione astratta di essa nel regolamento contrattuale.

È prevista, inoltre, una generale facoltà di convertire i contratti di lavoro full-time in part-time e viceversa. In ogni caso, il rifiuto da parte del lavoratore alla trasformazione non può mai essere considerato giustificato motivo di licenziamento. Per salvaguardare il generale interesse dei lavoratori già assunti a ricercare modalità di svolgimento della prestazione lavorativa maggiormente compatibili con le proprie esigenze personali e familiari, è previsto che il datore di lavoro, in caso di assunzione di personale a tempo parziale, debba darne tempestiva informazione al personale già dipendente con rapporto a tempo pieno occupato in unità produttive site nello stesso ambito comunale, anche mediante comunicazione scritta in luogo accessibile a tutti nei locali dell'impresa.

Il d.lgs. n. 81/2015 riconosce, inoltre, un vero e proprio diritto alla trasformazione del contratto di lavoro full-time in uno part-time al lavoratore affetto da malattie oncologiche nonché da gravi patologie cronico-degenerative ingrossanti, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa, eventualmente anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita, accertata da una commissione medica istituita presso l'azienda unità sanitaria locale territorialmente competente.

Vi è, invece, solo una priorità e non un diritto alla trasformazione del rapporto a tempo pieno in uno a tempo parziale per i lavoratori il cui coniuge, figlio o genitore sia affetto da patologie oncologiche o gravi patologie cronico-degenerative ingrossanti; stesso discorso vale per il lavoratore che assiste una persona convivente in condizioni di handicap con connotazioni di gravità ex art. 3, comma 3, legge n. 104/1992.

Molto interessante è la previsione dell'art. 8, comma 7, del d.lgs. n. 81/2015, secondo la quale: "Il lavoratore può chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale od entro i limiti del congedo ancora spettante ai sensi del Capo V del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché con una riduzione d'orario non superiore al 50 per cento. Il datore di lavoro è tenuto a dar corso alla trasformazione entro quindici giorni dalla richiesta". Tuttavia, tale previsione normativa necessiterebbe di essere meglio specificata soprattutto con riferimento alla determinazione della durata della prestazione e della sua collocazione tempo-

rale. Ovviamente, il lavoratore a tempo parziale ha gli stessi diritti del lavoratore a tempo pieno, anche se il suo trattamento economico e normativo è riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa. In conclusione, il legislatore del 2015 ha cercato di operare una codificazione del contratto part-time, definendo con maggior precisione quali sono i diritti dei lavoratori e le modalità di svolgimento della prestazione, nell'ottica di una miglior tutela del prestatore subordinato, anche se ciò ha comportato inevitabilmente una riduzione dell'area riservata alla contrattazione collettiva.

Antonio Coppola

Illeciti penali on line: il caso *The Pirate Bay* e la pirateria "altruistica"

La comunicazione telematica di opere dell'ingegno tutelate

La legge 22 aprile 1941 n. 633 a protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (in seguito "L.A.") prevede una serie di fattispecie che incriminano la illecita comunicazione telematica di opere dell'ingegno.

L'art. 171 *ter*, c. 2, L.A., punisce con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da euro 2.585 ad euro 15.493 chiunque: [...] in violazione dell'art. 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa.

Tale fattispecie presenta aspetti di particolare interesse, anche in considerazione del fatto che trasporta nozioni di matrice comunitaria nel sistema penale¹. L'elemento oggettivo si sostanzia in una abusiva "comunicazione al pubblico" dell'opera dell'ingegno².

Si è ritenuto che le ipotesi di scambio di *file peer-to-peer* avvenute nell'ambiente on line integrano tale elemento costitutivo.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea è stata chiamata ad interpretare la locuzione "comunicazione al pubblico" contenuta negli strumenti legislativi europei, ed a precisare se tale attività sia integrata in caso di condivisione di file protetti, avvenuta tramite un indice *BitTorrent*, sulla nota piattaforma on line *The Pirate Bay*³.

Innanzitutto, ad opinione della Corte di Lussemburgo, è necessario adottare una tecnica interpretativa teleologicamente orientata al perseguimento degli obiettivi che emergono dai "Considerando" della Direttiva in materia, n.

29/2001/CE: la finalità principale è la realizzazione di un livello elevato di protezione a favore degli autori⁴.

Ciò premesso, va detto che nel caso attenzionato le opere tutelate sono concretamente messe a disposizione degli utenti della piattaforma non dagli amministratori della stessa, bensì dagli stessi suoi utenti tramite connessioni nodo a nodo (in termini tecnici, dai *seeders* a favore dei *leechers*)⁵.

Secondo la Corte, tuttavia, anche gli amministratori pongono in essere una comunicazione al pubblico.

La sussistenza di un atto di comunicazione può ricavarsi dal riscontro di alcuni indici sintomatici. In particolare, gli amministratori del sito agevolano gli utenti nella ricerca e nella fruizione dell'opera protetta, mediante la messa a disposizione della piattaforma di condivisione ed indicizzando sulla stessa i *file torrent*, in tal modo consentendone la localizzazione e condivisione. In definitiva, anche il trasferimento nodo a nodo rappresenta un atto di comunicazione⁶.

Quanto alla nozione di "pubblico", essa concerne "un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole"⁷. Ora, in considerazione degli effetti cumulativi che discendono dalla messa a disposizione delle opere protette e dell'elevato numero degli utenti della piattaforma, anche tale elemento può dirsi integrato.

Si tratta di un pubblico, inoltre, che non è stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore nel momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale.

Traendo insegnamento da tale decisione, nell'ottica della fattispecie di cui al 171 *ter* cit., trattandosi di un pubblico "nuovo", è integrata anche la clausola di anti-giuridicità espressa, che consiste nella violazione dell'art. 16 L.A.⁸.

Alle medesime conclusioni perviene anche la Suprema Corte di Cassazione, la quale ha riconosciuto il *fumus delicti* nell'ambito del ricorso cautelare avente ad oggetto il sequestro della piattaforma *The Pirate Bay*⁹.

Il dolo specifico di lucro

Quanto all'elemento soggettivo, la fattispecie richiamata si caratterizza per il dolo specifico di lucro, in ciò distinguendosi dall'art. 171 *bis* L.A., il quale, in tema di tutela del software, richiede il diverso dolo di profitto¹⁰. Pur dopo alcune oscillazioni della giurisprudenza di merito, la Corte della nomofilachia ha statuito che per "fine di lucro" deve intendersi un fine di guadagno economicamente apprezzabile o di incremento patrimoniale da parte dell'autore del fatto. Al contrario della finalità di profitto, il lucro non può iden-



tificarsi con un qualsiasi vantaggio, anche di natura non economica; né l'incremento patrimoniale può identificarsi con il mero risparmio di spesa¹¹. Ciò chiarito, appare complessa la ricostruzione della responsabilità penale degli utenti dei siti "pirata".

Gli utenti che caricano i file, che in seguito gli amministratori provvedono ad indicizzare per la condivisione nodo a nodo, potrebbero essere chiamati a rispondere di concorso nel reato con gli amministratori stessi.

In considerazione, tuttavia, del dolo specifico richiesto dalla fattispecie, i compartecipi, secondo l'opinione corrente, risponderebbero *ex art.* 110 c.p. soltanto qualora avessero avuto effettiva consapevolezza quantomeno dell'altrui fine specifico¹². Come puntualizzato in Dottrina, "attese le sue note finalistiche, il dolo specifico non può presentarsi in forma eventuale o indiretta. Tuttavia, esso è compatibile con il dolo eventuale del fatto tipico, posto che quest'ultimo ha un oggetto distinto. [...] La giurisprudenza di legittimità è orientata nel senso di richiedere che il finalismo proprio del dolo specifico svolga un ruolo dominante, polarizzante, nell'esplicazione della condotta volontaria"¹³.

È necessario quindi configurare e provare, anche rispetto a semplici internauti, gli elementi costitutivi del dolo specifico con riferimento al lucro

perseguito dai webmaster.

In proposito può ritenersi valida la massima di esperienza per la quale è generalmente mancante l'elemento della partecipazione psichica in ordine al fine specifico in capo ai semplici utenti dei siti pirata, che potrebbero eventualmente rispondere della affine fattispecie di cui all'art. 171, c. 1, lett. a *bis*), L.A.

La pirateria "altruistica": l'introduzione dell'art. 171, lett. a *bis*), L.A.

È l'elemento soggettivo a contraddistinguere la fattispecie di cui all'art. 171 *ter* cit. da quella prevista *ex art.* 171 L.A., ai sensi del quale è punito chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma: [...] mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa¹⁴.

Stante la clausola di sussidiarietà con la quale si apre la norma citata, essa si applica nelle ipotesi di illecita comunicazione al pubblico (di cui la messa a disposizione costituisce una modalità) operata gratuitamente, senza fine di lucro.

Il *discrimen* teleologico tra le due fattispecie riverbera i suoi effetti sul trattamento sanzionatorio comminato. Rispetto alla pena da uno a quattro anni di reclusione di cui all'art. 171 *ter* cit., si

passa alla ben più blanda pena pecuniaria della multa ed alla previsione, al comma 2 dell'art. 171 L.A., di un meccanismo estintivo *ad hoc* assimilabile all'oblazione.

Il tenore letterale della disposizione ed il raffronto con la fattispecie di cui all'art. 171 *ter* cit. inducono ad alcune riflessioni.

Innanzitutto, la condotta di cui all'art. 171 cit. si sostanzia, ancora una volta, nella "comunicazione di un'opera dell'ingegno"; essa, tuttavia, non sembra meritevole del ricorso *de plano* alla sanzione penale, *extrema ratio* di tutela.

L'offensività della pirateria si coglie davvero soltanto nella sua dimensione seriale, allorché siano messe a disposizione del pubblico cataloghi, o comunque una pluralità di opere protette¹⁵. In tali casi sembra che la norma richieda, viceversa ed irragionevolmente, l'applicazione dell'istituto del reato continuato.

Ed infatti, pur essendo fattispecie a tutela del patrimonio¹⁶, non è detto che più atti di comunicazione possano essere qualificati come un'unica azione. Del resto, la più autorevole Dottrina ha chiarito che i criteri-guida per individuare il carattere unitario dell'azione sono la presenza dei due requisiti della "contestualità degli atti" e della "unicità del fine"¹⁷. Il primo, in particolare, ben può essere carente, soprattutto qualora l'*upload* di materiale avvenga a distanza di tempo¹⁸.

