

# OMNIA *i*USTITIAE

ANNO XV NUMERO 2

Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



**EDITORIALE**  
**Il tormentone**

**VOCI DAL PALAZZO**  
**DI GIUSTIZIA**  
**Fondi Europei**  
**e professione forense**

**HISTORIA**  
**ET ANTIQUITATES**  
**8 marzo 1856**  
**Il prolungamento**  
**fino a Salerno**  
**della tratta ferroviaria**  
**Napoli-Nocera**

**NOTIZIE DAL CONSIGLIO**  
**DELL'ORDINE**  
**Cassa Forense**  
**Bandi assistenza 2018**



**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

Carmen D'Ambrosio

Renata Gaeta

Davide Gasparini

Adriano Giallauria

Carlo Mandile

Andrea Milo

Angelo Mondelli

Anna Navarra

Maria Mercedes Pisani

Maria Pisani

Marianna Polito

Angelina Rea

**Proposte e suggerimenti ai contatti**

Ordine degli Avvocati

di Nocera Inferiore

Tel./Fax 081.929600 - 081.927432

e.mail:

[omniaiustitiae@foronocera.it](mailto: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](mailto: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

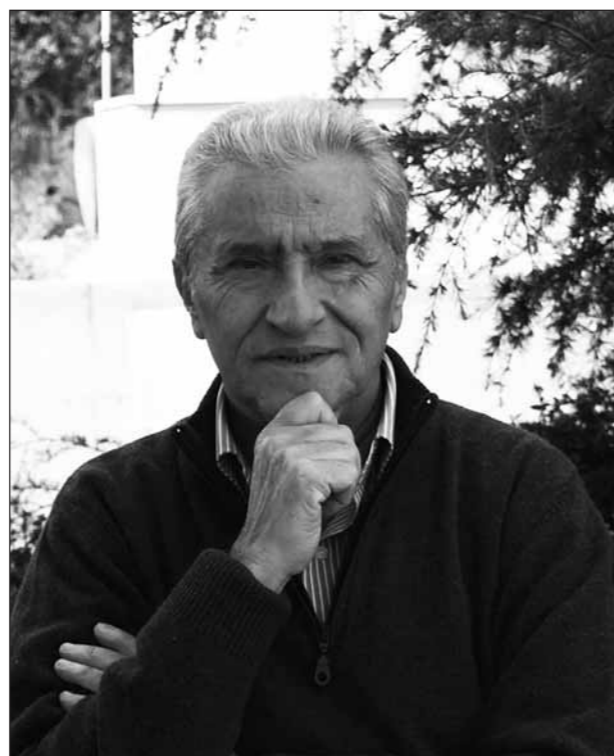


# s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<b>DOTTRINA</b> <i>Barbara Barbato</i> L'evoluzione delle garanzie e delle tutele dei lavoratori che eseguono la loro prestazione nell'ambito dei contratti d'appalto o di servizi	39
<b>VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA</b> <i>la redazione</i> Fondi Europei e professione forense: nuovi scenari economici di progettazione e investimenti	6	<i>Antonio Coppola</i> Sull'opportunità di punire il "Negazionismo": la legge n. 115 del 16 giugno 2016	41
<b>GIURISPRUDENZA</b> <i>Lucia Apuzzo</i> Il GIP può restituire gli atti al PM perché valuti l'archiviazione per particolare tenuità del fatto	8	<i>Davide Gasparini</i> Brevi note sul contratto autonomo di garanzia	44
<i>Marianna Arpaia</i> La liquidazione del danno da fatto illecito non si cumula con l'indennità assicurativa	11	<i>Adriano Giallauria</i> La responsabilità professionale del medico e la sicurezza delle cure	47
<i>Carmela Bonaduce</i> Il sostituto processuale del difensore al quale soltanto la persona danneggiata dal reato abbia rilasciato la procura speciale al fine di esercitare l'azione civile nel processo penale è legittimato a costituirsi parte civile?	13	<i>Carlo Mandile</i> La prelazione societaria: efficacia obbligatoria o reale?	49
<i>Maria Coppola</i> Ordine di demolizione e motivazione	16	<i>Andrea Milo</i> L'irreperibilità delle somme erogate dall'INPS a titolo di prestazioni economiche agli invalidi civili tra obbligo di motivazione, dolo e principio dell'affidamento del percipiente	53
<i>Maria Grazia Coppola</i> Condizioni per il rilascio del Permesso di soggiorno per motivi umanitari: comparazione tra la situazione soggettiva del richiedente nel suo Paese di origine e in Italia	17	<i>Angelo Mondelli</i> Il reato putativo e il reato impossibile	54
<i>Carmen D'Ambrosio</i> Inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. ai reati di competenza del giudice di pace	19	<i>Anna Navarra</i> Cenni sulla revoca del provvedimento amministrativo a seguito del d.l. n. 133/2014 convertito in l. n. 164/2014	56
<i>Renata Gaeta</i> L'ambito applicativo della <i>compensatio lucri cum damno</i> alla luce degli ultimi approdi giurisprudenziali	23	<i>Maria Mercedes Pisani</i> L'entrata in vigore del Protocollo n. 16 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, nuove opportunità	59
<i>Emiliana Matrone</i> Anche il Tribunale di Salerno si è espresso sulla tragedia della Talidomide	26	<i>Marianna Polito</i> La donazione di cosa altrui alla luce della sentenza n. 5068/2016 Cass. SS.UU.	61
<i>Mariella Orlando</i> Quale azione per la cartella di pagamento?	29	<i>Giuseppina Romano</i> Il testamento biologico è legge dello Stato	64
<i>Maria Pisani</i> Il dialogo tra le Corti, i suoi effetti: l'emblematica vicenda Taricco	32	<i>Eleonora Stefanelli</i> Sul requisito formale nei contratti: dall'inquadramento normativo alla dimensione funzionale	66
<i>Angelina Rea</i> Annullamento della cartella esattoriale e declaratoria di non debenza della contribuzione alla Cassa dei Geometri	34	<b>HISTORIA ET ANTIQUITATES</b> <i>Gianluca Granato</i> 8 Marzo 1856. Il prolungamento fino a Salerno della tratta ferroviaria Napoli Nocera	69
<i>Eliana Libroia e Gaetano Riccio</i> Il valore della convivenza dei coniugi nel procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione	37	<b>NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE</b> <i>la redazione</i> Cassa Forense: bandi assistenza anno 2018	79
		Regolamento UE 2016/679, in materia di protezione dei dati personali	79
		Statistiche iscritti	80



## Editoriale di Luigi Ciancio



### Il tormentone

Il tormentone di tutti i governi è stato sempre quello relativo alla riforma dell'ordinamento giudiziario. Fiumi di parole, proposte inconciliabili tra le parti ma mai un incontro serio, seduti gli uni di fronte agli altri, per mediare una decisione che dia soluzione a problemi divenuti non solo indifferibili ma sempre più complessi.

Anche il nuovo ministro, con belle parole, ha promesso rivoluzioni copernicane.

La verità è che solo con un percorso comune tra le diverse realtà del pianeta Giustizia si potrà determinare, se non una rivoluzione copernicana, la individuazione delle più urgenti disfunzioni del sistema giudiziario.

E non sembra ci voglia una grande scienza per individuare quali siano le manchevolezze che quotidianamente vengono affrontate nelle aule di un tribunale dalle diverse componenti del mondo giudiziario, per assicurare al cittadino un servizio quantomeno decente.

Basterebbe che il ministro facesse una visitina a due tribunali, l'uno di una grande città e l'altro di una più modesta realtà, per rendersi conto di quali e quanti "piccoli" problemi è permeata la vita di un ufficio giudiziario.

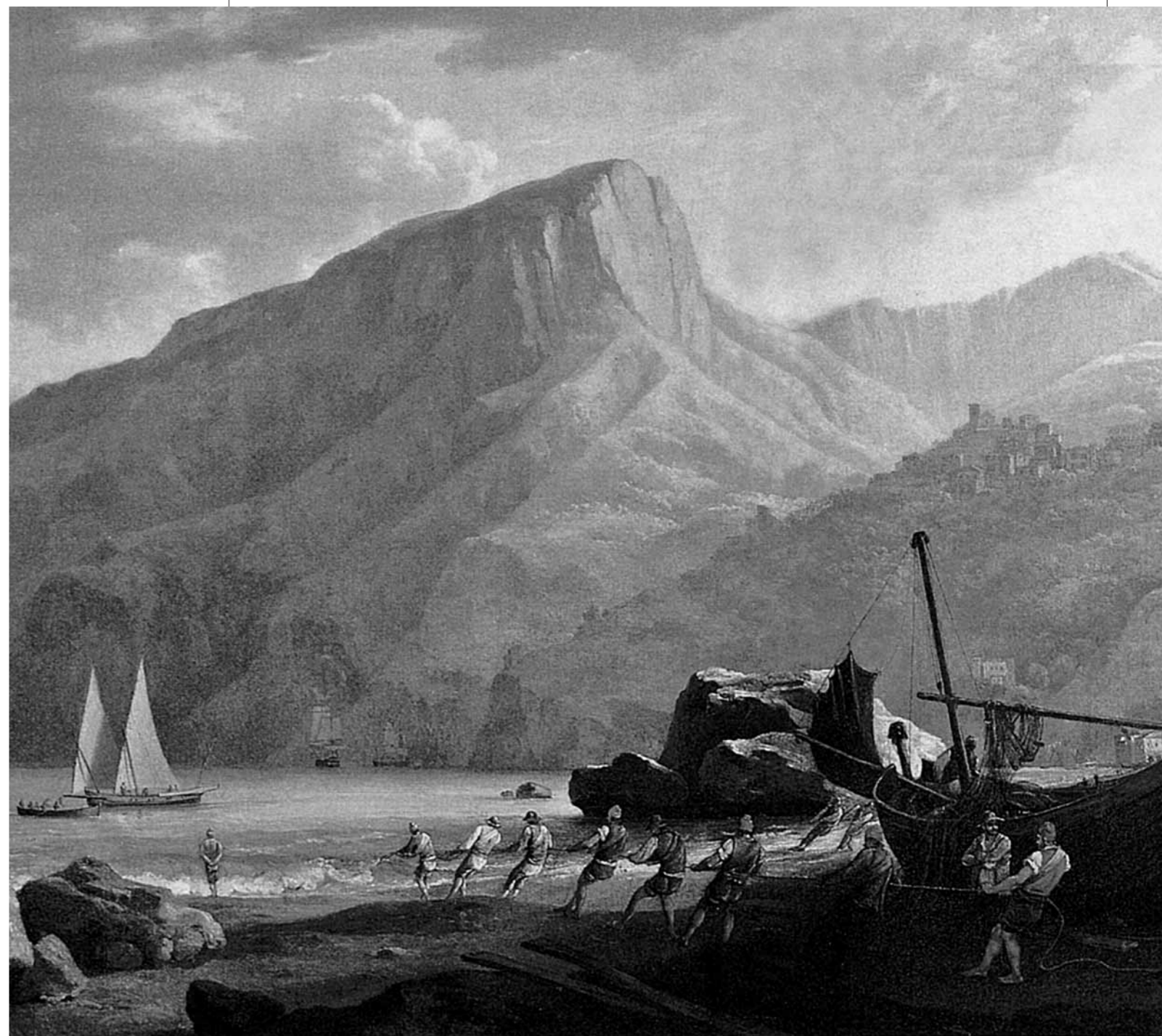
Arrossirebbe (almeno si spera) vedendo frotte di avvocati che, in aule piccole e prive di tavoli, si sforzano di scrivere i verbali poggiando i fascicoli sulle spalle del collega o del collaboratore; constaterrebbe che qualche cancelleria è chiusa perché manca l'impiegato che, andato in pensione, non è mai stato sostituito; rileverebbe che i rinvii delle udienze sono di non meno di sei mesi perché la carenza dei magistrati è cronica e mai risolta.

Per non parlare di quando manca anche la carta per le fotocopie e il materiale di cancelleria.

Piccole disfunzioni, probabilmente per il ministro, ma grandi carenze per chi è costretto a vivere questi disagi quotidianamente, incapace di assicurare all'utente una Giustizia almeno dignitosa.

I legislatori (!) sono intenti più a scontrarsi che ad incontrarsi, senza rendersi conto che ai cittadini serve solo che la Giustizia funzioni seriamente e speditamente.

Si potrà arrivare a tanto soltanto con un confronto sereno, senza pregiudizi e senza far valere la forza dei numeri, ma esclusivamente per raggiungere un unico obiettivo comune a tutte le componenti del mondo giudiziario; dare al paese una giustizia veloce, uguale per tutti e più giusta.



R. R. Reinagle,  
Spiaggia di Vietri  
con Raito sullo sfondo,  
coll. privata



## Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione

### Fondi Europei e professione forense: nuovi scenari economici di progettazione e investimenti

Nuove opportunità di formazione e progettazione economica per la professione forense, questi alcuni degli argomenti affrontati lo scorso 14 giugno, nel corso del convegno "Via libera ai Fondi Europei. Green Light Europe Funds", che si è tenuto nell'aula della Biblioteca "Maurizio Cingolo" dell'Ordine degli avvocati, presso il Palazzo di Giustizia di Nocera Inferiore.

L'incontro ha segnato il raggiungimento di un obiettivo - rendere le opportunità offerte dai Fondi Europei, attraverso la progettazione, concretamente realizzabili - e, allo stesso tempo, rappresenta un punto di inizio, da cui partire per acquisire, implementare ed utilizzare il know-how necessario alla realizzazione di progetti che consentano di dare una marcia in più alla professione forense.

I lavori del convegno sono stati aperti dai saluti del presidente del Consiglio dell'Ordine Forense nocerino, Aniello Cosimato, e dal direttore della Scuola di Formazione Forense "Fiorentino De Nicola", Anna De Nicola. Il dibattito è stato moderato da Rossella Citro, componente della Commissione LAB@vvocaturagiovane di Nocera Inferiore. Sono seguiti gli interventi di Francesca Manchia e Antonio Savarese, referenti del Foro nocerino per la Commissione LAB@avvocaturagiovane del CNF.

Le argomentazioni poste sul tavolo dei lavori - Fondi Europei, opportunità e utilizzo degli stessi ai fini dell'attività professionale - sono entrate nel vivo della discussione con gli interventi di due eminenti rappresentanti del Consiglio Nazionale Forense, Anna Losurdo, coordinatrice Commissione LAB@vvocaturagiovane, e Lucio Del Paggio, componente del CNF, nonché del delegato alla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense, Vincenzo Nocilla.

"Quando si parla di Fondi Europei - ha esordito l'avvocato Del Paggio - il pensiero va ad un immaginario tesoro, pronto per essere utilizzato, ma cui è difficile accedere. Le premesse perché si riesca ad individuarne l'accesso sono: preparazione, tecnica progettuale e azione politica. A seguito dell'innovazione normativa, che ha equiparato gli avvocati ai piccoli imprenditori, è diventato possibile accedere a nuove forme di finanziamento dei progetti professionali. Tuttavia ciò presuppone tre ordini di azione: informazione, formazione, elaborazione progetti. È in questo senso che si dipana l'azione della Commissione LAB, una struttura in seno al CNF, che ha l'intento di

formare i giovani avvocati nella progettazione finalizzata alla promozione dell'attività professionale".

L'avvocato Anna Losurdo ha focalizzato l'attenzione della platea sulla necessità di formazione in maniera adeguata e funzionale i componenti delle Commissioni LAB, istituite presso i Consigli dell'Ordine su tutto il territorio nazionale, perché solo su tale via si dispone degli strumenti necessari per individuare i bandi cui è possibile accedere per la promozione e la messa a punto dell'attività professionale. "Due gli ostacoli principali in questo senso - ha chiarito l'avvocato Losurdo - Innanzitutto l'azione regionale non armonizzata con quella dell'UE. Arrivano i fondi, ma in molti casi non si sa come utilizzarli. E questo ci porta al secondo problema: la tecnica di redazione dei progetti.

Al riguardo vi sono molte iniziative, quella della Commissione LAB@vvocaturagiovane è una di esse. Abbiamo formato i colleghi che hanno partecipato al bando. Così come lo Sportello, realizzato dai Giovani LAB di Nocera Inferiore, che è strumento al servizio di tutti i colleghi".

Ha concluso i lavori la dott.ssa Sabrina Saccomandi, docente in Tecniche della progettazione europea, che ha tenuto il corso di alta formazione in Europrogettazione riservato agli avvocati del Foro nocerino e conclusosi con la consegna degli attestati a chiusura del convegno. "Il dibattito sul sistema dei diritti fondamentali e sul ruolo della professione forense è al centro di una serie di politiche europee - ha precisato la dott.ssa Saccomandi - La nuova programmazione dei fondi comunitari 2014-2020 ed il lancio della strategia Europa 2020 aprono una serie di opportunità da declinare:

A. Investendo sulla qualificazione e sul supporto ai giovani che si avviano alla professione, con iniziative finalizzate allo sviluppo di tutte le competenze necessarie ad intraprendere con successo la carriera;

B. Sviluppando progetti ed azioni di sistema che consentano di rafforzare la legittimazione e la visibilità della professione forense in un sistema complessivo di riforma della giustizia e delle nuove sfide rappresentate dall'innovazione e dall'inclusione dei richiedenti asilo e dei migranti, attraverso dei percorsi di consolidamento delle conoscenze sul sistema delle regole e dei diritti.

Il percorso di raccordo strategico ha previsto due principali linee di azione:

1) Identificazione dei programmi europei di finanziamento utilizzabili ed elaborazione di proposte progettuali su temi cardine;

2) Posizionamento sui fondi nazionali attraverso un'attenta mappatura dei Programmi Operativi



Da sinistra:  
Carmela Bonaduce,  
Valentina Cretella,  
Anna Losurdo,  
Rossella Citro,  
Sabrina Saccomandi,  
Francesca Manchia  
e Anna Califano

Regionali, supporto nelle relazioni con le Autorità di Gestione FESR e FSE regionali e nell'avvio di azioni di sistema a negoziazione diretta con le autorità di gestione dei Programmi Operativi Nazionali".

Riportiamo di seguito l'intervento integrale dell'avvocato Vincenzo Nocilla, delegato per il Distretto di Corte d'Appello di Salerno, alla Cassa Forense.

"L'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, nell'ambito del welfare attivo di Cassa Forense, ha avuto il riconoscimento previsto dal bando per l'assegnazione di contributi per progetti di sviluppo economico dell'avvocatura (art. 14 lett. A7 del Regolamento dell'Assistenza) specificatamente per il progetto "Green Light Europe Funds".

Il nuovo Regolamento dell'Assistenza entrato in vigore il 1° gennaio 2016 rappresenta un traguardo storico per l'avvocatura italiana. Difatti, fino al 31/12/2015, il welfare di Cassa Forense era limitato ad una forma di assistenza passiva, ovvero Cassa Forense interveniva solo in caso di malattie (assistenza indennitaria o pensioni di invalidità e inabilità) o di eventi catastrofici ed altre forme di intervento (indennità spese funerarie) oltre alla polizza sanitaria per i grandi eventi morbosi; dall'1/1/2016, invece, viene accantonato il vecchio concetto dell'assistenza, inteso quale intervento nel momento in cui si verifica l'evento, spesso individuale, che comporta la necessità di assistenza (cd. welfare passivo), e nasce un nuovo concetto di intervento, che potremmo definire, preventivo, in favore dell'avvocatura, per sostenerla in tutte le fasi della vita personale, profes-

sionale e familiare, (cd. welfare attivo). Dunque, in considerazione dell'attuale scenario economico di grande difficoltà Cassa Forense si è impegnata a sostenere l'Avvocatura italiana attraverso la messa a disposizione di nuovi strumenti operativi. È proprio per una migliore utilizzazione dei fondi riservati all'assistenza, soprattutto in un contesto storico come quello attuale dell'avvocatura, attanagliata dalla crisi economica, che Cassa Forense, pur non trascurando le tradizionali forme di assistenza cd. passiva (casi di bisogno, a sostegno della salute, catastrofi e calamità naturali), ha previsto interventi di cd. Welfare attivo a sostegno della famiglia, della salute, del reddito e della professione, cercando di ottenere l'obiettivo di favorire una più rapida indipendenza professionale dei giovani ed un maggior equilibrio tra generi. Tra i vari bandi assistenziali quello di cui ha beneficiato l'Ordine di Nocera è indirizzato ad agevolare le iniziative atte a favorire lo sviluppo economico dell'Avvocatura sul territorio.

Per me, delegato di Cassa Forense del Distretto di Corte di Appello di Salerno, ha rappresentato un momento di orgoglio quando ho saputo che il progetto presentato dall'Ordine di Nocera Inferiore era stato ritenuto idoneo del riconoscimento economico e devo dire che il merito va oltre che all'Ordine Forense anche alle colleghe che hanno curato ed attentamente e doviziosamente hanno elaborato il progetto.

Ho saputo che l'Ordine di Nocera ha partecipato ad altri due bandi con nuovi ed interessanti progetti e, pertanto, incrociamo le dita e speriamo che possano avere lo stesso successo."



# Giurisprudenza

Lucia Apuzzo

## Il G.I.P. può restituire gli atti al P.M. perché valuti l'archiviazione per particolare tenuità del fatto

Cassazione Penale, Sezioni Unite, 9 maggio 2018 (ud. 18 gennaio 2018), n. 20569 presidente Fumo, relatore Boni

A seguito di richiesta di emissione di decreto penale di condanna, avanzata dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna in data 15 febbraio 2017, il G.I.P., senza respingere formalmente la richiesta di emissione del decreto penale di condanna, acquisito il certificato penale dell'imputato, restituiva gli atti al P.M. affinché potesse valutare di chiedere l'archiviazione ex art. 131 bis c.p. Avverso tale provvedimento, emesso in data 20 giugno 2017, il Procuratore della Repubblica ha promosso ricorso in Cassazione per denunciarne l'abnormità, con un unico motivo. Con ordinanza la Quarta Sezione della Corte di Cassazione (Cass. Pen., Sez. IV, ordinanza, 7 dicembre 2017, ud. 23 novembre 2017, n. 55020, presidente Romis, relatore Pavich), investita del ricorso, aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se sia qualificabile come abnorme e, pertanto, ricorribile per Cassazione, il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, non accogliendo la richiesta di emissione di decreto penale di condanna, disponga la restituzione degli atti al Pubblico Ministero affinché questi valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto, ex art. 131-bis c.p.". Con sentenza n. 20569, depositata il 9 maggio 2018, le Sezioni Unite hanno stabilito che non è abnorme e, dunque, non ricorribile in Cassazione il provvedimento con cui il G.I.P., negando accoglimento alla richiesta di emissione del decreto penale di condanna, dispone la restituzione degli atti al P.M. affinché questi valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione ex art. 131 bis c.p.. In effetti, sul tema, diversi sono stati gli orientamenti della giurisprudenza. Un primo orientamento (*ex multis* Cass. pen., Sez. IV, 4 febbraio 2016, n. 10209; Cass. pen., Sez. IV, 25 ottobre 2016, n. 48886), che è anche quello su cui si fonda l'ordinanza di rimessione, esclude l'abnormità del provvedimento di restituzione degli atti al P.M., in ossequio alla "funzione di controllo demandata al giudice delle indagini preliminari rispetto alle determinazioni assunte dal Pubblico Ministero all'atto dell'esercizio dell'azione penale". Si è ritenuto che, premesso il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, ex art. 568

c.p.p., il provvedimento di restituzione degli atti al P.M. va ritenuto inoppugnabile, non essendo consentito il ricorso in Cassazione nemmeno richiamando l'abnormità dell'atto, emergendo quest'ultima solo qualora l'atto presenti "anomalie genetiche o funzionali così radicali da porre il provvedimento al di fuori dello schema legale". Secondo quanto previsto dall'art. 459 comma 3 c.p.p., la restituzione degli atti al P.M. rappresenta un mero invito ad assumere una diversa determinazione, inserendosi quale attività rientrante nel potere di verifica concesso al G.I.P. e non già in una interferenza con le prerogative del Pubblico Ministero. Detto assunto trova la sua *ratio* in diverse argomentazioni di precedenti pronunce, riguardanti situazioni di mancata emissione del decreto penale di condanna con restituzione degli atti al P.M. a seguito di dissenso da parte del giudice in ordine alla possibilità di definire il procedimento in assenza di ulteriori accertamenti, che, nell'escludere l'abnormità del provvedimento, ne hanno messo in risalto la natura meramente interlocutoria e non definitiva. Il provvedimento del G.I.P., insomma, non comporta alcuna situazione di stallo processuale vista la possibilità per il Pubblico Ministero di reiterare la propria richiesta, ovvero di promuovere l'azione penale nelle forme ordinarie. L'abnormità, ancora, è stata esclusa nelle ipotesi in cui l'ordinanza di rigetto si fondi sull'adeguatezza del trattamento punitivo e sulla specie della pena da irrogare, allorché la pena detentiva sia sostituita da quella pecuniaria e l'imputato sia prevedibilmente inadempiente, essendosi sottratto ad obblighi di contenuto patrimoniale (Cass. pen. Sez. VI, 12 maggio 2016, n. 23829, C., Rv. 267272; Cass. pen. Sez. VI, 01 dicembre 2015, n. 6663 R., Rv. 266111; Cass. pen. Sez. IV, 18 settembre 2014, n. 45683, Mirra, Rv. 261063). Il potere del giudice delle indagini preliminari di diniego del decreto penale di condanna, rappresenta, stando anche ad altre pronunce (Cass. pen. Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 36216, Galati, Rv. 256331), estrinsecazione del potere di verifica giudiziale, non circoscritto solo alle condizioni di ammissibilità del rito o di congruità della pena, ma esteso ad ogni altro aspetto, anche nel merito, secondo quanto dispone l'art. 460 c.p.p., comma 1, lett. c).

L'orientamento minoritario, *au contraire*, considera l'abnormità strutturale del provvedimento *de quo*, giacché l'ipotesi contemplata dall'art. 459 comma 3 c.p.p., è situazione diversa, e, dunque, non rispondente al modello legale (Cass. pen. Sez. I, 21 dicembre 2016, n. 15272, Allocco, Rv. 269464). Quest'ultima disposizione normativa, infatti, consente al giudice di rifiutarsi di emettere decreto penale di condanna solo per ragioni



attinenti alla legittimità del rito, alla definizione giuridica del fatto ed all'adeguatezza della pena. Ne risulta, quindi, esclusa l'indicazione circa la possibilità di chiedere l'archiviazione. Il giudice, inoltre, è chiamato a pronunciarsi nel momento in cui, in concreto, l'azione penale è stata già esercitata. Egli ha, pertanto, solo la possibilità di emettere decreto penale di condanna ovvero sentenza di proscioglimento ex art. 129 c.p.p. art. 131 bis c.p.p., secondo detto orientamento, mal si concilia con le prerogative del rito monitorio, caratterizzato dalla premialità e dall'assenza del contraddittorio, rappresentando, al contrario, una causa di non punibilità, valevole, di conseguenza, in un giudizio instaurato nel pieno contraddittorio delle parti, ossia qualora l'imputato promuova opposizione al decreto penale di condanna. Al fine di addivenire alla soluzione della questione, le Sezioni Unite hanno inteso *in primis* richiamare la nozione di abnormità, così come elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non essendo prevista da alcuna disposizione normativa. La definizione ci viene offerta dalla sentenza n. 25957 del 26 marzo 2009, con cui le Sezioni Unite hanno inteso delimitare l'area dell'abnormità, quale fenomeno unitario, non riconducibile ad un'ipotesi di vizio dell'atto che si aggiunge all'elenco tassativo previsto dall'art. 606 comma 1 c.p.p., ma come esercizio di un potere difforme da

quello previsto dalla legge, quale sviamento della funzione giurisdizionale. Nel caso che ci occupa, limitatamente ai rapporti tra Pubblico Ministero e giudice, si verifica un'ipotesi di abnormità strutturale "in caso di esercizio da parte del giudice di un potere non attribuitogli dall'ordinamento processuale (carenza di potere in astratto) ovvero di deviazione del provvedimento giudiziale rispetto allo scopo di modello legale nel senso di esercizio di un potere previsto dall'ordinamento, ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge e cioè completamente al di fuori dei casi consentiti, perché al di là di ogni ragionevole limite (carenza di potere in concreto). L'abnormità funzionale, riscontrabile nel caso di stasi del processo e di impossibilità di proseguirlo, va limitata all'ipotesi in cui il provvedimento giudiziario imponga al Pubblico Ministero un adempimento che concretizzi un atto nullo rilevabile nel corso futuro del procedimento o del processo". Orbene, la categoria dell'abnormità rappresenta un'ipotesi eccezionale e derogatoria al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione sancito dall'art. 568 c.p.p., rimasto inalterato anche dalla recente riforma di cui alla legge 23 giugno 2017, n. 103, cui ricorrere quando l'ordinamento non appresti altro rimedio per rimuovere un provvedimento frutto di sviamento di potere e di pregiudizio altrimenti insanabile.

A. S. Pitloo,  
Abbadia della Trinità  
di Cava de' Tirreni,  
coll. privata



Risulta opportuno, quindi, distinguere l'ambito concettuale della nozione dalle anomalie dell'atto irrilevanti perché innocue, nonché dalle situazioni di contrasto tra il provvedimento e singole norme processuali, la cui violazione determina una ipotesi di nullità. Sotto il primo aspetto, non è abnorme il provvedimento adottato fuori dagli schemi o per finalità diverse che legittimano l'esercizio della funzione, quando sia superabile da una corretta determinazione successiva che dia corretto impulso al processo o dalla sopravvenienza di una situazione tale da averne annullato gli effetti, averlo privato di rilevanza ed avere eliminato l'interesse alla sua rimozione. Sotto il secondo aspetto, l'atto risulta viziato per mancata applicazione o errata interpretazione della norma, determinandone l'illegittimità e, dunque, la nullità. Il provvedimento, pertanto, è abnorme solo quando totalmente avulso dal sistema processuale e qualora determini una stasi irrimediabile del procedimento. Sulla scorta di queste considerazioni, ritiene la Corte, che il provvedimento con cui il giudice delle indagini preliminari, senza denegare esplicitamente l'emissione del decreto penale di condanna, rimandi gli atti al P.M. per valutare una possibile richiesta di archiviazione per non punibilità dell'imputato per particolare tenuità del fatto, non rientra in alcun modo nella categoria dell'abnormità, in nessuna delle sue manifestazioni.

Il provvedimento, al contrario, costituisce espressione del legittimo esercizio del potere cognitivo conferito al giudice a norma dell'art. 459 comma 3 c.p.p. La presentazione della richiesta da parte del Pubblico Ministero non opera, infatti, con effetto vincolante per il giudice cui è rivolta, poiché prevede espressamente plurimi esiti decisorii alternativi, quali accoglimento, rigetto con contestuale pronuncia ex art. 129 c.p.p., ovvero di sostanziale rigetto, tramite restituzione degli atti al P.M. Con particolare riferimento a quest'ultima ipotesi, non è dato rinvenire nella disposizione citata, alcuna indicazione sull'ambito in cui deve svolgersi il sindacato del giudice, potendo estendersi sia alla verifica della legalità della sanzione, sia ad altri aspetti attinenti alla ammissibilità dell'introduzione della specialità del rito stesso, quali la tipologia del reato, il momento della formulazione della richiesta da parte del P.M., la qualificazione giuridica del fatto e la conseguente congruità della pena (Cass. pen. Sez. I, 24 marzo 1994, n. 1426, Nastro, Rv. 198289). Allo stesso modo, la giurisprudenza di legittimità ha considerato abnorme il provvedimento di restituzione degli atti, quando questo sia "un'arbitraria usurpazione da parte del giudice di facoltà, riservate dall'ordinamento alla parte pubblica", ossia

quando l'apprezzamento discrezionale del giudice riguardi le modalità di esercizio dell'azione penale, la strutturazione dell'imputazione ovvero quando giunga a negare il provvedimento richiesto in forza di un personale criterio di opportunità (a tal proposito si veda: Cass. pen. Sez. VI, 12 giugno 2014, n. 38370, Mancrasso, Rv. 260177; Sez. VI, 01 aprile 2016, n. 17702, C.M., Rv. 266741). Questa linea interpretativa è corroborata, inoltre, dalle indicazioni contenute nella sentenza n. 447 del 1990 della Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione dell'art. 459 comma 3 c.p.p., nella parte in cui non consente al giudice l'applicazione della pena in misura diversa da quella richiesta dal Pubblico Ministero. Ebbene, la Consulta ha stabilito che l'art. 459 comma 3 attribuisce al giudice un pieno potere, sia in rito che in merito e che, dunque, egli ben può respingere la richiesta avanzata dal P.M. qualora ritenga la pena non congrua, non comportando ciò alcun effetto vincolante o limitativo del potere del P.M. che può, infatti, reiterare la richiesta, instaurare riti semplificati o procedere nelle forme ordinarie. Dette conclusioni sono valevoli anche nel caso in cui il giudice rigetti la richiesta perché la pubblica accusa valuti se sussista o meno la causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p. In tal caso, infatti, non si configura alcuna invasione delle attribuzioni dell'organo requirente, ma l'attività valutativa del giudice è quella propria di qualificazione giuridica del fatto di reato nel senso che, una volta ritenuto perfettamente aderente allo schema legale previsto, il giudice valuta l'effettivo disvalore della condotta posta in essere in relazione al principio di offensività e/o messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma, presupposto di applicabilità dell'esimente di cui all'art. 131 bis c.p. Detto intervento, non dissimile da quello richiesto per riscontrare la sussistenza di una circostanza aggravante in relazione all'entità della lesione, rientra nei poteri conferiti al giudice delle indagini preliminari dall'art. 459 comma 3 c.p.p., essendo chiamato a pronunciarsi circa l'istanza di ammissione al provvedimento monitorio, attraverso un'indagine ad ampio spettro su tutti gli elementi integrativi della fattispecie. Come chiarito anche dalla sentenza cd. Alocco (Cass. pen. Sez. I, 21 dicembre 2016, n. 15272, Alocco, Rv. 269464), il potere di qualificazione giuridica del fatto è "connaturale all'esercizio della giurisdizione", attribuito al giudice in tutte le fasi ed in tutti i gradi del processo, quale controllo di legalità sui risultati delle indagini. Né può ravvisarsi abnormità in considerazione del fatto che la restituzione degli atti intervenga ad esercizio dell'azione penale già avvenuto, median-

te la richiesta di emissione di decreto penale di condanna che, per sua natura, è caratterizzato da qualsiasi interlocuzione con la difesa. L'art. 131 bis c.p., in effetti, rappresenta una causa di non punibilità e non già una condizione di procedibilità. Affinché essa possa operare, è, infatti, necessario che si instauri il contraddittorio tra le parti, si accerti la sussistenza del fatto di reato, la sua illiceità, la riferibilità all'imputato; la necessità di assicurare tali garanzie viene concessa anche nella fase dell'archiviazione. Pertanto, qualora ravvisi la possibilità di applicazione della stessa, se è vero che il giudice non può emettere sentenza ex art. 129 c.p.p., per converso, ha la facoltà di restituire gli atti al P.M. affinché valuti l'eventualità di chiedere l'archiviazione. Per quanto concerne, poi, il problema relativo alla configurabilità dell'anomalia funzionale, la tematica è condizionata dal pregiudiziale riconoscimento del carattere di irretrattabilità o meno dell'azione penale. Secondo un orientamento isolato (Cass. pen. Sez. I, 23 giugno 2009, n. 35185, Gontar, Rv. 245373), il provvedimento di diniego di emissione di decreto penale di condanna e la contestuale restituzione degli atti al P.M. osterebbe alla proposizione della richiesta di archiviazione, essendo già stata esercitata con la richiesta di emissione di decreto, l'azione penale, che, in ossequio al principio di obbligatorietà dell'azione penale previsto dall'art. 112 Cost., è irretrattabile e, dunque, ricevuti gli atti, il P.M. potrebbe solo proseguire nelle forme ordinarie l'azione già esercitata. Per converso, numerose decisioni chiariscono che, (Cass. pen. Sez. II, 20 marzo 2009, n. 13680, Siddi, Rv. 244052; Cass. pen. Sez. V, 14 febbraio 2005, n. 5659, Pellegrin, Rv. 231208; Cass. pen. Sez. VI, 14 febbraio 2001, n. 19128, Zekri, Rv. 219873) partendo dall'assunto che è nel pieno potere del giudice per le indagini preliminari, secondo quanto previsto dall'art. 459 comma 3 c.p.p., non dare corso al rito monitorio, negando accoglimento all'emissione del decreto e restituendo gli atti al P.M., quest'ultimo è reintegrato nel pieno dei suoi poteri conferitigli dagli artt. 405 e ss. c.p.p., quanto all'esercizio dell'azione penale ed alle sue modalità. Secondo la Corte, l'art. 459 comma 3 c.p.p. non contiene indicazioni circa la conduzione del procedimento dal momento in cui sono restituiti gli atti al P.M., né pone limiti a quest'ultimo circa le iniziative che può assumere, consentendo qualsiasi tipo di soluzione; la scelta di regressione del processo al procedimento, inoltre, è consentita da altre disposizioni che rimettono al giudice la scelta del rito speciale operata dalla pubblica accusa. A tal proposito si consideri quell'orientamento (Cass. pen. Sez. VI 12 maggio 2016, n. 2389, C., Rv. 267272) che opera una simi-

litudine con il giudizio immediato, caratterizzato anch'esso da celerità ed economia processuale ed introdotto con una richiesta avanzata al giudice delle indagini preliminari chiamato a valutare l'esistenza dei presupposti di ammissione del rito, la cui carenza comporta la restituzione degli atti alla pubblica accusa e la regressione alla fase delle indagini preliminari. Ebbene, anche in tal caso, si verifica una situazione analoga a quella prevista dal diniego di emissione del decreto penale di condanna, essendo esclusa l'impugnazione del provvedimento e non residuando vincoli circa le modalità dell'esercizio dell'azione penale (*ex multis*: Cass. pen. Sez. VI, 16 febbraio 2005, n. 10109, Moccia, Rv. 231191). Per tutte queste considerazioni, conclude la Corte, con la restituzione degli atti alla pubblica accusa non si realizza né un indebito ritorno ad una fase del procedimento già conclusa, né una paralisi irrimediabile del suo corso. Il Pubblico Ministero è nuovamente titolare dei propri poteri di iniziativa e di impulso processuale che può esercitare sia formulando una nuova richiesta di decreto penale modificato secondo le indicazioni fornite dal giudice, sia procedere con altro rito, sia chiedere l'archiviazione del procedimento.