Quanto poi alla funzione differenziale del dolo specifico di cui all'art. 171 *ter*, essa non sembra idonea, *ex se*, a giustificare un così marcato scarto nel trattamento sanzionatorio rispetto a quello comminato per il reato di cui all'art. 171, lett. a *bis*, L.A.,¹⁹ che contempla il medesimo elemento oggettivo ed un grado di offesa sostanzialmente omogeneo al bene giuridico di categoria.

Conclusioni

L'internet rappresenta una realtà in costante ed esponenziale sviluppo, che si differenzia nettamente rispetto ai media precedentemente conosciuti. La rete globale presenta, infatti, ridotte barriere di accesso, ristabilisce una posizione di parità tra gli utenti e garantisce il reperimento di una incredibile quantità di contenuti diversi²⁰. Dagli utilizzi dell'internet è scaturita una sempre maggiore sovrapposizione e confusione tra la libertà di espressione e la libertà di comunicazione, soprattutto a seguito dell'evoluzione dei sistemi di trasmissione elettronica e telematica dei dati e delle informazioni, che ha reso difficoltosa l'individuazione in concreto della libertà esercitata. In tal senso si pensi alla comunicazione tramite social network, che vive sul labile confine tra la "comunicazione privata" e le forme "pubbliche" di discussione²¹.

La tematica che impegnerà sempre più le istituzioni internazionali e nazionali che si occupano della materia sarà il raggiungimento di un accettabile bilanciamento tra la protezione del diritto d'autore, la libertà di informazione e la libertà di iniziativa economica dei fornitori di servizi internet. Autorevole Dottrina ha osservato che anche l'accesso ad internet dev'essere riconosciuto quale diritto fondamentale²². Tale diritto fondamentale "nuovo" porta con sé i corollari dell'anonimato e della neutralità della rete. Quest'ultima realizza l'eguaglianza nell'accesso alla conoscenza di dati ed informazioni pubblicate nella rete.

Le condotte di diffusione di materiale on line sono estremamente eterogenee: si pensi, ad esempio, alla diffusione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600 *ter* c.p. rispetto alle fattispecie contemplate dalla L.A. La norma codicistica tutela la formazione della personalità dei minori sia nella dimensione interiore (psico-fisica) che esteriore (relazionale o sociale)²³, mentre le seconde mirano esclusivamente alla salvaguardia del bene giuridico "patrimonio"²⁴.

Non essendo quest'ultimo un bene di primaria rilevanza costituzionale, la tutela ad esso apprestata è suscettibile di essere derogata nel rispetto del principio di frammentarietà, la cui valenza è inversamente proporzionale alla rilevanza del bene tutelato.

Torna dunque con forza la questione circa il ripensamento e la positivizzazione di eccezioni sostanziali ed effettive ai diritti di esclusiva e privata dei contenuti on line. Tale regime di eccezioni renderebbe possibile "il contributo creativo di una platea sterminata di soggetti che guardano alla conoscenza in rete come ad una continua, interminata costruzione collettiva, sottratta alla regola del profitto e così volta verso l'apertura di spazi "comuni" sempre più larghi, di *non-market commons*²⁵.

-
- 1 Il riferimento è alla direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, ed alla direttiva 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. In materia, cfr. anche il testo della direttiva 2014/26/UE, di recente trasposta nell'ordinamento interno a mezzo del D.Lgs. 15 marzo 2017, n. 35.
 - 2 Cfr. D. Terracina, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in *Giur. merito*, XII, 2008, p. 3067B ss., il quale evidenzia che alla natura civilistica del precetto, che dev'essere ricostruito utilizzando le categorie dogmatiche ad esso proprie, si ricollega una sanzione tipica rientrante nella sfera del diritto penale.
 - 3 Cfr. CGUE, sentenza 14 giugno 2017, n. 610/15, con nota di M. Castellaneta, *L'opera protetta non si divide on line gratis*, in *Il Sole 24 Ore - Norme e Tributi*, 15 giugno 2017, p. 40.
 - 4 Cfr. CGUE, sentenza 26 aprile 2017, n. C-527/15, in relazione ai *Considerando* nn. 9, 10, 23 e 27 della direttiva 2001/29 cit.
 - 5 L'essenza del *file sharing* da pari a pari sta proprio nel fatto che non esiste un server centrale che abbia in memoria l'opera e ne permet-

ta il trasferimento agli utenti in periferia. All'opposto, i flussi di *bit* seguono un percorso che dalla periferia li conduce ad un altro sistema periferico, agevolato nel mettersi in contatto con il primo dalla condotta e dai servizi offerti dal sito internet di riferimento.

- 6 *Contra* M. Farina, *Il dolo specifico e la tutela penale del diritto d'autore: il caso della pirateria altruistica on line*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2007, p. 1029, per il quale nel *peer-to-peer* l'opera viene "pubblicamente offerta" e non "messa a disposizione del pubblico"; tale comunicazione si ravvisa invece nell'ipotesi in cui un *file* venga caricato sul server centrale di un sito FTP, per poi essere scaricato liberamente.
- 7 Così CGUE, sentenza 26 aprile 2017, n. C-527/15, punto 32.
- 8 Cfr. C. Fiore *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 1999, p. 120 ss.
- 9 Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, sent. 23 dicembre 2009, n. 49437, annotata da L. Cuomo *La Cassazione affonda la Baia dei Pirati*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1102 ss.
- 10 Successivamente alla legge di riforma organica n. 248/2000, la richiamata finalità di lucro è stata dapprima sostituita dalla più ampia finalità di profitto ad opera del D.L. n. 68/2003, salvo essere nuovamente introdotta dal D.L. n. 7/2005. Cfr., *funditus*, F. BRICOLA, V. Zagrebeky (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, II, Torino, 1996, p. 403 ss.
- 11 Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, sent. 9 gennaio 2007, n. 149, con nota di A. Gaudenzi Sirotti, *Le fantasiose ricostruzioni dei media hanno travisato una sentenza corretta*, in *Guida al diritto*, n. 5, 2007, p. 41 ss.; U. Pioletti, *"Furto" di software e fine di profitto. Divieto delle "forme di vendita piramidali" ed onere della prova. Considerazioni a margine di due sentenze della Corte di Cassazione*, in *Giur. merito*, XII, 2013, p. 2647B ss.
- 12 Come noto, il dolo specifico indica una finalità che il soggetto attivo si propone perseguire, pena la carenza di un elemento costitutivo del reato, pur se non occorre che essa sia effettivamente realizzata. Tale figura non è infrequente nella legislazione speciale più recente. Oltre a differenziare tra loro illeciti diversi, in altri casi il dolo specifico svolge una funzione di specializzazione della incriminazione ovvero una funzione limitativa. Cfr. C. Fiore, *op. ult. cit.*, p. 216 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, V Ed., Padova, 2007, p. 553; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VI Ed., Bologna, 2009, p. 469; C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, p. 336 ss.
- 13 Cfr. R. Blaiotta, *sub art.* 43 c.p., in G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di Dottrina*, Milano, 2015, p. 231 ss. (corsivo aggiunto). Cfr., inoltre, G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004, p. 192 ss.
- 14 Lettera inserita dall'art. 3, D.L. 31 gennaio 2005, n. 7, come modificato dall'allegato alla legge 31 marzo 2005, n. 43 con decorrenza dal 2 aprile 2005.
- 15 Cfr. M. Farina, *op. ult. cit.*, p. 1017 ss.; A. Alessandri *Difese e sanzioni penali*, in L.C. Ubertazzi (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2004, p. 1615.
- 16 Cfr. L. Scopinaro, *Internet e reati contro il patrimonio*, Torino, 2007.
- 17 Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *op. ult. cit.*, p. 661.
- 18 Già V. Militello, *Informatica e criminalità organizzata*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, I, 1990, p. 81 ss. metteva in guardia circa la necessità di cogliere le distinzioni tra i fenomeni di pirateria speculativa e quelli di tipo hobbistico, così da non "punire identicamente la rapina di grandi proporzioni e il furto nei grandi magazzini" (p. 93).
- 19 Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *op. ult. cit.*, p. 20, per i quali "il ricorso al dolo specifico è inammissibile tutte le volte in cui esso si traduca in una finalità meramente psicologica, che non riesce ad incrementare l'idoneità lesiva del fatto materiale".
- 20 Cfr. G. Corrias Lucente, *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in L. Picotti, *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, 2004, p. 407 ss.
- 21 Cfr. R. Zaccaria, A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, VII ed., Padova, 2010, p. 104.; C. Sarzana Di S. Ippolito, *Informatica, internet e diritto penale*, Milano, 2010.
- 22 Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, *passim*, ID., *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma, 2004; R. Flor, *Lotta alla "criminalità informatica" e tutela di "tradizionali" e "nuovi" diritti fondamentali nell'era di internet*, in *Dir. pen. contem.*, 20 settembre 2012.
- 23 Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, II Ed., Bologna, 2007, p. 130 ss.; S. Delsignore, *I delitti di pedopornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico del minore*, Padova, 2008, in part. p. 36.

²⁴ Cfr. C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *op. ult. cit.*, p. 46 ss.: "La funzione selettiva del principio di offensività in astratto è condizionata dalla individuazione del bene giuridico tutelato dalla singola norma incriminatrice"; C. Fiore, *op. ult. cit.*, p. 5.

²⁵ Così S. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 391.

Adriano Giallauria

Il contratto con obbligazioni del solo proponente: natura ed evoluzione

Nel nostro ordinamento, l'art. 1333 c.c. disciplina il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (es. garanzia fideiussoria; mandato di credito). La natura di siffatta tipologia contrattuale, da sempre, in dottrina, ha animato, e alimentato, diversi orientamenti circa il *genus* del contratto in parola.

Ben vero, la Dottrina maggioritaria, ritiene che, il contratto con obbligazioni del solo proponente, sia una tipologia contrattuale differente rispetto agli atti di liberalità, in quanto, lo stesso è privo dell'*animus donandi*.

Infatti, l'*animus donandi* rileva un aspetto importante circa l'analisi della natura di tale obbligazione, poiché, l'elemento psicologico che caratterizza il negozio della donazione, consistente nella volontà di arricchire il beneficiario della donazione senza riceverne alcun corrispettivo, nel contratto di cui al richiamato articolo del codice civile, viene a mancare; si tratta, invero, di un contratto gratuito in quanto comporta il sacrificio di una sola parte (Cian-Trabucchi).

L'art. 1333 c.c. rubricato "contratto con obbligazioni del solo proponente", al primo comma, testualmente recita che "la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente (1236, 1268, 1272, 1273, 1936) è irrevocabile appena giunge a conoscenza (1335) della parte alla quale è destinata", mentre al comma secondo "Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto, il contratto è concluso".

Da quanto poc'anzi detto, ne deriva che il contratto con obbligazioni del solo proponente si perfeziona allorché un soggetto - intenzionalmente e con la volontà di distrarre un beneficio - avanzi la proposta, ovvero accetti, di vincolarsi contrattualmente al posto di un soggetto terzo. Tale elemento caratterizza la *ratio* della norma ovvero che al destinatario della proposta negoziale possano derivare soltanto vantaggi.

Il contratto con obbligazione del solo proponente si perfeziona, e dunque, diventa irrevocabile, appena giunge a conoscenza della parte al quale è destinato. Infatti, ai sensi e per gli effetti dell'art.

1334 c.c., “gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati”.

Il dibattito dottrinale, circa il significato della conoscenza e quindi della ricezione è abbastanza frammentato e vivace.

Secondo Ravazzoni, il ruolo della ricezione assurge ad elemento di perfezionamento della conoscenza ovvero un elemento della fattispecie dichiarativa; mentre secondo Giampiccolo siffatta situazione giuridica rientra nella condizione giuridica di rilevanza esterna dell'atto, poiché prima di giungere al destinatario gli effetti negoziali sono circoscritti al solo dichiarante, mentre il Carraro ritiene quest'ultima come condizione di efficacia dell'atto negoziale.

Ritornando alla pedissequa lettura del secondo comma dell'art. 1334 c.c., si evince, altresì, che il proponente può concedere al terzo un termine (temporale) entro il quale accettare tale offerta contrattuale.

Se nel suddetto termine concesso, il destinatario, non rifiuti espressamente la proposta contrattuale, il contratto si conclude. Assume, in cotal guisa, rilievo nella fattispecie il silenzio, l'inerzia della parte. Infatti, è la stessa norma ad attribuire un significato all'atto omissivo dell'oblato, rasentando accettazione per *facta concludentia*, attribuendo di converso un valore maggiore alla volontà del soggetto terzo di rifiutare la prestazione soggiacendola ad un atto di rifiuto ben definito ovvero manifestato.

In realtà, essendo la dottrina frammentata e non unanime circa l'inquadramento del contratto con obbligazioni del solo proponente, si discute se lo stesso abbia o meno natura contrattuale.

Una prima teoria inquadra tale fattispecie come negozio unilaterale con rilievo bilaterale.

Secondo Benedetti “il silenzio non circostanziato dell'oblato non riveste alcun valore concludente e la modifica favorevole dell'altrui posizione giuridica prescinde da una preventiva manifestazione di assenso dell'interessato, salvo il rifiuto retroattivamente eliminativo degli effetti prodotti”.

Il rifiuto eliminativo, si verifica quando si eliminano, retroattivamente, conseguenze già prodotte ma non ancora consolidate tra le parti.

Va rilevato, inoltre, che tale contratto differisce dalle c.d. promesse unilaterali tipiche, le quali non hanno natura contrattuale bensì rientrano nel novero dei negozi unilaterali che si perfezionano in base alla manifestazione di volontà del promissario. Tale istituto, disciplinato all'art. 1987 c.c., espressamente recita “La promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dai casi ammessi dalla legge”.

Ciò significa, chiosando l'articolo in parola, che è

la stessa legge ad impedire ad un soggetto di procurare ad un terzo, situazioni giuridiche (anche vantaggiose), senza il consenso di quest'ultimo.

Infatti, la differenza tra i due istituti insiste nella facoltà del rifiuto che all'interno della disciplina delle promesse unilaterali non è contemplata.

Secondo Bianca, “Se si vuole intendere la norma per quello che essa prevede, deve ammettersi piuttosto che i rapporti che non comportano obbligazioni o pesi economici a carico del destinatario possono costituirsi per effetto della sola volontà dell'obbligato, salvo però il potere di rifiuto del beneficiario che vale a cancellare il rapporto dall'origine”. Ciò posto, l'art. 1333 c.c., è un contratto il cui perfezionamento differisce dal comune iter contrattuale seguito da proposta ed accettazione, essendo sufficiente alla conclusione di siffatta obbligazione, la non attivazione di alcun comportamento ovvero manifestazione contraria allo scopo contrattuale.

Essendo, in definitiva, tale istituto negoziale recettizio, assume rilievo, in tale istituto, la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c.

Secondo tale norma, gli atti recettizi si presumono conosciuti nel momento in cui sono giunti al destinatario. Infatti, il richiamato articolo, rubricato “Presunzione di conoscenza”, espressamente recita “la proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia”.

Quindi, il perfezionamento del contratto con obbligazioni del solo proponente si perfeziona mediante l'esecuzione di una determinata attività dei soggetti, ovvero, il rifiuto della proposta nel termine concesso dal proponente o l'accettazione mediante silenzio-assenso della proposta negoziale. Secondo la Giurisprudenza, il rifiuto della proposta negoziale del proponente, deve intendersi “quale atto di salvaguardia della propria sfera patrimoniale, e deve avvenire in un termine adeguato alla natura dell'affare o stabilito dagli usi” (Cass. Civ. n. 9500 del 21.XII.1987).

Merita, all'uopo, evidenziare l'orientamento giurisprudenziale circa il perfezionamento del contratto con prestazioni a carico del solo proponente. Secondo la Corte di Cassazione, Sezione Civile, con la Sent. n. 19707 del 03-X-2016, la quale ha chiarito che “il meccanismo di perfezionamento del contratto di cui all'art. 1333 c.c. è applicabile soltanto quando la dichiarazione unilaterale, con la quale il proponente assume l'obbligazione nei confronti del destinatario, sia costitutiva di un rapporto contrattuale, e non quando, invece, si inserisca in un preesistente programma negoziale

come modifica a un contratto bilaterale con obbligazioni a carico di entrambe le parti”.

Secondo parte della dottrina, l'ambito di applicazione della norma in esame, può essere esteso anche ai contratti con effetti traslativi. Infatti, in via estensiva può “essere applicata a tale tipologia negoziale in quanto anche in tale ipotesi può integrarsi un vantaggio per un altro contraente” (Bianca). Gli ermellini hanno corroborato tale assunto, affermando che: “qualora un coniuge, in sede di separazione consensuale, assuma l'obbligo nei confronti dell'altro di provvedere al mantenimento del figlio minore impegnandosi a trasferirgli un bene immobile, pone in essere un contratto preliminare a favore de figlio, con la conseguenza che l'atto scritto con cui il coniuge obbligato dichiara di trasferire al figlio quel bene, essendo privo dello spirito di liberalità, non configura una donazione ma una proposta di contratto unilaterale, gratuito e atipico, che, in mancanza del rifiuto del destinatario in un termine adeguato (alla natura dell'affare o stabilito dagli usi), determina l'irrevocabilità della proposta e, quindi, la conclusione del contratto” (Cass. Civ. n. 9500 del 21.XII.1987).

In conclusione, va evidenziato, che il dettato normativo di cui all'art. 1333 c.c., riveste un campo applicativo assai ristretto. Infatti, come si è già precisato *intra*, tale istituto differisce sia dall'istituto della donazione di cui all'art. 785 c.c., che dall'istituto delle promesse unilaterali; escono dal perimetro applicativo dell'istituto in parola anche i contratti che prevedono obbligazioni modali, ovvero con effetti obbligatori che prescrivono un *modus* o onere da cui dipenda il beneficio. Pertanto, in definitiva, ciò che sostiene e giustifica tale istituto è l'elemento per cui, solo le situazioni giuridiche positive possono invadere la altrui sfera giuridica, ovvero soltanto situazioni predisponenti un vantaggio per il terzo ovvero modifiche e/o effetti positivi ricadenti nella sfera giuridica di quest'ultimo.

Andrea Milo

L'annullamento degli accordi di separazione consensuale omologati per vizi di volontà con particolare riferimento al dolo

In un'epoca storica, quale quella del codice civile del 1942, in cui la concezione della famiglia, organizzata in maniera gerarchica, era improntata al perseguimento di finalità di carattere pubblicistico e meritevole di tutela in quanto espressione di

un valore assoluto che trascendeva dalle scelte dei suoi membri, lo spazio di autonomia nella gestione del ménage familiare a loro riservato era pressoché nullo.

Lo spazio di autonomia negoziale, alla stregua di quanto accadeva in materia successoria, era estremamente ridotto e circoscritto: si riteneva che gli accordi conclusi tra i coniugi per regolare i loro rapporti anche rispetto ai figli, dovessero riguardare solo aspetti personali ed avere mera rilevanza interna.

Con l'avvento della Carta Costituzionale e, ancor più, con la legge n. 898 del 1970 sul divorzio e con la riforma del diritto di famiglia del 1975, si è assistito ad un profondo mutamento del concetto di famiglia, non più vista nella riduttiva prospettiva pubblicistica, bensì in un'ottica più spiccatamente privatistica e individualistica.

In questa rinnovata prospettiva, l'intesa tra i coniugi viene ad assumere un ruolo fondamentale e primario: l'accordo diviene strumento di autonomia privata e fonte primaria anche per determinare il ménage familiare.

Il veicolo attraverso cui l'autonomia privata ha fatto ingresso nel nostro diritto di famiglia è rappresentato dall'art. 144 c.c. Attraverso tale norma, i coniugi possono stipulare tra loro sia atti dispositivi tipici (compravendita, donazione, permuta ecc.) sia, *ex art.* 1322 c.c., contratti atipici, purché causalmente giustificati e rispondenti ad un interesse meritevole di tutela.

Dottrina e giurisprudenza individuano nella separazione coniugale consensuale uno dei momenti di più significativa emersione dell'autonomia privata nel diritto di famiglia: il potere di autoregolamentazione dei coniugi assume in questa fase una sensibile rilevanza, se solo si considera che l'incontro dei consensi determina il nuovo assetto di interessi che consegue alla vita separata, con il limite del rispetto delle regole inderogabili connesse alla acquisizione del nuovo *status* e degli interessi prevalenti dei figli.