Marianna Arpaia

### La liquidazione del danno da fatto illecito non si cumula con l'indennità assicurativa

Corte di Cassazione Civile, SS.UU., Sentenza n. 12565 del 22/05/2018

Con la sentenza n. 12565 del 22 maggio 2018 la Consulta si è trovata a dover stabilire se, nella liquidazione del danno da fatto illecito, dalla quantificazione del pregiudizio sofferto dalla compagnia aerea Itavia SpA, titolare del velivolo DC9, abbattuto nei cieli di Ustica nel giugno del 1980, vada sottratta quanto essa abbia ottenuto a titolo di indennizzo assicurativo per la perdita dell'aeroplano.

Sul punto si sono confrontati due orientamenti contrastanti tra loro.

Un primo indirizzo giurisprudenziale, tradizionalmente seguito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, ha ritenuto che indennità assicurativa e risarcimento del danno siano cumulabili se l'assicuratore non esercita la surrogazione. Difatti, secondo tale orientamento, il cumulo di indennizzo e risarcimento non è precluso dal principio della *compensatio lucri cum damno*, destinato a trovare applicazione solo nel caso in cui il vantaggio ed il danno siano entram-





bi conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, quali suoi effetti contrapposti, e, quindi, non operante qualora l'assicurato riceva dall'assicuratore contro i danni il relativo indennizzo a causa del fatto illecito del terzo. A sostegno di tale tesi gli Ermellini prendono in considerazione il titolo su cui si fonda l'indennizzo per il danneggiato da parte dell'assicurazione, sostanzialmente diverso dal fatto illecito, in quanto scaturito da un rapporto contrattuale instaurato con la sottoscrizione della polizza ed il pagamento del relativo premio, che, dunque, giustifica l'ottenimento da parte del danneggiato di un ristoro complessivo (fra risarcimento da parte del responsabile e indennizzo assicurativo) maggiore del danno subito. Per altro orientamento giurisprudenziale, opposto a quello appena esposto, indennità assicurativa e risarcimento del danno assolvono ad un'identica funzione risarcitoria e non possono cumulativamente convivere. La corresponsione dell'indennizzo al danneggiato elide in misura corrispondente il suo credito risarcitorio nei confronti del danneggiante, che, pertanto, si estingue e non può essere più preteso, né azionato.

In base a quest'ultimo orientamento, la surrogazione dell'assicuratore non interferisce in alcun modo con il problema dell'esistenza del danno, e, quindi, con il principio indennitario. Ne consegue che l'assicurazione potrà rifiutare l'indenniz-

zo nel caso in cui il danneggiato abbia già ottenuto il risarcimento dal responsabile e, a sua volta, "il responsabile del danno può legittimamente rifiutare il pagamento del risarcimento allorché l'assicurato abbia già ottenuto il pagamento dell'indennità dal proprio assicuratore privato contro i danni".

Tale ultimo indirizzo è stato prospettato come preferibile dalla Terza Sezione, che ha rimesso la questione giuridica sottesa al disastro di Ustica, alla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite. Difatti, dalla lettura proposta nell'ordinanza di remissione, il cumulo dei benefici di carattere risarcitorio e indennitario determinerebbe nei fatti un arricchimento del danneggiato che contrasterebbe con la natura meramente reintegratoria della responsabilità civile.

A ben vedere, la soluzione della specifica questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite coinvolge un tema di carattere più generale, attinente alla individuazione della portata del principio della *compensatio lucri cum damno*, ossia: opera come regola generale nel diritto civile o soltanto in relazione a determinate fattispecie?

Gli Ermellini offrono un'esauriente risposta, ritenendo che non in tutti i casi potrà essere insindacabilmente applicata la *compensatio* e che si deve tener conto della concreta fattispecie giuridica, valutando la portata e l'ambito di operatività

della stessa. Pertanto, indicano quale criterio prevalente l'indagine sulla ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato, e concludono affermando che "la determinazione del vantaggio computabile richiede che il vantaggio sia causalmente giustificato in funzione di rimozione dell'effetto dannoso dell'illecito: sicché in tanto le prestazioni del terzo incidono sul danno in quanto siano erogate in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dal danneggiato". "In altri termini" continuano, quando si applica l'istituto della *compensatio* "il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato". La sentenza in commento individua il collegamento tra i diversi piani su cui si fonda il risarcimento (fatto illecito) e l'indennizzo (il contratto di assicurazione) nell'istituto della surrogazione ex art. 1916 del codice civile, la cui finalità è duplice e concorrente: da un lato, la salvaguardia del principio indennitario, per cui la prestazione assicurativa non può mai trasformarsi in una fonte di arricchimento per l'assicurato e determinare, in suo favore, una situazione economica più vantaggiosa di quella in cui egli verserebbe se l'evento dannoso non si fosse verificato; dall'altro lato, la conservazione del principio di responsabilità (artt. 1218 e 2043 c.c.), per cui l'autore del danno è in ogni caso tenuto all'obbligazione risarcitoria, senza possibilità di vedere eliminata o ridotta l'entità della relativa prestazione per effetto di una assicurazione non da lui, o per lui, stipulata. E così la Corte sottolinea che, "in forza di tale principio, un sinistro non può diventare fonte di lucro per chi lo subisce, neppure quando l'indennizzo gli spetti a duplice titolo e da parte di soggetti diversi, e cioè dall'assicuratore e dall'autore del danno, l'eventualità del doppio indennizzo per lo stesso danno essendo appunto scongiurata dalla surrogazione legale dell'assicuratore che ha pagato l'indennità, fino a concorrenza di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili". Dunque, il diritto al risarcimento del danno subito ed il diritto all'indennizzo assicurativo sono in tal caso concorrenti, giacché ciascuno di essi rappresenta, sotto il profilo funzionale, un mezzo idoneo alla realizzazione del medesimo interesse, che è quello dell'eliminazione del danno causato nel patrimonio dell'assicurato-danneggiato per effetto della verifica del sinistro, sicché l'assicurato-danneggiato non può pretendere dal terzo responsabile e dall'assicuratore degli indennizzi che nel totale superino i danni che il suo patrimonio ha subito. Difatti, il subingresso, operante di diritto ex art. 1203 c.c., dell'assicuratore che ha pagato, nella

posizione del danneggiato, consente da un lato il recupero dal responsabile civile delle somme erogate - così evitando che il divieto di cumulo avvantaggi quest'ultimo - e dall'altro di scongiurare che il fatto illecito si trasformi in una fonte di lucro. A ciò si aggiunga che riscosso l'indennizzo dal proprio assicuratore, il danneggiato non può agire contro il responsabile se non per la differenza, non essendovi spazio per una doppia liquidazione a fronte di un pregiudizio identico.

Alla luce di quanto innanzi, le Sezioni Unite sono giunte alla risoluzione di quest'annoso contrasto giurisprudenziale enunciando il seguente principio di diritto: "il danno da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall'ammontare del danno risarcibile l'importo dell'indennità assicurativa derivante da assicurazione contro i danni che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto".

In conclusione, ritornando alla vicenda sottesa alla questione giuridica esposta, poiché l'indennità assicurativa era stata corrisposta in misura superiore al valore corrente dell'aeromobile al momento del disastro (avendo la compagnia aerea proprietaria dell'aeromobile incassato dalla compagnia assicurativa, per la perdita dello stesso, un'indennità di lire 3.800.000.000, importo superiore al suo valore, stimato dal c.t.u. in lire 1.586.510.540), essa, in assenza di prova della sua insufficienza rispetto al danno effettivo, ha effettivamente eliso il danno, e con esso il diritto della Itavia SpA di ottenere, da parte delle Amministrazioni convenute, il risarcimento per la perdita dell'aeromobile, a nulla rilevando che la Assitalia Assicurazioni SpA non avesse mai esercitato la surroga nei confronti dei ministeri.

Carmela Bonaduce

**Il sostituto processuale del difensore al quale soltanto la persona danneggiata dal reato abbia rilasciato la procura speciale al fine di esercitare l'azione civile nel processo penale è legittimato a costituirsi parte civile?**

Nota a sentenza n. 12213 del 21.12.2017 (depositata il 16.03.2018), Corte di Cassazione penale, Sezioni Unite.

Con una recentissima pronuncia, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno affrontato una questione che da diversi anni anima il dibattito dottrinale e giurisprudenziale nell'ambito del diritto processuale penale: se debba riconoscersi la legiti-



timazione alla costituzione di parte civile in capo al sostituto processuale del difensore nominato procuratore speciale del danneggiato dal reato al fine di esercitare l'azione civile nel processo penale. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di legittimità, i ricorrenti, con un primo motivo di impugnazione, hanno lamentato la violazione degli artt. 78, 102 e 122 c.p.p. "per avere la Corte territoriale erroneamente ritenuto legittimato il sostituto processuale del procuratore speciale di parte civile a costituirsi parte civile per conto di ... in forza della procura speciale a questi rilasciata e da cui sarebbe discesa anche la facoltà di nominare sostituti processuali e delegare singoli atti (compreso il deposito della costituzione di parte civile)". In particolare, la difesa dei ricorrenti ha sostenuto che il potere di costituirsi parte civile è istituto diverso dal rilascio del mandato alle liti e che solo per quest'ultimo l'art. 102 del codice di rito prevede la possibilità per il difensore di avvalersi della nomina di un sostituto.

Su tale motivo di ricorso è stata formulata la seguente questione di diritto, sottoposta alle Sezioni Unite: "se sia legittimato a costituirsi parte civile il sostituto processuale del difensore al quale soltanto la persona danneggiata abbia rilasciato la procura speciale al fine di esercitare l'azione civile nel processo penale".

Per rispondere al quesito, la Suprema Corte ha preliminarmente ricostruito la disciplina normativa a partire dall'art. 74 c.p.p., con il quale viene riconosciuta al danneggiato la facoltà di esercitare l'azione civile nel processo penale al fine di ottenere le restituzioni ed il risarcimento del danno provocato dal reato. Ai sensi dell'art. 76 c.p.p., l'azione civile nel processo penale è esercitata, anche a mezzo di procuratore speciale, mediante la costituzione di parte civile; dal testo della norma si evince, quindi, che tale costituzione può avvenire secondo una duplice modalità e, cioè, o personalmente o per il tramite di altro soggetto munito di procura speciale. In questa seconda ipotesi, affinché la procura sia ammissibile, è necessario rispettare specifiche formalità, individuate dall'art. 122 c.p.p.: "la procura deve, a pena di inammissibilità, essere rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve contenere, oltre alle indicazioni richieste specificamente dalla legge, la determinazione dell'oggetto per cui è conferita e dei fatti ai quali si riferisce. Se la procura è rilasciata per scrittura privata al difensore, la sottoscrizione può essere autenticata dal difensore medesimo. La procura è unita agli atti". In caso di costituzione a mezzo di procuratore speciale, ci troviamo in presenza di una rappresentanza volontaria della parte civile, la cui fonte consiste in un atto negoziale con il quale il dan-

neggiato dal reato conferisce ad un procuratore speciale il mandato di rappresentarlo nell'esercizio dell'azione civile. L'art. 100 del codice di rito, poi, prevede che la parte civile - sia essa costituita personalmente o a mezzo di procuratore speciale - può stare in giudizio solo con il ministero di un difensore, munito di procura speciale, conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata dal difensore o da altra persona abilitata: in tal caso, si tratta di una rappresentanza tecnica necessaria. La Corte osserva, quindi, che il legislatore ha inteso tenere distinto il profilo della *legittimatio ad causam*, consistente nella titolarità del diritto sostanziale sotteso alla costituzione di parte civile, da quello della *legittimatio ad processum*, ossia la rappresentanza processuale ex art. 100 c.p.p. in virtù della quale il danneggiato, per poter stare in giudizio, sia se costituito personalmente che a mezzo di procuratore speciale, deve conferire ad un difensore la procura alle liti. Ciò comporta come conseguenza che, con riguardo alla parte civile, possono esistere due procure speciali: una volta a conferire il potere di esercitare il diritto alla restituzione o al risarcimento (rappresentanza sostanziale) ed un'altra diretta ad attribuire lo *ius postulandi* (rappresentanza processuale). Il più delle volte, esse sono conferite al medesimo soggetto, ossia al difensore nominato procuratore speciale, cui spetterà sia la rappresentanza sostanziale che quella tecnico-processuale.

Così fissati i punti essenziali della disciplina che regola la materia sottoposta all'attenzione della Suprema Corte, nella sentenza in esame ci si è soffermati sul contrasto interpretativo alla base della questione di diritto da risolvere: quale sia l'ambito di applicazione dell'art. 102 c.p.p. il quale attribuisce al difensore che sia impossibilitato a presenziare ad un'udienza la facoltà di avvalersi di un sostituto cui delegare la rappresentanza processuale; in particolare, ci si è interrogati sulla possibilità o meno che tale norma si possa applicare anche al difensore di fiducia munito di procura speciale per la costituzione di parte civile. Sul punto si sono formati nel tempo diversi indirizzi: 1) un primo orientamento esclude che il difensore di fiducia munito di procura speciale possa farsi sostituire per la costituzione di parte civile in udienza da altro difensore, il quale non avrebbe alcuna legittimazione all'esercizio dell'azione civile, stante il difetto di procura speciale. Ciò in quanto l'attribuzione al difensore del potere di costituirsi parte civile (la cd. *legittimatio ad causam*) è istituto diverso dal conferimento del mandato alle liti (la cd. *legittimatio ad processum*), per il quale l'art. 102 c.p.p. prevede la possibilità di nominare un sostituto che eserciti i diritti ed assuma i doveri del difensore;



2) un secondo orientamento, opposto al primo, sostiene che il difensore possa avvalersi di un sostituto processuale per il deposito dell'atto di costituzione di parte civile. Ciò sarebbe possibile perché l'art. 102 c.p.p. non esaurirebbe la sua funzione nell'ambito della mera rappresentanza processuale, ma si estenderebbe al piano della vera e propria titolarità del diritto a richiedere le restituzioni ed il risarcimento dei danni, conferendo, altresì, il potere di nominare un sostituto ai fini del deposito dell'atto di costituzione;

3) vi è, poi, un terzo orientamento di carattere intermedio, secondo il quale il sostituto processuale del difensore di fiducia che sia anche procuratore speciale per la costituzione di parte civile non ha il potere di costituirsi parte civile, atteso che l'attribuzione al difensore del potere di costituzione è istituto diverso dal rilascio del mandato alle liti, per il quale l'art. 102 c.p.p. prevede la possibilità della nomina di un sostituto che eserciti i diritti ed assuma i doveri del difensore. Allo stesso tempo, però, i sostenitori di tale indirizzo ammettono che nella procura speciale rilasciata al difensore la persona offesa possa autorizzare - attraverso una propria esplicita manifestazione di volontà - la nomina di sostituti processuali anche al fine di presentare l'atto di costituzione di parte

civile. Non ci troveremmo, insomma, di fronte ad un sostituto processuale ex art. 102 c.p.p., ma si tratterebbe di un soggetto designato dal procuratore speciale a svolgere la sua medesima attività in virtù di uno specifico conferimento di incarico analogo a quello affidato al difensore originario, il quale, per effetto della procura speciale ricevuta, è nelle condizioni di nominare un altro soggetto in sua vece dotato dei medesimi poteri ed investito dei medesimi compiti.

A fronte dei riferiti indirizzi, le Sezioni Unite, nella sentenza in commento, hanno dichiarato che, essendo evidente che la disciplina relativa all'esercizio dell'azione civile nel processo penale, nel consentire al danneggiato di costituirsi anche per il tramite di un procuratore speciale, tiene ben distinto il profilo della legittimazione sostanziale da quello della legittimazione processuale, allo stesso modo deve considerarsi evidente che la procura speciale rilasciata al difensore della parte civile, ai sensi dell'art. 100 del codice di rito, è finalizzata al conferimento dei poteri di rappresentanza tecnica in giudizio, senza ricomprendere alcun potere di spendita del diritto sostanziale a reclamare le restituzioni ed il risarcimento del danno conseguenti al reato, essendo a tali fini necessaria la procura speciale di cui all'art. 122



c.p.p. come richiamata dall'art. 76 c.p.p. A parere della Corte, essendo l'art. 102 c.p.p. collegato al ruolo del difensore quale patrocinatore tecnico volto a far stare in giudizio la parte rappresentata, anche la nomina di un sostituto deve necessariamente restare confinata all'interno di tale ambito, non potendo essere riferita al diverso piano della legittimazione ad esercitare l'azione civile attribuita al medesimo difensore dalla procura rilasciata dalla persona offesa in virtù degli artt. 76 e 122 c.p.p. Stante questa netta scissione tra i poteri discendenti dalle due diverse tipologie di procura speciale, i giudici di legittimità affermano che il sostituto del difensore potrà effettuare la costituzione di parte civile solo quando la persona offesa abbia espresso la propria volontà in tali sensi all'atto del conferimento dei poteri di esercizio del diritto sostanziale ad agire: in questo modo, il sostituto viene investito direttamente dal danneggiato del potere di provvedere alla costituzione di parte civile.

Deve, invece, escludersi che un potere di nomina di sostituto contemplato nella procura speciale "defensionale" di cui all'art. 100 c.p.p. possa essere idoneo a conferire al sostituto del difensore, nominato ai sensi dell'art. 102 c.p.p., il potere di costituzione di parte civile non agendo, in tale ipotesi, il delegante come titolare del rapporto processuale volto a promuovere l'istanza risarcitoria, circoscritto al solo ambito delle previsioni di cui agli artt. 76 e 122 c.p.p.

La Suprema Corte afferma, quindi, che "affinché il potere di "sostituzione" sia legittimamente conferito appare necessario e sufficiente che il danneggiato preveda una tale possibilità in capo al difensore-procuratore speciale all'interno della procura di cui agli artt. 76 e 122 c.p.p.: "necessario", perché solo tale ambito formale garantisce che al sostituto venga delegato il diritto sostanziale di cui il mandante è titolare, e "sufficiente" perché non può pretendersi, all'estremo opposto, che il danneggiato conferisca una ulteriore apposita procura speciale direttamente in capo al sostituto". Stando così le cose, pare corretto affermare che, in mancanza di procura speciale al difensore o al sostituto designato, la presenza in udienza della persona offesa va considerata come esercizio personale della facoltà di costituirsi parte civile, come espressamente previsto dall'art. 76 c.p.p., secondo il principio - generalmente condiviso - che è irrilevante il conferimento della procura speciale laddove il difensore ponga in essere delle attività in presenza della parte interessata.

Alla luce di quanto sin qui ricostruito, le Sezioni Unite enunciano, nella sentenza *de qua*, il seguente principio di diritto: "il sostituto processuale del difensore al quale soltanto il danneggiato abbia

rilasciato procura al fine di esercitare l'azione civile nel processo penale non ha la facoltà di costituirsi parte civile, salvo che detta facoltà sia stata espressamente conferita nella procura o che il danneggiato sia presente all'udienza di costituzione".

Maria Coppola

### Ordine di demolizione e motivazione

Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 20.02.2018 n. 1087.

L'ordine di demolizione non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti il ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso.

#### Il caso

Gli appellanti, proprietari di un'area soggetta a tutela paesaggistica sulla quale avevano realizzato opere abusive, impugnavano la sentenza con cui il Giudice di primo grado aveva respinto l'originaria domanda di annullamento dell'ordinanza di demolizione emessa dal Comune. A sostegno del proprio gravame, deducevano la mancanza di motivazione in ordine all'esigenza della demolizione totale, ma anche in ordine ad alternative possibili a questa.

Si costituiva in giudizio il Comune, chiedendo il rigetto dell'appello.

#### La decisione del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, rigettava l'appello sul presupposto che l'atto che ordina l'eliminazione delle opere realizzate, oltre a sanzionare l'abuso contestato, è di per sé già sufficientemente motivato "per effetto della stessa oggettiva rilevazione e descrizione dell'abuso accertato", che integra, pertanto, il presupposto necessario, ma anche sufficiente a giustificare l'emanazione della misura sanzionatoria della demolizione: l'esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi mediante applicazione della misura ripristinatoria costituisce, dunque, atto dovuto, per il quale l'interesse pubblico alla sua rimozione è *in re ipsa*.

Peraltro, non avendo gli appellanti indicato alcun elemento concreto al fine di evidenziare l'eventuale rischio per le parti non abusive, né fornito documentazione idonea a dimostrare che la demolizione avrebbe implicato una notevole spesa e inciso sulla funzionalità interna del locale preesistente, il Giudice di secondo grado non riteneva potesse costituire onere dell'Amministrazione verificare dette eventualità.

#### L'iter giurisprudenziale recente

Numerose le "sfumature" che, da sempre, caso dopo caso, hanno caratterizzato l'argomento.

Tanto che, da ultimo, ben due Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato, la n. 8 e la n. 9 del 17 ottobre 2017, si sono pronunciate sul tema.

Alla n. 9 si rifanno espressamente i Giudici di Palazzo Spada nella sentenza n. 1087, qui commentata, quando richiamano il consolidato principio secondo cui "i provvedimenti con cui viene ingiunta la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso".

Con la pronuncia n. 8 del 2017, invece, l'Adunanza Plenaria ha offerto un nuovo chiarimento in merito alle vicende di annullamento in autotutela di un titolo edilizio, ponendo in rilievo l'importanza dell'interesse pubblico al ripristino della legalità, interesse rilevante ma, comunque, deve essere espressamente circostanziato, non potendosi ritenere sussistente *ex se* in caso di legittimità violata.

L'eterogeneità di pronunce, tuttavia, permane.

Basti riflettere sull'esempio fornito da due sentenze dello stesso TAR Campania-Salerno.

La seconda sezione, con la sentenza n. 426 del 23 marzo 2018 ha specificato come, in generale, si possa indicare l'illegittimità di un ordine di demolizione che non rechi una motivazione esauriente a sostegno della propria tesi: sono, infatti, "illegittimi l'ordinanza di demolizione e il provvedimento di diniego di permesso di costruire in sanatoria privi di una motivazione esauriente, in quanto i provvedimenti negativi in materia edilizia, sia pure a natura vincolata, devono essere motivati in modo esauriente, nel rispetto dell'art. 3, legge n. 241 del 1990, in modo da rendere palese al destinatario, prima, e al giudice, poi, l'iter logico-giuridico seguito dall'Amministrazione procedente". La stessa sezione, con la pronuncia n. 851 del 29 maggio 2018, si è, invece, conformata all'orientamento della giurisprudenza, che sembra prevalere, secondo cui "l'ordinanza di demolizione, in quanto atto dovuto e rigorosamente vincolato, non necessita di particolare motivazione, potendosi ritenere adeguata e sufficiente la motivazione quando già solo sia rinvenibile la compiuta descrizione delle opere abusive, la constatazione della loro esecuzione in assenza del necessario titolo abilitativo edilizio e l'individuazione della norma applicata, ogni altra indicazione esulando dal contenuto tipico del provvedi-

mento".

Concludendo, pare di potere preferire la soluzione maggioritaria, secondo cui l'ordine di demolizione è un atto dovuto per sanzionare l'abuso e ripristinare lo stato dei luoghi nell'interesse della comunità e, per ciò stesso, non deve essere motivato da ragioni di pubblico interesse.

Il solo interesse da tutelare resta, sovrano, il ripristino della legittimità violata attraverso la rimozione dell'abuso.

Maria Grazia Coppola

### Condizioni per il rilascio del Permesso di soggiorno per motivi umanitari: comparazione tra la situazione soggettiva del richiedente nel suo paese di origine ed in Italia

Cassazione Civile, Prima Sezione, Sentenza n. 4455 del 23 febbraio 2018, presidente Francesco Tirelli, consigliere Estensore dr.ssa Maria Acierno Principio di diritto: "Il riconoscimento della protezione umanitaria, secondo i parametri normativi stabiliti dall'art. 5, c. 6; 19, c. 2, T.U. n. 286 del 1998 e 32 del d.lgs. n. 251 del 2007, al cittadino straniero che abbia realizzato un grado adeguato di integrazione sociale nel nostro paese, non può escludere l'esame specifico ed attuale della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al paese di origine, dovendosi fondare su una valutazione comparativa effettiva tra i due piani al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile, costitutivo dello statuto della dignità personale, in comparazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza".

L'instabilità politico-economica e le guerre esistenti in numerosi stati, per lo più situati nella parte meridionale del pianeta, sta costringendo un numero sempre più elevato di esseri umani a lasciare il proprio paese di origine alla disperata ricerca di una vita migliore, anche a costo di mettere a repentaglio la propria stessa esistenza. Tali flussi migratori, secondo autorevoli studiosi, non possono circoscriversi in un arco temporale definito ma sono destinati a durare, con elevata probabilità, ancora per decenni. Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione ha analizzato in maniera puntuale e accurata quali sono le condizioni fondamentali per l'ottenimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari da parte degli stranieri richiedenti e provenienti da paesi terzi rispetto all'Unione Europea. I fatti di causa





traggono origine da una Sentenza della Corte di Appello di Bari che aveva riconosciuto ad un cittadino gambiano il diritto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ex art. 5, comma 6, d.lgs. 286/1998, dopo aver accertato l'insussistenza del diritto allo status di rifugiato e della protezione sussidiaria. A sostegno della propria decisione la Corte territoriale aveva ritenuto che lo straniero trovandosi in Italia da tre anni fosse pienamente integrato nel tessuto sociale potendo godere di un lavoro stabile e di una adeguata retribuzione.

A ciò aggiungeva che il rientro forzoso nel paese di origine, lo avrebbe esposto "ad una situazione di particolare vulnerabilità, stante la grave situazione di compromissione dei diritti umani ivi presente". Ebbene, avverso tale pronuncia, proponeva ricorso per Cassazione il Ministero dell'Interno, contestando la violazione e falsa applicazione dell'art. 32, d.lgs. n. 25/2008 e dell'art. 5, d.lgs. 286/98 ed evidenziando come la Corte avesse erroneamente valorizzato l'integrazione sociale dello straniero che non può costituire di per sé un motivo per la concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari ed, inoltre, la "generica compromissione" dei diritti umani cui il richiedente sarebbe stato esposto in caso di ritorno in Gambia in mancanza di uno specifico rischio personale. La Corte di Cassazione, con sentenza del 23 febbraio 2018 n. 4455, ritiene il ricorso fondato.

#### Motivi della decisione

La presente sentenza è di notevole interesse sotto diversi profili e per diversi ordini di ragione, non solo per il tema trattato, ma, soprattutto, per la linearità dell'iter logico-argomentativo e per la chiarezza espositiva. Innanzitutto, la Cassazione ha analizzato in maniera puntuale il quadro normativo attualmente esistente. Nello specifico, il permesso di soggiorno per motivi umanitari è regolato dall'art. 5 del d.lgs. 286/1998 (Testo Unico dell'immigrazione) in base al quale: "il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi internazionali dello stato Italiano. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal Questore secondo le modalità previste dal regolamento di attuazione". Inoltre, l'art. 28, lett. d) del DPR 394/99, disciplina l'ipotesi del rilascio di permesso per motivi umanitari in caso di pericolo di persecuzioni o torture, in attuazione dei principi previsti dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Dunque, "la protezione umanitaria costituisce una forma di tutela a carattere residuale posta a chiusura del sistema complessivo che disciplina la protezione internazionale degli stranieri in Italia e nei casi in

cui non si accolla la domanda di protezione internazionale (nella forma di rifugio o della protezione sussidiaria) e se si ritenga possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari". La Corte, dunque, chiarisce che la protezione umanitaria si trova in una posizione "alternativa rispetto alle due misure tipiche di protezione internazionale, potendo l'autorità amministrativa e giurisdizionale procedere alla valutazione della ricorrenza dei presupposti della prima soltanto subordinatamente all'accertamento negativo della sussistenza dei presupposti delle seconde". I "seri motivi" necessari per il rilascio del permesso per motivi umanitari, nominati dall'art. 5 T.U. immigrazione, non sono stati, tuttavia, tipizzati o pre-determinati dal legislatore ma costituiscono un catalogo aperto al cui interno confluiscono una serie di situazioni di fragilità da tutelare in caso di rimpatrio dello straniero, in presenza di un'esigenza qualificabile come "umanitaria cioè concernente i diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale". La Cassazione, dunque, non condivide la valorizzazione, operata dalla Corte di Appello in via del tutto prevalente, dell'integrazione dello straniero nel tessuto sociale e lavorativo italiano, come valore esclusivo per l'ottenimento della protezione umanitaria. Invero, il grado di integrazione sociale può essere considerato esclusivamente una circostanza che può concorrere a determinare una situazione di vulnerabilità personale per il richiedente, che "deve essere tutelato attraverso il riconoscimento di un titolo di soggiorno", allorché quando rischia, con il rimpatrio forzoso, di essere immesso nuovamente in un contesto sociale, politico o ambientale quale quello eventualmente esistente nel paese di origine, idoneo a costituire una effettiva compromissione dei suoi diritti fondamentali inviolabili. Appare chiaro, dunque, che la *ratio* della protezione umanitaria è quella di non esporre i cittadini stranieri al rischio di condizioni di vita non rispettose dei diritti della dignità umana. Ebbene, ai fini della concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari "non è sufficiente l'allegazione di un'esistenza migliore nel paese di accoglienza ma è necessaria una valutazione comparativa che consenta, in concreto, di verificare che ci si è allontanati da una situazione di vulnerabilità effettiva, sotto il profilo specifico della violazione o dell'impedimento all'esercizio dei diritti umani inalienabili". Da ciò consegue che i "seri motivi" legittimanti il permesso umanitario sussistono nel caso in cui, all'esito di un giudizio comparativo, risulti una profonda sproporzione tra i due

contesti di vita cioè quello che il richiedente conduce nel paese di accoglienza e quello a cui andrebbe incontro ritornando nel Paese di origine. Il riscontro normativo indiretto sulla necessità di operare un tale bilanciamento in sede di riconoscimento della protezione umanitaria è fornito dagli artt. 3, co. IV, 9, co. II, e 15, co. II, del d.lgs. 251/2007 nei quali sono considerati "gravi motivi umanitari" quelli che comportano un vero e proprio impedimento al rientro nel paese di provenienza. Da quanto fin qui analizzato, la Cassazione con la sentenza in commento, ritiene che la violazione dei diritti umani deve correlarsi necessariamente alla vicenda personale di ogni singolo richiedente perché altrimenti si finirebbe con il prendere in considerazione non la situazione del singolo ma piuttosto quella del suo paese di origine in termini del tutto generici ed astratti. In conclusione, la Corte accoglie il ricorso presentato dal Ministero dell'Interno, ritenendo che la Corte d'Appello di Bari si sia sottratta a tali concreti e puntuali accertamenti, facendo discendere il riconoscimento della protezione umanitaria da presupposti che non possono essere considerati in via esclusiva "ma come elementi che possono concorrere a determinare una condizione di vulnerabilità che, sulla base di elementi legati alla vicenda personale del richiedente, deve essere apprezzata nella sua individualità e concretezza". Ai giorni nostri, purtroppo, "migrare" sta diventando "un calvario per la sopravvivenza", e, dunque, vorrei ricordare le parole del Papa Emerito Benedetto XVI per la giornata Mondiale del migrante e del rifugiato nel 2013: "Nel contesto socio-politico attuale, però, prima ancora che il diritto a emigrare, va riaffermato il diritto a non emigrare, cioè a essere in condizione di rimanere nella propria terra".

Carmen D'Ambrosio

#### Inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. ai reati di competenza del giudice di pace

Cass., Sez. Un., u.p. 22 giugno 2017 (dep. 28 novembre 2017), n. 53683.

"La causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-bis c.p., non è applicabile nei procedimenti relativi a reati di competenza del giudice di pace".

Con la pronuncia in commento, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiarito che le ipotesi di particolare tenuità del fatto in relazione a reati di competenza del giudice di pace sono regolate ai soli sensi della speciale causa di improcedibilità di cui all'art. 34 d.lgs. 274/2000, in





ragione delle peculiarità che caratterizzano tale procedimento, al punto da delinearne una sorta di "microcosmo punitivo". In via del tutto preliminare è opportuno chiarire che l'art. 131-bis c.p. ha introdotto, nel nostro ordinamento, un istituto di diritto penale sostanziale, in grado di incidere direttamente sulla punibilità del fatto illecito e, come tale, offensivo del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

Di conseguenza, lo stesso, in quanto norma indubbiamente più favorevole al reo, ai sensi dell'art. 2, comma 4 c.p., può essere applicato retroattivamente anche ai fatti che sono stati commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo che ne ha sancito la sua introduzione (2 aprile 2015). Tanto chiarito, deve rilevarsi che il nuovo istituto presuppone sì un fatto tipico, anti-giuridico, colpevole e offensivo, ma l'autore di esso non viene punito sulla scorta di una valutazione di opportunità legata al caso concreto, perché il fatto è di particolare tenuità.

Si tratta di una causa di non punibilità generale, "oggettiva" e in senso stretto: l'offesa per essere "esigua" deve comunque ricorrere.

Il fondamento costituzionale (e razionale) della causa di non punibilità risiede, perciò, nel principio di proporzionalità: il fatto concreto è di così scar-

sa gravità che risulta inferiore alla misura minima della pena che il giudice dovrebbe infliggere.

Per poter ben comprendere la conciliabilità o meno delle due normative, è necessario tratteggiare le peculiarità della disciplina davanti al Giudice di pace.

Nel processo penale davanti al Giudice di pace, tra le definizioni alternative del procedimento, è prevista l'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto. Ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, il giudice può, durante le indagini preliminari, dichiarare con decreto d'archiviazione di non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, quando, ovviamente, non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. In effetti, il fatto oggetto di causa è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto anche del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta a indagini o dell'imputato.

Si constata, quindi, che l'irrilevanza del fatto innanzi al Giudice di pace, per cui è prevista l'im-

procedibilità, si differenzia dall'istituto di cui all'art. 131-bis c.p., non solo per quanto sinora esposto, ma anche in quanto applicabile soltanto ad alcune fattispecie di reato (espressamente identificate nel decreto), ritenute di limitata offensività, il che si evince dalla loro attribuzione al Giudice di pace stesso, quale autorità giudiziaria competente.

Al fine di ottenere un riscontro giurisprudenziale circa le osservazioni mosse in precedenza, è opportuno far presente che la Corte di Cassazione ha dedicato, in più di una sentenza, specifica attenzione al tema dell'applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-bis c.p. nei procedimenti davanti al Giudice di pace.

Il problema si è posto essenzialmente per la già citata "vicinanza" tra l'istituto introdotto dall'art. 131-bis c.p. e quello dell'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto di cui all'art. 34 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

Passiamo ora ad analizzare la sentenza in esame. La terza Sezione della Corte di Cassazione era stata investita della questione a seguito del ricorso presentato dal Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Venezia avverso una sentenza con la quale il Giudice di pace di Verona aveva assolto ai sensi dell'art. 131 bis c.p. i due imputati, cui era stata contestata la contravvenzione di inosservanza dell'obbligo di istruzione elementare del figlio minore, prevista dall'art. 731 c.p.