La dottrina ha individuato un contenuto necessario ed un contenuto eventuale dell'accordo di separazione, l'uno, ravvisabile, secondo l'orientamento prevalente che fa leva sulla disposizione di cui all'art. 158 c.c., nell'intesa di vivere separati e nelle pattuizioni concernenti i figli; l'altro, attinente alle pattuizioni e negozi occasionati dalla separazione e relativi ai criteri e alle modalità di riparto dei beni comuni e alla eventuale programmazione traslativa di detti beni.

Ebbene, l'accordo di separazione, nella parte “eventuale”, presenta le caratteristiche di un negozio giuridico atipico bilaterale, come conferma la Cassazione in diverse pronunce. In poche parole, gli accordi di tipo patrimoniale presi dai



coniugi nella separazione consensuale costituiscono veri e propri contratti atipici posti in essere dalle parti e per questo soggetti alle norme del codice civile che regolamentano le cause di nullità o di annullabilità. Per queste ragioni è bene ricordare che gli accordi di separazione che contengono le statuizioni patrimoniali (quindi ad esempio il mantenimento che un coniuge si è impegnato a versare all'altro) possono successivamente essere annullati per vizi del consenso (che ricordiamo essere la violenza, il dolo e l'errore). Tali principi trovano concreta applicazione in un caso di specie ove il Tribunale di Prime Cure, su domanda congiunta dei coniugi, i quali dichiaravano che il loro rapporto si era incrinato per "disaffezione dei caratteri", dichiarava lo scioglimento del matrimonio tra i due, recependo in toto l'accordo tra le parti, in virtù del quale il marito si obbligava a corrispondere alla moglie un assegno *una tantum* (dai coniugi non nascevano figli) dal valore prettamente simbolico.

Tuttavia, successivamente, a seguito di un giudizio instauratosi tra la moglie e il fratello di lui, ella veniva a conoscenza, durante l'escussione dei testimoni, che il marito, in costanza di matrimo-

nio, aveva intrattenuto numerosi rapporti extraconiugali all'insaputa della consorte.

Alla luce di tanto, la moglie si vedeva costretta ad esperire contro il marito un'azione di annullamento degli accordi di separazione *ex art.* 1439 c.c., sostenendo che egli l'aveva ingannata riguardo al motivo della fine del rapporto coniugale.

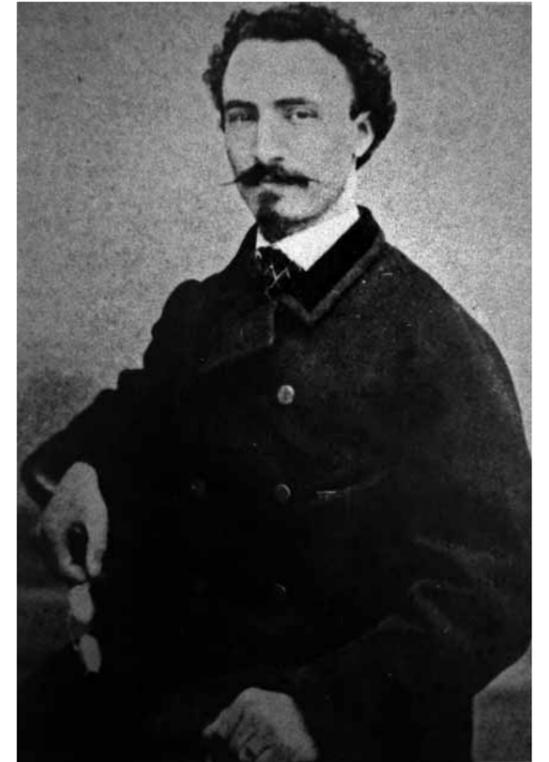
In questo caso, infatti, la presenza di artifici e raggiri posti in essere dal marito non solo avevano impedito al giudice l'accertamento della verità ma anche alla moglie stessa di venire a conoscenza del reale motivo della fine del matrimonio, motivo che, se conosciuto, avrebbe portato la stessa a chiedere giudizialmente l'addebito della separazione per colpa *ex art.* 151, comma secondo, cod. civ., e non ad accettare l'assegno *una tantum* dal valore simbolico. Ritenuta palese e comprovata la presenza di una vera e propria attività fraudolenta consistente in artifici e raggiri posti in essere dal marito e diretti a fuorviare il giudice e la moglie stessa facendo apparire una situazione diversa da quella reale con conseguente grave pregiudizio sull'esito del procedimento, quest'ultima avanzava inoltre domanda per il risarcimento da illecito endofamiliare.

Historia et Antiquitates

L'avvocato Bartolo Longo e le Case Operaie di Valle di Pompei

di Maria Grazia Coppola

L'avvocato Bartolo Longo aveva ventidue anni quando nel 1863 dovette lasciare la sua Latiano, piccola comunità in provincia di Brindisi, e trasferirsi a Napoli per conseguire la laurea in giurisprudenza. In quell'anno, con l'annessione del Regno delle Due Sicilie al Regno d'Italia, la Legge Casati che, di fatto, aboliva l'insegnamento privato universitario, veniva estesa a tutto il Regno e Bartolo Longo che sul finire del 1859 aveva studiato a Lecce alla scuola privata di un valente giurista, dovette iscriversi alla Regia Università di Napoli, dove conseguì brillantemente la laurea in legge il dodici dicembre del 1864. La straordinaria missione a cui era destinato l'avvocato Longo cominciò a delinearsi a partire dall'ottobre del 1872, quando egli giunse per la prima volta a Valle di Pompei allo scopo di amministrare i beni che lì possedeva la contessa Marianna De Fusco, vedova del conte Albenzio De Fusco di Lettere, per rinnovare i contratti di affitto ormai scaduti dei coloni e rendersi conto della produttività di quelle terre. "Ricordo con precisione il giorno che posi piede in questo luttuoso piano. Era sui primi giorni di ottobre del 1872. Qui mi recava per rinnovare i fitti della grande masseria della famosa taverna di Valle; giacché mia moglie, la contessa De Fusco, non veniva quasi mai a vedere i suoi fondi. A quell'epoca non v'era neanche una stazione di Reali Carabinieri in Pompei. Si andava sempre in pericolo di essere ricattati. Come fui giunto alla stazione di Pompei, ecco presentarsi due dei nostri principali coloni, armati di fucile per farmi scorta" (Bartolo Longo, *Storia del Santuario*, 1890, pp.76-78). Tra il 1843 ed il 1872 nella Valle si era registrato un leggere incremento demografico, contava circa 1000 abitanti, ma dal punto di vista civile le condizioni di vita erano degradate e carenti e tanto che "persino il diritto e la giustizia civile" faticavano a farsi strada. In questi luoghi, inoltre, a tanto abbandono si aggiunse anche la piaga del brigantaggio che dopo il 1860 infestò Valle di Pompei e i Monti Lattari che per parecchi mesi furono terrorizzati dalla banda del famigerato bandito Pilone. La povertà della Valle risultava ancora più evidente se messa a confronto con centri abitati vicini quali Torre Annunziata, Boscoreale, Boscotrecase che si trovavano al culmine di un processo di sviluppo agricolo, artigianale e industriale iniziato già dal secolo precedente. Al suo arrivo Bartolo Longo, fu talmente scosso dalla desolazione che





regnava in quelle terre e dalle condizioni di ignoranza e miseria spirituale e religiosa in cui vivevano le famiglie di contadini che abitavano quei luoghi che decise di tornare più spesso a Pompei spinto dal desiderio di soccorrere poveri e bisognosi. Aveva trovato in Valle di Pompei la terra della sua missione e dopo essere "uscito dalla selva oscura degli errori" sentiva il desiderio di spendere la sua vita "in opere di bene" anche se non era ancora conscio dei disegni che la Provvidenza aveva in serbo per lui ma che in breve si concretizzarono nel compimento di quelle Opere che fecero conoscere Pompei in tutto il mondo. In quella che egli definì la "Nuova Pompei" aveva inizio nel 1875 la costruzione del Santuario, diretta dal prof. arch. Antonio Cua, dedicato alla Vergine del Rosario e contemporaneamente tra il 1876 e il 1891 altre importanti opere: l'Orfanotrofio femminile, l'Ospizio per i figli dei carcerati e le Case Economiche Operaie. I motivi che incoraggiarono l'avvocato Bartolo Longo ad avviare la costruzione di un quartiere operaio nella frazione detta Valle di Pompei, vanno individuati non solo nel contesto storico e sociale dell'epoca ma, soprattutto, nei suoi principi filantropici e nella sua visione caritatevole della cittadella mariana che egli si apprestava a far nascere nella frazione abbandonata di Pompei. Gli abitanti del quartiere operaio di Valle di Pompei non erano, in realtà, gli operai destinati

alle grandi fabbriche industriali, costretti a vivere in quartieri periferici e degradati sorti lontano dal centro abitato, ma erano dipendenti al servizio del Santuario e delle opere annesse che avevano abbracciato le idee umanitarie dell'avvocato Longo e destinavano il proprio lavoro alla realizzazione della nuova città della fede, del riscatto e del progresso. Le condizioni di vita di una famiglia operaia ottocentesca erano ben diverse dalle condizioni di vita di una famiglia borghese, dal momento che i primi erano obbligati a lavorare per molte ore al giorno percependo salari molto bassi, tanto che spesso non riuscivano neppure a mantenere la propria famiglia e, non era inconsueto che, a causa di questo stile di vita tanto logorante, cercavano una via di evasione nell'alcool e nel gioco. I figli degli operai, allo stesso modo, lavoravano fin da piccoli in ambienti malsani, non avevano diritto all'istruzione e il salario che ricevevano era molto inferiore a quello di uomini e donne. Le case che li accoglievano erano concepite con una cucina e una camera da letto, non avevano né acqua né fognature e sorgevano in prossimità delle fabbriche dal momento che la vita stessa degli operai era destinata esclusivamente al lavoro in fabbrica. Tutte queste criticità erano ben conosciute all'avvocato Longo, il quale pur non essendo un tecnico specializzato nella pianificazione urbana, aveva studiato le problematiche connesse agli insediamenti operai esi-



Piazza e Case Operaie nel 1890

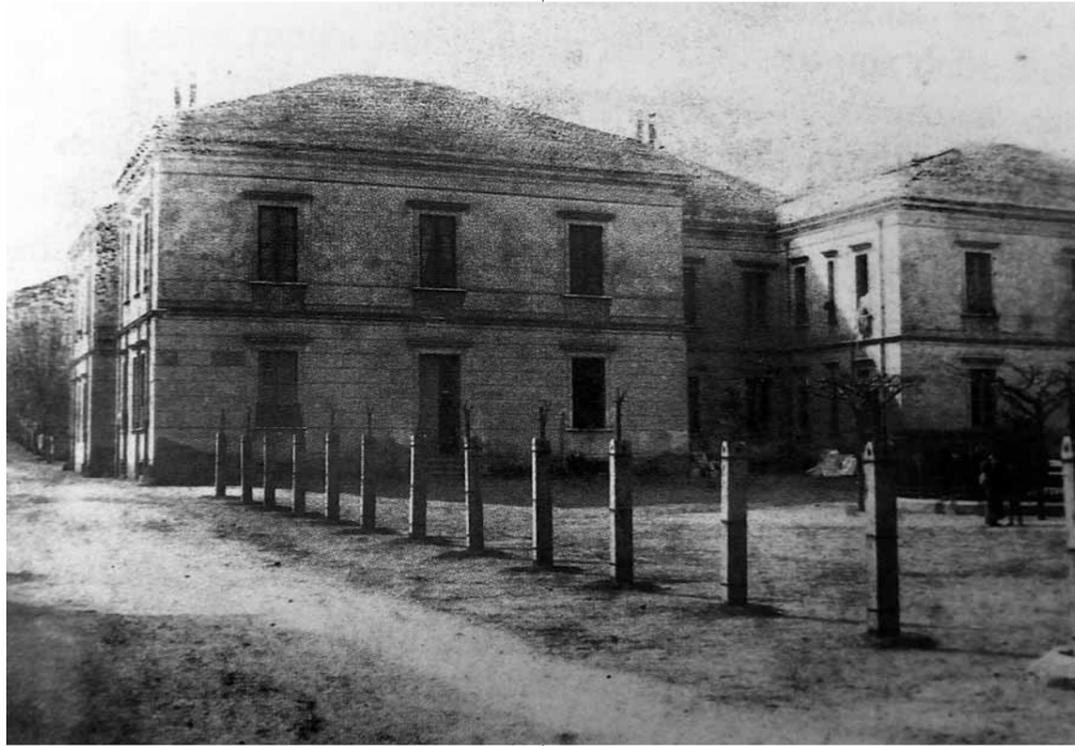
stenti in Italia e in Europa ed aveva visto come essi erano stati concepiti in base ad una suddivisione del territorio cittadino in due aree, da una parte quella centrale occupata dai quartieri residenziali destinati alla classe borghese e dall'altra quella periferica destinata agli operai e agli immigrati in cerca di lavoro. Partendo da queste osservazioni, l'avvocato Longo era persuaso del fatto che il quartiere operaio non dovesse essere isolato nelle periferie, come a esiliare ai margini della società la classe operaia ma, al contrario, doveva sorgere al centro della città, nel caso di Valle di Pompei a circa 200 mt dal Santuario, e vicino ai principali uffici pubblici. Dunque, a Pompei non venne attuata alcuna suddivisione del territorio per classe sociale tanto che borghesi e operai risiedevano nella medesima zona ovvero in prossimità del Santuario, di modo che le rispettive abitazioni formavano il cuore della Valle. I primi operai non erano originari di Valle di Pompei che al tempo era frazione del Comune di Scafati, come risulta dall' "Atto Deliberativo di divisione del territorio di Scafati in frazioni di censimento" sezione XVIII, fascicolo 353, Municipio di Scafati 28 novembre 1881, ma chiamati dall'avvocato Longo da altre regioni d'Italia. Vivendo a pochi passi dall'abitazione di quest'ultimo, egli aveva la possibilità di prendersi cura di tali famiglie e soprattutto delle loro condizioni materiali, igienico-sanitarie, nonché morali, contrariamente al rapporto pro-

prietario-operaio che si era delineato nelle città industriali dell'epoca. Così scriveva Bartolo Longo nel 1892: "Cari Operai! Io divido con voi le fatiche dal primo all'ultimo giorno dell'anno. Io sono sempre tra voi, e vi sono obbligato, ché senza di voi non avrei potuto spargere nel mondo i miei giornali, le notizie di questo luogo e neppure edificare il tempio, e tanto meno abbellirlo con le preziose opere d'arte. Ed io penso sempre a Voi, a migliorare la Vostra condizione morale e materiale" (Archivio Bartolo Longo, Biblioteca Santuario di Pompei, Periodico *Valle di Pompei*, Anno 1892). Il rapporto che si instaurò con gli operai a Valle di Pompei, dunque, non fu più quello freddo e distaccato, esclusivamente basato sul profitto della fabbrica industriale ma, al contrario, fondato su stima e reciproco rispetto, come si evince chiaramente dalle parole dello storico Nunzio Tamburro: "I suoi operai erano da lui tenuti fraterno coadiutori, non produttori cottimisti ma associati di spirito e di azione. Li conosceva tutti, ne conosceva le persone di famiglia, ne visitava le case in occasione di infermità e di bisogno, esortava, soccorreva segretamente" (N. Tamburro, *Pompei fondata da Bartolo Longo*, Storia e Guida 1875-1990). Egli era consapevole che gli operai non dovevano essere considerati come gli ultimi della società ma come il Popolo: "E anche Voi operai siete una meravigliosa forza dell'avvenire, voi siete una nuova testa coronata: operai voi siete

Pagina precedente.

In alto.
L'avvocato Bartolo Longo in
gioventù
(Latiano 11 febbraio 1841 -
Pompei 5 ottobre 1926).

Sotto.
Bartolo Longo
negli anni della maturità.
In questa pagina.
Raffigurazione delle Case
Economiche Operaie
di Valle di Pompei



il popolo. Popolo, vieni anche tu a Valle di Pompei. Ricordati che in questa Valle la Vergine ha salvato le più abbandonate miserie, i tuoi innocenti, i tuoi fanciulli, le orfanelle della natura, gli orfani della legge; li ha salvati adunandoli sotto due gloriose bandiere, le uniche all'ombra delle quali potrai ottenere le tue sante rivendicazioni: Giustizia e Carità! Ed il proletario, che siede con la grama famigliuola al povero desco, confortato dalla beneficenza ispirata a religione, educa i suoi figli al lavoro, alla pazienza, alla morale, alla fede, all'amore di famiglia, al vero amor di patria" (Archivio Bartolo Longo, Biblioteca Santuario di Pompei, Periodico *Il Rosario e la Nuova Pompei*, Anno 1913). Da queste parole così profondamente umane emerge il significato che l'avvocato Bartolo Longo attribuiva alle Case Operaie: lo strumento migliore per garantire il benessere materiale della classe operaia oltre che contribuire al suo progresso morale ed etico: "Nel vero senso e secondo la genuina istituzione di questo portato del moderno incivillimento, le case economiche operaie sono un mezzo potentissimo per assicurare il benessere materiale della classe operaia e per cooperare al suo morale perfezionamento. Il fine parvente è il beneficiare materialmente la classe che lavora, assicurandone l'avvenire; ma il fine latente ed ultimo è quello di moralizzarla per rendere stabi-

le l'ordine pubblico e quieto dei cittadini" (Archivio Bartolo Longo, Biblioteca Santuario di Pompei, Periodico *Il Rosario e la Nuova Pompei*, Anno 1888). Da queste parole, emerge con forza che l'obiettivo dell'avvocato Longo era quello esclusivo di favorire la pace sociale attraverso la realizzazione di un equilibrio diretto ad eliminare disparità e pregiudizi nei confronti di una classe considerata inferiore e da sfruttare. Egli riteneva che l'operaio non possedeva altra ricchezza che il proprio mestiere, che rappresentava, quindi, il suo capitale e con il lavoro avrebbe avuto la possibilità di crearsi un capitale in denaro formato dal risparmio: "L'operaio non ha un capitale: il suo capitale è l'arte, il frutto del suo capitale è il lavoro. Però è dato all'operario un mezzo onestissimo di formarsi un capitale in denaro; e ciò per via del risparmio. Quando l'operaio riceve un salario sufficiente a mantenere se stesso e la sua famiglia in una certa qual agiatezza, se egli è saggio, penserà naturalmente a risparmiare e, assecondando l'impulso della stessa natura, farà in modo che sopravvanzanti alle spese una parte da impiegare nell'acquisto di qualche piccola proprietà. Poiché abbiamo dimostrato che l'inviolabilità del diritto di proprietà è indispensabile per la soluzione pratica ed efficace della questione operaia, pertanto le leggi devono favorire questo diritto, e fare in modo che cresca il più possibile il numero dei proprietari.



6 maggio 1888.
Inaugurazione delle Case
Operaie e Grande Fontana

Da qui risulterebbero grandi vantaggi, e in primo luogo una più equa ripartizione della ricchezza nazionale" (Archivio Bartolo Longo, *Il Rosario e la Nuova Pompei*, Anno 1888, sezione I, fascicolo 334). L'avvocato Longo, pertanto, stabilì che i suoi operai potessero diventare proprietari delle case in cui vivevano, pagando oltre l'affitto mensile un'aliquota aggiuntiva tale da permettergli di accumulare in 20-25 anni una somma tale da poterla acquistare. "Ma l'esperienza della vita ci ammaestra che del povero faticatore, il piccolo capitale, formato da stentati e lunghi risparmi, è divorato sovente dalle necessità sopravvenute e dalle improvvise calamità. Come fare adunque per rendere intangibile o investire in una proprietà immobiliare i piccoli risparmi della classe del proletario? Ecco la istituzione delle Case Economiche Operaie. Dopo venti o venticinque