Specificamente, secondo il giudice onorario, tra l'art. 131 bis c.p. e l'art. 34 d.lgs. 274/2000 sorge un concorso apparente di norme risolto, ex art. 15 c.p., in favore della prima disposizione.

Di diverso avviso la Procura ricorrente, che ritiene applicabile da parte del Giudice di pace il solo art. 34 d.lgs. 274/2000, sul presupposto che la diversa disciplina sia conseguenza indefettibile dei differenti procedimenti entro i quali i due istituti sono destinati ad operare, oltre che delle differenti finalità che li muovono.

In particolare, fondamentale rilievo per la risoluzione della problematica in esame viene attribuito alla centralità del ruolo che la persona offesa assume nei procedimenti per reati di competenza del giudice di pace, fortemente ispirati ad esigenze conciliative.

Occorre, pertanto, ripercorrere sinteticamente i due principali orientamenti emersi sul punto.

In base ad una prima soluzione interpretativa, la causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p. non sarebbe applicabile nei procedimenti di competenza del giudice di pace, ove le ipotesi di particolare tenuità si ritengono disciplinate dal solo art. 34 d.lgs. 274/2000, norma speciale che da espressione alle finalità conciliative proprie di

tale peculiare procedimento.

Si osserva, inoltre, come la portata dell'art. 131 bis c.p. sarebbe circoscritta rispetto a quella dell'art. 34 d.lgs. 274/2000, in ragione del requisito della non abitualità della condotta illecita e della serie di ipotesi ritenute astrattamente incompatibili con la particolare tenuità del fatto.

Diversa sarebbe, altresì, la valutazione richiesta al giudice, che solo nell'art. 34 si estende ad eventuali interessi individuali per i quali si rende inopportuna l'inflizione di una sanzione penale.

Altro argomento dal quale si ricaverebbe l'asserita inconciliabile diversità dei due istituti è rappresentato dal ruolo riconosciuto alla persona offesa ai fini della loro stessa operatività.

Solo per i reati di competenza del giudice di pace, infatti, è attribuita alla persona offesa la facoltà di opporre un insuperabile veto alla definizione del procedimento per tenuità del fatto.

Né del resto potrebbe riconoscersi l'avvenuta abrogazione tacita dell'art. 34 d.lgs. 274/2000 ad opera del sopravvenuto art. 131 bis c.p.

Trattandosi d'istituti che operano in ambiti diversi, andrebbe ravvisato tra le due norme un rapporto di specialità da dirimersi ai sensi dell'art. 16 c.p., secondo cui le disposizioni del codice penale si applicano alle materie regolate da altre leggi, "in quanto non sia da queste stabilito altrimenti".

Opposto orientamento ha, invece, osservato che negare l'applicabilità dell'art. 131 bis al procedimento dinanzi al giudice di pace si risolverebbe in un inaccettabile paradosso: una simile preclusione, infatti, finirebbe per eludere la finalità deflattiva cui è ispirata la causa di non punibilità in questione e, ancor prima, l'intera riforma del 2015, nonostante l'intrinseca minor offensività propria dei reati di competenza di tale giudice.

Tale contrasto interpretativo è stato ricomposto, con la pronuncia in commento, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che hanno fatto propria la prima delle indicate elaborazioni pretorie, concludendo per l'inapplicabilità dell'art. 131 bis c.p. ai procedimenti dinanzi al giudice di pace.

Dopo aver evidenziato caratteristiche e fondamento della novella del 2015, il Collegio nomofilattico mette in luce le varie differenze tra l'art. 131 bis c.p. e l'art. 34 d.lgs. 274/2000, a partire dalla diversa rilevanza della persona offesa che, nella seconda ipotesi, ha un vero e proprio "potere di veto" alla dichiarazione di non punibilità, potere non previsto nella norma inserita nel codice penale, in quanto istituto di depenalizzazione sostanziale.

Invero, sin dalle prime battute, la Corte mette in rilievo il diverso spirito che muove i due istituti: la finalità deflattiva, per quanto attiene alla causa di





non punibilità di cui all'art. 131 *bis*, che sarebbe stata destinata ad operare "nella giustizia ordinaria"; l'obiettivo conciliativo, quanto all'art. 34 d.lgs. 274/2000.

Ciò premesso, le Sezioni Unite chiariscono come il canone ermeneutico cui fare riferimento per risolvere il concorso apparente tra l'art. 131 *bis* c.p. e l'art. 34 d.lgs. 274/2000 non sia da rinvenire nel principio di specialità di cui all'art. 15 c.p.

Né sarebbe utile il richiamo alla specialità reciproca, criterio che non è per nulla idoneo a risolvere il concorso apparente tra norme.

L'attenzione della Corte si sposta allora verso il principio, espresso dall'art. 16 c.p., di "espansività" delle norme del codice penale alle materie regolate da leggi speciali.

Come noto, questa disposizione prevede espressamente che le norme contenute nel codice penale trovino applicazione anche in relazione a materie regolate da altre leggi speciali, salvo che queste ultime abbiano già diversamente disposto sulle medesime materie. Ciò posto, con specifico riferimento alla questione in esame, le Sezioni Unite ritengono che l'interprete sia chiamato a valutare se l'ipotesi di particolare tenuità del fatto per i reati di competenza del giudice di pace abbia già trovato o meno espressa regolamentazione all'interno del d.lgs. 274/2000, normativa speciale ai sensi dell'art. 16 c.p.

Del resto, si osserva, la medesima operazione ermeneutica è fatta propria dallo stesso decreto 274/2000 che all'art. 2 rinvia, per quanto concerne le disposizioni processuali, alle norme del codice di procedura penale, laddove applicabili.

Una simile conclusione non è tuttavia prospettabile ad avviso delle Sezioni Unite.

Da un lato, si osserva che sarebbe improprio ravvisare l'intervenuta abrogazione tacita dell'art. 34 d.lgs. 274/2000 ad opera dell'art. 131 *bis* c.p., ai sensi e per gli effetti dell'art. 15 preleggi: come infatti appena visto, le Sezioni Unite ritengono che nessun rapporto di genere a specie può dirsi sussistente tra le due norme, poste le differenze in termini tanto di effetti, quanto di requisiti.

Tra le due norme in questione si configura un legame di cd. interferenza: avendo quanto alla struttura un nucleo in comune di fattispecie (l'esiguità dell'offesa al bene oggetto di tutela penalistica), ma elementi reciprocamente eterogenei.

Dall'altro, proprio la necessità di guardare alla portata dell'istituto della particolare tenuità, imporrebbe all'interprete "di ragionare in termini non di compatibilità/incompatibilità fra istituti ma di concreta applicabilità all'interno del sistema speciale".

Pertanto, all'apparente irragionevolezza che comporterebbe escludere l'operatività dell'art. 131 *bis* per reati di minor gravità, quali sono quelli di competenza del giudice di pace, farebbero "da contrappeso e da bilanciamento altri valori di pari dignità".

In altre parole, non vi sarebbe alcuna disparità di trattamento tra posizioni che, di fatto, non sono uguali: nel procedimento ordinario e quello dinanzi al giudice di pace diversi sono, infatti, gli epiloghi decisori nonché la portata afflittiva delle sanzioni irrogabili, così come diversa è la finalità che li muove.

Da ultimo, è evidente come in alcun modo valga ad inficiare le conclusioni cui sono giunte le Sezioni Unite la circostanza per cui il d.lgs. 28/2015, nell'introdurre la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, ha inciso su alcune disposizioni processuali (artt. 411 e 469 c.p.p.) che trovano applicazione anche nel procedimento per reati di competenza del giudice penale.

Ciò per il semplice fatto che il rinvio operato dalle singole norme del d.lgs. 274/2000 alle disposizioni processuali in parola deve essere configurato quale rinvio fisso, e dunque al testo normativo così come formulato al momento di entrata in vigore del decreto sul giudice di pace, senza alcuna rilevanza delle modifiche successivamente apportate alle norme richiamate.

Quella cui giungono le Sezioni Unite, invero, pare essere una soluzione condivisibile, qual è, in particolare, il punto di partenza fatto proprio dalla pronuncia in commento, vale a dire l'impossibilità di configurare un rapporto di specialità tra gli artt. 34 d.lgs. 274/2000 e 131 *bis* c.p.

Gli istituti in questione sono, infatti, diversi per natura, presupposti, requisiti e conseguenze, così come parzialmente diversa ne è la stessa *ratio* di fondo, al punto che nemmeno accogliendo la nozione di specialità reciproca potrebbe essere risolto quello che, in realtà, neppure si profila come un concorso apparente di norme.

La Corte ha, pertanto, preferito il primo orientamento giurisprudenziale, sopra esaminato, sulla scorta di una visione complessiva del funzionamento dei due istituti e della loro specialità, ognuno strumentale allo specifico procedimento a cui riferito, ed ha affermato il principio di diritto per cui: "La causa di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* c.p., non è applicabile nei procedimenti relativi a reati di competenza del giudice di pace".

Renata Gaeta

### L'ambito applicativo della *compensatio lucri cum damno* alla luce degli ultimi approdi giurisprudenziali

Ad. Plenaria n. 1/2018; Sez. Unite n. 12564/2018, n. 12565/18, n. 12566/18, n.12567/18)

L'istituto della cd. *compensatio lucri cum damno* ha origini antichissime risalenti all'epoca romana, nel corso della quale, in assenza di esplicita formulazione normativa, ne fu affermata l'esistenza argomentando *a contrario* da diverse disposizioni

legislative che espressamente ne escludevano l'operatività. La regola ricavabile dalla *compensatio* era deputata a circoscrivere il *quantum* di danni risarcibili: quest'ultimo andava liquidato tenendo conto anche dei vantaggi derivati al danneggiato a seguito dell'illecito.

L'esistenza dell'istituto in esame, attualmente, è indiscussa. Tuttavia, ciò che ha determinato maggiori contrasti interpretativi, tanto da rendere indispensabile l'intervento del Supremo Consesso sia della giustizia civile che di quella amministrativa, è stata l'esatta perimetrazione dei confini applicativi entro cui la *compensatio* possa dirsi operante. Invero, la giurisprudenza, aderendo alla tesi dottrinale prevalente, è sempre stata unanime nell'ammettere la cd. *compensatio lucri cum damno*, ancorandola all'art. 1223 c.c. - richiamato dall'art. 2056 c.c. - per il quale, il patrimonio del danneggiato deve essere riportato, mediante il risarcimento dei danni, nella stessa situazione in cui sarebbe stato se non si fosse realizzato l'evento dannoso. Per stabilire, poi, quali debbano essere i danni suscettibili di risarcimento, occorre individuare tutte le conseguenze dannose scaturite dall'illecito secondo il principio della cd. regolarità causale: individuandole, cioè, non solo in quelle immediatamente e direttamente discendenti dall'illecito, ma anche in tutte quelle ad esso riconducibili secondo l'*id quod plerumque accidit*. Del resto, quanto da ultimo affermato si pone in linea con la funzione compensativa della responsabilità civile. Invero, in ossequio ai fondamentali principi della indifferenza e della integralità del risarcimento, la quantificazione del ristoro del danno deve essere limitata al pregiudizio effettivamente patito dal danneggiato, senza oltrepassarlo, onde evitare che la vittima possa trovarsi in una condizione migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata se non si fosse realizzato l'illecito. Sicché, affinché la responsabilità possa svolgere la sua finalità precipua di riequilibrio e di allocazione delle risorse, è necessario che la sfera patrimoniale del danneggiato sia riportata nello *status quo ante* e che il danneggiante non sia costretto a versare più di quanto sia in realtà dovuto, per eliminare il pregiudizio arrecato con la sua condotta illecita. La circostanza in base alla quale si afferma che la responsabilità civile, ad oggi, abbia assunto anche una *curvatura sanzionatoria* e possa, pertanto, svolgere molteplici funzioni, tra cui quella preventivo-deterrente o quella prettamente sanzionatoria-punitiva - come ribadito soprattutto dall'intervento delle Sezioni Unite del 2017, con sentenza n. 16601 -, non è di ostacolo a quanto finora considerato. Invero, la funzione sanzionatoria si qualifica come speciale e secondaria, e, ben può essere connessa al risarci-



mento qualora sia il Legislatore a prevederla - art. 25 Cost. -, tenendo conto, altresì, dei principi di proporzionalità e prevedibilità.

Orbene, acclarata la possibilità di considerare immanente nel nostro ordinamento il principio desumibile dall'istituto della *compensatio lucri cum damno* e rinvenuto nell'art. 1223 c.c. il fondamento normativo dello stesso, meno scontata è stata, invece, l'individuazione dei presupposti necessari affinché il detto istituto possa ritenersi applicabile. Per lungo tempo, la giurisprudenza, affinché potesse operare lo scomputo tra danni e vantaggi presenti nel patrimonio dell'illecito in applicazione della *compensatio*, ha ritenuto necessario che entrambi discendessero dallo stesso evento, derivassero, sotto il profilo causale, dallo stesso titolo e che le poste compensative avessero la medesima natura giuridica.

Soltanto in presenza delle summenzionate condizioni vi sarebbe, secondo l'impostazione tradizionale, la piena operatività dell'istituto *de quo*, con conseguente scomputo dalla posta risarcitoria, in sede di determinazione del *quantum*, dell'eventuale vantaggio derivato al danneggiato. Negli altri casi, viceversa, si applicherebbe la teoria del *cd. cumulo* per la quale non sarebbe ammessa alcuna decurtazione.

È sul finire degli anni '90 che ha cominciato a delinearsi una diversa impostazione che, in particolar modo con riferimento ai danni ed agli indennizzi derivanti da vaccinazioni obbligatorie e trasfusioni di emoderivati, ha valorizzato la tesi dello scomputo, applicando la *compensatio* tutte le volte in cui il danneggiante tenuto al risarcimento ed al versamento dell'indennizzo fosse il medesimo. Per questa via si è inteso evitare che lo stesso soggetto - il Ministero della Salute - potesse essere tenuto ad un pagamento superiore rispetto alla somma necessaria per reintegrare la vittima del pregiudizio patito, oltrepassando i limiti posti dai principi dell'indifferenza e dell'integralità del risarcimento.

Più recentemente, con le ordinanze nn. 15534, 15535, 15536, 15537 del 2017, in seno alla Terza Sezione Civile della Cassazione, è tornato in auge il dibattito in ordine ai presupposti applicativi dell'istituto della *compensatio* e, in presenza di orientamenti contrastanti sul punto, la questione è stata rimessa alla Suprema Corte.

Le quattro citate ordinanze recano, sullo sfondo, il medesimo dubbio interpretativo, ovvero "se ai fini della liquidazione dei danni civili, il giudice deve limitarsi a sottrarre dalla consistenza del patrimonio della vittima anteriore al sinistro quella del suo patrimonio residuo al sinistro stesso e se, di conseguenza, quando l'evento causato dall'illecito costituisce il presupposto per

l'attribuzione alla vittima, da parte di soggetti pubblici o privati, di benefici economici il cui risultato diretto o mediato sia attenuare il pregiudizio causato dall'illecito, di essi il giudice deve tenere conto nella stima del danno, escludendone l'esistenza per la parte ristorata dall'intervento del terzo". La Terza Sezione, in particolare, ha criticato con plurime argomentazioni l'orientamento tradizionale volto ad ammettere l'operatività della *compensatio* soltanto ove sussista l'unicità del titolo da cui scaturiscono danni e vantaggi. Soprattutto, i giudici rimettenti hanno asserito che, così come per l'accertamento della causalità *ex art. 1223 c.c.* si tiene conto di tutti i pregiudizi discendenti dall'evento dannoso, anche qualora non siano immediati e diretti, purché rientrino nella *cd. regolarità causale* secondo l'*id quod prelumque accidit*, allo stesso modo dovrebbe tenersi conto di tutti i vantaggi - diretti o meditati - collegati con l'illecito.

In sostanza, l'art. 1223 c.c. dovrebbe operare in modo simmetrico ed essere invocato con la stessa ampiezza, sia quando si tratti di accertare i danni prodotti, sia quando si tratti di verificare i vantaggi ottenuti in conseguenza dell'evento stesso. Inoltre - sempre a parere della Terza Sezione -, aderire alla tesi tradizionale del cumulo, anche qualora siano previsti meccanismi di surrogazione, come nel caso delle norme in tema di assicurazione, comporterebbe o che il danneggiante debba pagare due volte - al danneggiato ed all'ente assicurativo che eserciti l'azione di surrogazione prevista dalla legge - o che vengano, di fatto, abrogati gli articoli che prevedono tale meccanismo di rivalsa e surrogazione. Tale ultima evenienza, in totale dispregio dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, comporterebbe un arricchimento del danneggiato, il quale si troverebbe a percepire più di quanto dovuto in applicazione della regola dell'indifferenza del risarcimento del danno.

Lo scorso 22 maggio, le Sezioni Unite si sono pronunciate con sentenze nn. 12564, 12565, 12566, 12567 per dirimere il contrasto.

Innanzitutto, occorre sottolineare che, in ragione delle contingenze concrete, è possibile che vengano a delinearsi casi differenti in cui occorra stabilire se possa dirsi cumulabile o meno il risarcimento dei danni con l'indennizzo dovuto per legge o per contratto. Infatti, a seconda del titolo, del soggetto tenuto a corrispondere l'indennizzo e della causa giustificatrice dell'attribuzione, è possibile distinguere almeno tre diverse ipotesi concretamente realizzabili:

- Vi è un solo soggetto autore dell'illecito ed è anche l'unico soggetto a dover effettuare le prestazioni derivanti da un unico titolo;



- È unico l'autore dell'illecito ma sono due i soggetti tenuti, sulla base di titoli differenti, ad essere obbligati nei confronti della vittima;

- Il soggetto responsabile è unico ed è anche il solo soggetto obbligato, ma sulla scorta di due differenti titoli.

Orbene, se la prima delle ipotesi delineate rientra in un normale rapporto bilaterale e non pone problemi di sorta, le ultime due evenienze sono quelle maggiormente complesse.

Nel secondo caso si ha un rapporto trilaterale, o meglio un doppio rapporto bilaterale (tra danneggiato e danneggiante; tra danneggiato ed ente assicurativo); nel terzo, invece, la difficoltà interpretativa è data dalla diversità dei titoli dell'obbligazione risarcitoria ed indennitaria.

Tale ultima questione, recentemente, è stata risolta dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 1/18. L'Adunanza è stata chiamata a vagliare l'ammissibilità del cumulo tra la somma dovuta a titolo di risarcimento per la lesione alla salute a causa dell'esalazione di amianto sui luoghi di lavoro e la somma dovuta a titolo di indennizzo per il riconoscimento dell'indennità di servizio.

La pronuncia è stata favorevole all'applicabilità della *compensatio* e quindi allo scomputo. Nell'iter argomentativo seguito, l'Adunanza Plenaria ha particolarmente valorizzato le *rationes* sottese al risarcimento ed all'indennità di servizio, in quanto entrambi hanno la medesima finalità compen-

sativa volta a tutelare lo stesso bene giuridico.

A ben vedere, secondo quanto statuito in sentenza, non sarebbe nemmeno corretto parlare di *compensatio lucri cum damno* poiché nel caso di specie non sorge un problema di compensazione tra danni e vantaggi, bensì, si tratterebbe di sole conseguenze pregiudizievoli e di evitare la duplicazione di voci risarcitorie.

Quanto, invece, ai casi *sub lett. b)*, è ad essi che possono ricondursi le fattispecie sottoposte all'attenzione delle Sezioni Unite.

Nello specifico, i giudici della Corte di legittimità hanno stabilito che "dal risarcimento del danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui non deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità accordata dall'Inps al familiare superstite in conseguenza della morte del congiunto".

"Il danno da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall'ammontare del danno risarcibile l'importo dell'indennità assicurativa derivante da assicurazione contro i danni che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto". "L'importo della rendita per l'invalidità permanente corrisposta dall'INAIL per l'infortunio *in itinere* occorso al lavoratore va detratto dall'ammontare del risarcimento dovuto, allo stesso titolo, al danneggiato da parte del terzo responsabile del fatto illecito". "Dall'ammontare del danno subito da un neonato in fattispecie di colpa medi-



ca, e consistente nelle spese da sostenere vita natural durante per l'assistenza personale, deve sottrarsi il valore capitalizzato della indennità di accompagnamento che la vittima abbia comunque ottenuto dall'Inps in conseguenza di quel fatto". La sentenza - dopo aver ribadito la finalità solidaristica ed assistenziale dell'indennità di accompagnamento - rileva che nel sistema vi è una norma specifica (l'art. 41 della legge 4 novembre 2010, n. 183) secondo cui "le pensioni, gli assegni e le indennità, spettanti agli invalidi civili ai sensi della legislazione vigente, corrisposti in conseguenza del fatto illecito di terzi, sono recuperate fino a concorrenza dell'ammontare di dette prestazioni dall'ente erogatore delle stesse nei riguardi del responsabile civile e della compagnia di assicurazioni".

In particolare, secondo le Sezioni Unite, qualora si versi in ipotesi di rapporti trilaterali - *rectius* di un doppio rapporto bilaterale - in cui vi siano due diversi soggetti obbligati sulla base di due differenti titoli attributivi, per procedere alla *compensatio* è indispensabile compiere un previo e duplice accertamento, poiché non appare corretto decurtare ogni volta automaticamente i vantaggi accertati. La *compensatio* non può essere assimilata ad una mera operazione aritmetica, ma deve condurre ad una seria indagine in ordine alla giustificazione dell'attribuzione patrimoniale al fine di verificarne il collegamento con l'obbligazione risarcitoria. Utilizzare, del resto, come avanzato dall'ordinanza di rimessione, lo stesso metodo per verificare quali siano i vantaggi e quali siano i danni, non sembra predicabile. Una siffatta soluzione andrebbe ad ampliare notevolmente l'operatività dell'istituto in esame, finendo per dare luogo ad un sistema estremamente vantaggioso per il danneggiante, incompatibile con i principi cardine della responsabilità civile. La previsione *ex lege* di indennizzi sorretti da precisi intenti solidaristici, o la stipula di assicurazioni private, non possono fungere da strumenti in grado di alleviare la posizione debitoria del danneggiante. E, allo stesso tempo, quest'irrinunciabile esigenza va bilanciata con quella di evitare che la quantificazione del danno possa esorbitare dai pregiudizi effettivamente patiti, assumendo una connotazione punitiva in assenza di previsioni legislative in tal senso.

In particolare, secondo le recenti pronunce della Cassazione, "la selezione tra i casi in cui ammettere o negare il difallo deve essere fatta per classi di casi, passando attraverso il filtro di quella che è la giustizia del beneficio, e in questo ambito, considerando la funzione specifica svolta dal vantaggio". Non è alla coincidenza formale dei titoli che bisogna avere riguardo, quanto piuttosto al colle-

gamento funzionale tra la causa dell'attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria. Del resto, ai fini dell'applicabilità della *compensatio* è altrettanto necessario, verificare se il Legislatore abbia o meno previsto un coordinamento tra l'obbligazione risarcitoria e quella indennitaria mediante meccanismi surrogatori in grado di riequilibrare le posizioni in gioco, evitando il conseguimento di un ingiusto profitto da parte del danneggiato e, allo stesso tempo, non permettendo al danneggiante di sfuggire alla responsabilità su di lui gravante, pur senza che quest'ultima tramodi in un danno punitivo carente di base legale.

Sicché, ne deriva che per poter applicare la decurtazione del vantaggio, in applicazione della *compensatio*, è necessario verificare il contenuto "per classi omogenee o per ragioni giustificatrici" del vantaggio ed individuare l'esistenza di una "previsione di un meccanismo di surroga, di rivalsa o di recupero, che instaura la correlazione tra classi attributive altrimenti disomogenee". Rifuggendo ogni automatismo astratto, entrambi dovranno essere accertati caso per caso, in concreto.

Emiliana Matrone

### Anche il Tribunale di Salerno si è espresso sulla tragedia della Talidomide

La Talidomide è un farmaco che negli anni Cinquanta e Sessanta veniva largamente prescritto alle donne in gravidanza come anti-nausea in quanto ritenuto erroneamente "innocuo" ovvero improduttivo di effetti collaterali sul feto.

Tale prodotto, inventato dalla ditta tedesca Chemie Grünenthal, venne ritirato dal commercio alla fine del 1961, dopo essere stato venduto come farmaco "da banco" in mezzo mondo, allorché fu accertato che dalle madri che avevano assunto durante il periodo di gestazione la Talidomide nascevano figli con gravi malformazioni congenite agli arti e generalmente agli arti superiori.

In Italia il farmaco in questione venne ritirato solamente a settembre del 1962.

Con decorrenza dal 1° gennaio 2008 è stato riconosciuto un indennizzo a favore dei soggetti nati dal 1959 al 1965 affetti da sindrome da Talidomide, nelle forme della "amelia" (assenza degli arti), "focomelia" (riduzione delle ossa lunga degli arti), "emimelia" (mancanza di uno o più segmenti ossei degli arti) e "micromelia" (presenza di arti abnormemente corti). Detto indennizzo è stato previsto dall'art. 2, comma 363, della



legge 24 dicembre 2007, n. 244, come modificato ed integrato dall'art. 31 del Decreto Legge 30 dicembre 2008, 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009, n. 14, e del Decreto del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali 2 ottobre 2009, n. 163.

Come è stabilito dall'art. 1, comma 2, del DM 163/2009, il suddetto indennizzo "consiste in un assegno mensile vitalizio, di importo pari a sei volte la somma corrispondente ad un importo base di riferimento, determinato in analogia a quanto previsto per i soggetti danneggiati da vaccinazione obbligatoria, ai sensi dell'art. 2 della legge 25 febbraio 1992, n. 210, per le categorie dalla prima alla quarta, a cinque volte per le categorie quinta e sesta, e a quattro volte per le categorie settima e ottava della tabella A, annessa al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 dicembre 1978, n. 915, e successive modificazioni".

Più precisamente, l'importo dell'indennizzo in esame va determinato utilizzando come "base di riferimento" l'indennizzo di cui alla legge n. 210/1992 moltiplicando tale base di riferimento per il coefficiente indicato dal D.M. 163/2009.

Appare doveroso puntualizzare che quest'ultima somma, oggetto della successiva moltiplicazione, è composta da due elementi: l'uno consistente in un assegno determinato in misura di cui alla tabella B allegata alla legge n. 177 del 1976, riva-

lutato annualmente sulla base del tasso di inflazione programmato (comma 1 dell'art. e legge 210/1992); l'altro consistente in una somma corrispondente all'importo dell'indennità integrativa speciale di cui alla legge n. 324 del 1959.

Ecco che insorgeva controversia tra i talidomidici ed il Ministero della Salute, in quanto, in ordine a questa seconda componente dell'indennizzo, il Ministero aveva inizialmente escluso l'applicabilità del meccanismo di rivalutazione espressamente previsto per l'assegno dal comma 1 dell'art. 2 citato. Successivamente era intervenuto a sostegno dell'interpretazione del Ministero l'art. 11, commi 13 e 14, del D.L. 78 del 2010, norma che, come ben noto, veniva dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale con la Sentenza n. 293/2011. In pratica, il Ministero aveva calcolato tale seconda componente in cifra fissa senza applicare alcun meccanismo rivalutativo, ritenendo dovuta solo la rivalutazione Istat prevista sull'intero indennizzo dall'art. 1, comma 4, legge 299/2005. Orbene, nel caso affrontato dal Tribunale di Salerno, il ricorrente premetteva:

- di essere nato con una malformazione alla mano sinistra causata dall'assunzione da parte della propria madre di farmaci a base di Talidomide durante il periodo di gestazione;
- di aver presentato regolare istanza per il riconoscimento dell'indennizzo previsto dalla legge 244/2007;





- che la Commissione Medica Ospedaliera incaricata dal Ministero aveva riconosciuto il nesso causale tra la Talidomide e le infermità di cui era affetto;

- che dette menomazioni risultavano ascrivibili alla sesta categoria della tabella A allegata al DPR 30 dicembre 1981, n. 834;

- che il Ministero della Salute con decreto del 26 luglio 2010 gli aveva comunicato il pagamento di euro 109.902,18 a titolo di arretrati per il periodo dal 1° gennaio 2008 al 31 dicembre 2010 e con il medesimo documento lo aveva informato che per l'anno 2010 l'importo annuo dell'indennizzo previsto per la sesta categoria ammontava ad euro 37.180,82;

- di aver contestato gli importi liquidati, con lettera raccomandata a/r, invitando il Ministero a corrispondergli gli interessi legali per il ritardo nel pagamento degli arretrati, le somme non corrisposte a titolo di rivalutazione e a rivalutare integralmente l'indennizzo previsto dalla richiamata legge 244/2007;

- che il Ministero rispondeva che non vi erano errori nella liquidazione dell'indennizzo e che la rivalutazione dell'indennità integrativa speciale non era dovuta.

Tanto premesso, il ricorrente con ricorso depositato in data 12.01.2015 avanti al Tribunale di Salerno, distinto al n. 150/2015 rgl, chiedeva la condanna del Ministero della Salute, in persona

del ministro pt, al pagamento delle somme non corrisposte a titolo di rivalutazione quantificate in euro 52.878,41, a titolo di differenza tra gli arretrati dell'indennizzo dal 1° gennaio 2008 al 30 novembre 2014 dovuti e quelli corrisposti, nonché degli interessi legali non corrisposti e maturati dal 1° gennaio 2008 al 30 novembre 2014, oltre interessi dal dovuto al saldo, oltre all'accertamento del diritto alla rivalutazione integrale dell'indennizzo e ciò in virtù del principio dell'integrale rivalutabilità dell'indennizzo ex legge 210/1992 anche *pro futuro*, per il periodo successivo a quello per cui era causa e con durata a vita.

Il Ministero della Salute si costituiva in giudizio, sebbene tardivamente, resistendo alle avverse pretese. A sostegno delle proprie ragioni, il ricorrente puntualizzava che, come acclarato dalla Corte Costituzionale, con la Sentenza n. 293/2011, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, con la Sentenza 3 settembre 2013 e da tutta la giurisprudenza di legittimità e di merito (*ex multis*: Cassazione, Ordinanze n. 29080 e n. 29914 del 2011; Cassazione, Sentenza 27 giugno 2012, n. 10769; Cassazione, Ordinanza 29 ottobre 2013, n. 24319; Corte d'Appello di Brescia, Sezione Lavoro, Sentenza 10 gennaio 2012, n. 532; Corte d'Appello di Brescia, Sezione Lavoro, Sentenza 7 gennaio 2012, n. 560; Corte d'Appello di Milano, Sezione Lavoro, Sentenza 22 febbraio

2012, n. 57; Corte d'Appello di Milano, Sezione Lavoro, Sentenza 8 maggio 2012, n. 1575), l'indennizzo previsto dalla legge 210/1992 doveva essere interamente rivalutato in base al tasso di inflazione programmato in tutte le sue componenti e, quindi, anche nella parte relativa alla cd. indennità integrativa speciale.

Pertanto, il ricorrente non chiedeva — come erroneamente sosteneva il Ministero della Salute — di rivalutare due volte le medesime somme, bensì sosteneva che l'importo di riferimento per l'anno 2008 dovesse consistere, come per gli emotrasfusi *ex lege* n. 210/1992, nel relativo indennizzo integralmente rivalutato (a tale anno) in entrambi le componenti, come da giurisprudenza unanime. Chiedeva altresì che dal 2009 gli importi annuali dovessero essere rivalutati di anno in anno in base agli indici Istat.

Tale principio, nelle more del giudizio, era stato confermato dalla Corte di Appello di Caltanissetta, Sezione Lavoro, con la Sentenza 19 febbraio 2018, n. 18, che, nell'esprimersi in maniera favorevole ai talidomidici e sfavorevole all'amministrazione, osservava che "non sarebbe logico ritenere rivalutabile solo la prima componente del complessivo indennizzo e non la seconda componente, indennità integrativa speciale".

Il medesimo orientamento era stato sorretto dalla Corte di Appello di Lecce, Sezione Lavoro, con la Sentenza del 01.01.2018, n. 114, ed ancora dalla Corte di Appello di Torino, Sezione Lavoro, con la Sentenza 31 gennaio 2018, n. 75.

Sulla scia di tanto, il Tribunale di Salerno, con la Sentenza del 10.04.2018, n. 983, nell'accogliere la domanda attorea, affermava che "il ricorrente, lungi dall'invocare una duplice rivalutazione dell'importo a lui spettante, ha rivendicato una diversa determinazione dell'indennizzo a far tempo dall'anno 2008 (epoca di insorgenza del diritto), da effettuarsi mediante l'integrale rivalutazione dello stesso, anche nella parte relativa all'indennità integrativa speciale".

La Giustizia del Lavoro adita soggiungeva che "Tale pretesa è senz'altro meritevole di accoglimento, dal momento che l'indennizzo *de quo* dev'essere rivalutato nella sua interezza, in base agli indici Istat, con la conseguenza che oggetto di rivalutazione dev'essere anche la parte riguardante all'indennità integrativa speciale".

Il Tribunale salernitano sottolineava che "ogni questione relativa alla rivalutabilità dell'indennità integrativa è da ritenersi ormai superata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 9 novembre 2011, con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, commi 13 e 14, del d.l. 78/2010, convertito, con modificazioni, nella legge n. 122/2010,

che aveva escluso dalla rivalutazione l'indennità integrativa speciale, componente principale dell'assegno".

L'On.le Giudicante, in linea con quanto deciso dalla Corte Costituzionale, ribadiva, che "non si giustifica e, quindi, risulta fonte di una irragionevole disparità di trattamento in contrasto con l'art. 3, comma primo, Cost. la situazione venutasi a creare, a seguito della normativa censurata, per le persone affette da epatite post-trasfusionale rispetto a quella dei soggetti portatori della sindrome da Talidomide".

Ai primi, infatti, era riconosciuta la rivalutazione annuale dell'intero indennizzo, mentre ai secondi la rivalutazione risultava negata e "ciò ad onta delle caratteristiche omogenee tra i due benefici". Sulla base di tali argomentazioni logico-giuridiche, il Tribunale di Salerno, in persona del Presidente della Sezione Lavoro Dott. Romano Gibboni, accoglieva il ricorso e, per l'effetto, "dichiarato il diritto del ricorrente a ricevere l'indennizzo *ex lege* n. 244/2007 (parametrato alla sesta categoria dell'indennizzo di cui alla legge n. 104/92 interamente rivalutato e moltiplicato per cinque volte) rivalutato nella sua interezza in base agli indici Istat", condannava "il Ministero della Salute al pagamento in favore del ricorrente dell'importo di euro 52.878,41, unitamente agli interessi legali ..."; dichiarava altresì "il diritto del ricorrente a percepire l'importo di euro 3.999,86 a titolo di indennizzo mensile parametrato alla sesta categoria, a far tempo dall'anno 2014 e per il periodo successivo", ponendo a carico del Ministero convenuto le conseguenti statuizioni di condanna in ordine al pagamento delle spese di lite.

Mariella Orlando

### Quale azione per la cartella di pagamento?

Cassazione civile, SS.UU., 22/9/2017, n. 22080

Con la sentenza n. 22080 del 2017, le Sezioni Unite hanno risolto l'importante contrasto sulla questione relativa all'individuazione del rimedio processuale esperibile nel caso in cui - in materia di sanzioni amministrative per violazione al codice della strada - il contravventore si veda pervenire la cartella esattoriale fondata su un presupposto verbale di accertamento mai notificatogli o invalidamente a lui notificato.

Nello specifico il ricorrente ha agito in giudizio nei confronti di Roma Capitale e di Equitalia Sud S.p.A. proponendo opposizione all'esecuzione





contro una cartella di pagamento notificatagli per sanzioni amministrative per violazione del Codice della Strada. Il ricorso, dichiarato inammissibile sia in primo che in secondo grado, è giunto in Cassazione, prima innanzi alla Terza Sezione Civile e successivamente con ordinanza interlocutoria rimessa alle Sezioni Unite.

La necessità di rinviare la questione alle Sezioni Unite è nella difformità di orientamenti sul tema da parte delle diverse sezioni della Corte. Infatti alcune pronunce giurisprudenziali sostengono che l'opposizione proposta avverso la cartella di pagamento notificata dall'agenzia di riscossione sulla base di verbale di accertamento di infrazione del codice della strada - e volta a contestare che detti verbali non siano stati notificati o non nei termini ex art. 201, comma 1, cd.S. - costituisce contestazione di inesistenza del titolo esecutivo e quindi qualificata come opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.; altre pronunce invece ritengono che la contestazione dell'omessa o tardiva notifica del verbale di accertamento dell'infrazione ex art. 201, comma 1, cd.S., va qualificata come opposizione "recuperatoria" ai sensi dell'art. 22 della legge 689 del 1981 (art. 204 bis cd.S.) e quindi soggetta al termine di trenta giorni decorrenti dalla notifica della cartella di pagamento. Ciò significa che, se la parte ha conoscenza del (preteso) titolo esecutivo soltanto con la cartella di pagamento o con l'intimazione di pagamento,

deve proporre opposizione ai sensi dell'art. 204 bis cd.S.