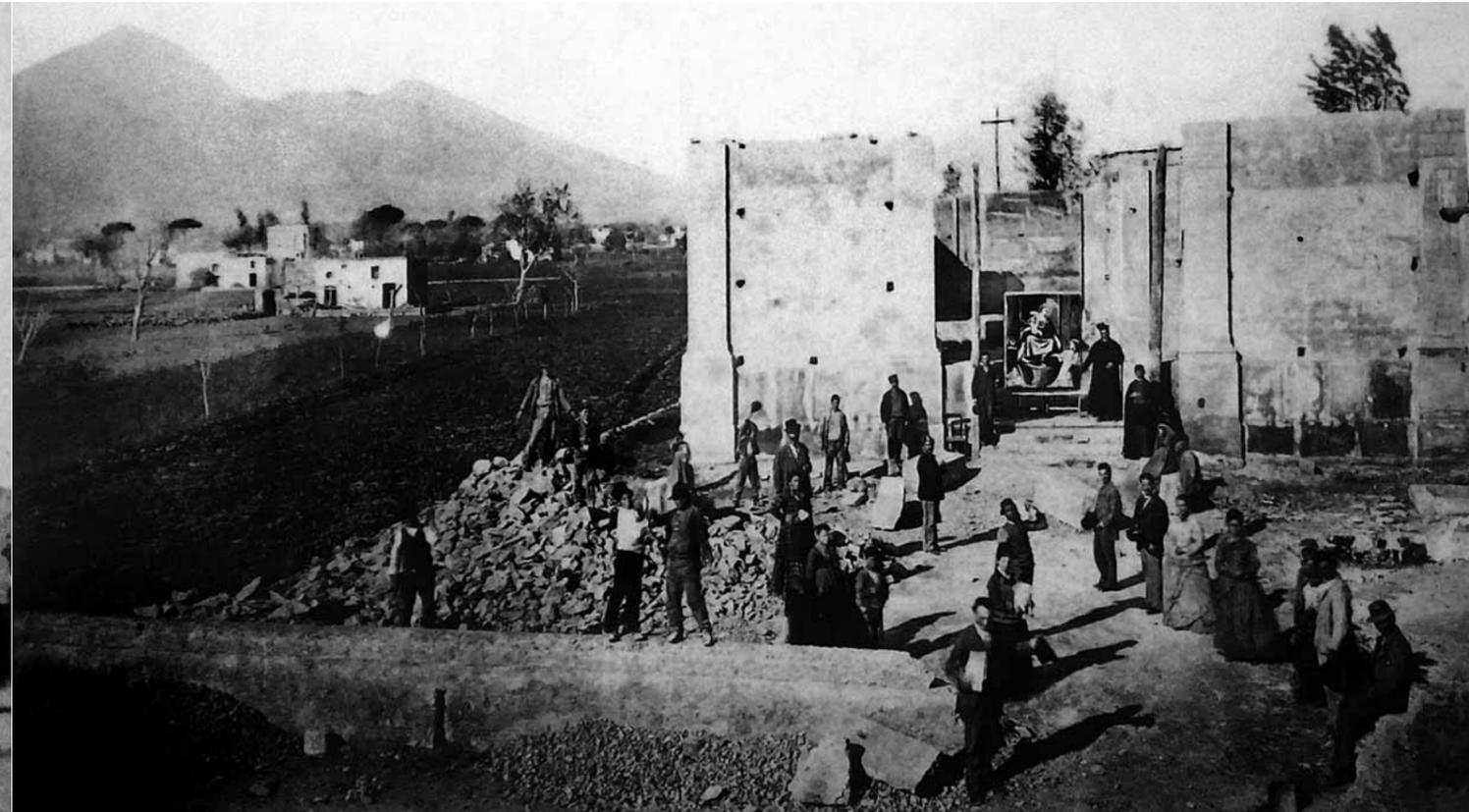
anni che l'operaio è stato assiduo a pagare la pigione di una casetta, il cui prezzo è ripartito nelle rate di fitto, si trova alla fine di essere diventato proprietario di quella casa, e lascia ai figli suoi una proprietà immobiliare frutto benedetto delle sue fatiche. Per pagare assiduamente la pigione e non perdere i pagamenti già fatti, l'operaio è stimolato a risparmiare su tutto. Quindi ogni volta che è tentato la Domenica di andare al giuoco o alla bettola, egli ne è rattenuto dall'idea di dover pagare la pigione e diventar proprietario. Il risparmio è un atto di previdenza col quale noi preoccupiamo e ci rendiamo padroni del nostro avvenire. È dunque una virtù, è la nota propria nostra che ci distingue dai bruti e dai selvaggi. Il bruto e l'uomo selvaggio vivono solo del presente e punto non si preoccupano del futuro: l'uomo civile invece, non pago del presente, protende la



Valle di Pompei 1872,
antica Chiesetta del
Santissimo Salvatore

sua vita verso il passato e verso l'avvenire; del passato se ne fa scuola per il presente, e del presente usa per assicurarsi l'avvenire. Ogni virtù rende morale l'uomo. E l'adusarsi al risparmio è cosa al tutto necessaria non solo a chi nulla o poco possiede, ma anche ai forti capitalisti, perocché senza di esso, qualunque ricco rovinerebbe per scialacquo e mala amministrazione. La istituzione adunque delle Case Economiche Operaie che educa al risparmio l'operaio, alla fuga dalle intemperanze e dalle dissolutezze, e quindi ad amare la famiglia ad educare colla provvidenza e col buon esempio i figliuoli, è un sapiente ritrovato della civiltà moderna per moralizzare la classe dei lavoratori" (Archivio Bartolo Longo, Biblioteca Santuario di Pompei, Periodico *Il Rosario e la Nuova Pompei*, Anno 1888, sezione I, fascicolo 334). Dunque, invogliare l'operaio ad investire i suoi piccoli risparmi nel mattone comportava un miglioramento del suo stile di vita, un riscatto dalla condizione di marginalità in cui era relegato dalla società Ottocentesca. Il progetto del complesso edilizio così concepito dall'avvocato Bartolo Longo fu redatto dall'arch. Giovanni Rispoli, realizzato su un terreno della contessa De Fusco e inaugurato nel 1888. Prevedeva la realizzazione di

un isolato composto da cinque edifici di pianta quadrata di cui uno al centro e gli altri quattro posti agli angoli dei quattro vertici dell'edificio centrale. Ciascun edificio si sviluppava in altezza su quattro piani: seminterrato, rialzato, piano primo e sottotetto. Il piano terra e il primo piano avevano destinazione abitativa mentre il seminterrato e il sottotetto venivano utilizzati come cantina e deposito. La superficie utile di ogni piano delle Case Operaie era di circa 252 metri quadri, per un totale di 1260 metri quadri. Ogni singola isola si componeva di tre abitazioni per piano, di cui quella più grande, era formata da due stanze, cucina e bagno per un totale di 75 mq mentre quella più piccola era formata da una sola stanza, il bagno e la cucina per un totale di 45 mq. Ciascuna isola si componeva di sei appartamenti, tre al piano terra e tre al primo piano, per un totale di trenta appartamenti oltre i locali di pertinenza e il sottotetto. La divisione degli ambienti interni era realizzata da tramezzature rettilinee ed ogni abitazione era dotata di pavimentazione, porte interne in legno massiccio ad unico battente mentre i soffitti erano formati da controsoffittature di canne rivestite di intonaco. Ogni ambiente aveva la sua apertura di luce, mentre le



Nascente chiesa di Pompei 1877

cucine erano dotate di focolai, cappe ed acquaio ed i bagni interni al piano o all'appartamento erano ben areati e ventilati. Si può notare come, l'inserimento dei locali igienici all'interno di ogni singola abitazione e non all'esterno dell'edificio e di uso comune, costituiva un aspetto innovativo e di avanguardia per le costruzioni operaie dell'epoca. L'ingresso di ciascun edificio avveniva attraverso cinque portali, dei quali due davano accesso all'isola I e II dalla Piazza "Nuova Pompei", mentre i restanti tre davano accesso alle isole III, IV, V, dalla parte posteriore ovvero da Via San Michele. Ogni singolo portone di ingresso era costituito da una robusta porta di pino americano a due battenti. Si entrava in un ampio androne coperto da volta a botte, nel quale si trovavano gli ingressi delle abitazioni con porte a due ante di legno di abete massiccio (Archivio Bartolo Longo, Biblioteca Santuario di Pompei, *Misura dei lavori di falegnameria*, sezione II, fascicolo 131). Ogni isola possedeva e possiede tutt'ora un sistema di scale a due rampe, al piano seminterrato si accedeva da scale comuni poste nell'androne, da cui partivano due rampe, di cui una conduceva al piano primo e l'altra al seminterrato. Al sottotetto si accedeva in modo diverso in ciascuno dei cinque edifici,

infatti mentre nell'edificio centrale la scala si sviluppava in altezza fino a raggiungere il solaio dell'ultimo piano, dai quattro edifici posizionati ai lati l'ingresso al sottotetto avveniva dall'interno degli appartamenti, attraverso piccole scale in legno o metallo che dalla cucina conducevano a dei piccoli pianerottoli e da questi ultimi a botole di accesso aperte nei solai del piano sottotetto. Per quanto riguarda la parte decorativa, l'interno delle Case Operaie era semplice mentre l'esterno, di colore ocra, era formato da fasce di intonaco che risaltavano le aperture in facciata, le finestre della parte alta erano incorniciate e decorate nella parte superiore con mostre e cimase dentellate mentre quelle inferiori erano prive di decori (Archivio Bartolo Longo, Biblioteca del Santuario, *Misura dei lavori di falegnameria*, sezione II, fascicolo 131 e 279). Il tetto era a quattro falde, sostenuto da una struttura in legno di castagno e coperto da tegole di Marsiglia. La struttura portante era costituita da blocchi di pietra vesuviana, tufo e calcare assemblati con malta di origine vulcanica. Lo spessore delle pareti era di 1 metro a livello delle fondazioni e di 60 centimetri nella parte più alta dell'edificio. In origine all'esterno delle Case Operaie erano presenti due pozzi di



uso comune con boccaglio in pietra naturale che servivano alle famiglie per attingere l'acqua del Sarno. Agli inizi del XX secolo l'isolato formato dalle Case Operaie risultava riportato nel Catasto del Comune di Scafati sotto il numero 2811, mappale 57 e imponibile di 1012 lire circa per il pagamento della fondiaria.

Contemporaneamente alle Case Operaie venne realizzata la piazza antistante denominata "Piazza della Nuova Pompei" poiché destinata a diventare il simbolo della nascente Città Mariana, ma soprattutto espressione della cultura e dei principi di un uomo, l'avvocato Bartolo Longo, che non intendeva operare una divisione dalla società civile ma voleva fondersi con essa (A. Illibato, *Bartolo Longo un cristiano tra Ottocento e Novecento*). Nel 1916 tutte le abitazioni furono rimodernate ed ampliate così che da trenta originarie divennero venti, in modo da essere più comode e da avere su ciascun piano due abitazioni della stessa dimensione.

Il complesso delle Case Operaie fu costruito dagli appaltatori Pasquale e Nicola Vitiello di Scafati, come risulta dai documenti contenuti nell'Archivio Bartolo Longo, sezione II, fascicolo 169: "Certifico io sottoscritto Architetto come i lavori di terra, muratura, intonachi, stucchi ed altro eseguiti dagli Appaltatori Pasquale e Nicola Vitiello per la costruzione di un vasto edificio da adibirsi a Case Operaie, sito nella Piazza sacra in Valle di Pompei, di proprietà dell'illustre sig. Avvocato Bartolo Longo, ammonteranno alla

somma di Lire ottantaquattromila duecentotrentacinque - Napoli 1 Dicembre 1890 Architetto Giovanni Rispoli". I lavori interni di pitturazione compresi quelli di porte e finestre, furono eseguiti dai pittori Paride e Luigi Langella di Scafati, i quali curarono anche le successive manutenzioni di fine Ottocento, mentre i lavori in vetro furono eseguiti dal vetraio Domenico Celotti, che si occupò anche della rubinetteria interna alle case e degli altri impianti. Le Case Operaie vennero inaugurate dal Vescovo di Nola Mons. Francesco Formisano, la Domenica del 6 maggio 1888 e lo stesso giorno anche la fontana costruita nella piazza antistante: "Domenica 6 maggio - Giorno delle inaugurazioni. Alle 9:15 a.m., cioè all'arrivo del treno da Napoli a Valle di Pompei, S. E. Rev.ma Mons. Giuseppe Formisano Vescovo di Nola, seguito dal Clero, muoverà dal Santuario per recarsi a benedire la prima isola del rione Operaio Pompeiano. I visitatori, discesi dal treno in Valle di Pompei si incontreranno colla sacra comitiva dei leviti nella Gran Piazza, al luogo dove è sorta la gran vasca per accogliere l'acqua del Sarno. Ore 9:30. Benedizione della Casa Operaia. Ore 10:00 a.m. Solenne inaugurazione della fontana" (Archivio Bartolo Longo, Biblioteca del Santuario, Periodico *Il Rosario e la Nuova Pompei*, Anno 1888).

L'avvocato Bartolo Longo, fondatore del Santuario, delle Opere di Carità e della Città di Pompei morì il 5 ottobre del 1926, fu beatificato da San Giovanni Paolo II il 26 ottobre del 1980.

La Pagina dei Convegni



Diritto bancario e finanziario Convegno a Nocera Inferiore

Umberto Mancuso

Si è tenuto in data 01.12.2018 presso il Tribunale di Nocera Inferiore un interessante convegno organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore e dalla Scuola di Formazione Forense "Fiorentino De Nicola" in tema di Diritto bancario e finanziario, che ha visto avvicinarsi quattro competenti relatori. Il primo, in ordine di intervento, è stato l'avvocato Domenico Fioretti, avvocato del Foro di Avellino, il quale, disaminando analiticamente la produzione giurisprudenziale in materia di diritto bancario, ha posto l'accento sulla pericolosità della stasi della produzione normativa da parte del legislatore che ha prodotto l'anomala interferenza normativa da parte della Cassazione a Sezioni Unite, che ha, invece, il compito di controllare l'applicazione delle leggi, nonché l'anomala gestione del contenzioso bancario da parte



Diritto Bancario e Finanziario

SALUTI ED APERTURA DEI LAVORI
Avv. Aniello Cosimato
Presidente Ordine Avvocati del Foro di Nocera Inferiore

RELATORI
Avv. Domenico Fioretti
Avvocato del Foro di Avellino
"Banca d'Italia vs. Leggi dello Stato
le regole del gioco - cms - 16303/2018"

Avv. Monica Mandico
Avvocato del Foro di Napoli
"Nullità delle fiduciarie omnibus prodotte su schema A.B.A."

Avv. Dario Nardone
Avvocato del Foro di Pescara
"La promessa usuraria tra la teoria
dell'effettività e della potenzialità"

Dott. Stefano Chiodi
Consulente Tecnico - CIB Tribunale di Napoli
"Diritto e Tecnica: il Mark to market tra monitoraggio
ed adeguatazza dei contratti derivati,
dei derivati incorporati ed implicati"

MODERA
Avv. Umberto Mancuso
Consigliere Ordine Avvocati
del Foro di Nocera Inferiore

01 dic 2018
ore 09.30
Tribunale di
Nocera Inferiore
Aula Alessandrina



della Banca d'Italia.

Il secondo intervento, quello dell'avvocato Monica Mandico, avvocato del Foro di Napoli, si è incentrato sulla nullità della fideiussione *omnibus* redatta su schema A.B.I. ed ha anche posto l'accento sulla circostanza che la crisi finanziaria ha portato a situazione di sovraindebitamento aziende e famiglie italiane e sulle soluzioni che possono determinare la ripresa economica, ovvero accordi con le banche, transazioni, contestazioni e l'utilizzo della legge 3/2012, che offre la possibilità di stralciare il debito ricercando una soluzione condivisa.

Da qui il ruolo fondamentale di supporto reso dai professionisti specializzati nella materia di diritto bancario e finanziario volto alla tutela dei soggetti in difficoltà.

L'avvocato Dario Nardone, avvocato del Foro di Pescara, ha compiutamente relazionato, poi, in tema di usura bancaria e della relazione esistente tra la tutela del consumatore e l'ambito della stessa usura bancaria; dell'importante funzione di tutela offerta dalla normativa vigente a favore dei consumatori e delle imprese a fronte di atteggiamenti scorretti assunti molto spesso dagli istituti

bancari, ponendo anche l'accento sulle difficoltà che spesso si incontrano nella tutela giudiziaria del consumatore in tale campo.

Ha chiuso l'evento formativo e di studio il dott. Stefano Chiodi, consulente tecnico in ambito bancario e finanziario e CTU del Tribunale di Venezia nonché autore di diverse pubblicazioni in materia di perizia bancaria, derivati e tutela dei risparmiatori, il quale ha relazionato in tema di "Diritto e Tecnica: il *Mark to market* tra meritevolezza ed adeguatezza dei contratti derivati, dei derivati incorporati ed impliciti". Il dott. Chiodi ha riferito del pericolo che spesso si annida all'interno di contratti di credito come mutui e leasing, potendo essere contenuti nei medesimi dei contratti derivati e dei tentativi di truffa ai danni del consumatore da parte delle banche che andrebbe evitata con una più stringente tutela del consumatore e del piccolo risparmiatore, sia a livello normativo che in sede giudiziale.

In definitiva l'evento ha significato un momento di studio ed approfondimento di temi delicati ma allo stesso tempo di stringente attualità, che hanno lasciato soddisfatta la platea di avvocati e commercialisti intervenuti.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

NEWS DALLA CASSA FORENSE

Cassa Forense: Premio "Marco Ubertini"

Art. 14 lett. b1 del Regolamento per l'erogazione dell'Assistenza, n. 13/2018.

Art. 1 - Oggetto

Cassa Forense, ai sensi dell'art. 14, lett. b1) del Regolamento per l'erogazione dell'assistenza e come da delibera adottata dal Consiglio di Amministrazione nella seduta del 7 giugno 2018, indice per l'anno 2018 un bando per l'assegnazione di n. 78 premi, fino allo stanziamento di euro 156.000,00 in favore di iscritti che abbiano conseguito l'abilitazione nella sessione di esami per l'iscrizione all'Albo degli Avvocati-anno 2017 con la più alta votazione.

Art. 2 - Destinatari

Sono destinatari del bando gli avvocati che alla data di presentazione della domanda siano iscritti alla Cassa, o iscritti all'Albo con procedimento di iscrizione alla Cassa in corso, e non siano sospesi dall'Albo ai sensi dell'art. 20 della legge n. 247/12; devono, inoltre, essere in possesso dei requisiti di cui al successivo art. 4 lettere b) e c) e, alla data di pubblicazione del bando, non devono aver superato il 35° anno di età.

Art. 3 - Importo

Il premio, erogato in unica soluzione, è pari ad euro 3.000,00 per il primo classificato, euro 2.000,00 per il secondo classificato ed euro 1.000,00 per il terzo classificato.

I premi saranno distribuiti secondo i seguenti criteri:

- 1) uno per ciascun distretto di Corte d'Appello;
- 2) su base nazionale per gli eventuali premi non assegnati col criterio sub 1).

Art. 4 - Requisiti per la partecipazione

Per la partecipazione e l'ammissione in graduatoria di cui al successivo art. 6 sono richiesti i seguenti requisiti:

- a) non aver superato il 35° anno di età alla data di pubblicazione del bando;
- b) aver conseguito l'abilitazione nella sessione di esami per l'iscrizione all'Albo degli Avvocati-anno 2017;
- c) non beneficiare o non aver beneficiato di altre borse di studio, assegni, premi o sussidi da chiunque erogati per aver conseguito l'abilitazione nella sessione di esami per l'iscrizione all'Albo degli Avvocati-anno 2017;
- d) inviare la domanda corredata della documen-

tazione richiesta all'art. 5 del bando.

Art. 5 - Modalità e termini della domanda

La domanda per l'assegnazione del contributo, sottoscritta dal richiedente, deve essere inviata entro le ore 12,00 del 16 gennaio 2019, a pena di inammissibilità, esclusivamente a mezzo PEC dedicata (bandi@cert.cassaforense.it).

Per la presentazione della domanda deve essere utilizzato il modulo pubblicato sul sito internet www.cassaforense.it.

Al modulo, debitamente compilato, deve essere allegata, a pena di esclusione, la seguente documentazione:

- a) certificato della Commissione esaminatrice attestante il superamento dell'esame e la votazione riportata;
- b) certificato attestante l'iscrizione all'Albo degli Avvocati;
- c) autocertificazione attestante i requisiti di cui al precedente art. 4 lett. c);
- d) fotocopia del documento d'identità.

Art. 6 - Graduatoria

Il premio è erogato secondo una graduatoria formata, per ciascun distretto, in base alla votazione più alta ottenuta e, in caso di parità, in base alla minore età anagrafica del richiedente; in caso di ulteriore parità, in base alla priorità cronologica di presentazione della domanda.

Nell'eventualità non vengano assegnati premi in tutti i distretti, quelli residui verranno assegnati in base a una graduatoria nazionale unica, formata con i criteri di cui al primo comma del presente articolo.

Con la presentazione della domanda si autorizza Cassa Forense a pubblicare sul sito internet la graduatoria senza indicazione del nominativo ma con codice meccanografico/numero di protocollo domanda, votazione conseguita e data di nascita del richiedente.