Secondo i giudici delle SS. UU. occorre occuparsi preliminarmente della modalità di formazione del titolo esecutivo costituito dal verbale di accertamento di violazione del codice della strada, dei suoi rapporti con la pretesa sanzionatoria dell'ente impositore e dei rimedi concessi al privato per reagire a questa pretesa. In merito alla formazione del titolo esecutivo costituito dal verbale di accertamento che consente all'ente che irroga la sanzione di avviare la riscossione coattiva, scrivendo a ruolo esattamente le somme relative alla sanzione amministrativa e gli accessori<sup>1</sup>.

Cosa diversa invece è quando si impugna l'ordinanza-ingiunzione, la quale, in caso di rigetto dell'opposizione, rimane l'unico titolo esecutivo idoneo a fondare la riscossione coattiva. La differenza - come scrivono i giudici - si spiega perché il verbale di accertamento di violazione del codice della strada acquista efficacia esecutiva con una modalità di formazione semplificata rispetto a quella prevista per l'ordinanza-ingiunzione.

Secondo i giudici delle SS.UU. l'ordinanza-ingiunzione costituisce titolo esecutivo solo dopo che il funzionario o l'agente che ha accertato la violazione abbia presentato il rapporto ai sensi del citato art. 17 della legge n. 689 del 1981 e l'autorità competente abbia provveduto ai sensi del successivo art. 18. Il verbale di accertamento -

definito dal codice della strada come titolo esecutivo - è un provvedimento dell'amministrazione che, dotato di efficacia esecutiva, consente la formazione del ruolo esattoriale necessario per procedere all'espropriazione forzata sia in caso di opposizione dinanzi all'autorità giudiziaria sia in caso di mancata opposizione del verbale di accertamento.

La Corte sostiene inoltre che la notifica tempestiva del verbale di accertamento attiene alle modalità di formazione del titolo esecutivo e che la mancata notifica tempestiva dà luogo ad un titolo esecutivo viziato formalmente perché invalido o irregolare nel suo procedimento di formazione. Il modello di riferimento è costituito dall'accertamento tributario dove anche in caso di notifica omessa o invalida vi è lo stesso l'iscrizione a ruolo di tributi e sanzioni (ossia la formazione, sia pur invalida, di un titolo esecutivo).

In sintesi il rimedio praticabile nell'ipotesi di mancata notifica dell'ordinanza ingiunzione o del verbale di accertamento è l'opposizione ai sensi della legge n. 689 del 1981 (oggi art. 6, comma dodici, del d.lgs. n. 150 del 2011), mentre l'opposizione all'esecuzione è il rimedio da praticare quando si contestino fatti sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo.

La notifica tempestiva rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie sanzionatoria. La sua mancanza, quindi, non è equiparabile agli altri fatti estintivi dell'obbligazione di pagamento di diritto comune come la prescrizione, la morte dell'obbligato ed il pagamento.

Altra precisazione della Corte attiene all'ambito oggettivo di operatività del giudizio di opposizione al verbale di accertamento di violazione del Codice della Strada. Quando l'atto sia stato conosciuto dall'interessato a seguito di notifica valida, ma intervenuta oltre il termine dell'art. 201 cd.S., l'azione dovrà essere esercitata nel termine di trenta giorni decorrente dalla notifica (tardiva) del verbale di accertamento, non essendovi ragione di tutela del destinatario della sanzione che impongono di attendere la notificazione della cartella di pagamento.

In conclusione la Suprema Corte ha affermato il principio di diritto secondo il quale "l'opposizione alla cartella di pagamento, emessa ai fini della riscossione di una sanzione amministrativa pecuniaria comminata per violazione del Codice della Strada, va proposta ai sensi dell'art. 7 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 e non nelle forme di opposizione alla esecuzione ex art. 615 c.p.c., qualora la parte deduca che essa costituisce il primo atto con il quale è venuta a conoscenza della sanzione irrogata in ragione della nullità o dell'omissione della notificazione del processo

verbale di accertamento della violazione del Codice della Strada. Il termine per la proponibilità del ricorso, a pena di inammissibilità, è quello di trenta giorni decorrente dalla data di notifica della cartella di pagamento".

Le Sezioni Unite in merito alla questione in oggetto ritengono che il ricorso sia in parte infondato e in parte inammissibile. Infondato nella parte in cui assume possibilità di esperire il rimedio ex art. 615 c.p.c. per dedurre l'omessa notificazione del verbale di accertamento della violazione del Codice della Strada quale fatto estintivo della pretesa sanzionatoria, in quanto il giudizio è stato iniziato dal ricorrente dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 150 del 2011 e pertanto va sostituito con riferimento all'opposizione dell'art. 7 dell'indicato decreto.

È inammissibile per la parte in cui l'azione proposta dal ricorrente ex art. 615 c.p.c. fosse volta anche a far valere la prescrizione della sanzione e la non debenza della maggiorazione ai sensi dell'art. 27 della legge n. 689 del 1981.

In conclusione per tutto quanto esposto la SS. UU. rigettano il ricorso proposto.

#### I precedenti orientamenti della Corte di Cassazione

Prima di questa sentenza le sezioni della Corte si erano pronunciate con esiti discordanti. Ricordiamo i due orientamenti principali con alcune sentenze.

Un primo<sup>2</sup> orientamento giurisprudenziale - come nella sentenza della Corte di Cassazione, sez. III, 16 giugno 2016, n. 12412 - sostiene la funzione "recuperatoria" dell'opposizione proposta in materia di violazioni del Codice della Strada nel caso in cui si deduca l'illegittimità della cartella esattoriale per sanzione amministrativa in ragione dell'omessa notifica del verbale. In questo modo al ricorrente viene restituita la posizione giuridica che avrebbe avuto se il verbale di contestazione gli fosse stato notificato nei termini, facendo così diventare definitivo l'accertamento contenuto nel verbale. A conferma di tale orientamento vi è anche la sentenza della Corte di Cassazione, sez. III, 4 agosto 2016, n. 162828 nella quale si afferma che la contestazione dell'omessa o tardiva notificazione del verbale di accertamento dell'infrazione nel termine di cui all'articolo 201, comma 1, cd.S., anche se introdotta come opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., va qualificata come opposizione "recuperatoria" ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 689/1981 (oggi, articolo 7 del Decreto Legislativo n. 150/2011), e quindi è soggetta al relativo termine di trenta giorni. Ciò consegue che se la parte ha conoscenza della pretesa attraverso la sola cartel-



la di pagamento dovrà proporre opposizione ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. n. 150/2011 e non opposizione all'esecuzione. Diverso orientamento<sup>3</sup> è la sentenza della Corte di Cassazione, sez. II, 25 febbraio 2016, n. 3751 nella quale si asserisce che l'opposizione alla cartella basata sulla mancata notifica dell'atto presupposto non va qualificata come "recuperatoria" ex art. 22 della legge 689/1981, ma come opposizione all'esecuzione per inesistenza del titolo. Di pari avviso è la pronuncia della Corte<sup>4</sup> n. 14125 del 2016, la quale sostiene che l'opposizione proposta avverso la cartella di pagamento notificata dall'agente di riscossione sulla base del verbale di accertamento di violazione del Codice della Strada e volta a contestare che detto verbale non sia stato notificata o non notificata nei termini ex art. 201, comma 1, cd.S., va qualificata come opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. perché diretta a negare l'esistenza del titolo esecutivo. Ne consegue che tale forma di opposizione, differentemente da quella "recuperatoria", è soggetta a termine di decadenza.

.....

- 1 "Questa idoneità del verbale di accertamento viene meno... in caso di ricorso al prefetto ovvero in caso di pagamento in misura ridotta". Cass. sent. n. 22080 del 2017.
- 2 Altre sentenze di pari orientamento sono: Cass. civ., sez. III, 22 luglio 2016, n. 15120; Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2014, n. 1985.
- 3 Si ricorda sentenza della Corte di Cassazione, sez. VI, 30 settembre 2015, n. 19579.
- 4 Cass. civ., sez. II, 11 luglio 2016, n. 14125

Maria Pisani

### Il dialogo tra le Corti, i suoi effetti: l'emblematica vicenda Taricco

Il 31 maggio 2018 la Corte Costituzionale italiana ha depositato i motivi della sentenza numero 115<sup>1</sup>, a conclusione della cosiddetta "vicenda Taricco", che è stata caratterizzata dal susseguirsi di varie pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CdGUE) e della Corte Costituzionale. La questione venne posta a seguito dell'invio di una richiesta di pronuncia pregiudiziale da parte del GUP di Cuneo<sup>2</sup> in un procedimento penale per associazione per delinquere allo scopo di commettere vari delitti in materia di IVA attraverso il meccanismo delle frodi "carosello". Il GUP, nel febbraio 2014, rilevava che per alcuni dei reati era già maturata la prescrizione, mentre per altri reati contestati egli riteneva impossibile giungere ad un accertamento definitivo delle responsabilità entro febbraio 2018, termine che avrebbe sostanzialmente consacrato l'impunità in relazione alle contestazioni formulate.

La CdGUE, *Grande Section*, con la sentenza del 8

settembre 2015 nella causa C-105/15 Taricco e a.<sup>3</sup> ha affermato, con effetto del tutto innovativo, che quando una norma di diritto penale nazionale (nel caso, la regolamentazione della proroga del termine di prescrizione) non consente una tutela efficace delle finanze comunitarie, conducendo, di fatto, ad una sistematica impunità, essa è in contrasto con l'art. 325 del TFUE<sup>4</sup> e deve, in presenza di alcune condizioni che spetta al giudice nazionale verificare, essere disapplicata. In particolare, quando ciò accada in relazione a frodi gravi, in un numero considerevole di casi, il giudice penale dovrà omettere di rilevare l'estinzione del reato per il decorso del termine di prescrizione e condurre a termine il giudizio. In sostanza il giudice europeo sembra sostenere una giurisprudenza di scopo, nella quale al giudice è attribuito il compito di effettuare una "valutazione di natura politico-criminale relativa all'efficacia general-preventiva della complessiva disciplina penale"<sup>5</sup>. L'art. 325 del TFUE, in effetti, prevede due obblighi distinti, dai quali la Corte sembrerebbe far discendere l'obbligo di disapplicazione delle norme nazionali: al par. 1 stabilisce che gli Stati debbano prevedere sanzioni effettive e dissuasive per proteggere gli interessi finanziari dell'UE, al par. 2 che tali misure devono essere equivalenti a quelle previste a tutela degli interessi finanziari nazionali.

Non vi è nessun dubbio che le sanzioni previste siano sufficientemente dissuasive, tuttavia, il giudice del rinvio ha ritenuto che, invece, le disposizioni nazionali sulla prescrizione, impedendone il prolungamento oltre un quarto della durata iniziale, hanno per conseguenza di neutralizzare l'effetto delle interruzioni, e perciò constatata che le misure previste dal diritto nazionale non sono, nei fatti, effettive e dissuasive.

Nei giorni immediatamente seguenti la pubblicazione della prima sentenza Taricco, se, da una parte, alcune Corti ne fecero immediata applicazione, dall'altra si innescò un vivacissimo dibattito e non tardarono anche le reazioni sul piano giurisprudenziale. Così, la Corte di Cassazione e la Corte di Appello di Milano sollevarono due diverse questioni di legittimità costituzionale<sup>6</sup> osservando che se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comporta la disapplicazione degli articoli 160 e 161 del c.p., modificando il regime della prescrizione, vengono violati, per primo il principio di legalità in materia penale, che attinge i principi supremi dell'ordine costituzionale ed i diritti inviolabili della persona. Il regime della prescrizione, infatti, concordemente è considerato istituto di diritto penale sostanziale, anche con riferimento ai suoi atti interruttivi. In secondo luogo, si verificherebbe un prolungamento dei



termini della prescrizione anche in relazione a fatti commessi prima dell'8 settembre 2015, in violazione del divieto di retroattività delle norme in *malam partem*.

Ancora, la creazione giurisprudenziale, anziché tramite il processo legislativo, della definizione della dimensione e misura della punibilità di una condotta, costituisce violazione del principio della riserva di legge. Si infrange, infine anche la tassatività della norma penale: restano del tutto indeterminati, infatti, i criteri di individuazione della "gravità della frode" e del "numero considerevole di casi di impunità" che, se affidati alla determinazione del giudice, gli attribuirebbero poteri esorbitanti dai suoi naturali poteri cognitivi e probatori.

All'esito di una udienza pubblica<sup>7</sup> la Corte Costituzionale, con una forma di corto circuito giurisprudenziale, con l'ordinanza n. 24 del 2017 ha formulato un rinvio pregiudiziale alla CdGUE al fine di ottenere una interpretazione della "regola Taricco", rimarcando che, stabilita la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, l'applicazione della regola pare contrastare con il principio di determinatezza in materia penale, con il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, in particolare considerando che il suo contenuto indeterminato ed indeterminabile a priori finisce con l'assegnare al giudice un compito di politica criminale, sostanzialmente di assegnare prevalenza allo scopo della politica cri-

minale anziché applicare la legge penale. La stessa Corte Costituzionale, nell'ordinanza di rinvio evidenziava che la "regola Taricco pareva subordinare la sua applicazione ad una verifica positiva di conformità con i principi che caratterizzano l'identità costituzionale dello Stato membro.

La seconda sentenza "Taricco" della CdGUE, del 5 dicembre 2017<sup>8</sup> opera su due piani differenti: da una parte afferma l'inapplicabilità della regola Taricco a fatti commessi prima dell'8 settembre 2015, in tal modo sancisce la capacità normogenerativa della giurisprudenza sovranazionale. Per altro verso, riconosce in capo al giudice nazionale l'obbligo di disapplicazione delle norme interne sulla prescrizione tuttavia riconoscendo altresì che siffatto obbligo cede di fronte ad ipotesi in cui una tale disapplicazione violerebbe il principio di legalità dei reati e delle pene, in particolare nel caso di insufficiente determinatezza della legge applicabile e nel caso di applicazione retroattiva di una normativa che prevede un regime di punibilità più severo di quello in vigore al momento della commissione del reato<sup>9</sup>.

L'effetto più rilevante di questa decisione è che attribuisce al giudice nazionale il compito di esaminare la compatibilità della "regola Taricco" con i principi fondamentali costituzionali dello Stato membro; è al giudice nazionale che è affidata la valutazione della eventuale violazione del principio di legalità e di riserva di legge, nonché dei principi di determinatezza e di irretroattività



della legge penale in maniera compatibile con l'ordine costituzionale, principi che, come ribadito dalla sentenza in commento, sono anche principi cardine del diritto dell'Unione Europea.

Alla luce dei chiarimenti offerti dalla sentenza della Corte Europea, la Corte Costituzionale, nei motivi depositati il 31 maggio scorso, ha, innanzitutto, rilevato l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale proposte, ricordando che la "regola Taricco" è inapplicabile ai giudizi nei quali è stata formulata la questione, dal momento che in entrambi i processi si procede per fatti commessi anteriormente all'8 settembre 2015. In ogni caso, spiega la Corte, i giudici rimettenti non avrebbero potuto applicare la "regola Taricco" perché in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale contenuto e protetto dall'art. 25 comma secondo della Costituzione.

La decisione ribadisce la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione che, nel diritto italiano, rientra appieno nell'alveo della penalità legalità penale sostanziale protetta dall'art. 25 della Costituzione, poiché "incide sulla punibilità della persona riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena" con un "bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno"<sup>10</sup>. Stabiliti questi elementi di analisi, la Corte conclude ritenendo evidente il deficit di determinatezza che caratterizza sia l'art. 325 TFUE par. 1 e 2, sia la regola di fonte giurisprudenziale, nella definizione del numero considerevole di casi, rispetto al quale il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo che gli permetta di trarre una regola sufficientemente definita, poiché irrimediabilmente indeterminabile il "numero considerevole di casi" come pure la definizione di "casi gravi". I margini di indeterminazione, pertanto si rivelano inaccettabili poiché i cittadini non avrebbero potuto e nemmeno oggi potrebbero raffigurarsi in maniera chiara ed immediata i profili di possibile illiceità penale della condotta e raffigurarsene l'effetto. La scelta relativa alla punibilità di una condotta deve poter essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo, diversamente da quanto accade per la "regola Taricco" e non può essere attribuito al giudice il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale, svincolandosi, così, dal governo della legge cui egli è, invece, soggetto<sup>11</sup>.

1 Corte Costituzionale Sentenza n. 115/2018, udienza pubblica del 10/4/2018, deposito del 31/5/2018 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).  
2 Cup Tribunale di Cuneo (Boetti) ordinanza del 17 gennaio 2014,

pubblicata tra gli altri in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

- 3 Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 8 settembre 2015, Taricco e a. causa C-105/14, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)
- 4 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1 dicembre 2009.
- 5 Corte Costituzionale sent. n.115/2018, cit., Punto 4 "in fatto".
- 6 Le questioni di legittimità costituzionale riguardavano l'art. 2 della legge 2 agosto 2008 n. 130 di ratifica del Trattato di Lisbona con riferimento agli artt. 3, 11, 24, 25 secondo comma, 27 terzo comma e 101 secondo comma della costituzione.
- 7 Corte Costituzionale, udienza pubblica del 23 novembre 2016, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- 8 Corte di Giustizia dell'Unione Europea causa c-42/17, M.A. S. e M.B. del 5 dicembre 2017 ovviamente non più relativa alla vicenda del sig. Taricco. "... impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive dissuasive, in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato interessato a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato".
- 9 Si rimanda ai punti 51 a 57 della sentenza nella causa C-42/17 cit., per una disamina più articolata in merito all'importanza, tanto nell'ordinamento dell'Unione quanto negli ordinamenti giuridici nazionali, dei principi di legalità dei reati e delle pene, dei requisiti di prevedibilità, determinatezza ed irretroattività della legge penale applicabile. La CdGUE ricorda che tali principi non sono soltanto protetti anche dalla Carta (dei diritti fondamentali o Carta di Nizza) ma appartengono alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.
- 10 Corte Costituzionale, sent. 115/2018 cit., punto 10
- 11 Corte Costituzionale, sent. 115/2018 cit., punto 11 con riferimento alla Costituzione italiana art. 101.

Angelina Rea

### Annulamento della cartella esattoriale e declaratoria di non debenza della contribuzione alla Cassa Geometri

Tribunale di Nocera Inferiore, dott. Angelo De Angelis Sentenza n. 115/2018 del 25.01.2018-accoglie il ricorso in opposizione a cartella esattoriale che intimava il pagamento a titolo di omessa contribuzione alla Cassa Geometri

Nel giudizio definito con la sentenza del dott. Angelo De Angelis, avente ad oggetto un ricorso in opposizione a cartella esattoriale, a mezzo della quale si intimava il pagamento a titolo di omessa contribuzione alla Cassa Geometri, è stato contestato il preteso credito, con diverse eccezioni. In primis, si precisa che, la pretesa nasce da un accertamento di ufficio su erroneo presupposto che il ricorrente nel periodo di osservazione avesse svolto l'attività professionale di geometra secondo presunte modalità ritenute idonee dalla Cassa Previdenza Geometri.

Per tali pretese ai sensi di legge "deve" essere notificato preventivamente un avviso di accertamento per dare la possibilità al soggetto passivo della azionata pretesa di poter esercitare il diritto di difesa ovvero se condividere o impugnare l'accertamento stesso; l'avviso di accertamento ha natura di *provocatio ad opponendum*, la cui notificazione è preordinata all'impugnazione.

La omessa notifica dell'avviso di accertamento comporta la violazione di una sequenza procedimentale con lo scopo sia di rendere possibile un'efficace esercizio del diritto di difesa dell'utente e sia per poter rendere efficace la successiva di riscossione coattiva.

Orbene, la Cassa ha azionato un avviso di accertamento senza che sia stato giammai notificato! Per tale ragione l'omissione della notifica di un atto presupposto priva il contribuente del diritto costituzionale alla difesa preventiva e al contraddittorio e costituisce un vizio procedurale che comporta la nullità dell'atto consequenziale qui impugnato.

Fatta l'eccezione preliminare della nullità della cartella esattoriale si eccepiva che la pretesa era comunque azionata in palese carenza di legittimazione passiva a carico del ricorrente in quanto, quest'ultimo, veniva iscritto d'ufficio alla Cassa Previdenza Geometri pur non essendo ravvisabile l'obbligo di iscrizione, non essendovi alcun nesso "tra il profilo professionale di geometra e l'attività in concreto svolta dal ricorrente".

Risulta palese l'illegittimità della condotta della Cassa Italiana di Previdenza e Assistenza dei Geometri Liberi Professionisti, ovvero la insussistenza di un nesso di correlazione effettivo tra titolo di geometra e attività esercitata in concreto dalla persona cui viene chiesto l'adempimento contributivo.

Al fine di poter affrontare in modo corretto lo svolgimento del contraddittorio processuale sono state richiamate diverse fonti normative che individuano il profilo professionale del geometra e l'esercizio della pertinente professione nonché la fonte normativa da cui discende l'ordinamento professionale che disciplina le competenze del geometra:

- a) R.D. 11 febbraio 1929 n. 274. Regolamento per la professione del Geometra;
- b) 16.11.1939 n. 2229. Norme per la esecuzione delle opere in conglomerato cementizio semplice od armato;
- c) Legge 02.03.1949 n.144. Approvazione della tariffa degli onorari per le prestazioni professionali dei geometri;
- d) Legge 05.11.1971 n. 1086. Norme per la disciplina delle opere in conglomerato cementizio armato normale precompresso e per le strutture

metalliche il tutto integrato da una vasta giurisprudenza nonché dal documento emanato dalla Commissione Interministeriale per l'esame dei limiti di competenza dei Geometri Ministero di Grazia e Giustizia Direzione Generale degli Affari Civili e delle Libere Professioni Ufficio VII.

In base alla normativa vigente compete al geometra:

- Progettazione, direzione dei lavori, calcolo e collaudo di costruzioni rurali ed edifici per uso industrie agricole di limitata importanza;

- Progettazione, direzione dei lavori, calcolo e collaudo di modeste costruzioni civili compresa la progettazione degli impianti idrosanitari, di fognatura interna all'edificio, elettrici, di riscaldamento (con potenzialità inferiore a 30.000 Kcalh) e di tutti gli altri impianti interni ed al servizio della costruzione progettata;

- Progettazione e direzione dei lavori delle strade per la viabilità rurale ed interpodereale, strade di lottizzazione (facenti parte di progetto di lottizzazione redatto da tecnico laureato), strade di cantiere;

- Operazioni topografiche, fotogrammetriche e cartografiche;

- Operazioni catastali;

La Cassa ha disposto d'ufficio la iscrizione sul solo presupposto che il ricorrente ricopriva carica di socio amministratore nella società Alfa, per la carica di Consigliere nella Società Beta e carica di Consigliere e Presidente del Consiglio di Amministrazione nella Società Zeta aventi codici Ateco connessi con le conoscenze proprie della professione di Geometra.

Tra l'altro, la sommaria analisi della Cassa Geometri non tiene neanche conto che per il periodo oggetto della cartella esattoriale e pregressi il ricorrente godeva della assicurazione previdenziale della Cassa Artigiani.

La Cassa usa il termine "connesso" per cercare di dare legittimità al proprio operato non riuscendo in modo alcuno a conferire efficacia probatoria alla azionata pretesa per darsi luogo ad accertamento e successiva iscrizione d'ufficio alla Cassa Geometri né tanto meno appare applicabile la norma invocata dalla Cassa Previdenza Geometri contenuta nell'art. 5 dello Statuto della Cassa stessa, ai sensi del quale "sono obbligatoriamente iscritti alla Cassa i geometri iscritti all'Albo professionale che esercitano, anche senza carattere di continuità ed esclusività, la libera professione".

È palese che la predetta statuizione non riguarda in alcun modo la posizione del ricorrente e le ragioni sulle quali la Cassa pretende di fondare le proprie pretese sono del tutto infondate e non possono condividersi. Il ricorrente non ha esercitato la libera professione nemmeno senza caratte-





re di continuità ed esclusività. Il ruolo all'interno delle Società concerneva solo attività di carattere amministrativo-burocratico e assolutamente non tecnico; ovvero del tutto diverso dal profilo professionale del geometra così come statuito dal proprio ordinamento professionale.

Emerge quindi un assetto del tutto presuntivo dell'impianto istruttorio di accertamento basato su "circostanze aleatorie" in esplicita violazione dell'impianto codicistico contenuto nell'art. 2729 c.c. Ed in particolare le circostanze circa l'esercizio della professione di geometra deve essere comunque provata in giudizio e il relativo onere della prova grava a carico della Cassa Previdenza dei Geometri.

L'organo Giudicante ha pronunciato la decisione ponendo rilievo su diverse fonti normative. E precisamente nel merito, l'oggetto del contendere verte essenzialmente sulla necessità del ricorrente di essere iscritto (e quindi di pagare la relativa contribuzione) alla Cassa Geometri. Sul punto occorre inevitabilmente richiamare la disciplina previdenziale di settore. Ai sensi dell'art. 5 dello Statuto dell'Ente (emesso ex art. 1 del d.lgs. 509/94), "Sono obbligatoriamente iscritti alla Cassa i geometri e i geometri laureati iscritti all'Albo Professionale dei Geometri che esercitano, anche senza carattere di continuità ed esclusività, la libera professione. L'esercizio della libera professione si presume per tutti gli iscritti all'Albo salvo prova contraria che l'iscritto può dare secondo le modalità che verranno stabilite dal Consiglio di Amministrazione... i rapporti tra la Cassa e gli iscritti agli albi dei geometri sono regolamentati dalla normativa vigente e dagli appositi regolamenti".

La prova (positiva) dell'esistenza delle circostanze oggettive e soggettive per le quali è necessaria l'iscrizione di ufficio nella relativa gestione è da fornirsi in giudizio necessariamente dalla Cassa Geometri. La giurisprudenza di legittimità si è ormai condivisibilmente arrestata sul principio secondo cui, in tema di riparto dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c., l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto grava sempre su colui che si afferma titolare del diritto stesso ed intende farlo valere, ancorché sia convenuto in giudizio di accertamento negativo, con la conseguenza che la sussistenza del credito contributivo deve essere comprovata dall'istituto previdenziale (cfr. Cass. 22862/10, Cass. 14965/12).

Pertanto, va affermato il principio secondo cui la mera partecipazione a una società, quand'anche nelle vesti di amministratore, che abbia come oggetto sociale l'esercizio di attività astrattamente connesse a quelle di geometra, non implica, di per sé, l'esercizio di mansioni tipiche dei geometri, stante la non necessaria interferenza tra le due funzioni e la necessità, ribadita anche della relativa normativa di settore, che solo quest'ultima può legittimare l'iscrizione alla gestione previdenziale dei geometri.

Il relativo onere probatorio spetta, secondo i principi di cui all'art. 2697 c.c., all'istituto previdenziale che ne deduce l'iscrizione, potendo detta partecipazione a una società, che esercita funzioni compatibili con quelli della professione di geometra, costituire solo un mero indizio che necessita di ulteriori riscontri.

La Cassa Geometri resistente, non ha dedotto né ha fornito o chiesto di fornire alcun tipo di prova concreta che la parte ricorrente abbia esercitato

l'attività professionale di geometra o abbia utilizzato il titolo o timbro".

Il Giudizio veniva definito con la sentenza n. 115/2018 del 25.01.2018, dell'Ufficio del Tribunale di Nocera Inferiore, nella persona del dott. Angelo De Angelis, il quale, ha accolto il ricorso con annullamento della cartella esattoriale e declaratoria di non debenza, da parte del ricorrente, della contribuzione alla Cassa Geometri.

*Elia Libroia e Gaetano Riccio*

### **Il valore della convivenza dei coniugi nel procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione**

La stabile convivenza tra i coniugi dopo la celebrazione di un matrimonio concordatario può configurarsi come una situazione giuridica di ordine pubblico interno? La risposta a questo interrogativo è senza ombra di dubbio positiva per il Supremo Consesso che, con la recentissima sentenza n. 11808 del 15 maggio 2018, ha chiarito che la convivenza che caratterizza il rapporto coniugale è un elemento imprescindibile del matrimonio ed, in quanto tale, se si è prolungata per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio concordatario costituisce una situazione meritevole di tutela in virtù dei principi di sovranità e di laicità dello Stato.

La pronuncia del 2018 si inserisce in un filone giurisprudenziale iniziato già alcuni anni fa con la decisione a Sezioni Unite n. 16379/2014 e presenta il merito di ribadire in modo definitivo ed in termini maggiormente univoci il valore della convivenza tra i coniugi non come mera coabitazione ma come autentica comunione di vita idonea a sanare anche eventuali vizi del rapporto matrimoniale e ad esprimere un complesso di diritti e doveri tutelati tanto dall'ordinamento giuridico italiano - si pensi alla Costituzione ed al codice civile - quanto dalle fonti sovranazionali. In tal modo può ritenersi palesemente superato l'orientamento giurisprudenziale minoritario, secondo cui "la convivenza dei coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio non è espressiva delle norme fondamentali che disciplinano l'istituto del matrimonio".

Va da sé che la questione di diritto in esame non sia fine a se stessa, determinando invece esiti diametralmente opposti nel procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del

matrimonio.

Stando, infatti, alla ricostruzione da ultimo citata, la convivenza dei coniugi, non rilevando sul piano dell'ordine pubblico interno, non osterebbe alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico.

Contraria è, invece, la conclusione a cui è giunta la Corte di Cassazione nel 2018 in un caso in cui una donna ha visto dichiararsi inammissibile dalla Corte d'Appello di Bologna la domanda diretta ad ottenere la declaratoria di efficacia in Italia della sentenza di nullità del matrimonio pronunciata dal Tribunale ecclesiastico dell'Emilia.

Per la Corte d'Appello, infatti, il ricorso della moglie si qualificava inammissibile ex art. 360-bis c.p.c. in ragione di una condizione ostativa alla delibazione, consistente nel protrarsi della convivenza dei coniugi per ben quattordici anni, i cui primi sette si erano svolti in piena unione coniugale, culminata anche nella nascita voluta da entrambi di una figlia, e solo dopo tale lieto evento si era manifestata l'inclinazione omosessuale del marito.

Per la Corte d'Appello, pertanto, l'indiscutibile protrarsi della convivenza dei coniugi può considerarsi "espressiva di una volontà di accettazione del rapporto che ne è seguito, con cui è incompatibile, quindi, l'esercizio della facoltà di rimetterlo in discussione, altrimenti riconosciuta dalla legge".

Il Supremo Consesso, con il recente arresto, ha ritenuto pienamente legittima e corretta la decisione della Corte d'Appello di Bologna, individuando altresì i caratteri che la convivenza coniugale deve presentare per essere idonea a manifestare l'accettazione del rapporto, consistenti nella riconoscibilità e nella stabilità della stessa, mediante l'interpretazione analogica dell'art. 122, comma 4, c.c. che esclude la proponibilità dell'azione di nullità del matrimonio se vi è stata coabitazione per almeno un anno dalla cessazione del vizio del rapporto matrimoniale.

Per quanto concerne poi gli aspetti procedurali, la Corte di Cassazione ha chiarito che l'impossibilità di delibazione per contrasto con l'ordine pubblico interno non può essere rilevata *ex officio*, potendo costituire oggetto esclusivamente di un'eccezione di parte sollevata dal coniuge che abbia interesse a far valere il protrarsi della lunga convivenza matrimoniale.

Ciò sia in ragione della riservatezza e della difficoltà tipiche di ogni ricostruzione di un rapporto coniugale sia in ossequio ai patti con la Santa Sede che riguardano la fase istruttoria del procedimento di delibazione.

Ne consegue che la situazione di contrasto con





l'ordine pubblico, sebbene verificatasi, diventi del tutto irrilevante quando non sia eccepita da alcuna delle parti, ad esempio perché entrambi i coniugi hanno interesse ad ottenere la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio.

Tale regola processuale consente poi di cogliere un'analogia anche con il giudizio di separazione tra coniugi.

Infatti, ai sensi dell'art. 3, comma 1, n. 2, lett. b), legge 1 dicembre 1970, n. 898, è onere del convenuto eccepire l'eventuale sussistenza di una situazione di interruzione della separazione idonea ad impedire che sia pronunciata una sentenza di divorzio. Un'ulteriore conferma si rinviene sul piano giurisprudenziale, ove è costante l'orientamento secondo cui: "In forza dell'art. 157 c.c. (...) gli effetti della separazione personale, in mancanza di una dichiarazione espressa di riconciliazione, cessano soltanto col fatto della coabitazione, la quale non può, quindi, ritenersi ripristinata per la sola sussistenza di ripetute occasioni di incontri e di frequentazioni tra i coniugi, ove le stesse non depongano per una reale e concreta ripresa delle relazioni materiali e spirituali costituenti manifestazione ed effetto della rinnovata società coniugale". Al di là delle questioni di carattere processuale, la sentenza n. 11808/2018 permette di definire la perdurante convivenza dei coniugi dopo il matrimonio non solo come elemento fondante di quest'ultimo e, pertanto, ostativo alla delibazione della sentenza nullità pronunciata dal Tribunale ecclesiastico, ma anche e soprattutto come una comunione di vita in grado di produrre conseguenze anche dopo la cessazione del matrimonio stesso. Per comprendere appieno tale

considerazione basti pensare alle pronunce della Cassazione che garantiscono la permanenza dell'assegno di divorzio pure nell'ipotesi di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio.

Per concludere, il recente arresto della giurisprudenza di legittimità richiede di essere interpretato nel suo significato più complesso che si spinge ben oltre il riconoscimento della rilevanza della stabile e riconoscibile convivenza dei coniugi o l'individuazione di una ragione di ordine pubblico ostativa alla delibazione di una sentenza di nullità pronunciata dal Tribunale ecclesiastico.

Il senso più autentico delle conclusioni a cui giunge la Corte deve rinvenirsi nella tutela accordata al coniuge non ricorrente anche dopo la fine del matrimonio, una tutela che costituisce una diretta conseguenza della mancata delibazione della sentenza ecclesiastica e che, in caso contrario, non sarebbe mai stata ottenuta.

Infatti, ai sensi dell'129-bis c.c., a seguito della nullità del matrimonio, il coniuge in mala fede è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede soltanto un'indennità pari al mantenimento per tre anni.

La Corte di Cassazione, quindi, individuando nella stabile e riconoscibile convivenza tra i coniugi dopo la celebrazione del matrimonio concordatario una ragione ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità, considera la comunione di vita tra i coniugi perdurante nel tempo come discriminante tra il matrimonio che possa definirsi nullo ed il matrimonio che, invece, sia stato caratterizzato da una consuetudine di vita coniugale ed i cui effetti civili cessino poi con il divorzio.

## Dottrina

Barbara Barbato

### L'evoluzione delle garanzie e delle tutele dei lavoratori che eseguono la loro prestazione nell'ambito dei contratti d'appalto o di servizi

L'esigenza delle imprese, nelle economie moderne, di divenire sempre più competitive sul mercato, offrendo beni e servizi di qualità sempre più elevata, realizzando, al contempo, un abbattimento dei costi di produzione, rende necessaria una sempre maggiore specializzazione del lavoro e delle diverse fasi della produzione.

Ciò comporta la necessità da parte delle imprese di avvalersi di collaborazioni offerte da altri imprenditori per la realizzazione di opere o servizi utili allo svolgimento della propria attività.

Tali prestazioni vengono assicurate attraverso la stipulazione di contratti di appalto ai sensi dell'art. 1655 e ss. del codice civile.

La norma in commento prevede che il contratto "d'appalto" è quel negozio giuridico in cui una parte assume, con organizzazione di propri mezzi ed a proprio rischio, il compimento di un'opera o la prestazione di un servizio, dietro versamento di un corrispettivo in denaro.

Nell'appalto, quindi, troviamo un imprenditore, che corre tutti i rischi patrimoniali connessi con l'esercizio di un'impresa, la quale assume determinate dimensioni, è dotata di efficienza, tecnologia, utilizza attrezzature adeguate che assicurino tempestività e precisione. È evidente che, una tale strutturazione della produzione potrebbe generare svariati fenomeni di sfruttamento della manodopera che, pur essendo alle dipendenze dell'impresa appaltatrice, di fatto, svolge la sua prestazione in favore del committente o impresa appaltante. Non sono infrequenti, infatti, casi in cui un contratto d'appalto cela una interposizione illecita di manodopera.

Prima di occuparci della patologia del rapporto e di quali sono gli indici rilevatori di una illecita interposizione di manodopera, occorre passare in rassegna le garanzie previste dal nostro ordinamento giuridico in favore dei lavoratori che prestano la loro attività lavorativa nell'ambito di contratti leciti di appalto di servizi.

Preliminarmente, la norma base, in materia di appalti in generale (e non solo di servizi o d'opera), contenuta nel codice civile - art. 1676 - prevede che: "Coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conse-

guire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda". Il Codice Civile, dunque, prevede il diritto del dipendente nei confronti dell'appaltatore di ottenere il pagamento del proprio credito retributivo direttamente dal committente.

Tuttavia, quest'ultimo è tenuto a pagare solo i dipendenti dell'appaltatore e solo nei limiti delle somme di cui egli è ancora suo debitore al momento in cui il dipendente chiedeva il pagamento. In considerazione di ciò, qualora gli ausiliari dell'appaltatore si rivolgano, anche in via stragiudiziale, al committente per ottenere il pagamento di quanto ad essi dovuto, per l'attività lavorativa svolta nell'esecuzione dell'opera appaltata o per la prestazione dei servizi, il committente diviene, ai sensi dell'art. 1676 codice civile, diretto debitore nei confronti degli stessi ausiliari, con la conseguenza che è tenuto, solidalmente con l'appaltatore, fino alla concorrenza del debito per il prezzo dell'appalto e non può più pagare all'appaltatore stesso e, se paga, non è liberato dall'obbligazione verso i suddetti ausiliari.

È importante sottolineare che tale azione viene esercitata dal lavoratore nei confronti dell'appaltante come azione diretta, in quanto titolare di un autonomo diritto, e non come azione surrogatoria ex art. 2900 cc.

Il quadro così delineato ha subito una profonda modifica con l'introduzione del d.lgs. 276/2003 (cd. "Legge Biagi"), che all'articolo 29 ha introdotto, per quanto concerne i contratti di appalto d'opera o di servizi, una più ampia responsabilità solidale del committente, che è stata poi oggetto di ulteriori riforme che hanno progressivamente esteso la responsabilità del committente. Più esattamente, in origine, l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 prevedeva: "In caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti". Successivamente, venne introdotta la possibilità di prevedere nei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore, metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti; in più, in caso di appalto di opere o di servizi, "il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamen-



to di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori.

Quindi, i più recenti interventi legislativi hanno da un lato disciplinato la facoltà per la contrattazione collettiva nazionale di derogare alle previsioni normative in materia di solidarietà (con la specificazione giurisprudenziale, peraltro, secondo la quale la deroga può riguardare solo gli aspetti retributivi, non quelli contributivi), dall'altro previsto un meccanismo processuale (tutt'altro che inequivocabile) che consente al committente di invocare il beneficio della preventiva escussione del debitore principale, e cioè di pretendere che il creditore (lavoratore o ente previdenziale), per ottenere soddisfazione del proprio credito, debba aggredire preventivamente il patrimonio del debitore principale (appaltatore o subappaltatore), e solo ove questo risulti incapiente possa aggredire il patrimonio del committente.

Occorre precisare, ad ogni modo, che tale disciplina trova applicazione solo per l'appalto privato. Infatti, l'art. 1, comma 2 del d.lgs. 276 del 2003, ai sensi del quale il decreto legislativo in questione non si applica alle pubbliche amministrazioni. E poi, il Legislatore, con il 1° comma dell'art. 9 d.l. 76/2013 sopra citato, ha espressamente dichiarato che la disciplina della solidarietà di cui all'art. 29 comma 2° d. lgs. 276/2003 non si applica agli appalti delle pubbliche amministrazioni. Infine, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 15432 del 7 luglio 2014, ha affermato che: "In materia di appalti pubblici, in caso di ritardo nel pagamento di retribuzioni o contributi ai lavoratori dipendenti dell'appaltatore o subappaltatore, non trovando applicazione la previsione di cui all'art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, i lavoratori devono avvalersi degli speciali strumenti di tutela previsti dagli artt. 4 e 5 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163,

recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"), oppure, in via residuale, della tutela prevista dall'art. 1676 c. c." Da ultimo, occorre dar conto della recente riforma apportata dal decreto legge n. 25 del 2017, entrato in vigore il 17 marzo 2017, che ha modificato, in particolare, il regime di responsabilità solidale negli appalti.

Il nuovo testo dell'art. 29, comma 2, d.lgs. 276/2003 prevede oggi: "in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta ai sensi delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali".

Viene quindi meno la possibilità per la contrattazione collettiva di derogare a tale norma individuando metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti ma, soprattutto, viene eliminato il "beneficio di preventiva escussione" precedentemente previsto in favore del committente nei confronti dell'appaltatore (o dell'appaltatore nei confronti dell'eventuale subappaltatore).

Dal 17 marzo 2017, quindi, nell'ambito di appalti, qualora il datore di lavoro non paghi i propri dipendenti, o non versi i relativi contributi previdenziali ed assicurativi, il lavoratore potrà direttamente agire contro il committente.

Venendo, dunque, alle ipotesi patologiche di appalti illeciti di manodopera, va evidenziato che, i tratti caratterizzanti di un normale contratto d'appalto sono quelli derivanti dall'art. 1655 c.c., ossia fondamentalmente l'assunzione del rischio di impresa e l'organizzazione autonoma dei mezzi di produzione.

Anche quando è stato disciplinato il divieto generale di interposizione fittizia di manodopera, con la legge n. 1369/1960, è stato posto l'accento sulla necessità dell'appaltatore di possedere i mezzi di produzione. Ovviamente, l'evoluzione del mercato e dell'economia ha reso anacronistico questo indice in quanto la produzione moderna è carat-

terizzata da molte imprese di servizi che hanno un bassissimo capitale. Per cui l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 ha statuito che: "il contratto di appalto, stipulato e regolamentato dall'art. 1655 c.c., si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore del rischio di impresa". Quindi, la novella legislativa pone maggiormente l'accento sulla capacità dell'impresa di gestire o meno l'organizzazione del lavoro.

Tale parametro è stato elaborato, sviluppato ed approfondito dalla giurisprudenza, la quale ha rinvenuto indici rivelatori di una fittizia interposizione di manodopera una serie di fattori, quali ad esempio: disposizioni pregnanti e stringenti dell'appaltante sulle modalità di esercizio della prestazione, rigida organizzazione del lavoro giornaliero e delle relative direttive modificative, ingerenza diretta del caporeparto dell'appaltante sul personale della cooperativa appaltatrice, pieno inserimento del lavoratore nel gruppo di lavoro del committente, sostanziale sovrapposizione dei dipendenti di quest'ultima in riferimento alle modalità operative. Ovviamente, qualora alla luce di una valutazione di merito, il giudice, sulla base di tali indici rilevatori, giungesse alla conclusione che l'appalto sia fittizio, la conseguenza sarà la costituzione del rapporto di lavoro direttamente in capo al committente, con un coinvolgimento ed una responsabilità diretta di quest'ultimo nei confronti del prestatore d'opera. Il d.lgs. n. 276/2003 rappresenta, dunque, un intervento legislativo resosi necessario per adeguare il sistema di tutele e di protezione dei lavoratori alle nuove forme di produzione e di organizzazione che si sono sviluppate nella maggior parte dei settori economici.

Antonio Coppola

### Sull'opportunità di punire il "Negazionismo": la legge n. 15 del 16 giugno 2016

#### Il contesto ordinamentale

L'avvento della Carta repubblicana rappresenta un marcato punto di cesura rispetto al precedente assetto valoriale e ordinamentale. Una delle disposizioni che icasticamente manifesta la rottura con il passato è costituita dall'art. 21 Cost., la quale segna il passaggio dall'obbligo di esprimere

un pensiero unico, alla facoltà di manifestare pubblicamente il proprio pensiero, quale che esso sia, salvo il bilanciamento con altri beni di pari rango. Tale libertà rappresenta uno dei tratti caratterizzanti dell'idea occidentale di democrazia. L'evoluzione legislativa successiva alla Costituzione, tuttavia, palesa la tendenza ad ampliare il reticolo normativo che segna limiti alla libertà di parola.

Possono citarsi, ad esempio<sup>1</sup>, le ipotesi delittuose concernenti l'istigazione all'odio razziale, etnico e religioso *ex lege* n. 645/52, che punisce chi pubblicamente esalta "esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo"<sup>2</sup>; ovvero *ex lege* n. 962/67, che punisce "chi pubblicamente istighi a commettere delitti di genocidio"<sup>3</sup>; ovvero, ancora, ai sensi della legge n. 654/75, che punisce chi "propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico", recentemente novellata<sup>4</sup>. Da ultimo, infatti, l'art. 1 della legge 16 giugno 2016, n. 115, ha introdotto il comma 3 *bis* dell'art. 3 della citata legge 13 ottobre 1975, n. 654<sup>4</sup>.

La novella prevede che si applichi: "la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico ovvero l'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi e l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale"<sup>5</sup>. Il negazionismo rappresenta una degenerazione del revisionismo: quest'ultimo si sostanzia nella costante sottoposizione a vaglio critico delle opinioni storiche consolidate, in quanto anch'esse vanno raffrontate alle nuove conoscenze acquisite, e quindi nuovamente verificate. Il negazionismo, in quanto radicalizzazione del revisionismo, rappresenta il tentativo di valorizzare affermazioni apodittiche, che si pongono quale fondamento "scientifico" di ricostruzioni tendenziose, il cui obiettivo è dimostrare l'inesistenza della Shoah<sup>6</sup>. Nelle intenzioni della recente riforma vi era anche quella di dare attuazione ad obblighi di matrice comunitaria. Difatti, l'Unione era intervenuta una prima volta con l'Azione Comune 96/443/GAI del 15 luglio 1996, con la quale il Consiglio sollecitava gli Stati membri a reprimere la negazione pubblica dei crimini definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga. Più di recente, l'Unione Europea, allarmata dalla crescita del fenomeno negazionista, ha emanato la Decisione Quadro 2008/913/GAI, del 28 novem-





bre 2008. Agli Stati membri è stato chiesto di punire l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra come definiti agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, nonché dei crimini definiti dall'articolo 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale, allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945<sup>7</sup>.

La normativa comunitaria ha il pregio di specificare in cosa debba sostanziarsi l'offesa al bene giuridico, nel rispetto dei principi di meritevolezza di pena e di frammentarietà propri del sistema penale. La decisione quadro del 2008, infatti, ha previsto che le condotte punibili siano solo quelle "dirette pubblicamente contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto ad istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro"<sup>8</sup>. V'è anche da considerare che la decisione quadro ritaglia ulteriormente i margini delle condotte punibili prescrivendo che "gli Stati membri possono rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi"<sup>9</sup>.

#### L'intervento del legislatore interno

Su queste basi, il legislatore ha ritenuto necessario intervenire per allungare l'elenco dei delitti "bavaglio"<sup>10</sup>. L'introduzione del reato di "negazionismo" ha avuto, in realtà, una lunga gestazione:

l'intento di configurare la fattispecie *de qua* risale già a far data 2007, pur non immediatamente concretizzatosi, stante la ferma opposizione anche della quasi unanimità degli storici italiani<sup>11</sup>. La riforma, successivamente ripresa, sulla spinta di una male interpretata necessità di adempiere ai vincoli derivanti dall'ordinamento europeo, alla fine, ha visto la luce dopo una lunga serie di "navette" tra i Rami del Parlamento.

Dalla lettera del comma 3 *bis* in questione sembra che in essa possa essere ricondotta qualsiasi propaganda<sup>12</sup>, istigazione o incitamento ricollegati a qualsivoglia evento di genocidio o crimine contro l'umanità<sup>13</sup>: "dalla lotta al negazionismo dell'Olocausto si passa alla lotta al negazionismo della storia"<sup>14</sup>.

L'intrapresa di siffatta "lotta" era già stata stigmatizzata da autorevole dottrina, per la quale non è possibile piegare il diritto penale alla tutela di una verità storica: *scilicet*, una concezione ordinamentale autenticamente laica ammette, per ciò solo, la possibilità che venga proposta qualsiasi interpretazione dei fenomeni storici, quantunque sia estremamente aberrante e non condivisa. Ed infatti, "la sovrapposizione tra diritto e verità storica trae con sé una patente contaminazione tra etica e diritto: pure se si tratta di "interpretazione, condivisa, definita e definitiva", in quanto la verità storica non può costituire bene giuridico"<sup>15</sup>.

Non è l'autorità di una sentenza irrevocabile a rendere immutabile ed acquisita una visione storica. Ciò tralasciando il paradosso per il quale, con il passare del tempo, si avrebbe l'esigenza di introdurre fattispecie specifiche di negazionismo

in conformità alla "storia" del singolo Stato preso come riferimento.

Sul tema va anche condivisa la perplessità della dottrina più sensibile, la quale si domanda, senza poter fornire una risposta, "chi avrà il potere di qualificare il crimine oggetto di questa particolare forma di tutela", soprattutto con riferimento ai crimini internazionali<sup>16</sup>.

#### La tecnica redazionale

La legislazione in esame rappresenta un esempio di intervento "manifesto", puramente simbolico. Il contraltare è rappresentato dal sacrificio di principi fondamentali quali la stretta legalità, la determinatezza della figura tipica e la concezione del diritto penale del "fatto", quale *extrema ratio* di tutela di beni costituzionalmente rilevanti. L'incriminazione sacrifica irragionevolmente la libertà di espressione<sup>17</sup>, ben al di là di quanto richiesto ed ammesso dalle fonti sovranazionali. Deve evidenziarsi, in primo luogo, che la struttura della norma è temporalmente aperta: si rivolge indistintamente ad eventi ("Crimini") del passato, del presente e del futuro.

Tale approccio presenta dei rischi. Nel panorama giurisprudenziale italiano, infatti, vi sono già stati casi nei quali si è implicitamente riconosciuto l'effetto retroattivo dello *jus cogens* internazionale<sup>18</sup>. "Fatti" del passato sono stati successivamente qualificati "crimini" benché non fossero considerati tali nel momento storico in cui sono stati realizzati, in deroga al principio intertemporale generale per il quale *tempus regit actum* (ossia, con formula forse più precisa, *factum regit ius*).

In conformità a tale ultimo principio, la valutazione degli atti internazionali può essere compiuta solo alla luce delle circostanze esistenti al momento in cui quegli stessi sono stati compiuti. La giurisprudenza italiana, in alcuni casi, sembra considerare i fatti secondo quanto emerso alla data di instaurazione del processo piuttosto che considerare quella in cui l'illecito è stato commesso<sup>19</sup>. Il dubbio sull'effettiva portata della disposizione è pregno di conseguenze: se il principio *tempus regit actum* venisse meno di fronte a norme cogenti, quali quelle concernenti gli eventi di genocidio o crimini contro l'umanità, sarebbe difficile per l'interprete non ricorrere all'arbitrio per "specificare" fino a quale epoca tale effetto retroattivo si realizzerebbe<sup>20</sup>. Da ciò discende una indeterminata probabilità di eccessiva della norma, in violazione del principio di legalità *ex art. 25, comma 2, Cost.*

La tecnica redazionale della fattispecie, inoltre, desta perplessità per la scelta del riferimento cui è agganciato il pericolo concreto: le condotte *de quibus* debbono essere commesse in modo che derivi

concreto pericolo di diffusione. Difficile immaginare in quale modo tale "conseguenza" sia evitabile, dal momento che la manifestazione del pensiero avviene oggi, prevalentemente, tramite mezzi tecnologicamente avanzati che garantiscono una diffusività immediata ed indeterminata della opinione espressa<sup>21</sup>.

#### Considerazioni conclusive

Se si pone l'attenzione sui rischi e le perplessità emergenti dall'esegesi della norma, nonché sulla elevata comminatoria editale, non può che prendersi atto dell'adozione di una visione liberticida e carcerocentrica.

Per quanto accennato, in sostanza, l'aggravante speciale introdotta si espone a sospetti di incostituzionalità<sup>22</sup>. Ciò, innanzitutto, perché la fattispecie è posta a tutela di un bene che non è di per sé sufficientemente definito, quale quello della dignità umana intesa in senso lato. In secondo luogo, perché la norma non è in armonia con il sistema dei valori costituzionali, che caratterizza e concretizza la dignità umana, salvaguardando proprio beni quali la libertà di manifestazione del pensiero. Ed infine, in quanto la tecnica di tutela adottata dal legislatore non è conforme ai canoni di tassatività e determinatezza dettati dalle norme costituzionali che internazionali<sup>23</sup>.

È illusorio ritenere che il rimedio auspicabile al fenomeno del negazionismo possa fondarsi su logiche di mera repressione. La soluzione più opportuna, all'opposto, è quella che può ricavarsi dalle riflessioni di un costituzionalista<sup>24</sup>: "Se usassero violenza materiale, andranno certamente processati e puniti. Se, invece, si limiteranno all'uso violento della parola, meglio lasciarli farneticare, i tanti razzisti, omofobi, antisemiti, negazionisti, odianti l'altro da sé. E avere fiducia nella dialettica che Platone chiamava - nel *Sofista* - "la scienza degli uomini liberi".

<sup>1</sup> Per un'analisi più approfondita si rinvia a G. Pavich, A. Bonomi *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la legislazione vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 ottobre 2014.

<sup>2</sup> In argomento si cfr. D. Notaro, *Fascismo*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari* (a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero), Cedam, Padova, 2007, pp. 1329 e ss.

<sup>3</sup> Sulla scarsa compatibilità di tali norme rispetto alla salvaguardia dei diritti fondamentali, si cfr. P. Caretti, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2003, pp. 110 e ss.; ivi anche A. Pizzorusso, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con i principi costituzionali*, pp. 651 e ss.

<sup>4</sup> Si vedano gli autorevoli commenti della dottrina penalista, tra i quali: D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 marzo 2015; G. Puglisi, *A margine della cd. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione pena-*



le simboliche, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2016. In generale sul tema del negazionismo si cfr. E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; M. Flores, *Negazionismi, revisionismi e libertà d'opinione*, Il Mulino, 2007.

5 Corsivo aggiunto. Le espressioni tra parentesi rappresentano una interpolazione del testo effettuata prendendo a riferimento le fattispecie contemplate ai commi 1 e 3 dell'art. 3 in questione. Per l'opinione maggioritaria, infatti, l'introdotta comma 3 bis riportato costituisce una circostanza aggravante della fattispecie di cui al comma 1 del medesimo articolo. Contra si cfr. A. S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo reato di negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2016, p. 296.

6 Si cfr. E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 1035.

7 Per un esame approfondito della Decisione Quadro si veda E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., pp. 69 ss.; A. Ambrosi, *La memoria collettiva e pubblica di massacri e genocidi tra dovere costituzionale di solidarietà e libertà individuali*, in S. Riondato (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?*, Cedam, Padova, 2012, pp. 205 e ss.; C. Mancuso, *La decisione quadro 2008/913/Gai: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Diritto penale e processo*, 2009, pp. 645 e ss.; L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., pp. 259 e ss.

8 Si cfr. Decisione Quadro 2008/913/GAI, art. 1, comma 1, lett. c) e d).

9 Si cfr. Decisione Quadro 2008/913/GAI, art. 1, comma 2.

10 Si cfr. M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Rivista AIC, anticipazioni*, 2004, pp. 12 e ss., il quale denuncia l'utilizzo degli strumenti internazionali, da parte degli Stati, quali "scudi" per introdurre forme di repressione penale sempre più anticipata.

11 Si cfr. M. Flores, S. Levi Sullam, E. Traverso, *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, in *www.sisso.it*. Si cfr., in argomento, C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, 2008, p. 271; D. Pulitano, *Sulla legittimità dei reati di opinione nella proposta Mastella*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, pp. 371 ss.

12 Non sembra recepito l'insegnamento della Corte Costituzionale, sent. 17 aprile 1969, n. 84, che ha provveduto a dichiarare l'illegittimità dell'art. 507 c.p. relativamente alla fattispecie della propaganda, qualora quest'ultima non raggiunga un grado di intensità e di efficacia tali da superare i limiti della libera manifestazione del pensiero.

13 Oltre alla lettera della citata Decisione Quadro, non è tenuto in debito conto il "precedente spagnolo" in *parte qua*. Con la storica sentenza n. 253 del 2007, infatti, la Corte Costituzionale spagnola ha valutato la compatibilità costituzionale del delitto consistente nella "diffusione, con qualsiasi mezzo, di idee o dottrine che neghino o giustificano i delitti di genocidio" previsto dall'art. 607 del codice penale spagnolo. Il Giudice delle Leggi ha annullato la fattispecie *de qua* in relazione all'incriminazione di condotta di pura e semplice negazione, stante il ravvisato contrasto con il principio dell'offensività e con il diritto alla libertà d'informazione. Per quanto concerne, poi, la condotta di giustificazione pubblica del genocidio, per assurgere a penale rilevanza, essa deve consistere in una "incitacion indirecta", così come era stato molti anni prima stabilito dalla Consulta italiana in relazione all'art. 414 c.p. con la sentenza n. 1 del 1957.

14 Si cfr. A.S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo reato di negazionismo*, cit., p. 309.

15 Così M. Romano, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in S. Canestrari, L. Stortoni, *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 219. Si vedano anche gli illuminanti contributi di M. Donini, *Danno e offesa nella cd. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'offense di Joel Feinberg*, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2010; S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Giuffrè, Milano, 2006.

16 Si cfr. G. Della Morte, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *sidiblog.org*, 22 giugno 2016; contra si cfr. M. Caputo, *La menzogna di Auschwitz, le verità del diritto penale. La criminalizzazione del cd. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 gennaio 2014.

17 Si cfr. F. Bricola *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto delle disci-*

*pline penalistiche*, 1974, p. 17. Dissente M. Caputo, *La menzogna di Auschwitz, le verità del diritto penale. La criminalizzazione del cd. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, cit. Per questo Autore, infatti, merita di essere valorizzata la dimensione simbolica associata alle norme incriminatrici, che possono catalizzare regole sociali condivise per coltivare obiettivi di orientamento culturale, secondo quelli che sono i binari comunicativi della cd. prevenzione generale positiva.

18 Si cfr. Cass. civ., SS. UU., sent. n. 5044 del 2004; più di recente, Cass. civ., SS. UU., sent. n. 15812 del 2016.

19 Così il punto 12 della sentenza Ferrini.

20 Si cfr. C. Focarelli, *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 738 e ss.

21 Più ottimista sembra S. De Flammineis, *Riflessioni sull'aggravante del negazionismo: offensività della condotta e valori in campo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2016, p. 5, per il quale il compito di concretizzazione della condotta spetta al formante giurisprudenziale: "i Giudici sono chiamati a verificare di volta in volta, ed in concreto, che si sia raggiunta la soglia del pericolo dei valori in gioco per optare per la illiceità della manifestazione di pensiero accertata".

22 Si cfr. A. Di Giovine, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, pp. XIII e ss. Per l'A. è operazione ermeneutica semplicistica e scorretta ritenere che la dignità umana possa prevalere, sic et simpliciter, sugli altri principi fondamentali e sugli stessi corollari che da essa discendono, quali innanzitutto la libertà di espressione.

23 La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'art. 21 Cost. - analogamente all'art. 10 CEDU - non protegge unicamente le idee favorevoli o inoffensive o indifferenti, nei confronti delle quali non si pone alcuna esigenza di tutela, essendo al contrario principalmente rivolto a garantire la libertà proprio delle opinioni che urtano, scuotono o inquietano (si rinvia, ex multis, a Cass. pen., sent. n. 25138 del 2007).

24 A Pugiottio, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2013, p. 18. Si cfr. anche E. Somma, *Negazionismo e genocidio armeno. Libertà di espressione e diritto alla menzogna secondo la Corte EDU*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015; M. Pelissero, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2015, p. 45.

Davide Gasparini

## Brevi note sul contratto autonomo di garanzia

Esigenze di celerità e sicurezza delle operazioni economiche hanno portato alla progressiva elaborazione di nuovi schemi contrattuali. Interpreta bene tali esigenze il contratto autonomo di garanzia (cd. *Garantievertrag*), che dà vita ad una particolare figura di garanzia personale, da tempo ammessa nel nostro ordinamento. La sua elaborazione risale alla fine dell'Ottocento ad opera della pandettistica tedesca, per soddisfare esigenze di semplificazione in ambito commerciale. Detto contratto innominato, espressione del principio di autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., diverge innanzitutto dal tipo fideiussorio per l'assenza o mitigazione dell'accessorietà che caratterizza l'obbligazione di garanzia rispetto a quella garantita. In tal guisa, il contratto è funzionale a soddisfare il preminente interesse del creditore/beneficiario di ottenere, in caso di inadempimento del debitore, l'immediata escussione

della garanzia, resa possibile dall'assunzione del garante dell'impegno di pagare il beneficiario "a prima richiesta e senza sollevare eccezioni".

Contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale, si ritiene che il contratto autonomo di garanzia possa riguardare anche un fare infungibile (si pensi all'obbligazione dell'appaltatore: in tal caso vi sarà una garanzia per la corretta esecuzione dei lavori, *cd. performance bond*). Sotto l'aspetto strutturale, la garanzia autonoma si inserisce in una complessa operazione economica da cui derivano più rapporti obbligatori: il primo (di valuta), intercorrente tra debitore e creditore, in cui viene originariamente pattuito l'adempimento di una certa prestazione; il secondo (di provvista), destinato a intervenire tra debitore e futuro garante, con cui si pattuisce l'impegno di quest'ultimo a garantire il creditore del primo rapporto; il terzo, infine, nascente tra garante e creditore, che si configura mediante l'impegno del primo a eseguire, nel caso di inadempimento del debitore, la prestazione oggetto di garanzia.

Nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema è consentito scorgere almeno tre questioni particolarmente rilevanti: *in primis*, la connotazione causale di siffatto contratto; in secondo luogo, se la clausola di pagamento a prima domanda o altra equivalente sia sufficiente o meno a rendere autonoma la garanzia, con riflessi rilevanti sul sistema delle rivalse; infine, l'individuazione delle eccezioni opponibili dal garante.

È necessario innanzitutto chiarire che il contratto autonomo di garanzia non è configurabile come un negozio astratto: un negozio atipico deve avere una causa intellegibile, soprattutto al fine di consentirne il giudizio di meritevolezza (sul divieto di costituire negozi astratti, cfr. Rel. al c.c., n. 615). Può dirsi, a limite, che la garanzia autonoma "astrae", cioè, prescinde dalle vicende genetiche e funzionali del rapporto fondamentale: il collegamento di rapporti, diversamente dalla fideiussione, è qui, se non radicalmente escluso, certo fortemente attenuato. L'affrancamento del contratto autonomo dal vincolo di dipendenza con il rapporto obbligatorio garantito incide sul profilo causale della garanzia. Il *Garantievertrag* garantisce l'adempimento dell'obbligazione altrui, ma con modalità diverse rispetto alla fideiussione, dal momento che svolge un'ulteriore funzione di tipo cauzionale, e che coinvolge nel ruolo di garante, di norma, un soggetto qualificato (il più delle volte una banca). In altri termini, la peculiarità del negozio è quella di consentire al creditore di escutere il garante con la stessa tempestiva efficacia con cui egli potrebbe far proprio un versa-

mento cauzionale. Questa impostazione è stata accolta in una nota pronuncia dalla Corte di Cassazione, secondo cui: "è in conseguenza di tali aspetti funzionali che la garanzia muta geneticamente da vicenda *lato sensu* fideiussoria in fattispecie atipica, perseguendo un interesse certamente meritevole di tutela, identificabile nell'esigenza di assicurare l'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario, vulnerato dall'inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici (specie transnazionali)" (Cass. S.U. 18 febbraio 2010, n. 3947). Può dirsi, quindi, che la causa del contratto autonomo di garanzia risiede nella traslazione del rischio economico inerente al contratto principale, dalla sfera del creditore a quella del garante.

Posta l'autonomia della causa del contratto autonomo, bisogna chiedersi se possa affermarsi che la validità di tale contratto non sia condizionata dalla validità del contratto principale. Va precisato, però, che se la nullità di quest'ultimo discende dalla illiceità della sua causa o dell'oggetto, ovvero dalla violazione di norme imperative - sotto forma di "regole di validità" - oppure ancora dalla circostanza che esso sia volto a conseguire un risultato vietato dall'ordinamento, nessuna meritevolezza potrà essere riconosciuta all'interesse del creditore/beneficiario della garanzia. Secondo parte della dottrina, il *Garantievertrag* trova una ragione giustificativa solo se esiste il rapporto da garantire. In quest'ottica, la garanzia è autonoma rispetto all'obbligazione principale, ma pur sempre accessoria rispetto all'interesse economico ad essa sottostante. Sicché la causa rileverebbe in senso oggettivo e concreto come funzione economica dell'operazione, ed esiste solo se può di fatto esplicarsi. Pertanto, non sarebbe valida l'obbligazione assunta col contratto di garanzia autonoma, se è invalida l'obbligazione principale, analogamente a quanto stabilito in tema di fideiussione (cfr. art. 1939 c.c.). Altra impostazione, che fa leva sulla concezione della causa in concreto, invece, ritiene il contratto autonomo valido nonostante l'invalidità del rapporto principale. La ragione dell'affare, nel contratto autonomo di garanzia, deve essere desunta dal concreto atteggiarsi degli interessi che vengono in rilievo nella complessiva operazione economica, che definiscono lo scopo pratico del negozio (*id est* la traslazione del rischio), la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare. Ciò chiarito, va affrontata la questione della cd. "sufficienza" della clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" a trasformare un contratto di fideiussione in un contratto autonomo di garanzia. Il problema qualificatorio non



è di pronta soluzione, dato che i testi delle garanzie, specie quelle bancarie, sono spesso ambigui. La *querelle* vede contrapposti due indirizzi interpretativi. Secondo una prima impostazione, avallata timidamente dalle Sezioni Unite 2010 (che, giova precisarlo, si sono occupate principalmente delle polizze fideiussorie), l'inserimento della suddetta clausola vale di per sé a qualificare il contratto come *Garantievertrag*, in quanto elide il carattere dell'accessorietà proprio della fideiussione. In posizione diametralmente opposta si pone l'impostazione secondo cui la presenza della clausola di pagamento "a prima richiesta" da sola non basta a rendere autonomo il contratto di garanzia, staccandolo dal rapporto base garantito, cioè non toglie alla fideiussione il carattere dell'accessorietà.

Come autorevolmente osservato, la clausola a prima richiesta sta solo a significare che la garanzia deve essere pagata quando ne venga richiesto il pagamento: essa quindi ha un valore solo processuale, risolvendosi in una clausola *solve et repete* (art. 1462 c.c.), senza comportare la rinuncia del garante alle eccezioni relative al rapporto garantito, che possono essere sollevate dopo aver adempiuto la prestazione di garanzia. Quest'ultima opzione ermeneutica appare preferibile anche in ossequio ai canoni interpretativi di cui agli artt. 1362, 1363 e 1369 c.c. È necessario tuttavia precisare che, sebbene la clausola di pagamento "a prima domanda" non determina di per sé l'autonomia della garanzia, essa ne costituisce una presunzione *iuris tantum*.

Inoltre, nella fase dell'escussione della garanzia, alla quale si riferiscono la maggior parte delle decisioni giudiziarie, non ha rilevanza distinguere se si sia in presenza di una garanzia autonoma o, invece, di una garanzia meramente accessoria a prima richiesta. Nella fase di escussione, infatti, in entrambi i casi, la banca escussa non può sollevare eccezioni relative al rapporto principale per evitare il pagamento della garanzia e poco importa, a livello pratico, che ciò derivi da una autonomia sostanziale della garanzia rispetto al rapporto principale, o dal semplice effetto processuale (*solve et repete*).

Invero, la più rilevante differenza operativa tra fideiussione e il contratto autonomo di garanzia non riguarda il momento del pagamento, cui anche il fideiussore atipico può essere tenuto immediatamente a semplice richiesta, ma attiene soprattutto al sistema delle rivalse dopo l'avvenuto pagamento. Nel caso in cui il garante ha effettuato un pagamento dovuto, questi è surrogato nei diritti del creditore verso il debitore e ha regresso nei confronti di quest'ultimo, trovando applicazione analogica il comb. disp. di cui agli

artt. 1949-1203 n. 3 e l'art. 1950 c.c.

Per contro, nell'ipotesi in cui il pagamento sia stato effettuato dal garante, per impossibilità di opporre eccezioni relative al rapporto garantito, pur non essendo dovuto, il debitore a cui è richiesto il pagamento in via di regresso ha titolo per l'esperimento dell'azione di ripetizione dell'indebito nei confronti del creditore principale. L'esercizio dell'azione di ripetizione della prestazione effettuata dal garante spetta al debitore garantito, in quanto ritenere che l'esercizio della *condicio indebiti* competa al garante implicherebbe attribuire carattere provvisorio al pagamento da lui effettuato, mutando la natura del contratto da forma autonoma di garanzia a fideiussione con clausola *solve et repete*. Da qui la rilevanza pratica di distinguere in questa fase se si è in presenza di una garanzia accessoria a prima domanda o di una garanzia autonoma: nel primo caso, infatti, l'azione di ripetizione spetta alla banca ex art. 1952 co. 3 c.c.; nel secondo caso, invece, spetta al debitore principale.

Diversamente, ove il garante abbia effettuato un pagamento non dovuto, omettendo di esperire l'*exceptio doli*, si configura la violazione di un obbligo di protezione nei confronti del debitore gravante a suo carico (di recente, Trib. Milano, sez. VI, 14 marzo 2017; Cass. sez. I, 5997/2006). Talché al garante è negata la possibilità di agire in regresso verso il debitore, potendo esercitare però l'azione di ripetizione nei confronti del creditore. Secondo un'impostazione dottrinale minoritaria, invece, in questo caso l'*actio indebiti* sarebbe preclusa in virtù dell'autonomia della garanzia, e potrebbe esperirsi unicamente l'azione di arricchimento senza causa.

Passando ad analizzare il profilo delle eccezioni opponibili dal garante, va rilevato che le possibilità di difesa del garante autonomo sono fortemente attenuate rispetto a quelle esperibili dal fideiussore, dato l'ontologico rafforzamento del *favor creditoris* nel contratto autonomo di garanzia. Il garante può opporre le eccezioni relative al rapporto di garanzia, che possono essere ricondotte a tre tipologie: quelle letterali, cioè quelle relative al testo del documento in cui si sostanzia la garanzia; quelle attinenti alla validità del contratto di garanzia e quelle derivanti dai rapporti personali con il creditore garantito.

Non sono invece opponibili, in linea di massima, le eccezioni relative al rapporto fondamentale, da cui il rapporto di garanzie è slegato, con il conseguente rischio di abusi del creditore. Per arginare il pericolo di abusi e condotte fraudolente del creditore, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato specifici strumenti volti a tutelare il garante e in via mediata il debitore. Nel caso in cui la

Adriano Giallauria

## La responsabilità professionale del medico e la sicurezza delle cure

La responsabilità professionale dell'esercente la professione sanitaria, nell'ambito regolatorio, è sempre stato un territorio piuttosto impervio per il legislatore. Proprio per questa sua complessità, si è reso necessario intervenire sempre più frequentemente al fine di normare ciò che era già stato normato in precedenza ovvero modificare i precedenti normativi tentando di disciplinare e regolarizzare, sempre più, il campo di intervento agli operatori del diritto. Una sorta di semplificazione delle condotte dogmatiche e operative di coloro che applicano quotidianamente l'esegesi del diritto in materia. Ed invero, il ruolo del legislatore non è affatto semplice. Infatti, in un contesto sociale, in continua evoluzione, quest'ultimo ha dovuto contrapporre gli interessi di entrambe le categorie (medici e pazienti) mantenendo una sorta di stabilità dinamica dei rapporti, laddove, tenuto conto dell'asimmetria informativa - elemento connaturale dei fruitori delle prestazioni sanitarie - levigata negli anni dalla diretta e proporzionale evoluzione dei sistemi informatici, si è tipizzato un paziente in maggior misura informato e "preparato" circa il proprio "possibile" stato anamnestico.

Da ciò, il legislatore è dovuto intervenire con azioni dirette e mirate al fine di arginare il fenomeno della "MedMal", tutelando da un lato il presunto paziente danneggiato e dall'altro il medico fortemente vessato (a volte anche ingiustamente), limitando sempre di più la cd. Medicina Difensiva. La precedente norma regolatrice ovvero il Decreto Legge 158/2012 Decreto Balduzzi trova la sua vocazione nell'estensione dell'ambito della responsabilità per colpa lieve anche nel caso dell'osservanza, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale. Ben vero, nella legge di conversione il legislatore ha voluto dare un giro di vite contrastando di netto la cd. medicina difensiva, fino a ricomprendervi, peraltro, la responsabilità penale.