Comune di Bientina (Pisa): Concorso nazionale dedicato alla memoria della dott.ssa Elisabetta Paoletti, Vice Segretario Comunale e Responsabile del Servizio Affari Generali e Legali dell'Ente - premio del valore di euro 4.000,00 (quattromila) al lordo delle ritenute fiscali

Il Comune di Bientina ha istituito un premio da erogare in favore di coloro che abbiano conseguito, nell'anno solare antecedente la pubblicazione del presente bando, una laurea magistrale in giurisprudenza discutendo una tesi avente ad ogget-

to temi riguardanti le funzioni degli Enti Locali nel quadro della riforma della Pubblica Amministrazione, sotto il profilo giuridico, organizzativo, economico e finanziario.

Il Premio per la migliore tesi è dedicato alla memoria della dott.ssa Elisabetta Paoletti, Vice Segretario Comunale e Responsabile del Servizio Affari Generali e Legali dell'Ente, scomparsa prematuramente il 24.04.2009, per tenerne sempre vivo il ricordo ed onorare le sue qualità umane, professionali e morali.

IL BANDO

1. Oggetto del bando

Il Comune di Bientina ha istituito un premio da erogare in favore di coloro che abbiano conseguito, nell'anno solare antecedente la pubblicazione del presente bando, una laurea magistrale in giurisprudenza discutendo una tesi avente ad oggetto temi riguardanti le funzioni degli Enti Locali nel quadro della riforma della Pubblica Amministrazione, sotto il profilo giuridico, organizzativo, economico e finanziario.

Il Premio per la migliore tesi è dedicato alla memoria della dott.ssa Elisabetta Paoletti, Vice Segretario Comunale e Responsabile del Servizio Affari Generali e Legali di questo Ente, scomparsa prematuramente il 24.04.2009, per tenerne sempre vivo il ricordo ed onorare le sue qualità umane, professionali e morali.

2. Finalità

Il bando ha la finalità di offrire un contributo a giovani laureati nella prosecuzione della propria formazione accademica e/o professionale.

3. Premio

La Commissione giudicatrice premierà il vincitore con l'assegnazione di un premio del valore di euro 4.000,00 (quattromila) al lordo delle ritenute fiscali, che sarà assegnato ed erogato con determinazione dirigenziale del servizio competente secondo le indicazioni verbalizzate dalla Commissione giudicatrice.

La Commissione giudicatrice si riserva il diritto di non assegnare alcun premio indicandone a verbale la motivazione.

4. Pubblicizzazione

Al presente bando si darà ampia pubblicità, sia sul sito del Comune di Bientina sia con ogni altro mezzo si renda disponibile.

5. Destinatari

Al concorso possono partecipare i/le laureati/e residenti in Italia, che abbiano conseguito la laurea magistrale in Giurisprudenza nell'anno solare

2017 (dal 01/01/2017 al 31/12/2017) presso la Facoltà di Giurisprudenza in un qualsiasi Ateneo in Italia discutendo una tesi ad oggetto il tema di cui al punto 1.

6. Domanda di partecipazione

La domanda di partecipazione al bando è scaricabile dal sito internet del Comune di Bientina www.comune.bientina.pi.it.

Ogni candidato che intende partecipare al concorso dovrà far pervenire a mezzo raccomandata A/R, Corriere o con consegna a mano presso l'Ufficio Protocollo, al Comune di Bientina - Area Affari Generali e Legali - Piazza V. Emanuele II, 53 - 56031 Bientina (PI) una busta sulla quale dovrà espressamente indicare:

- **Mittente** (ai fini della protocollazione del plico);
- **Rif.: Premio "Elisabetta Paoletti" tesi di laurea.**

Detta busta dovrà contenere al suo interno **tre buste sigillate e distinte**, ognuna contenente a sua volta la seguente documentazione:

Busta A: domanda di partecipazione redatta in carta semplice recante i dati anagrafici, nonché l'indicazione del titolo della tesi, corredata da copia di un documento d'identità in corso di validità, copia del certificato di laurea.

Sulla busta "**A**" il candidato dovrà espressamente indicare:

Rif.: Premio "Elisabetta Paoletti" tesi di laurea - Domanda di partecipazione.

Busta B: il testo integrale della tesi (preferibilmente su supporto informatico).

Sulla busta "**B**" il candidato dovrà espressamente indicare:

Rif.: Premio "Elisabetta Paoletti" tesi di laurea - Testo tesi.

Busta C: una sintesi dei contenuti della tesi e delle conclusioni cui l'estensore è pervenuto di massimo dieci cartelle (o facciate). Detta sintesi non dovrà contenere il nome del candidato, ma solo il titolo dell'elaborato cui fa riferimento.

Sulla busta "**C**" il candidato dovrà espressamente indicare:

Rif.: Premio "Elisabetta Paoletti" tesi di laurea - Abstract.

Nessuna delle tre buste interne dovrà riportare il nome del candidato o, comunque, altri segni che ne consentano l'identificazione. La documentazione contenuta all'interno delle buste "B" e "C" non dovrà contenere il nominativo del candidato né altri riferimenti che possano identificarlo, pena l'esclusione. Le domande dovranno pervenire entro e non oltre **le ore 12.00 del giorno 15/02/2019**. Non si potrà tenere conto delle domande che pervengano oltre questo limite, anche se spedite entro la data sopra indicata.

7. Commissione giudicatrice

La Commissione giudicatrice sarà nominata dal Sindaco, e sarà composta da membri interni ed esterni esperti nei settori di pertinenza della materia del bando.

La Commissione nominerà il Presidente della stessa.

La Commissione giudicatrice avrà a disposizione un punteggio massimo di 25 punti da attribuire in base ai seguenti criteri:

- rilevanza e pertinenza del contributo alla conoscenza in materia di Enti Locali da 0 a 5 punti;
- approfondimento bibliografico dell'argomento da 0 a 5 punti;
- metodologia adottata nella trattazione da 0 a 5 punti;
- novità delle informazioni raccolte e delle tematiche affrontate da 0 a 5 punti;
- qualità stilistica, correttezza formale, leggibilità e chiarezza dell'esposizione da 0 a 5 punti.

La Commissione stilerà una graduatoria di merito delle tesi presentate. Le funzioni di segreteria della commissione, senza diritto di voto, saranno svolte da un funzionario comunale all'uopo incaricato dal Sindaco. La Commissione non intende sostituirsi alle autorità accademiche universitarie, e non entra nel merito della correttezza scientifica, per la quale si devono ritenere garanti il docente che ha svolto la funzione di relatore e la Commissione di tesi. La Commissione giudicatrice esprime soprattutto una valutazione sull'importanza del contributo che i lavori presentati portano all'accrescimento delle conoscenze in materia di ordinamento degli Enti Locali. I giudizi e le valutazioni espresse dalla Commissione sono insindacabili.

8. Esito del bando

L'esito della Commissione giudicatrice sarà pubblicato all'albo on line e sul sito web del Comune di Bientina per 15 giorni consecutivi.

Il vincitore del premio sarà informato, con congruo anticipo, mediante raccomandata con ricevuta di ritorno.

9. Conferimento del premio di laurea

La premiazione e il conferimento del premio avverranno in forma pubblica nel corso di apposita cerimonia nella data che sarà stabilita e pubblicizzata sul sito web e comunicata con congruo anticipo al vincitore, che dovrà garantire la sua presenza, pena la revoca del premio, in tale occasione sarà chiamato ad esporre i contenuti della propria tesi.

10. Proprietà degli elaborati inviati

Tutti gli elaborati e la documentazione inviata

alla Commissione giudicatrice non saranno restituiti. La titolarità intellettuale degli elaborati presentati rimane in esclusiva proprietà dell'autore della tesi stessa, conformemente a quanto previsto dalle norme sulla tutela del diritto d'autore vigenti nella normativa italiana (legge 22 aprile 1941, n. 633 "protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio" e successive modificazioni, e dal Titolo IX del Libro Quinto del Codice Civile italiano).

11. Tutela della privacy

I candidati autorizzano il trattamento dei dati personali a pena di esclusione dalla selezione. Con riferimento alle disposizioni di cui al D.Lgs. 196/2003 e successivo GDPR 2016/679, si informa che i dati personali forniti dai candidati sono registrati e trattati esclusivamente per le finalità di gestione delle attività inerenti il concorso, nel pieno rispetto della normativa sopra richiamata e degli obblighi di riservatezza.

12. Condizioni di accesso al bando

- Essere residenti in Italia;
- Aver discusso una tesi Magistrale inerente la materia del bando nell'anno solare 2017.

13. Esclusioni

Sono elementi di esclusione dal bando:

- La presentazione di domande non sottoscritte;
- La presentazione di domande con la relativa modulistica incompleta;
- La presentazione di domande pervenute oltre il termine previsto dal presente bando;
- La falsa produzione di documenti e/o attestazione mendace, condizioni che danno inoltre diritto di rivalsa da parte della Commissione nei confronti del candidato nel caso di premio già assegnato;
- L'indicazione del nominativo del candidato o, comunque, altri segni che ne consentano l'identificazione, nelle tre buste interne al plico;
- L'indicazione del nominativo del candidato o, comunque, altri segni che ne consentano l'identificazione, all'interno delle buste "B" e "C";
- La non autorizzazione al trattamento dei dati personali;
- La non autorizzazione alla eventuale pubblicazione della tesi di laurea sui mezzi che la Commissione riterrà idonei.

14. Revoca del Premio

Il vincitore, in occasione della premiazione, dovrà garantire la sua presenza, pena la revoca del premio.

In tale circostanza sarà chiamato ad esporre i contenuti della propria tesi.

15. Informazioni e chiarimenti

Per ulteriori informazioni e chiarimenti è possibile contattare i seguenti indirizzi di posta elettronica:

v.stelitano@comune.bientina.pi.it

segreteria@comune.bientina.pi.it

oppure telefonare ai numeri 0587/758431 e 0587/758437.

Il Responsabile del Procedimento è la dott.ssa Veronica Stelitano Responsabile Area Affari Generali e Legali del Comune di Bientina.



STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totale
CASSAZIONISTI	424	11	1	0	436
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	1529	15	2	23	1569
TOTALE	1953	26	3	23	2005

Donne

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totale
CASSAZIONISTI	113	3	0	0	116
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	810	11	0	5	826
TOTALE	923	14	0	5	942

Uomini

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totale
CASSAZIONISTI	311	8	1	0	320
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	719	4	2	18	743
TOTALE	1030	12	3	18	1063

	Uomini	Donne	Totale
PRATICANTI SEMPLICI	179	224	403
PRATICANTI ABILITATI	132	242	374
TOTALE	311	466	777

	Uomini	Donne	Totale
ISCRITTI	1374	1408	2782

Studi Associati	Società tra Professionisti
37	1