Il Decreto Balduzzi, nel suo dettato normativo, prevedeva, peraltro, la possibilità di azionare la richiesta risarcitoria nei confronti della struttura e/o del professionista sanitario, e non l'azione diretta nei confronti della Compagnia assicurativa della struttura o del professionista. Inoltre, la norma in esame, prevedeva la rivalsa illimitata verso i dipendenti.

Infatti, dal tenore letterale dell'art. 3 del Decreto

pretesa creditoria si basi su un titolo illecito o sia, con evidenza lampante, dolosa, abusiva o fraudolenta, il garante in base ai principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), potrà opporre rispettivamente l'eccezione di nullità e l'*exceptio doli generalis*, in deroga al carattere autonomo della garanzia. Nella prima ipotesi, come sopra accennato, se si ammettesse il dovere del garante di adempiere la prestazione oggetto della garanzia, si finirebbe per consentire al creditore, per il tramite del garante, un risultato che l'ordinamento vieta. Nella seconda, il garante potrà opporre l'eccezione di dolo se il creditore sia stato già soddisfatto mediante l'esatto adempimento del debitore principale, oppure qualora l'inadempimento del debitore principale sia stato dovuto al comportamento scorretto del beneficiario. In entrambe le ipotesi, il garante potrà sollevare eccezioni solo se gli abusi risultino da prove liquide. Sebbene il più delle volte i giudici siano chiamati a pronunciarsi sull'escussione della garanzia con provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., la delibazione del *fumus boni iuris* prospettato dall'istante (garante o debitore) non può prescindere da prove liquide, cioè *prima facie* sicure. Attraverso il vittorioso esito dell'azione cautelare atipica si impedisce l'escussione illegittima della garanzia e si evita l'azione di ripetizione.

Alla luce di quanto detto, è possibile affermare che la disciplina applicabile alla garanzia autonoma è in primo luogo quella convenzionalmente stabilita dalle parti, che sarà integrata dalla disciplina sul contratto in generale. Le norme sulle fideiussione possono trovare applicazione mediante procedimento analogico, purché ciò non faccia venire meno l'autonomia del *Garantievertrag*. Le garanzie autonome, espressione della libertà negoziale, non escludono l'operatività dei principi di correttezza e buona fede che costituiscono fonte integrativa degli atti di autonomia privata e si pongono come limite all'abuso del diritto. Il divieto dell'abuso del diritto ormai riconosciuto anche nelle fonti sovranazionali (art. 54 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea), rappresenta dunque correttivo all'autonomia delle parti.

Il rilievo che sta andando assumendo il contratto autonomo di garanzia come contratto socialmente tipico ed espressione della libertà negoziale, evoca le parole di un insigne giurista, con le quali mi sia consentito concludere: "Dove l'ordinamento non interviene si riafferma il principio di libertà, e l'autonomia va affermata in tutta la sua integrità: è questo il senso dell'espressione e del termine autonomia dei privati come principio fondante del diritto privato e dell'ordinamento nella sua totalità".



Legge 158/2012 si ricava la linfa della norma: "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

L'iter normativo rivoluzionario non si è fermato. Anche il Decreto Balduzzi, che ha tentato di regolamentare il campo della responsabilità medica, minata da un costante aumento dei contenziosi e dal relativo peso sulle casse pubbliche, ha iniziato a vacillare, rispetto alle problematiche legate alle logiche di intervento applicativo, si è giunti, così, all'ultima riforma in materia ovvero l'emanazione della legge n. 24/2017 Gelli- Bianco.

Beninteso, il legislatore, con la formulazione della legge 24/2017 cd. Legge Gelli-/Bianco, ha inteso tipizzare, e normare, la responsabilità professionale medica, smussando, ed in parte confermando, ciò che la precedente novella (cd. Decreto Balduzzi), aveva statuito.

Ebbene, la novella rubricata "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie", è intervenuta in un'ottica protezionistica del professionista sanitario. Le innovazioni normative, hanno impattato sia su una razionalizzazione (impropriamente "razionamento") delle risorse economiche legate alla cd. Medicina difensiva, con politiche di risk management per la mitigazione del rischio di eventi nefasti, che sul campo risarcitorio e giudiziale della "med-mal" in capo alle aziende sanitarie.

Ciò ha contribuito, *in primis*, al dirottamento della responsabilità in capo alla struttura, riservando all'esercente della professione sanitaria un ruolo "marginale" ovvero una maggiore protezione dello stesso dinanzi alla responsabilità civile in caso di presunto errore medico.

Infatti, la legge 24/2017, nel suo dettato normativo ha mantenuto il cd. doppio binario di responsabilità, distinguendo una responsabilità di tipo contrattuale per la struttura sanitaria pubblica o privata, e una responsabilità extra contrattuale del sanitario.

Tale scenario, assume una notevole importanza, per l'esercente la professione sanitaria, poiché l'onere della prova viene ribaltato: infatti, spetterà al paziente/danneggiato dimostrare l'erronea prestazione da parte del sanitario, l'entità del danno subito, il nesso causale tra fatto/lesione ed evento; anche il termine di prescrizione dell'azione è

mutato da dieci in cinque anni. Ne consegue, che la dinamica risarcitoria non assume più un carattere *riparatorio*, bensì, assume sempre più un carattere sanzionatorio. Ritenuto, l'errore medico perseguibile alla stregua del dettato normativo di cui all'art. 1176 c.c., ovvero in caso di condotta colposa e imperita, quello che assume rilievo nella dinamica dei fatti è la condotta del professionista ovvero il suo operato.

Tenuto conto che, l'obbligazione nascente tra il paziente ed il medico, rientra tra le obbligazioni di mezzo e non di risultato (tranne per alcune prestazioni sanitarie es.: chirurgia estetica, protesica, etc.).

La norma, nella sua formulazione, ha altresì conservato il *genus* del contratto atipico di spedalità di derivazione giurisprudenziale come base negoziale che lega la struttura al paziente. In tal senso, gli ermellini, con la sentenza del 31.10.2017, n. 25844, hanno stabilito che "il contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità, è una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche), ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle *lato sensu* alberghiere". Dal principio giurisprudenziale qui esposto viene in rilievo il principio secondo cui la prestazione sanitaria all'interno delle strutture sanitarie non si risolve in un'unica prestazione bensì di una serie di sottoprestazioni connesse alla prestazione principale.

La legge 24/2017, ha lo scopo di raggiungere un equilibrio tra tutela del paziente e limite al contenzioso in linea con il processo già avviatosi mediate la Legge Balduzzi.

In definitiva, le novità introdotte possono tradursi sinteticamente in: Esplicazione del generale principio della sicurezza delle cure sanitarie quale corollario del diritto alla salute in correlazione al potere di azione del sanitario secondo scienza e coscienza in funzione delle linee guida dell'EBM (Evidence Based Medicine); Sistema di *Risk Management* al fine di valutare, rintracciare e diminuire il rischio del verificarsi di errori connessi alla professione; reintroduzione della figura Difensore civico nella funzione di "garante del diritto alla salute", adito dai pazienti in maniera gratuita per segnalazioni di disfunzioni del sistema di assistenza sanitaria.

Ad oggi, però, tale norma risulta essere monca. Il legislatore deve intervenire al più presto con i vari decreti attuativi, al fine di dar vita a quella rivoluzione copernicana che la norma, e i suoi relatori, si sono prefissati.

In tale attesa, i vari *players* possono muoversi solo limitatamente negli spazi consentiti dalla norma in esame, cercando di creare e standardizzare *policy* interne utili per la mitigazione dei rischi connessi alle prestazioni sanitarie, attraverso maggiori ingerenze del *board* della struttura sanitaria, con maggiori poteri di *audit* al fine di tutelare al meglio i fruitori delle prestazioni sanitarie.

Carlo Mandile

### La prelazione societaria: efficacia obbligatoria o reale?

La clausola di prelazione è il patto con il quale si attribuisce agli altri soci il diritto di essere preferiti, a parità di condizioni, in caso di alienazione della partecipazione sociale. A seconda della maggiore o minore intensità che si intende accordare al vincolo di prelazione, essa può essere prevista solo per i trasferimenti a titolo oneroso, oppure anche per i trasferimenti a titolo gratuito, *mortis causa*, o per un corrispettivo infungibile (si pensi alla permuta o alla *datio in solutum*). In quest'ultimo caso la prelazione è definita impropria, ed è costantemente sostenuta in dottrina che la prelazione "è legittimamente applicabile anche ai negozi a titolo gratuito o con corrispettivo infungibile soltanto ove siano previsti dei meccanismi correttivi (ad esempio la valutazione a mezzo arbitratore) che consentano al socio che intende trasferire le partecipazioni di realizzare il valore economico delle stesse" (in tal senso Comitato Triveneto dei Notai, massime HI16 e II21).

La prelazione societaria non è espressamente disciplinata dal legislatore né per le S.p.A. né per le S.r.l., però la sua introduzione nello Statuto è assolutamente lecita, e ciò è desumibile, per le S.p.A., dalla previsione dell'art. 2355 bis comma 1 c.c. per il quale "... lo Statuto può sottoporre a particolari condizioni il trasferimento delle azioni...", mentre per le S.r.l. dall'art. 2469 comma 1 c.c. a tenore del quale "...le partecipazioni sono liberamente trasferibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dello Statuto...".

Nelle S.p.A. la clausola di prelazione è valida ed efficace senza che sia necessario prevedere alcun correttivo, ma la sua introduzione legittima il diritto di recesso dei soci assenti, astenuti o dissenzienti, ai sensi dell'art. 2437 comma 2 lett. b, salvo che lo Statuto disponga diversamente (l'introduzione di un limite alla circolazione delle azioni rientra, infatti, tra le cause di recesso derogabili).

Per le S.r.l., invece, l'introduzione di una clausola

di prelazione nello Statuto non legittima il diritto di recesso di cui all'art. 2469 comma 2 c.c., in quanto non ne sussiste la *ratio legis*, che consiste nell'impedire che il socio possa restare "prigioniero" della società. Inoltre, non rientra nemmeno tra le cause "legali" di recesso previste dall'art. 2473 c.c., pertanto l'inserimento di una clausola statutaria di prelazione è causa di recesso soltanto ove stabilito espressamente dallo Statuto.

Tanto premesso, è opportuno soffermarsi sulla atavica discussione circa l'efficacia delle clausole statutarie limitative della circolazione delle partecipazioni sociali, ed, in particolare, della clausola di prelazione.

Ciò che appare controverso è quale sia la conseguenza di un'alienazione di partecipazioni sociali effettuata in spregio del diritto di prelazione statutariamente riconosciuto agli altri soci, e la questione assume rilevanza al fine di individuare i rimedi concretamente esperibili dai soci il cui diritto d'essere preferiti è rimasto disatteso.

Ebbene, variegata è sul punto la produzione dottrinale e giurisprudenziale. Si può sinteticamente affermare che la questione dell'efficacia reale od obbligatoria della prelazione societaria costituisce inevitabile corollario della diatriba circa la sua natura sociale o parasociale.

Il riconoscimento della natura sociale o parasociale alla prelazione dipende dall'interesse che si ritiene collegato alla clausola: se in essa si ravvisa il perseguimento del solo interesse dei soci, allora la clausola è ritenuta di natura parasociale ed idonea a produrre effetti reali nei confronti della società e dei terzi, se, invece, in essa si ravvisa il perseguimento di interessi anche della società, allora si riconosce alla prelazione societaria anche un'efficacia reale e l'opponibilità *erga omnes*.

V'è chi ritiene che l'introduzione nello Statuto del diritto di prelazione non valga a mutarne la natura di mero patto parasociale, ragion per cui una sua eventuale violazione non potrebbe che generare soltanto effetti obbligatori.

In particolare, ferma restando la validità del trasferimento ed il riconoscimento dei diritti sociali all'acquirente, gli altri soci avrebbero unicamente il diritto al risarcimento dei danni nei confronti del socio alienante. In verità, questa ricostruzione è da reputarsi minoritaria, ed è stata fatta propria unicamente da una sentenza di merito, ormai risalente (Tribunale di Bassano del Grappa 15 settembre 1993). L'indirizzo attualmente prevalente sembra invece orientato a ritenere che le clausole di prelazione contenute nello Statuto abbiano efficacia reale, dovendosi riconoscere a siffatto accordo valenza sociale e non meramente parasociale. Si sostiene infatti, che l'interesse sotteso alla prelazione societaria trascende l'interes-





se individuale di ciascun socio avendo, evidentemente, detta clausola anche un rilievo organizzativo ed una idoneità a propiziare l'accrescimento del peso dell'elemento personalistico rispetto a quello capitalistico.

Si evidenzia come la prelazione societaria sia intrinsecamente opponibile ai terzi anche per ragioni empiriche: la conoscibilità della clausola da parte dei terzi consegue alla sua introduzione nello Statuto, il quale è reso pubblico, infatti, mediante iscrizione al Registro delle Imprese.

All'interno del suddetto indirizzo maggioritario però, è da registrare una diffusa eterogeneità di opinioni su quali effetti debbano concretamente ricollegarsi alla violazione di siffatta clausola.

Non vi è concordia nell'individuare in cosa consista questo effetto reale giacché, per alcuni autori dall'effetto reale scaturirebbe il diritto di riscatto, per alcune pronunce l'effetto reale andrebbe inteso quale assoluta inefficacia *inter-partes* della cessione, mentre per altre sentenze, e si preannuncia trattarsi della posizione maggioritaria, l'effetto reale consisterebbe nell'inopponibilità dell'acquisto alla società e agli altri soci.

Secondo parte della dottrina (in particolare Campobasso), i soci beneficiari del diritto di prelazione avrebbero il diritto di riscattare dal terzo acquirente le partecipazioni sociali.

In realtà la Cassazione (*ex plurimis* Cass. 3 giugno

2014 n. 12370, Cass. 2 dicembre 2015 n. 24559 e Cass. 22 giugno 2016 n. 12956), costantemente, sostiene che il diritto di riscatto costituisca prerogativa delle sole prelazioni "legali" (prelazione ereditaria, *ex art. 732 c.c.*, prelazione agraria *ex art. 8 legge 590/1965*, e prelazione urbana *ex art. 39 legge 392/1978*), e che, in ogni caso, per le partecipazioni in società di capitali vige il principio della libera trasferibilità, per cui il riscatto non può operare se non espressamente previsto.

In particolare, così si esprime la Suprema Corte nella sentenza 12370/2014: "...l'art. 2479 c.c. non prevede né conforma il diritto di prelazione, bensì consente il patto di prelazione: il diritto la cui violazione l'odierno ricorrente lamenta non ha, cioè, fonte legale, bensì negoziale, e in tale ambito (alla stregua delle norme di legge, generali e speciali, che lo regolano) trova la sua conformazione... non vi è, dunque, spazio per ricorrere ad un'applicazione analogica, nella fattispecie in esame, del diritto di riscatto previsto dall'art. 732 c.c., a favore dei coeredi: ciò anche in considerazione del fatto che, oltre i confini oggettivi stabiliti dalla convenzione statutaria limitativa, opera la regola generale, posta dall'art. 2479 c.c., della libera trasferibilità della quota sociale (cfr. Cass. Sez. I, 12.1.1989 n. 93)".

Un altro orientamento giurisprudenziale, che però non ha avuto particolare seguito, afferma la

inefficacia assoluta del contratto di alienazione effettuato in spregio della clausola statutaria di prelazione.

In proposito, è interessante ricordare la posizione assunta in passato dalla Suprema Corte, la quale, in una pronuncia in tema di S.r.l. (Cass. 30 settembre 2005 n. 19203) è parsa affermare la possibile inefficacia assoluta del contratto di alienazione, così esprimendosi: "... in via di principio, è possibile ammettere che il trasferimento della partecipazione in una società di capitali sia a certi fini efficace ed operante tra le parti indipendentemente dalla sua opponibilità alla società. Tuttavia, quando si tratti di una società a responsabilità limitata, le cui quote non sono naturalmente destinate alla circolazione, una siffatta distinzione è scarsamente plausibile e, comunque, richiederebbe una valutazione in concreto dell'ipotetica volontà in tal senso espressa dai contraenti interessati, non potendosi di sicuro presumere che essi abbiano inteso perfezionare il trasferimento della quota anche a prescindere dalla concreta successiva possibilità, per il cessionario, di esercitare nei confronti della società i diritti inerenti alla qualità di socio...".

Recentemente è parsa essersi pronunciata in senso simile la Cass. 20 giugno 2017 n. 15173, la quale, nel confermare la pronuncia della Corte d'Appello così si è espressa: "...passando, poi, alla questione dell'accoglimento delle domande riconvenzionali e del riconoscimento del diritto di prelazione all'acquisto, la Corte d'appello ha rilevato che la clausola di prelazione era inserita nello statuto della società, e che aveva efficacia reale e non obbligatoria, il che comportava l'inefficacia dell'atto di cessione e il riconoscimento del diritto di prelazione in favore del socio pretermesso, trattandosi di trasferimento a titolo oneroso". L'assoluta invalidità del negozio di trasferimento viene esclusa dalla giurisprudenza maggioritaria, in tal senso, ad esempio, la recente Cass. 24 marzo 2016 n. 5917: "...ancora in tema di società di capitali, l'acquisto di quote sociali effettuato in violazione del patto di prelazione statutariamente previsto in favore dei soci determina l'inefficacia, peraltro nella sola misura in cui si realizzi un'alterazione nella proporzione fra le rispettive quote, del relativo trasferimento nei confronti degli altri soci e della società, ma non anche la nullità del negozio traslativo tra il socio alienante ed il terzo acquirente (conforme Cass. 7003/2015)".

L'orientamento della giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente e preferibile è nel senso di ritenere che la violazione della clausola statutaria di prelazione comporti unicamente l'inopponibilità dell'acquisto del terzo alla società

ed agli altri soci, e, quindi, l'impossibilità di esercitare validamente i diritti sociali connessi alla quota acquistata.

A tal proposito estremamente chiara e puntuale è la disamina contenuta nella Cass. 2 dicembre 2015 n. 24559, che, pertanto, si riporta qui di seguito: "...l'evidente carattere pattizio della prelazione comporta che il contratto ha, in via di principio, effetto solo tra le parti, con la conseguenza che le posizioni soggettive scaturenti dall'accordo negoziale non possono riflettersi sui terzi... A diversa conclusione devesi, invece, pervenire con riguardo alle ipotesi in cui il patto di prelazione venga inserito, con apposita clausola, dai soci stipulanti nell'atto costitutivo o nello statuto della stessa società. Se quest'inserimento non basta, invero, a privare il patto della sua valenza parasociale, insita nella sua stessa natura, è tuttavia innegabile che esso valga, già solo per aver trasformato il patto in una clausola statutaria, a conferirgli anche una caratterizzazione ulteriore, questa sì di carattere sociale. Non può, difatti, revocarsi in dubbio che, con l'inserimento della clausola di prelazione nell'atto costitutivo, si sia inteso attribuire alla medesima, al pari di qualsiasi altra pattuizione riguardante posizioni soggettive individuali dei soci che venga iscritta nello statuto dell'ente, anche un valore rilevante per la società... Ne discende che le clausole in questione, venendo ad assolvere anche ad una funzione specificamente sociale, atteso il loro inserimento nell'atto costitutivo o nello statuto dell'ente, cessano di esser regolate dai soli principi del diritto dei contratti, per rientrare, invece, nell'orbita più specifica della normativa societaria (cfr. Cass. 7614/1996).

In tale prospettiva, un consistente indirizzo giurisprudenziale, al quale si ritiene di aderire, si è espresso nel senso che la clausola statutaria di prelazione avrebbe "efficacia reale" ed i suoi effetti sarebbero opponibili anche al terzo acquirente, trattandosi di una regola del gruppo organizzato alla quale non potrebbe non conformarsi colui che intendesse entrare a far parte di quel medesimo gruppo (cfr. Cass. 7614/1996; 8645/1998; 12797/2012).

E tuttavia, dalla suindicata "efficacia reale" del patto di prelazione, quando è trasfuso in una clausola dell'atto costitutivo o dello statuto, non può derivare il riconoscimento al prelazionario pretermesso del diritto al riscatto del bene, mediante la proposizione di una domanda di retratto. Costituisce, difatti, un'affermazione consolidata nella giurisprudenza di questa Corte quella secondo cui, sul piano generale, la prelazione convenzionale, avendo efficacia obbligatoria, è efficace e vincolante per i soli contraenti e





non per i terzi estranei ... Ne consegue che la violazione della clausola statutaria contenente un patto di prelazione comporta l'inopponibilità nei confronti della società e dei soci titolari del diritto di prelazione, stante la menzionata "efficacia reale" del patto inserito nello statuto sociale, della cessione della partecipazione societaria (che resta, però, valida tra le parti stipulanti), nonché l'obbligo di risarcire il danno eventualmente prodotto, alla stregua delle norme generali sull'inadempimento delle obbligazioni. Per contro, siffatta violazione non comporta anche il diritto potestativo di riscattare la partecipazione nei confronti dell'acquirente, atteso che il cd. retratto non integra un rimedio generale in caso di violazioni di obbligazioni contrattuali, ma solo una forma di tutela specificamente apprestata dalla legge e conformativa dei diritti di prelazione, previsti per legge, spettanti ai relativi titolari".

In senso conforme si sono espresse la succitata Cass. 5917/2016, e le sentenze Cass.7003/2015 e 12370/2014. Inopponibilità del trasferimento alla società ed agli altri soci significa che qualsiasi diritto sociale collegato alle partecipazioni acquistate in spregio alla prelazione non è esercitabile dal socio acquirente, ed il suo eventuale esercizio non produce effetti nei confronti degli altri soci e della società stessa.

Sul punto è interessantissima la sentenza del 20 ottobre 2016 del Tribunale di Milano, in cui si è statuito che l'atto di vendita di partecipazioni societarie in violazione del diritto di prelazione statutariamente previsto è valido, ma inopponibile alla società ed ai soci.

Il Tribunale di Milano, nello specifico, ha stabilito che pur rimanendo ferma, se non impugnata, la deliberazione di aumento del capitale approvata con il voto del socio titolare delle quote così acquistate, sono comunque inefficaci gli acquisti, in esito al disposto aumento oneroso, della parte di capitale sociale corrispondente alla quota oggetto dell'atto di vendita inopponibile.

La varietà delle tesi e posizioni giurisprudenziali che caratterizza la materia in esame induce l'interprete ad un atteggiamento ispirato a criteri di grande prudenza, al fine di sottrarsi ai rischi derivanti dai mutevoli orientamenti e dall'incertezza degli effetti scaturenti dalla violazione del diritto di prelazione.

Potrebbe essere opportuno prevedere espressamente la realtà degli effetti della clausola di prelazione stabilendo, ad esempio, che, in caso di inosservanza dell'iter procedimentale della prelazione, l'acquirente delle quote o delle azioni non potrà legittimamente esercitare i diritti connessi alla partecipazione sociale, e, in caso di S.p.A. non

potrà ottenere l'iscrizione del trasferimento azionario al libro soci.

Appare chiaro, infatti, che deve dirsi dissipata ogni incertezza dinanzi ad una clausola dello Statuto formulata con precisione e accuratezza, laddove siano disciplinati meticolosamente il procedimento di prelazione e gli effetti scaturenti da una sua violazione.

Andrea Milo

### L'irreperibilità delle somme erogate dall'INPS a titolo di prestazioni economiche agli invalidi civili tra obbligo di motivazione, dolo e principio dell'affidamento del percipiente

Nell'ambito della disciplina costituzionale, le tematiche della libertà dal bisogno si collegano direttamente al principio di eguaglianza inteso in quell'accezione "sostanziale", inteso cioè non soltanto come finalizzato ad apprestare rimedi compensatori per i più deboli (ad esempio, "i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione") ma soprattutto come ininterrotto processo di parificazione dei cittadini attraverso la progressiva rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale.

Da tale punto di vista, l'art. 38 della Costituzione italiana, espressione del principio generale di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, garantisce al cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. In tal modo intende tutelare la dignità umana nello spirito della solidarietà di tutti i cittadini verso coloro che, per minorazioni congenite o acquisite sono incapaci di svolgere un lavoro proficuo.

Pur rientrando nelle prerogative dello Stato Sociale, tali interventi sono stati attribuiti all'Inps quale ente previdenziale del sistema pensionistico pubblico italiano, sottoposto alla vigilanza del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

L'attività dell'Inps consiste, quindi, nella liquidazione e nel pagamento delle prestazioni che possono essere di natura previdenziale o assistenziale, dietro accertamento dei requisiti a cui tali erogazioni sono subordinate.

La misura assistenziale più tipica è il cosiddetto assegno ordinario di invalidità. Si tratta di una prestazione in favore di coloro ai quali è stata riconosciuta una invalidità tra il 74% e il 99%. La loro capacità lavorativa deve essere ridotta a meno di un terzo a causa dell'infermità fisica o mentale. La corresponsione dell'assegno è inoltre

subordinata a particolari limiti di reddito.

Non di rado capita che l'Inps richieda indietro, a distanza di anni, somme di denaro a titolo di prestazioni economiche agli invalidi civili non dovute per lo sfioramento dei limiti di reddito previsti. Tuttavia, non sempre l'Inps è legittimata a procedere per il recupero delle erogazioni indebite. Infatti, tale azione promossa dall'Inps con l'obiettivo di rientrare in possesso delle somme indebitamente percepite dai pensionati dev'essere innanzitutto fondata su un provvedimento dotato di motivazione logica poiché, come sancito più volte dalla Corte di Cassazione (si vedano le sentenze n. 19762 del 2008 e n. 198 del 2011) spetta all'istituto previdenziale provare la causa dell'indebito, in applicazione dei principi di carattere sostanziale dettati dall'art. 2697 del codice civile. In assenza delle prescritte ragioni che inducono l'Inps a chiedere la restituzione, un'eventuale pretesa in tal senso integrerebbe la palese violazione dell'art. 3, legge 241 del 1990, ai sensi del quale ogni provvedimento amministrativo dev'essere motivato con l'indicazione dei presupposti e delle ragioni giuridiche che lo hanno determinato, tanto più se si tratta di atti che incidono direttamente a depauperare la sfera patrimoniale del destinatario.

È tuttavia da rilevare come troppo spesso, nella pratica, l'Inps è solita integrare il contenuto dei provvedimenti solo allorquando il pensionato ricorra in sede giurisdizionale attraverso il deposito delle memorie. In sostanza, l'ente il più delle volte tenta di integrare la motivazione del provvedimento impugnato solo in sede processuale, facendo leva sulla disciplina sul provvedimento amministrativo contenuta nel comma 2 dell'art. 210cties della legge 241/1990, ritenuta norma processuale direttamente applicabile.

Tale norma prevede: "Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento o sulla forma degli atti, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Tuttavia, come ha avuto modo di rilevare la Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Siciliana, con ordinanza n. 103/2015, con la quale rilevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 210cties della legge 241/1990: "L'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi è diretto a realizzare la conoscibilità e quindi la trasparenza dell'azione amministrativa. Esso è radicato negli artt. 97 e 113 Cost., in quanto da un lato esso costituisce corollario dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, e dall'altro, consente al destinatario del



provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale. Restano, dunque, elusi i principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, pure affermati dall'art. 1, comma 1, della legge 241/1990 ai quali va riconosciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (art. 24 e 113 Cost). Infine, la possibilità da parte di un giudice di accettare la motivazione dell'atto amministrativo in sede processuale cozzerebbe con il principio della separazione dei poteri, espressione della tradizionale separazione tra potere giudiziario e potere amministrativo, ed ha trovato recente e definitiva consacrazione normativa nell'ambito delle situazioni oppostive, con l'art. 34 comma 2 c.p.a., ove si prevede: In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

C'è poi da considerare un'altra peculiarità, probabilmente la più tagliente e la più dibattuta degli ultimi anni, quella che ruota intorno all'eventuale configurazione dell'elemento soggettivo del dolo da parte dell'interessato. L'assenza della responsabilità e la buona fede (connessa al comma 4, art. 38 Cost.) escluderebbero a priori l'obbligo di rimborso derivante dalla percezione di denaro non spettante, ciò in considerazione del fatto che il titolare della prestazione rappresenta la cd. "parte debole del processo", la parte che "si affida" e ripone fiducia nell'Inps, con la convinzione che lo stesso istituto (com'è in effetti) sia già in possesso di tutti i dati che fondano il diritto e la misura della prestazione erogata. In luogo del principio generale dell'irripetibilità dell'indebito (art. 2033 c.c.), troverebbe così applicazione una regola diversa, propria del sottosistema previdenziale, in grado di escludere la restituzione delle eccedenze riscosse.

Infine, l'assetto ordinamentale riferibile alle prestazioni economiche agli invalidi civili, che costituiscono oggetto di obbligazioni (pubbliche) *ex lege*, si pone in diretta derivazione dai principi espressi dall'art. 38 Cost.

In linea generale, le prestazioni derivanti dalla solidarietà sociale non possono riconoscersi a coloro che non possiedono i requisiti previsti dalla legge per essere titolari del diritto. A questa regola, può derogare il legislatore mediante espresse previsioni e casi specifici, ove ritenga di privilegiare l'affidamento determinato dall'attribuzione di fatto di una prestazione per un lasso notevole di tempo.

Nel settore della previdenza e dell'assistenza obbligatorie si è affermato, infatti, ed è venuto via via consolidandosi, un principio di settore secondo il quale, in luogo della generale regola codicistica di incondizionata ripetibilità dell'indebito, trova applicazione la regola, propria di tale sottosistema, che esclude viceversa la ripetizione in presenza di situazioni di fatto variamente articolate, ma comunque avente generalmente come minimo comune denominatore la non addebitabilità al percipiente della erogazione non dovuta ed una situazione idonea a generare affidamento. Al riguardo, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha rilevato che il canone dell'art. 38 Cost., appresta al descritto principio di settore una garanzia costituzionale in funzione della soddisfazione di essenziali esigenze di vita della parte più debole del rapporto obbligatorio, che verrebbero ad essere contraddette dalla indiscriminata ripetizione di prestazioni *natuliter* già consumate in correlazione - e nei limiti - della loro destinazione alimentare (C. cost. n. 39/1993; Corte Cost. n. 431/1993).

Come ha avuto modo di rilevare anche la Corte di Appello di Milano nella sentenza n. 320/2014: "la irripetibilità delle somme in contestazione deriva proprio dalla estensione al caso in esame dei principi propri dell'indebito assistenziale (D.L. n. 173/1988, art. 3, comma 9, convertito nella legge n. 291/1988, e D.L. n. 269/2003, art. 42, comma 5, convertito nella legge 24 novembre 2003) in base ai quali la revoca in caso di insussistenza dei requisiti per la erogazione della prestazione deve avvenire senza ripetizione delle somme precedentemente corrisposte".

Angelo Mondelli

### Il reato putativo e il reato impossibile

Il Codice Penale all'art. 49 disciplina il reato putativo, al primo comma, e il reato impossibile, al comma 2. Il comma 1 prevede infatti l'ipotesi di non punibilità di chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato, mentre al comma 2 prevede "l'esclusione della punibilità quando, per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa è impossibile l'evento dannoso o pericoloso". Se la punibilità è esclusa, il giudice può applicare una misura di sicurezza", qualora ritenga che il soggetto sia comunque pericoloso. In quest'ultimo caso, di converso, è opportuno rimarcare il fatto che "se concorrono nel fatto gli elementi costitutivi di un reato diverso, si applica la pena stabilita per il reato effettivamente commesso". Tale particolare previsione normativa nel corso

del tempo ha suscitato perplessità circa l'esatta natura giuridica della forma di reato in esame. La previsione normativa *de quo*, a parere dello scrivente, deve essere considerata una fattispecie assolutamente distinta, anche se interconnessa per vari fattori, dal tentativo, seppur inteso quale inidoneo. L'assunto di cui sopra è comprovato dalla circostanza che non tutte le azioni rientranti nell'ambito del reato impossibile sono alla base del delitto tentato. Ulteriore distinzione in merito è tangibile, infatti, mentre il tentativo di cui all'art. 56 del c.p. si riferisce soltanto ai delitti, il reato impossibile si riferisce sia ai delitti che alle contravvenzioni. Giova precisare che la punibilità è esclusa quando, per l'inidoneità dell'azione, che come indicato dalla Suprema Corte di Cassazione deve essere "assoluta per inefficienza strutturale e strumentale del mezzo usato tale da non consentire, neppure in via eccezionale l'attuazione del proposito criminoso", o per l'inesistenza dell'oggetto materiale di essa è impossibile l'evento dannoso o pericoloso. Altra importante distinzione dottrinale che occorre esaminare è relativa allo stesso art. 49 del codice penale ovvero tra il reato putativo e il reato impossibile. Tale distinzione si rende oltremodo necessaria onde addivenire ad una esegesi delle diverse fattispecie che possono determinare il cd. reato putativo, ovvero quel reato che esiste solo ed esclusivamente nella mente dell'agente ma non nella realtà dei fatti. In tale contesto si analizza la condotta del soggetto che, mentre nel reato impossibile è inidonea, nel reato putativo l'agente crede di commettere un fatto penalmente illecito ma non è ritenuto tale per l'ordinamento giuridico, come indicato dalla Suprema Corte di Cassazione che sentenziava di ritenere non punibile, la condotta di chi abbia agito ritenendo o accettando il rischio di riciclare somme di denaro provenienti da delitto non colposo, quando quest'ultimo sia in realtà insussistente. Nel caso di reato putativo si asserisce di trovarci di fronte ad un "non reato", non punibile in quanto solo supposto, risolto dell'esatta applicazione del principio di legalità sostanziale. Nel reato impossibile, di contro, si parla di "quasi reato" in quanto pur non esistendo illecito penale, alla condotta dell'agente si può interconnettere la possibilità di una misura di sicurezza che non è assolutamente prevista nel caso di reato putativo, nonostante che anche in questo caso possa risultare un indice di capacità a delinquere. In dottrina il reato putativo è stato elaborato in diverse tipologie, ovvero:

- reato putativo per errore di diritto, determinato da errore sulla rappresentazione di una norma nel convincimento di aver commesso un reato, mentre la norma penale che lo prevedeva è stata abro-

gata da svariato tempo;

- reato putativo per errore di fatto, il quale si verifica quando un elemento materiale difetta nell'inquadramento del fatto in una reale fattispecie criminosa ritenendo l'agente di aver commesso reato senza tener conto dell'elemento fondamentale dell'elemento di "altruità" della cosa (come nel caso di ritenere di aver asportato una cosa altrui che invece è di proprietà dello stesso soggetto agente);

- reato putativo per errore sulle scriminanti, il quale si verifica nel caso in cui l'agente ponga in essere un fatto corrispondente alla norma penale incriminatrice, ma in presenza di una causa di giustificazione scriminante della quale però, non si raffigura come esistente.

Passiamo ora dall'analisi sistematica della fattispecie prevista dall'art. 49 secondo comma del c.p. iniziando a chiarire determinati aspetti intrinseci della norma. L'evento è quello giuridico non materiale, mentre l'azione deve essere inidonea, ovvero incapace di produrre effetto e l'oggetto del tutto inesistente, vale a dire che l'esistenza deve essere nulla, senza alcuna probabilità che possa lasciar presagire lo svilupparsi in concreto di alcun tipo di materialità obiettiva. L'azione prodotta dall'agente deve effettivamente ledere o mettere in pericolo il bene tutelato dalla norma, altrimenti lo scarto tra tipicità formale della condotta ed offesa al bene tutelato rende la condotta medesima non punibile. Alcune linee guida in materia adoperate per verificare quando un'azione si reputa inidonea vengono impartite dalla giurisprudenza di legittimità la quale ritiene che "l'inidoneità dell'azione deve avere natura intrinseca ed originaria e presentare il carattere dell'assolutezza. L'inidoneità deve intendersi come intrinseca, originaria e assoluta, non sono suscettibili di valutazione fattori sopravvenuti e estrinseci che abbiano in concreto determinato l'inidoneità dell'azione", devono essere altresì assenti anche i fattori estrinseci, in caso contrario l'inidoneità dell'azione verrebbe disposta nell'ambito del tentativo punibile. A questo punto analizziamo la parte che seppur residuale è importantissima, in relazione al reato impossibile, ovvero l'applicazione di una misura di sicurezza che, come detto in precedenza, non è presente nel reato putativo. Tale previsione normativa è applicabile dal giudice qualora sia effettivamente provata la pericolosità del soggetto agente il quale, nel caso di specie, seppur non ritenuto colpevole della commissione di un qualsivoglia reato, ha posto in essere una condotta comunque ritenuta offensiva con giudizio *ex post* dal giudice. Il punto più delicato del reato impossibile, è quello dell'inidoneità dell'azione e quello relativo. Concludendo, l'im-



portante è comprendere se mettere in discussione l'idea stessa di reato, inteso come impossibile, che, a parere dello scrivente deve essere intesa quale a se stante, distinta dal tentativo, inteso anche come inidoneo e certamente dal reato putativo, trattandosi di un reato, di fatto mai commesso, in quanto la norma violata dal soggetto agente non è presente nell'ambito dell'intero ordinamento giuridico.

.....  
**Sitografia:**

www.dirittopenale.it  
 www.simone.it

Sentenza Corte di Cassazione penale sezione V, 15 ottobre, 2014 n. 9254

Sentenza Corte di Cassazione penale sezione II, 19 novembre, 2013 n. 7795

Anna Navarra

### Cenni sulla revoca del provvedimento amministrativo a seguito del d.l. n. 133/2014 convertito in legge n. 164/2014

Con la recentissima legge 11 novembre 2014, n. 164, di conversione del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 (cd. "Decreto Sblocca Italia"), il Legislatore ha introdotto delle rilevanti novità nella disciplina del procedimento amministrativo. Sono quattro gli istituti coinvolti dalla ventata riformista: la conferenza di servizi, la segnalazione certificata di inizio attività (cd. s.c.i.a.), la revoca e l'annullamento d'ufficio. Le novità introdotte sono tutte animate dalla stessa *ratio*: offrire maggiore tutela ai privati, mettendoli al riparo dai ripensamenti della Pubblica amministrazione e quindi dall'esercizio disinvolto del potere di autotutela.

La revoca del provvedimento amministrativo, prevista e disciplinata dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 15/2005, costituisce la concreta espressione di un potere generalizzato e formalizzato legislativamente attraverso la previsione di una specifica disciplina che ne ha definito i limiti, forme e conseguenze derivanti dal suo concreto esercizio. La novella del 2005 ha inteso positivizzare tale figura sulla falsariga degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, confezionando uno specifico strumento di autotutela cd. decisoria che prescindendo dalla sussistenza di vizi di legittimità ed è preordinato a rimuovere, con efficacia *naturaliter* non retroattiva, un atto ad efficacia durevole in esito ad una nuova e diversa valutazione dell'interesse pubblico alla sua conservazione.

L'ambito applicativo del potere di revoca è, in realtà, molto più esteso di quanto comunemente

recepito dalla prassi amministrativa e giudiziaria, tanto che è parso opportuno ridefinirne le condizioni legittimanti attraverso la recente riscrittura del comma 1 dell'art. 21 *quinquies* ad opera della legge n. 164/2014 di conversione del D.L. n. 133/2014 che, intervenuta, in via generale, su taluni istituti del procedimento amministrativo, ha, nel caso specifico, ridefinito i contorni del potere di revoca all'evidente fine di esaltare nonché rafforzare il legittimo affidamento del privato ponendo lo stesso al riparo dai ripensamenti della P.A. e, di conseguenza, da un disinvolto esercizio del potere di autotutela. Ebbene la recente previsione legislativa impone oggi di distinguere, in relazione ai relativi presupposti di ammissibilità non meno che ai sottesi impegni motivazionali, tra:

a) Revoca per sopravvenienza di interessi, ammessa senza particolari limiti;

b) Revoca per sopravvenienza di fatti, ora ammessa solo in caso di imprevedibilità del mutamento della situazione fattuale al momento di adozione del provvedimento: ciò che finisce per imporre all'Amministrazione un obbligo di diligente apprezzamento, in sede procedimentale, dei fatti assunti a presupposto delle proprie determinazioni provvedimentali. Si può sin d'ora evidenziare, in proposito, che, mentre prima della riforma il negligente apprezzamento del fatto non precludeva l'iniziativa revocatoria, ma, al più, legittimava l'imputazione di una responsabilità a titolo *lato sensu* precontrattuale, oggi è in gioco la stessa validità della misura revocatoria, suscettibile di essere annullata per iniziativa del soggetto pregiudicato

c) Revoca penitenziale (correlata ad una difforme valutazione dell'interesse pubblico originario, non più ammessa per i provvedimenti di natura autorizzatoria e per quelli attributivi di vantaggi economici).

È espressamente stabilito - in conformità alla tradizionale esclusione della revoca per i provvedimenti cd. istantanei e per quelli i cui effetti fossero interamente esauriti - che solo "il provvedimento ad efficacia durevole" può essere revocato (incidendo la revoca solo sulla attitudine del provvedimento a produrre ulteriori effetti, lasciando per tal via salvi quelli già prodotti, in conformità alla efficacia *naturaliter* non retroattiva della misura). L'assunto deve, peraltro, tener conto della previsione di cui al comma 1 bis, introdotto dall'art. 13, comma 8 *duodevicies* della l. 30 aprile 2007, n. 40, di conversione del d.l. n. 7/2007 (cd. Bersani bis), che si riferisce anche alla revoca di atti istantanei che incidano su rapporti negoziali. La norma in questione - oggettivamente distonica rispetto al sistema - deve intendersi nel senso che la revoca

attenga a provvedimenti ad efficacia bensì istantanea, ma non ancora attuata, come tipicamente accade nel caso dei provvedimenti concessori accompagnati da pedissequo accordo e dei provvedimenti definitivi di procedimenti evidenziali, che precedono l'instaurazione di rapporti propriamente contrattuali.

Nel silenzio della norma, deve ritenersi non vengano meno le ulteriori limitazioni sistematiche al potere di revoca. È da confermare la irrevocabilità dei provvedimenti che la stessa legge qualifichi tali, come per esempio il permesso di costruire ex art. 11, 2° comma d.p.r. n. 380/2001; dei provvedimenti vincolati, in cui non è possibile, per definizione, il diverso apprezzamento dell'interesse pubblico che sostanzia l'esercizio del potere di riesame; dei provvedimenti consultivi e tutori in cui, più che l'esaurimento del potere, rilevano ostacoli di ordine formale e procedimentale, come la normale competenza collegiale e la impossibilità di attivazione officiosa; i provvedimenti in cui l'Amministrazione non abbia "la disponibilità degli effetti" da non confondere con l'ipotesi di incidenza su situazioni di diritto soggettivo (es. revoca della requisizione in uso e della requisizione in proprietà: revocabile la prima, irrevocabile la seconda perché imporrebbe un riacquisto coattivo del bene a favore dell'originario espropriato, inammissibile in mancanza di espressa previsione legale).

La norma, nel descrivere la sequenza procedimentale per l'adozione dell'atto di revoca, non fissa limiti temporali per la revoca, essendo sufficiente che il provvedimento produca effetti perduranti: è del tutto evidente che, in tal caso, l'affidamento dei destinatari non possa precludere la tutela dell'interesse pubblico e, dunque, non possa limitare, in quanto tale, l'esercizio del potere di revoca, così come è evidente che non possa avere rilievo il decorso del tempo. Non si tratta di riesaminare un provvedimento illegittimo, come nel caso dell'annullamento, ma solo di adeguare la dinamica azione amministrativa al doveroso canone del buon andamento. Da ciò si giustifica il fatto che l'affidamento dei destinatari del provvedimento legittimamente revocato si atteggi nei diversi termini, chiaramente indenni tari, della cd. responsabilità da atto lecito.

Tutela del legittimo affidamento del terzo a seguito della novella legge n. 164/2014 e Responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione.

Questione particolarmente annosa riveste la tutela del legittimo affidamento ingeneratosi nel privato per effetto dell'operatività del provvedimento amministrativo e frustrato difatti dall'operatività del potere di revoca poi esercitato.

L'attenzione posta dal legislatore sulla tutela dell'affidamento del privato costituisce l'evidente riflesso dell'assoluta centralità che la stessa ha assunto prima che nel quadro nazionale, in un'ottica evidentemente comunitaria. E, difatti, pur se incarnazione di un principio non scritto, l'assordante silenzio del legislatore non ha impedito alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di affermare che esso costituisce un principio fondamentale dell'Unione, il quale impone la tutela delle situazioni di vantaggio che una volta attribuite dalla PA al privato, non possono essere successivamente rimosse se non strettamente necessario alla cura dell'interesse pubblico e ciò a garanzia della certezza dei rapporti giuridici nonché, più in generale, della stabilità dei provvedimenti amministrativi. Ebbene, proprio a tutela di tale principio la novella del 2014, che ha riscritto il comma 1 dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990 ha voluto, a tutela dell'interesse del privato, ancorare il potere di revoca della P.A. per sopravvenienza di fatti allo specifico requisito della imprevedibilità del mutamento della situazione fattuale al momento dell'adozione del provvedimento di revoca. È posto, nello specifico, a carico della P.A. un onere di diligente apprezzamento in sede procedimentale dei fatti assunti a presupposto delle proprie determinazioni provvedimentali. Il negligente apprezzamento degli stessi pone a rischio la validità stessa della misura revocatoria, la quale è suscettibile di essere annullata per iniziativa del soggetto interessato (prima non veniva preclusa l'iniziativa revocatoria e si configurava solo una responsabilità *lato sensu* precontrattuale). Sebbene l'innovazione normativa del 2014 abbia inteso accrescere la tutela del privato da un arbitrario e sproporzionato esercizio del potere di autotutela in questione, tuttavia il potere di revoca resta connotato da ampia, forse eccessiva, discrezionalità. Prima ancora del recente intervento riformatore, lo stesso art. 21 *quinquies* della legge 241/1990 fa transitare la tutela dell'affidamento attraverso la previsione di un obbligo di indennizzo in capo al soggetto pubblico laddove la revoca, seppur legittima, determini un pregiudizio o danno ai soggetti direttamente interessati; indennizzo i cui criteri di quantificazione restano ancora ampiamente dibattuti in seno a dottrina e giurisprudenza, nonostante la previsione, apparentemente risolutiva, di cui al comma 1 *bis*, introdotta, all'art. 21 *quinquies*, dal decreto Bersani, il quale la parametrava al solo danno emergente.

Tuttavia, come unanimemente sostenuto dalla giurisprudenza, la generica previsione dell'obbligo di indennizzo non esclude la possibilità di valutare il comportamento della P.A. con riguardo al rispetto dei valori di buona fede e correttezza.





za nell'ambito del procedimento formativo della volontà negoziale e la cui violazione qualificata, di conseguenza, una sua diretta responsabilità precontrattuale per violazione dei principi civilistici di cui all'art. 1337 c.c. è quanto generalmente accade nel caso i cui il provvedimento di revoca incida su rapporti di natura negoziale e, nello specifico, in materia di aggiudicazione di appalti. In tale ambito, riconosciuta in astratto la revocabilità dell'aggiudicazione prima della stipula del contratto, e data la nota strutturazione procedimentale della scelta del contraente per l'esercizio del potere di revoca, impone, alla P.A., un rigoroso onere di ponderazione di tutti gli interessi coinvolti; cosicché se è frequente che la stessa revochi, ex art. 21 *quinquies*, l'aggiudicazione della gara al verificarsi di sopravvenienze fattuali che impongano il riesame dell'interesse pubblico, è altrettanto frequente che ponga in essere un comportamento scorretto e contrario agli imposti doveri di correttezza e buona fede, ledendo il legittimo affidamento della controparte in ragione dell'aggiudicazione definitiva, sebbene nel legittimo esercizio del potere di revoca. E, difatti, evidente è l'ordinaria possibilità che una responsabilità precontrattuale possa sussistere nonostante la legittimità del provvedimento con cui si revocano (o si annullano), in autotutela, gli atti di gara. Del resto, come la giurisprudenza ha ulteriormente chiarito, la responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento,

non da provvedimento, che incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nell'ambito dei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime, frutto dell'altrui scorrettezza. Il privato, in ragione di quanto suddetto, potrà, alternativamente, limitarsi a formulare una richiesta di indennizzo tendenzialmente comprensiva del solo danno emergente e limitata al solo interesse negativo ovvero denunciare la violazione delle suddette regole di condotta invocando il ristoro dell'intero danno precontrattuale, comprensivo di danno emergente e lucro cessante, sempre limitato al solo interesse negativo. Un percorso giurisprudenziale, questo, significativamente divergente rispetto alle tradizionali posizioni assunte, a riguardo, dalla giurisprudenza amministrativa, la quale, pur riconoscendo, sulla scia degli insegnamenti delle Sezioni Unite, l'applicabilità del principio di buona fede all'agire contrattuale delle Amministrazioni Pubbliche, è stata inopportuna lassiva nei confronti dei comportamenti dilatori e genericamente scorretti della parte pubblica, argomentando sull'assunto per cui l'aggiudicazione provvisoria, in quanto atto infraprocedimentale, vada considerata ex se idonea a sostanziare affidamento alcuno nella stipulazione del contratto, con la conseguenza che fino a che non venga adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, la

stazione appaltante può porre in essere atti di autotutela al fine di riesaminare, *funditus*, il procedimento di gara già espletato.

In una diversa prospettiva si pone, di contro, il privato, laddove il potere di revoca venga esercitato illegittimamente violando i presupposti procedurali ed applicativi normativamente sentenziati dal legislatore. Il privato, pertanto, potrà impugnare il provvedimento di revoca, assunto quale illegittimo, invocandone l'annullamento e, contestualmente o in separata sede, domandare il danno concretamente correlato agli effetti interinali prodotti dalla revoca nelle more della sua caducazione giudiziale, ovvero, in alternativa, rinunciare ad impugnarlo invocando unicamente il danno, comprensivo di danno emergente e lucro cessante e correlato all'interesse positivo; trattasi di una responsabilità precontrattuale *cd. spuria* che, con evidente e significativa anomalia rispetto alla responsabilità precontrattuale ordinaria, non è limitata all'interesse negativo.

Eppure tutte le precisazioni normative, così come innanzi prospettate, seppur abbiano inteso definire, compiutamente, i margini di tutela riconosciuti al privato a fronte di un arbitrario e sproporzionato esercizio del potere di autotutela della P.A., lasciano, comunque, che il potere di revoca, di cui la stessa dispone, resti connotato da ampia, forse eccessiva discrezionalità circa la valutazione dell'opportunità di ritiro di un proprio precedente provvedimento. Proprio in ragione di tale carattere ampiamente discrezionale, l'esercizio del potere di revoca si presta ad essere fortemente criticato nella misura in cui omette di considerare adeguatamente nonché proteggere, appropriatamente, le ineludibili esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nel privato danneggiato, di tutela dell'interesse pubblico e, più in generale, della certezza dei rapporti giuridici costruiti dall'atto originario. In ragione di ciò, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è intervenuta ad individuare precisi limiti sistematici all'agire della P.A., stilando una sorta di checklist delle stringenti condizioni a cui subordinare un legittimo esercizio del potere di revoca, essendo, nello specifico, anzitutto, doveroso il rispetto da parte dell'Amministrazione procedente, del principio del contraddittorio con la precisa necessità di verificare la sussistenza di ragioni idonee a rilevare la consistenza ed intensità dell'interesse pubblico posto a fondamento della revoca oltre ad uno specifico obbligo motivazionale, in grado di esplicitare non solo le suddette ragioni di interesse pubblico, ma anche la prevalenza di quest'ultimo rispetto all'interesse del privato: "La revoca di un'aggiudicazione legittima implica la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o

una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (Consiglio di Stato, Sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026).

Maria Mercedes Pisani

### L'entrata in vigore del Protocollo n. 16 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, nuove opportunità

La proposta di attribuire anche alla Corte Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU) una forma di competenza che le consenta di emettere dei pareri consultivi risale al 2005<sup>1</sup>. Il Gruppo dei Saggi istituito presso il Consiglio dei Ministri aveva rassegnato nelle conclusioni l'idea di introdurre un sistema in virtù del quale le autorità giudiziarie interne, e in particolare le Corti Costituzionali o le giurisdizioni di ultima istanza, potessero richiedere pareri consultivi, su questioni giuridiche, relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli. Siffatta innovazione rappresenta senza dubbio una forma di potenziamento del ruolo della Corte e di impulso anche al cosiddetto "dialogo tra le Corti" sovranazionali, come tra Corti nazionali ed europee. Nondimeno, i pareri emessi dalla Corte con questo strumento, sarebbero sempre facoltativi e non vincolanti.

In seguito al deposito della ratifica della Francia, avvenuto il 12 aprile scorso, decimo tra gli Stati firmatari a completare il percorso di approvazione del Protocollo n.16<sup>2</sup>, quest'ultimo entrerà in vigore il 1 agosto 2018.

Il nuovo istituto introduce un cambiamento sostanziale nelle modalità di ricorso alla Corte, abitualmente, infatti, l'investitura della giurisdizione europea avviene su richiesta individuale e previo esaurimento delle vie di ricorso interno. Con l'entrata in vigore del Protocollo, invece, potrà essere attivato un meccanismo simile al rinvio pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, riservando l'iniziativa ai giudici nazionali, per la precisione soltanto alle più alte giurisdizioni degli Stati contraenti. Al momento della firma o del deposito della ratifica, le Parti contraenti dovranno indicare con un'apposita dichiarazione, i Tribunali o le Corti desi-





gnate, conformemente all'art. 10 del Protocollo. Le questioni sulle quali può essere richiesto un parere consultivo alla Corte devono essere "questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli". La richiesta deve essere presentata dall'autorità giudiziaria nell'ambito di una causa pendente innanzi ad essa e dovrà contenere indicazioni sull'oggetto del procedimento interno e sulle risultanze rilevanti dei fatti acquisiti, le norme di legge rilevanti e le questioni della Convenzione rilevanti, una sintesi delle osservazioni delle parti nel procedimento interno e, se possibile, una relazione sulle considerazioni formulate dall'autorità giudiziaria remittente sulla questione.

Lo svolgimento della procedura è abbastanza simile a quanto previsto dall'articolo 43 della Convenzione in relazione ai rinvii avanti alla *Grande Chambre*. La richiesta deve superare un filtro di ricevibilità, avanti una Camera composta da cinque giudici. Questi esaminano la richiesta di parere consultivo e, a differenza di quanto accade per la procedura di cui all'art. 43, devono motivare l'eventuale rifiuto. Tanto, in realtà, proprio al fine di consolidare il dialogo tra Corti nazionali e CEDU, potenziando proprio le attività di indirizzo della Corte nei confronti dei giudici nazionali. In caso di accoglimento, la richiesta è trasmessa alla *Grande Chambre* per l'emissione del parere. Si tratta, in questo caso, di un atto solenne al quale partecipano i 17 giudici componenti la Camera, tra i quali è compreso di diritto il Giudice eletto per l'Alta Parte contraente cui appartiene l'autorità giudiziaria richiedente.

Nonostante non sia previsto un contraddittorio *stricto sensu*, sia il Commissario per i Diritti dell'Uomo del Consiglio d'Europa che l'Alta Parte contraente potranno presentare osservazioni scritte e prendere parte nelle procedure relative alla richiesta.

Il parere consultivo è pubblicato e motivato e può essere corredato anche dall'opinione separata (dissenziente o concordante) di Giudici componenti la Corte. La differenza principale, rispetto al rinvio pregiudiziale innanzi alla CdGUE, è che il parere consultivo della CEDU, pur essendo motivato non è vincolante.

In effetti è proprio nell'art. 5 del Protocollo che si trova l'elemento di maggior interesse per una valutazione dell'impatto che la nuova procedura avrà sul diritto nazionale e sull'esercizio giurisdizionale. Nell'art. 5 del Protocollo, infatti, nel prevedere la non vincolatività del parere, si lascia la responsabilità della determinazione degli effetti del parere consultivo nel procedimento nazionale all'autorità giudiziaria richiedente.

D'altronde, l'adozione di un parere consultivo non potrebbe comunque impedire ad un soggetto, parte dello stesso giudizio, di esercitare, successivamente, il proprio diritto ad un ricorso individuale, nel caso ritenesse di aver subito una violazione dei propri diritti fondamentali. Tuttavia, è certo possibile che se gli elementi del ricorso individuale dovessero affrontare questioni già trattate nel parere consultivo, esso sia dichiarato irricevibile, salva la possibilità di farne uno stralcio. I pareri emessi non possono costituire precedente, tantomeno vincolante, nemmeno in relazione a ricorsi proposti da altri soggetti, l'assenza

formale di vincolo perfino per la Corte stessa, potrebbe consentirle finanche di discostarsi o mutare l'orientamento scegliendo una soluzione interpretativa diversa in un caso successivo.

Nondimeno, poiché i pareri come le sentenze, entrano a far parte del corpo giurisprudenziale della Corte non si può fare a meno di pensare, che proprio in funzione di assicurare coerenza e credibilità al frutto delle attività della Corte, saranno utilizzati come riferimento, come guida interpretativa. Nella prassi verificheremo anche quanto ed in considerazione di quali circostanze il Giudice nazionale, che, come nel caso del diritto dell'Unione Europea, ha il ruolo di "primo giudice" della Convenzione, investito della responsabilità di assegnare un effetto all'interpretazione delle norme convenzionali che ha richiesto e che gli sarà offerta dalla Corte, deciderà di discostarsene. Ciò tenendo in adeguata considerazione che nel sistema della Convenzione, il precedente giurisprudenziale costituisce dato vincolante nell'interpretazione ed attribuzione di contenuto alle norme della Convenzione stessa.

1 Proposta del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adottata al Terzo Vertice dei Capi di Stato e di Governo degli Stati Membri di Varsavia il 16-17 maggio 2005.

2 Protocollo n. 16 del 2/10/2013 in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Tutti i virgolettati sono ripresi da articoli del protocollo. Si faccia riferimento alla traduzione italiana del Ministero della Giustizia disponibile sempre sul sito della Corte.

Marianna Polito

### La donazione di cosa altrui alla luce della sentenza n. 5068/2016 Cass. SS.UU.

Il presente studio affronta il problema della donazione di beni altrui e quello della donazione di una quota indivisa su di un bene facente parte di una più ampia massa comune, analizzando le posizioni emerse sul punto in sede giurisprudenziale e dottrinale per culminare nella recente sentenza della Cassazione n. 5086 del 15 marzo 2016. Il problema pratico e giuridico della vicenda è il seguente: può, uno dei contitolari, disporre di una quota di uno solo dei beni, prima della divisione? In caso di risposta positiva, l'atto dispositivo avrebbe effetti immediati, o resterebbe subordinato, e quindi condizionato, alla successiva vicenda divisionale?

L'acquirente, a qualsiasi titolo, di tale "quota", entrerebbe a far parte di una comunione sul bene considerato, o sarebbe un mero "avente causa", eventualmente legittimato ad intervenire, nella

futura divisione ex articolo 1113 codice civile?

Il problema si pone unicamente per il caso in cui più soggetti si trovino comproprietari di più immobili nelle medesime quote, in virtù di un unico titolo: ove si tratti di più comunioni, derivanti da diverso titolo, la disponibilità delle singole quote è regolata dai principi generali in materia di comunione, e, in particolare, dal principio di libera disponibilità della quota di cui all'articolo 1103 codice civile. L'analisi di detta tematica rende necessario un preliminare inquadramento del contratto di donazione nello schema degli atti gratuiti e degli atti di liberalità, al fine di definirne la sua stessa essenza.

Come osservato da autorevole dottrina<sup>1</sup>, il rapporto tra negozio gratuito, liberalità e contratto di donazione viene così delineato: il negozio gratuito è il genere, la liberalità è una specie del negozio gratuito, il contratto di donazione è la principale liberalità.

La donazione può definirsi il contratto mediante il quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra disponendo a favore di questa un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione.

Dalla definizione offerta dal legislatore nell'art. 769 codice civile, è possibile delineare quattro tipi di donazione:

- la donazione reale traslativa, che ha per oggetto il trasferimento a titolo gratuito del diritto di proprietà ovvero di altro diritto reale di godimento già esistente nel patrimonio del donante
- la donazione reale costitutiva, che ha per oggetto la costituzione senza corrispettivo di un diritto reale nuovo
- la donazione obbligatoria, che ha per oggetto la gratuita assunzione di un'obbligazione da parte del donante
- la donazione liberatoria, che ha per oggetto la liberazione del donatario da un obbligo non adempiuto e che rientra nella espressione generica "disposizione di un diritto" usata dal legislatore<sup>2</sup>.

In tal modo si determina con maggiore ampiezza il concetto di donazione, il quale risulta non più limitato alla sola donazione reale, ma esteso anche ad una donazione obbligatoria e liberatoria. In base a tali ricostruzioni dottrinarie<sup>3</sup>, elemento caratteristico della donazione risulta essere non tanto il suo oggetto ma l'*animus donandi*, vale a dire l'intenzione di compiere la liberalità.

Non basta cioè un'attribuzione patrimoniale fatta senza corrispettivo, ma occorre che questa sia giustificata dalla coscienza di conferire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi costretti. Tanto premesso, occorre verificare l'ammissibilità nel nostro ordinamento della donazione di cosa



altrui, ossia della donazione che ha per oggetto un bene non presente nel patrimonio del donante, pur esistente in *rerum natura*.

Nella vendita il legislatore differenzia la disciplina applicabile a seconda che il contratto abbia ad oggetto una cosa futura o una cosa altrui.

Nel primo caso l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza.

Si tratta, infatti, di un contratto valido ma sottoposto alla condizione sospensiva della venuta ad esistenza del bene per poter produrre i suoi effetti traslativi pur generando da subito effetti obbligatori tra le parti.

Nel caso di vendita di cosa altrui, invece, il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa. In caso di inadempimento dell'obbligo traslativo, l'alienante sarà responsabile soltanto nel caso in cui non abbia fatto tutto ciò che era nelle sue possibilità per far conseguire la proprietà del bene al compratore.

Il legislatore, in deroga al principio secondo cui è generalmente ammessa la futurità dell'oggetto di un negozio, nell'ambito della disciplina della donazione, ne nega l'ammissibilità sancendo la nullità della donazione che abbia per oggetto beni futuri, ex art. 771 c.c.

In passato, in mancanza di un'espressa previsione normativa che si occupasse della donazione di bene altrui, ci si chiedeva se, quanto previsto dall'art. 771 c.c., potesse estendersi anche ai casi di "futurità soggettiva", ossia all'ipotesi in cui la donazione avesse ad oggetto beni non presenti nell'attuale patrimonio del donante.

Tale problematica ha ricevuto un trattamento ondivago in giurisprudenza, registrando in proposito diverse tesi.

Secondo una prima tesi, il disposto dell'art. 771 c.c. non poteva essere applicato alla fattispecie in oggetto, richiamando in tal senso la distinzione operata dal legislatore in tema di vendita, il quale in proposito differenzia l'ipotesi di vendita di cosa altrui a quella di vendita di cosa futura. A tale conclusione è giunta la Cassazione con la sentenza numero 1596 del 2001, che ha affermato il principio secondo cui la donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla ai sensi dell'articolo 771 del codice civile, ma è semplicemente inefficace e, tuttavia idonea ai fini dell'usucapione abbreviata ex art. 1159 del c.c. In forza di tale tesi la diversità di regime doveva essere applicata alla donazione con la conseguenza che il divieto previsto dall'art. 771 c.c., essendo un'eccezione al generale principio che ammette la futurità dell'oggetto del contratto, non poteva essere esteso in via analogica a casi diversi rispetto a quello esplicitamente disciplina-

to. Altra tesi, ne sostiene la nullità, facendo ricadere la fattispecie nella previsione di cui all'art. 771 c.c., considerando la futurità in senso soggettivo, ossia una donazione il cui oggetto, pur esistente in natura, non fa parte del patrimonio del donante al momento della liberalità. Tale tesi si ritrova, pur con qualche adattamento, nella sentenza della Cassazione numero 10356 del 2009, secondo cui la donazione di beni altrui, nonostante non sia espressamente disciplinata, deve ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione, poiché il divieto di donazione di beni futuri ricomprende tutti gli atti che si sono perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante, a prescindere dal fatto che siano o meno beni già esistenti nella realtà naturalistica.

Infine, si rammenta una risalente dottrina, la quale inquadrava la fattispecie nell'ambito della donazione obbligatoria, nella quale la parte donante si assume un obbligo nei confronti della parte donataria, come tipizzato dall'art. 769 c.c. Nel marzo 2016, con la sentenza n. 5068, le SS. UU. della Cassazione hanno invece stabilito il seguente principio di diritto: "la donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante".

La Cassazione, partendo dal principio secondo cui la donazione della cd. quotina, rappresenta donazione di cosa altrui, fa propria la tesi della nullità di tale ultima fattispecie negoziale, e non, si badi, per applicazione diretta o analogica del divieto di cui all'articolo 771 c.c., ma per mancanza di *causa donandi*.

Pertanto, la nullità attiene alla mancanza di causa (il donante non si spoglierebbe di un suo bene) e non alla violazione del divieto di cui all'art. 771 c.c.; inteso in senso soggettivo, dovendosi ritenere valida una donazione obbligatoria di dare avente ad oggetto un bene altrui, nella quale il donante, nella consapevolezza dell'altruità della cosa, si assume la specifica obbligazione di farla acquistare al donatario.

In particolare, la donazione di bene altrui non può essere traslativa perché manca l'elemento costituito dall'appartenenza del bene al patrimonio del donante.

Può, invece, essere obbligatoria, purché l'altruità sia conosciuta dal donante, e tale consapevolezza



risulti da un'apposita ed espressa affermazione presente nell'atto pubblico da parte del donante. Pertanto, la donazione di *res* altrui si viene a delineare quale donazione obbligatoria di dare, valida a condizione che il donante sia a conoscenza dell'altruità del bene e ciò emerga con chiarezza nell'atto pubblico. Se, invece, l'altruità del bene donato non è nota ai contraenti, né risulta dal titolo, la donazione non potrà produrre effetti obbligatori, né potrà applicarsi la disciplina della vendita di cosa altrui. Se l'altruità del bene donato non risulti dal titolo e non sia nota alle parti, il contratto non potrà produrre effetti obbligatori, né potrà applicarsi la disciplina della vendita di cosa altrui. In conclusione la donazione di beni non appartenenti al donante è affetta da una causa di nullità autonoma ed indipendente rispetto a quella prevista dall'art. 771 del c.c., che deriva dall'applicazione della disciplina generale cui, ex articolo 1418 del c.c., è nullo ogni contratto privo di causa.

Forti critiche a tale ricostruzione sono state espresse dal Consiglio Nazionale del Notariato<sup>4</sup>. In particolare, è stato osservato come nel nostro ordinamento la mancanza di legittimazione a disporre non è mai causa di invalidità dell'atto di disposizione: la legittimazione non è elemento strutturale del negozio (art. 1325 c.c.), ma presupposto di efficacia dello stesso.

La carenza di legittimazione, infatti, da luogo alla mera inefficacia dell'atto.

La vendita del bene altrui è, per il terzo titolare del bene, *res inter alios acta*, per cui il terzo non solo

non può tener conto del negozio concluso, ma non è in alcun modo coinvolto né tenuto ad attuarlo o a favorirne l'attuazione. Sarà la parte alienante a dover procurare l'acquisto alla parte acquirente, rivolgendosi al terzo, ma senza alcuna pretesa nei confronti di quest'ultimo.

Ove non riesca a procurare l'acquisto, risponderà nei confronti dell'acquirente secondo le regole dell'inadempimento, colpevole o oggettivamente impossibile. Tale obiezione non sembra del tutto convincente<sup>5</sup>. Non può, infatti, non considerarsi la particolare incidenza che la legittimazione a disporre assume in materia di donazioni.

L'art. 771 c.c., vieta la donazione di cosa futura, per la *ratio* evidente di porre freno alla prodigalità del donante.

Il "peso" di tale negozio sul patrimonio del donante giustifica la forma dell'atto pubblico imposta per la donazione. Il donante deve avere ben presente l'importanza del negozio cui intende procedere in quanto si spoglia di un valore patrimoniale senza alcun ritorno economico.

Tale particolare attenzione riservata dal legislatore non riguarda solo la forma del negozio, ma anche la capacità di compierlo, la rappresentanza, e, per quel che qui interessa, la consapevolezza di ciò che ne è oggetto.

Il divieto di cui all'art. 771 del c.c., in particolare, mira ad evitare che il donante si impegni a disporre, gratuitamente, di beni dei quali non conosce la portata e il valore. Orbene, se questa è la *ratio* di tale divieto, le stesse ragioni di tutela del donante devono far concludere per la nullità della



donazione di cosa altrui.

La mancanza della disponibilità del bene oggetto di donazione non riflette unicamente carenza di legittimazione a disporre, ma anche indeterminazione e inconsapevolezza del sacrificio economico che il donante dovrà compiere per procurare l'acquisto al donatario.

Come affermato dalla Suprema Corte, a nulla varrebbe distinguere, tra i "beni altrui" e i beni "eventualmente altrui", trattandosi, nell'uno e nell'altro caso, di beni non presenti, nella loro oggettività, nel patrimonio del donante al momento dell'atto, l'unico rilevante al fine di valutarne la conformità all'ordinamento.

Tale donazione, secondo la ricostruzione della Cassazione, ove la quota sia donata come propria, è nulla per difetto di causa: non può ritenersi, prima della divisione, che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante.

- .....
- 1 Torrente, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956
  - 2 Capozzi, *Successioni e donazioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.
  - 3 Torrente, op. ult., cit.
  - 4 Consiglio Nazionale del Notariato, *Donazione di cosa altrui e donazione di cosa indivisa: prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite*, 15 marzo 2016, n.5068, Studio n. 200-2016/C, a cura di M. Bellinva - F. Magliulo - A. Musto.
  - 5 C. Carbone, *Casi Notarili*, Cedam 2017

**Giuseppina Romano**

## Il testamento biologico è legge dello Stato

Approvata dal Senato il 14 dicembre 2017 e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 16 gennaio 2018, il 31 gennaio 2018 è entrata in vigore la legge sul testamento biologico, recante disposizione sul "fine vita". La legge, formata da otto articoli, rappresenta, a parere di chi scrive, un atto di estrema civiltà giuridica, un'apertura del nostro paese verso culture giuridiche più evolute, uno slancio verso il progresso dove il "progresso" non sia da intendersi come tecnologia avanzata ma come rispetto dei più alti valori umani, di quei diritti civili altrove esistenti da tempo. Rispetto dell'essere umano e della sua volontà fino alla fine, anche quando le condizioni fisiche e mentali non dovessero essere più tali da consentire di maturare ed esprimere una volontà; rispetto della dignità umana anche quando l'accanimento terapeutico indurrebbe a prolungare la vita artificialmente, a sostituire la tecnologia ai ritmi della natura creando situazioni un tempo impensabili; questo il significato più profondo della legge sul fine vita che, sia pure tra mille imperfezioni, rappresenta la seconda pietra miliare posta da questa legisla-

tura dopo le unioni civili e, soprattutto, l'emblema di una società libera, civile e democratica. Per avere un'idea della portata normativa della legge in commento basti pensare all'impatto emotivo suscitato nel nostro paese dal caso Englaro e da quello del DJ Fabo. Vessillo eloquente della nuova legge è l'art. 1 il quale, nel più assoluto rispetto del diritto alla vita, alla salute, alla dignità umana stabilisce che "nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge". Per questo motivo l'art. 4 che rappresenta il cuore della legge, stabilisce che "ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata *fiduciario*, che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie". Al secondo comma delinea la figura del fiduciario che "deve essere una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo, che è allegato alle DAT. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT. Il fiduciario può rinunciare alla nomina con atto scritto, che è comunicato al disponente". E ancora "l'incarico del fiduciario può essere revocato dal disponente in qualsiasi momento, con le stesse modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione. Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. In caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile". Di fondamentale importanza è il sesto comma contenente indicazioni operative in merito alla redazione delle DAT le quali "devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7.

Sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'im-

posta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa. Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni. Ed infine ai commi settimo e ottavo si delineano le modalità operative per date attuazione alla nuova legge "Le regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio Sanitario Nazionale possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministero della salute, le regioni e le aziende sanitarie provvedono a informare della possibilità di redigere le DAT in base alla presente legge, anche attraverso i rispettivi siti internet". Verrebbe da chiedersi quale sia il ruolo del medico in tale quadro normativo.

Ebbene, allo stato i camici bianchi non possono far altro che adeguarsi alle disposizioni del paziente. Il quinto comma dell'art. 4 stabilisce infatti che "Fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'art. 1, il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5 dell'art. 3". A fronte del diritto del malato all'autodeterminazione non sarebbe contemplata alcuna "obiezione di coscienza" da parte del medico. Tale *vulnus* normativo unitamente all'altro anello debole della nuova legge, vale a dire la circostanza che la nutrizione e l'idratazione artificiali siano considerati alla stregua di trattamenti sanitari e dunque "rifiutabili" dal paziente, ha immediatamente messo in allarme illustri esponenti non solo del mondo giuridico

ma anche dell'universo sanitario.

Immediatamente si è gridato sul fronte dei medici "pro-life" alla legalizzazione della eutanasia, sia pure mascherata. Secondo Massimo Gandolfini, neurochirurgo e leader del Family Day si tratterebbe di "eutanasia omissiva". Come sempre accade quando si affrontano tematiche legate all'etica morale, culturale e religiosa di un paese (così come è accaduto quando per la prima volta si è parlato di divorzio, di aborto o di unioni civili ecc.), non esistono idee giuste ed idee sbagliate; esistono solo opinioni diverse direttamente commisurate alla cultura, all'etica, al credo religioso di chi le esprime.

Secondo Maria Elinda Giusti, rappresentante del consiglio direttivo di Libera Uscita (associazione che sostiene la legalizzazione del testamento biologico e la depenalizzazione dell'eutanasia) se dovesse capitare di non poter più usare la nostra testa o il nostro corpo, di essere attaccati ad un macchinario per sopravvivere, insomma una situazione in "cui la vita risulta essere una serie di funzioni fisiologiche svolte artificialmente da qualcos'altro al di fuori del nostro corpo" in tale ipotesi continua la Giusti "ritengo che il paziente abbia il diritto di scegliere per la propria vita. E questo può essere espresso tramite il testamento biologico. Un documento cioè con cui si può nominare una persona a cui affidare il testamento di vita, con cui si fa prevalere il volere del paziente sui medici e con cui si può rifiutare alimentazione e idratazione artificiali. La regolamentazione sul testamento biologico permetterebbe di prendere le giuste decisioni davanti a tanti casi di incoscienza irreversibile. Giuste perché scelte dal paziente stesso". Di segno diametralmente opposto l'opinione espressa dal dott. Luigi Mellini, ex primario di medicina interna, attualmente a capo dell'associazione dei Medici Cattolici Italiani secondo cui "Non ci sarebbe bisogno di una legge sul testamento biologico, perché già la nostra Costituzione e il codice deontologico dei medici sono ampiamente sufficienti per capire come ci si deve comportare in caso di prognosi sicuramente infausta. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Ma se una persona si ritrova in stato di incoscienza, nessuno può sapere la sua volontà, perché quella espressa in un eventuale testamento di vita non sarebbe attuale! Quindi il medico deve proseguire le cure per il sostegno della vita, ovviamente evitando forme di accanimento terapeutico.

Non possono essere i giudici a decidere cosa fare di vite umane, come è accaduto in alcuni casi si parla di questioni troppo delicate per essere lasciate al parere dei giudici. Quindi regolamenta-



re il testamento biologico può essere utile, ma senza che esso contempra la possibilità di rifiutare alimentazione e idratazione. Perché non si può uccidere una persona lasciandola morire di fame. È un reato, per lo stato ma soprattutto per la coscienza!”.

Sull'argomento importanti pagine sono state dedicate anche dal professore Umberto Veronesi nel suo libro "Il diritto di non soffrire", in cui il noto medico affida la risposta al quesito sull'opportunità o meno del biotestamento ad un sondaggio, effettuato su un campione di 4300 maggiorenni, ponendo agli intervistati la seguente domanda sul fine vita: "se una persona è affetta da una malattia o lesione celebrale irreversibile che le impedisce di esprimere le sue volontà e la costringe alla dipendenza da macchine, a chi dovrebbe spettare la decisione di non somministrare o eventualmente sospendere i trattamenti che la tengono artificialmente in vita?". L'esito del sondaggio della Fondazione Veronesi è stato plebiscitario nel senso dell'attribuzione di tale potere decisionale unicamente al paziente che ha espresso la propria volontà quando era ancora nel pieno possesso delle sue facoltà mentali.

Secondo il noto professore, il sondaggio ha evidenziato "l'emergere di una nuova e crescente consapevolezza su questi temi, alla quale non si può rispondere facendo il colossale passo indietro di mettere nelle mani dei medici - e lo dico da medico- decisioni che appartengono unicamente alla persona".

Proprio in tale ottica si colloca il testamento biologico o testamento di vita - secondo la terminologia adoperata nell'ordinamento francese e spagnolo -, che altro non è se non una manifestazione di volontà, espressa nelle forme riconosciute dalla legge e nel pieno possesso delle proprie facoltà, sui trattamenti sanitari ai quali l'interessato vuole o non vuole essere sottoposto, da far valere per il futuro nell'ipotesi in cui ci si venisse a trovare in una condizione di incapacità. Niente a che vedere, dunque, con il rifiuto di cure che è una decisione attuale non valevole per il futuro, presa da una persona perfettamente consapevole delle conseguenze della sua scelta.

Niente a che vedere con l'accanimento terapeutico sempre inammissibile consistente in tutti quei trattamenti straordinari e sproporzionati dai quali non si possa comunque ottenere un miglioramento delle condizioni del paziente. Soprattutto niente a che veder con l'eutanasia, assolutamente vietata dal nostro ordinamento e che può essere attiva, quando viene somministrato a un paziente una sostanza atta ad anticiparne la morte, oppure passiva quando vengono interrotte le cure vitali. Il testamento biologico è solo

una dichiarazione di volontà che trova il suo fondamento costituzionale nella libertà personale (art. 13 Cost.) come diritto inviolabile dell'essere umano il quale, a sua volta, implica che "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge". È questa una delle disposizioni più forti della nostra costituzione, poiché pone al legislatore un limite invalicabile: nessuna volontà esterna può prendere il posto di quella dell'interessato.

A parere di scrive, la legge sul testamento biologico non ha la pretesa né di fornire risposte, né di mettere un punto alle sacrosante diatribe sull'argomento del fine-vita. Merito della legge è unicamente quello di aver fornito la possibilità a chi una decisione sul fine vita l'ha già maturata o la sta maturando o ha intenzione di farlo, di poter far prevalere attraverso le DAT le proprie volontà anche quando e/o, soprattutto, quando le proprie condizioni fisiche e/o mentali non dovessero più consentirglielo.

Eleonora Stefanelli

### Sul requisito formale nei contratti: dall'inquadramento normativo alla dimensione funzionale

#### Premessa: la forma quale requisito essenziale del contratto

Il contratto è considerato la fonte primaria da cui ha origine un rapporto di natura obbligatoria. Le disposizioni normative che permettono una definizione del contratto si rinvengono nel Libro IV, Titolo II, del codice civile, propriamente intitolato *Dei contratti in generale*.

La norma di apertura del suindicato Titolo II, ovvero l'art. 1321 c.c., si sofferma sul profilo contenutistico, sancendo che il contratto si sostanzia in un "accordo intercorrente tra due o più parti volto alla costituzione, regolazione o estinzione di un rapporto giuridico di natura patrimoniale". Invero, molteplici sono i profili che vengono in rilievo già ad una prima lettura del dato normativo in oggetto, così catalogabili: accordo, formazione progressiva del contratto, disciplina del contratto preliminare, collegamento negoziale ed efficacia del contratto.

Non di minore importanza è il requisito formale, rilevando sul punto l'art. 1325 c.c., il quale, nell'elencare gli elementi essenziali del contratto, fa espresso riferimento alla forma, quale presupposto sostanziale dei negozi giuridici. Assunto, quest'ultimo, che assume una valenza significativa allorché la forma venga richiesta a pena di nullità, come, tra l'altro, desumibile dall'ultimo

comma dell'art. 1325 c.c.. Si tratta, in sostanza, della cd. forma *ad substantiam*, imposta dalla legge in taluni casi e per talune tipologie di schemi contrattuali, la cui imposizione si pone verso una traiettoria derogatoria rispetto al principio di libertà delle forme. Basti pensare all'art. 1350 c.c., il quale, nell'elencare gli atti che tassativamente devono farsi per iscritto, contempla una vera e propria eccezione al suindicato principio che regna all'interno del nostro ordinamento giuridico in veste di dogma generale.

Questo fa sì che le disposizioni contemplanti una forma vincolata debbano ritenersi di carattere eccezionale. Con la conseguenza che la forma, allorché richiesta a pena di nullità del contratto, va a determinare una vera e propria limitazione dell'autonomia privata, il cui referente normativo si rinviene nella norma di cui all'art. 1322 c.c. Ma con una doverosa e legittima precisazione: occorre pur sempre richiamare il principio cardine della libertà delle forme, evitando di abbandonarlo totalmente.

Ed è proprio su quest'ultimo aspetto che la giurisprudenza sembra essersi assestata, soprattutto nel tentativo di rispondere agli obiettivi che si celano dietro il vincolo formalistico. Nel far ciò, infatti, i giudici di legittimità in più occasioni hanno sottolineato come la volontà contrattuale possa essere manifestata attraverso qualsiasi modalità sempre che risulti idonea a realizzare un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. E, dunque, in linea con i dettami legislativi. Venendosi così a cristallizzare un orientamento maggioritario perfettamente in linea con il dato normativamente positivizzato (art. 1322 c.c.).

Non mancano, tuttavia, dei casi in cui la giurisprudenza si è mossa verso una linea di pensiero opposta, rendendo il richiamo al suesposto principio non già assoluto bensì relativo.

Pensiamo, ad esempio, al contratto di locazione ad uso abitativo. A rilevare sul punto è una recente pronuncia delle Sezioni Unite, ove i giudici si sono occupati di una questione di massima importanza. Più precisamente, della sorte del suddetto contratto nelle ipotesi di registrazione di un canone inferiore al reale valore. Ci si è chiesti, al riguardo, se il contratto resti valido per il canone apparentemente indicato e come l'accordo simulatorio (relativo al maggior canone locatizio) debba essere interpretato.

Gli Ermellini hanno inteso aderire ad una posizione rigorosa ed in assoluta controtendenza con quanto, invece, era stato precedentemente sostenuto in campo giurisprudenziale. Difatti, giungono alla conclusione che l'accordo sia affetto da nullità e, come tale, non sanabile neppure per il

tramite di una registrazione tardiva. Dovendosi discorrere di una nullità di protezione in quanto posta a tutela del conduttore, quale parte debole della contrattazione. Non mancando, tuttavia, di osservare che l'operatività del contratto non è da considerarsi assoluta bensì va ancorata al verificarsi di una condizione. Più precisamente, i giudici sottolineano che affinché la nullità possa dirsi relativa e, come tale, rilevabile solo da parte conduttrice, spetta a quest'ultima dimostrare che la mancanza della forma scritta sia il risultato di una condotta abusiva tenuta dal locatore. Diversamente, la nullità assumerebbe una dimensione di assoluta, ragion per cui ben potrebbe essere fatta valere da entrambe le parti o d'ufficio dal giudice.

#### Uno sguardo ai contratti - quadro di intermediazione finanziaria

Una questione di rilievo, recentemente analizzata dai giudici di legittimità, concerne la necessità o meno del requisito formale in merito ai contratti di intermediazione finanziaria.

Gli Ermellini, nel tentativo di fornire una soluzione al quesito loro posto, sono partiti dalla disamina della fonte normativa, rappresentata dal d.lgs. n. 58/1998. In particolare, si sono soffermati sulla disposizione normativa di cui all'art. 23, con l'intento di metterne in evidenza specifici profili.

In prima battuta, hanno preso in considerazione la parte relativa alla inosservanza della forma scritta, laddove la norma *de qua* discorre di nullità del contratto che può essere fatta valere solo dal cliente; in secondo luogo, hanno focalizzato l'attenzione sulla valenza da doversi attribuire alla sottoscrizione, a seconda che provenisse dall'investitore o dall'intermediario.

In merito alla prima problematica, va precisato che l'art. 23 del decreto 58/1998 statuisce espressamente che nel contratto - quadro, riguardante la prestazione di servizi di investimento, il requisito della forma scritta si intende rispettato ove sia redatto il contratto per scritto ed un esemplare dello stesso venga consegnato al cliente. Il che porta a ritenere che nei casi di inosservanza della forma scritta il contratto è da ritenersi nullo.

La peculiarità, osservano i giudici, risiede essenzialmente nel fatto che il terzo comma dell'art. 23 discorre di una nullità relativa, come tale rilevabile solo da una parte, ovvero dall'investitore/cliente. Ciò in ragione del fatto che l'intenzione del legislatore è di garantire una tutela particolare e, dunque, rafforzata alla cd. "parte debole" della contrattazione. Ciò sta a significare che, al fine di scongiurare uno squilibrio tra le due posizioni contrattuali, l'investitore deve essere messo nella



condizione di avere piena contezza del negozio giuridico che si accinge a concludere. Condizione che, appunto, può essere pienamente garantita attraverso il rispetto della prescrizione formale, il tutto, tra l'altro, in piena aderenza al noto principio di certezze delle situazioni giuridiche.

Infine, in merito al secondo quesito, i giudici hanno ritenuto che la sottoscrizione dell'investitore ben possa ritenersi da sola sufficiente al perfezionamento del vincolo contrattuale.

Conclusione fondata su una semplice considerazione, secondo la quale: "il consenso dell'intermediario può desumersi anche per *facta concludentia* e, dunque, sulla base di comportamenti concludenti, in quanto seppur taciti comunque pienamente dimostrativi della sua volontà negoziale".

#### Le diverse funzioni del requisito formale

Il requisito della forma va inteso in chiave dinamica, stante la sua natura polifunzionale. Nel dettaglio, in osservanza alla tradizionale ed ormai consolidata classificazione, la forma può assumere una duplice finalità, nel senso che può essere richiesta a pena di nullità (*rectius: ad substantiam*) ovvero per intenti meramente probatori (cd. forma *ad probationem*).

Nel primo caso, l'assenza della forma scritta comporta la nullità del contratto; nel secondo caso, il mancato rispetto del requisito formale comporta l'impossibilità di provarlo in corso di giudizio. Distinzione che ha condotto gli stessi studiosi ad attribuire alla forma *ad substantiam* natura sostanziale, in quanto involgente il profilo della validità contrattuale; diversamente, alla forma *ad probationem* è stato riconosciuto valore di strumento meramente probatorio, in quanto avente natura prettamente processuale.

Dunque, sono ben evidenti i punti di distacco tra le due tipologie, dal momento che solo la forma richiesta a pena di nullità può assurgere a vero e proprio onere, imponendosi di fatto all'autonomia contrattuale.

Vi è da precisare che la forma ben potrebbe essere richiesta anche per fini pubblicitari. Si pensi all'ipotesi di trasferimento di un autoveicolo, ove la dichiarazione scritta dal venditore con firma autenticata assume una valenza ben precisa: consentire la trascrizione nel PRA. O, ancora, basti guardare alla registrazione di una società nel registro delle imprese, ove l'adozione dell'atto scritto risponde ad un preciso intento pubblicitario.

Non mancano, poi, ipotesi in cui la richiesta della forma risponde ad una ulteriore e diversa finalità: rendere l'atto opponibile nei confronti di dati soggetti. Emblematica, sul punto, è la norma di cui all'art. 2643 c.c., la quale, intervenendo in tema di trasferimenti immobiliari, ne prescrive

l'onere della trascrizione al fine di renderli opponibili a terzi soggetti.

Ancora, si pensi alla vendita con riserva di proprietà, ove la riserva, per potersi dire opponibile ai creditori del compratore, deve risultare da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento. In altri casi, poi, il rispetto del parametro formale viene richiesto per la risoluzione di una questione controversa e dibattuta tra diversi soggetti. Viene in rilievo, al riguardo, l'ipotesi di più cessionari dello stesso diritto di credito, espressamente contemplata dall'art. 1265 c.c., intitolato "Efficacia della cessione riguardo ai terzi". Quest'ultima norma pone un criterio risolutivo di natura temporale volto a definire quale cessione debba intendersi prevalente rispetto alle altre. Stabilisce che a prevalere sia il cessionario che, per primo, ha provveduto a notificare la propria cessione al debitore ceduto.

Certo è che la forma, al di là del diverso fine cui può tendere, non può andare a scalfire quella che è la *ratio* primaria che la contraddistingue: assicurare certezza al contraente circa l'operazione negoziale e le condizioni in essa previste. In proposito, è stata coniata l'espressione neo-formalismo negoziale con uno scopo ben preciso: quello di sottolineare il vastissimo campo di indagine nel quale si muove la tematica della forma dei contratti.

Rilevano, al riguardo, normative settoriali, tese a salvaguardare determinate categorie di contraenti, definiti tradizionalmente soggetti deboli della contrattazione.

Dunque, interventi legislativi finalizzati a tutelare maggiormente il concetto di giustizia contrattuale, la cui importanza emerge in maniera ancor più evidente se si guarda ai contratti sinallagmatici, quali contratti propriamente contraddistinti dal cd. nesso di corrispettività.

Tra le normative di settore un ruolo centrale va attribuito al Codice del Consumo, di cui al d.lgs. n. 206/2005, in quanto volta a dettare una disciplina in merito alle operazioni di scambio in cui potrebbe profilarsi uno squilibrio di posizioni tra parte forte, cd. imprenditore, e parte debole, cd. consumatore e/o utente di un servizio.

In particolare, uno strumento di tutela posto dal legislatore in favore del consumatore si sostanzia nella concessione del diritto di recesso; difatti, questi può sciogliere il vincolo negoziale, liberandosi in tal modo dell'obbligo di pagare il prezzo o recuperando quanto già versato.

Logica, quest'ultima, che risponde chiaramente ad importanti principi: correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, così come sottolineato dall'art. 2, comma secondo, del Codice del Consumo.

## Historia et Antiquitates

### Il prolungamento della tratta ferroviaria da Napoli a Salerno

a cura di Gianluca Granato

**08 marzo 1856: l'ingegnere francese Armando Giuseppe Bayard de La Vingtrie riceve da Ferdinando Carlo Maria di Borbone l'incarico di prolungare fino a Salerno la tratta ferroviaria che da Napoli giungeva a Nocera.**

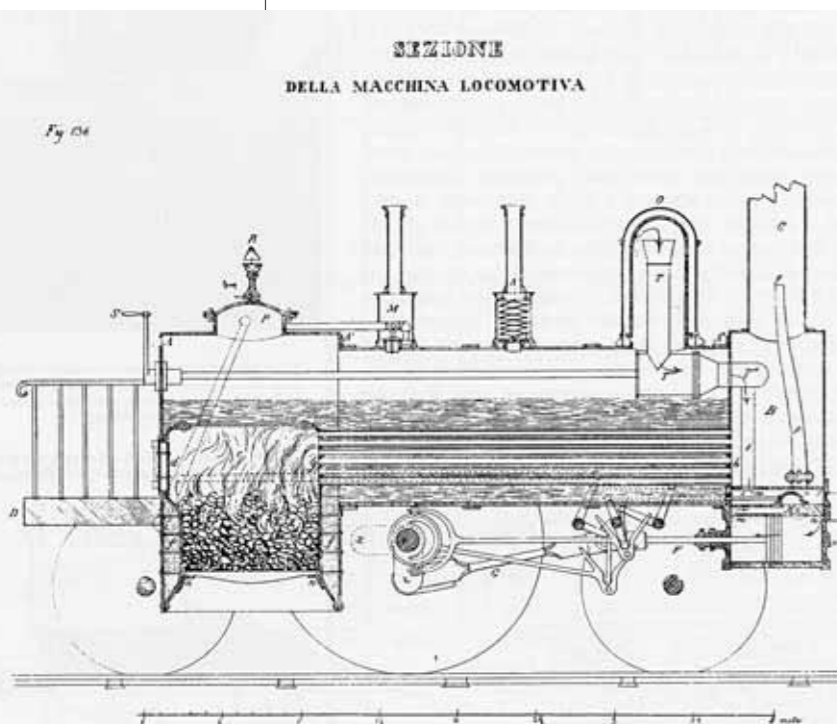
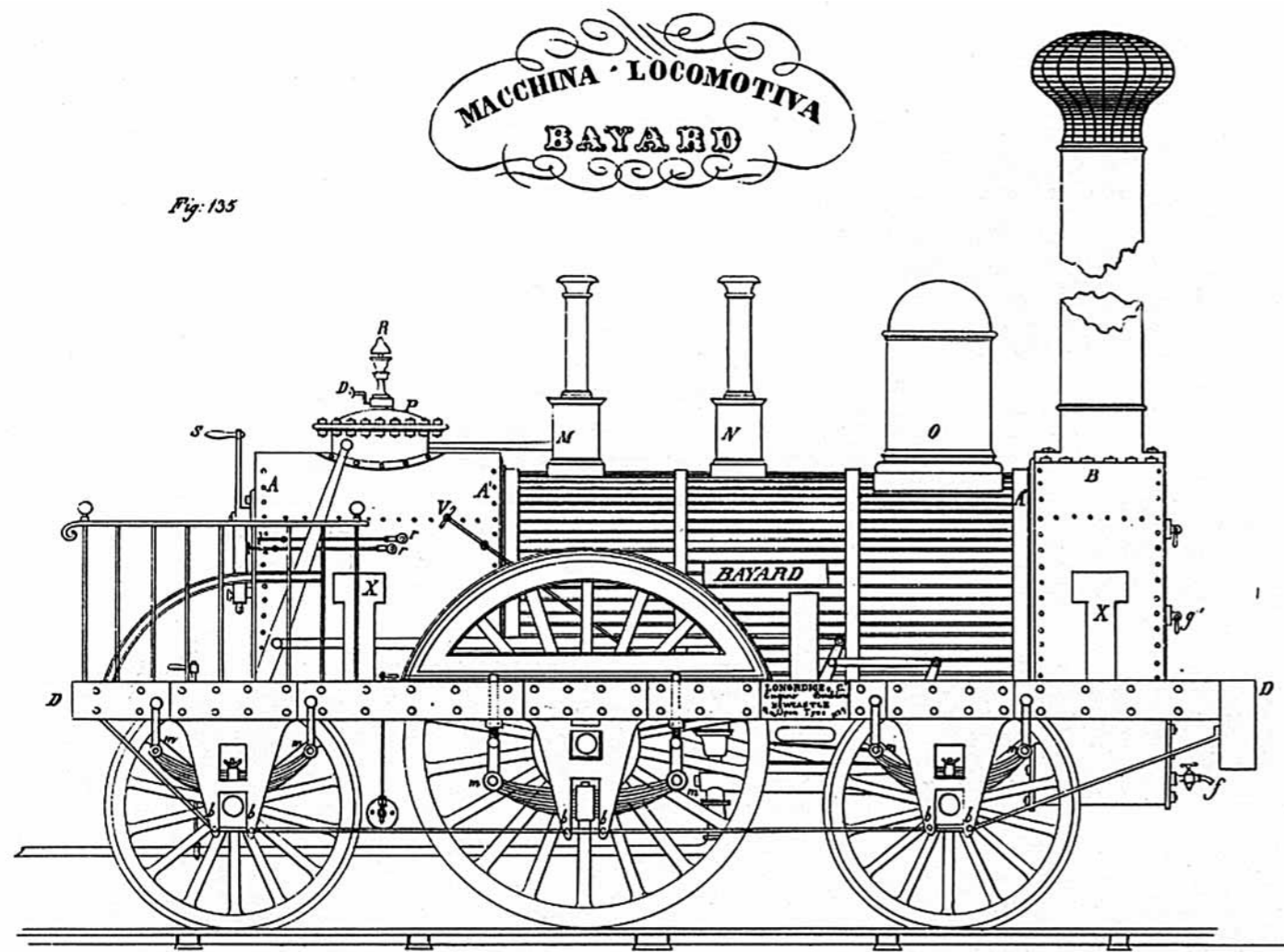


Con decreto dell'otto marzo milleottococinquantesi, Ferdinando II, Sovrano del Regno delle Due Sicilie, concedeva la facoltà di prolungare fino a Salerno la Ferrovia che da Napoli già giungeva, a quella data, a Nocera e che il 3 ottobre 1839 egli aveva sontuosamente inaugurato, nel tratto iniziale, enunciando le seguenti parole: "questo cammino ferrato gioverà senza dubbio al commercio e considerando come tale nuova strada debba riuscire di utilità al mio popolo, assai più godo nel mio pensiero che, terminati i lavori fino a Nocera e Castellammare, io possa vederli tosto proseguiti per Avellino fino al lido del Mare Adriatico". L'opera fu frutto dell'intraprendenza di quattro imprenditori francesi, i tre fratelli Bayard (Armando Giuseppe, Ferdinando Giovanni e Carlo) e Fortunato de Vergés, e della loro capacità di attrarre sul mercato gli ingenti capitali necessari; il progetto preliminare fu presentato da Armando Giuseppe Bayard al Re e ai



suoi ministri all'inizio del 1836 e, nonostante alcuni pareri sfavorevoli (soprattutto per la mancanza di carbone e ferro nel regno e la previsione di scarsi traffici di merci), fu approvato nell'autunno dello stesso anno con decreto n. 148 del 1836; sicché, all'inizio del 1837 fu costituita a Parigi la "Bayard de La Vingtrie fratelli, e de Vergés", dal titolo "Società della strada di ferro da Napoli a Nocera, e Castellammare", con sede a Parigi e domicilio speciale in Napoli, con un capitale di oltre due milioni e mezzo di ducati. I lavori iniziarono nell'agosto del 1838 e proseguirono per diversi anni fino al completamento della linea per un totale di circa 41 km: nell'agosto del 1842 fu inaugurata la diramazione per Castellammare, a maggio del 1844 la linea principale, con il tratto Torre Annunziata-Nocera. Anche per la realizzazione del nuovo percorso ferroviario Nocera-Salerno la concessione fu offerta al Commendatore Armando Giuseppe Bayard de La

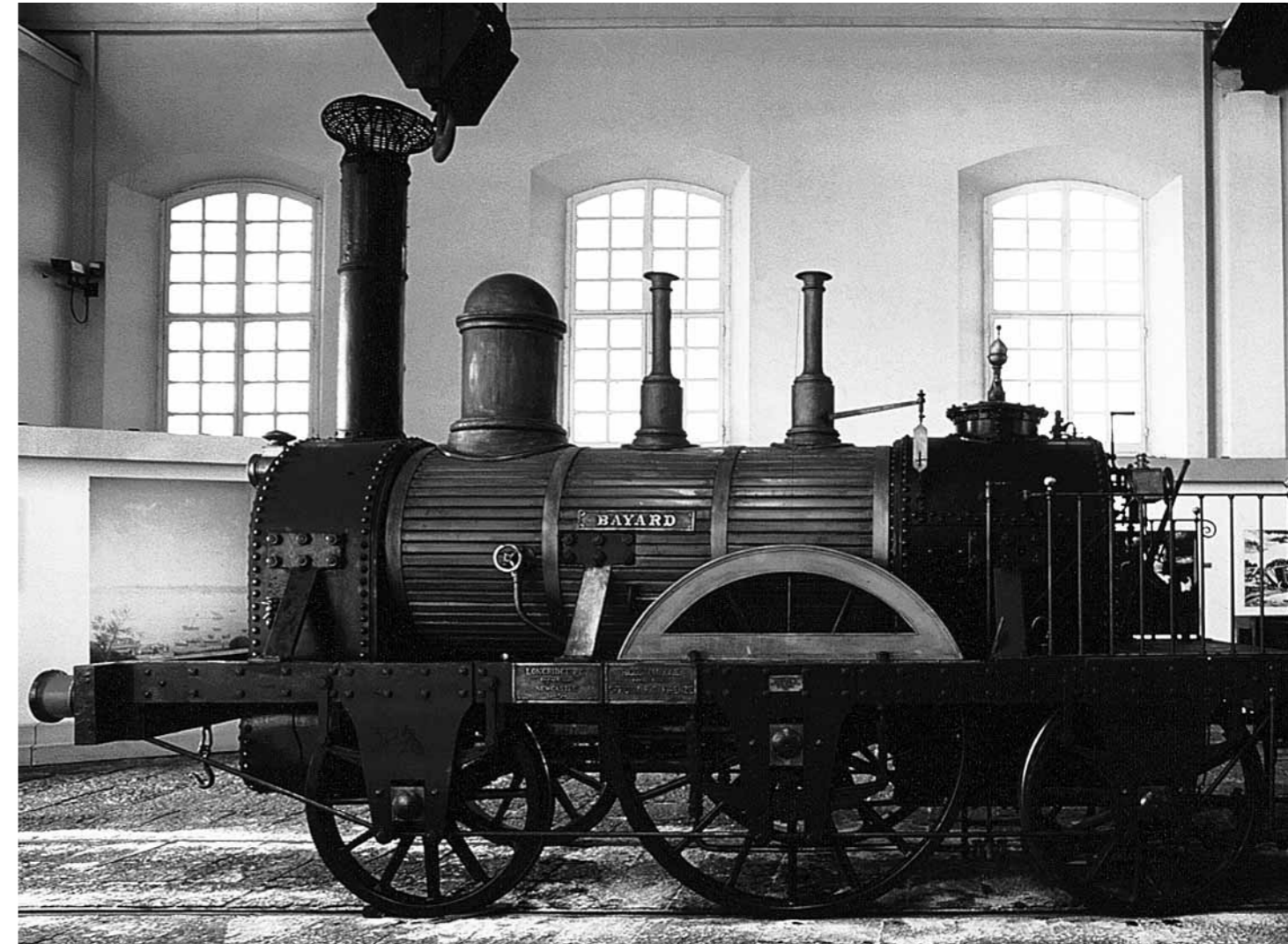




Vingtrie alle seguenti condizioni:

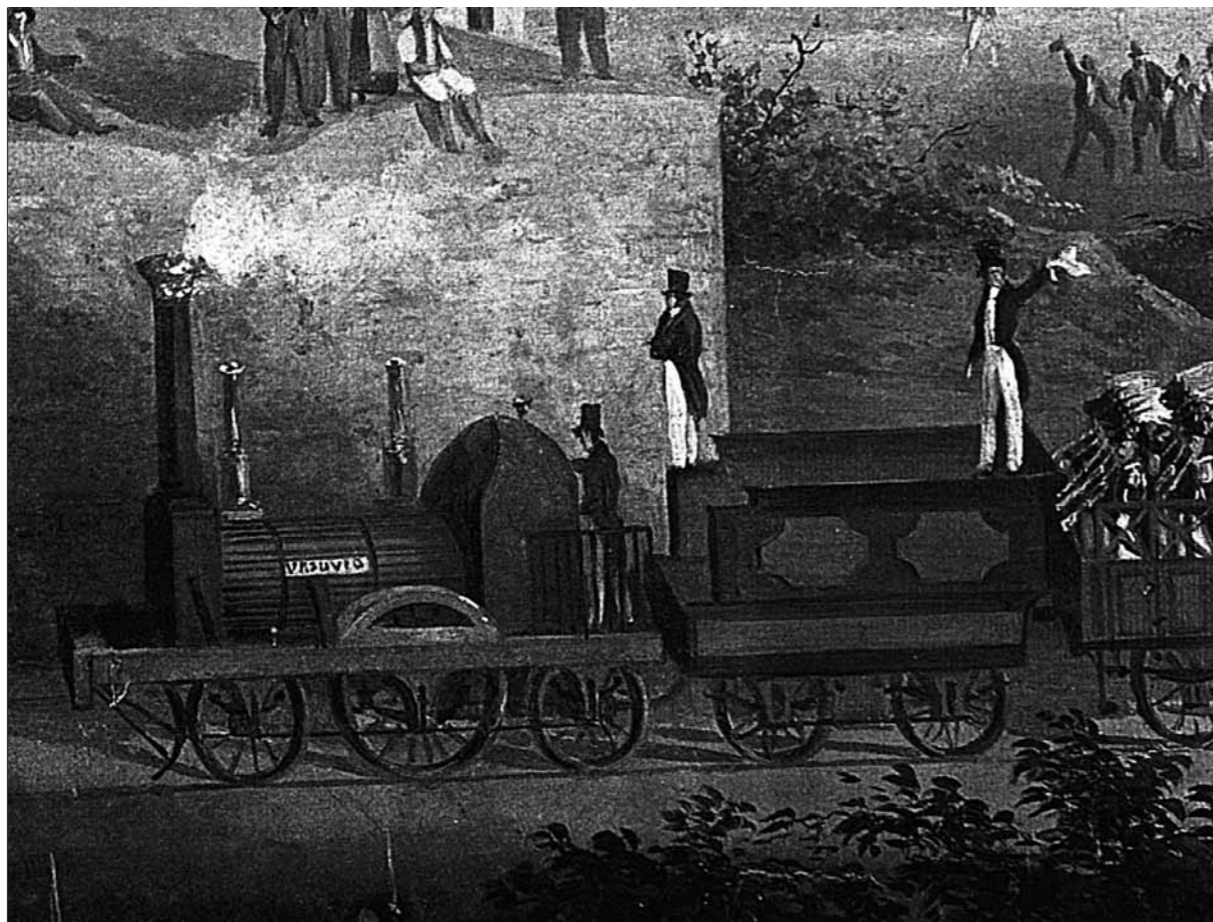
Art. 1. Il Sig. Commendatore Armando Giuseppe Bayard de La Vingtrie è autorizzato a costruire e recare a termine a sue spese, rischi e pericoli, il prolungamento fino a Salerno dell'attuale ferrovia, che da Napoli giunge a Nocera con un ramo per Castellamare. Questa concessione del tratto di ferrovia, che deve congiungere Nocera con Salerno, viene accordata sotto i patti, le clausole e le condizioni seguenti.

Art. 2. Il suddetto tratto di ferrovia da Nocera a Salerno dovrà essere interamente compiuto ed aperto al pubblico traffico nel termine improrogabile di anni quattro, decorrendi da oggi, a meno che il Concessionario non ne venga impedito da avvenimento irresistibile di forza maggiore. Allo spirare di un tal termine la ferrovia dovrà trovarsi in perfetto stato di servizio pel trasporto così degli uomini, come delle merci e degli animali. E quindi è medesimamente a peso esclusivo del



Pagina 69.  
A destra.  
Ferdinando II di Borbone.  
A sinistra.  
L'ingegnere Bayard.  
Pagina precedente.  
Disegni dei progetti  
della locomotiva Bayard.  
In questa pagina.  
Ricostruzione  
della locomotiva Bayard  
del 1839





La locomotiva Bayard  
in funzione sulla tratta  
Napoli-Portici

Concessionario la costruzione delle stazioni, degli edifici, piattaforme, ponti, viadotti, trafori, o di qualunque opera accessoria, non escluse le macchine, i waggons, i carri e i necessari approvvigionamenti di combustibili ed altri.

Art. 3. Il Concessionario dovrà presentare nel termine di sei mesi, decorrendi da oggi, all'approvazione del Real Governo il piano generale dell'opera dell'intero tratto della ferrovia da Nocera a Salerno, con i disegni delle livellazioni, curve, pendenze, ed i progetti di arte della ferrovia in perfetta regola, con la indicazione delle stazioni e di ogni altra dipendenza della strada, e di tutte le altre particolarità e circostanze necessarie in arte. Qualora i progetti presentati alla Sovrana approvazione venissero a soffrire modificazioni tali da portarvi del cambiamenti sostanziali, ai quali il Sig. Bayard non possa acconsentire per divenire l'opera o troppo difficile, o troppo onerosa, il Concessionario Sig. Bayard potrà presentare le sue osservazioni e rilievi, dopo l'esame dei quali se il Real Governo rimarrà definitivamente fermo nel doversi apportare le suddette modificazioni e cambiamenti sostanziali ai progetti, potrà il sig. Bayard abbandonare la Concessione, qualora ne

faccia dichiarazione in un termine perentorio di giorni quindici dalla data delle Sovrane risoluzioni. In tal caso gli sarà restituita la cauzione.

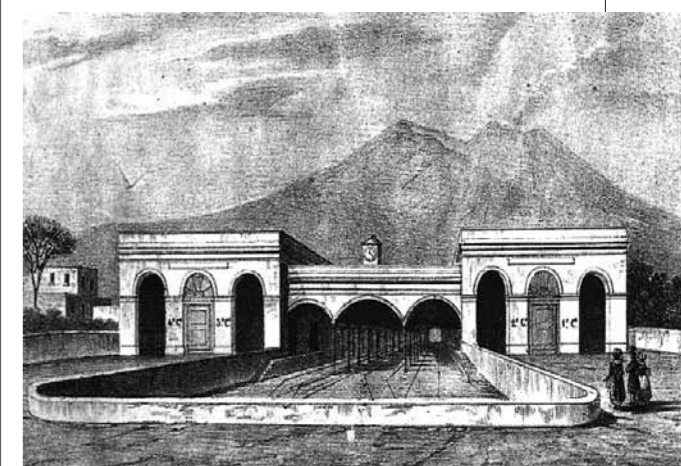
Art. 4. La strada potrà essere per ora costruita ad un sol corso di rotaie, con la espressa condizione però di doversi acquistare i terreni e compiere presentemente le operazioni e costruzioni necessarie, perché la larghezza della strada sia completa di tutto quanto occorre per potersi adattare l'altra rotaia. È ben inteso ancora che nelle stazioni e negli altri punti dove si stimerà necessario nell'esame dei disegni dell'opera (da presentarsi, come sopra, all'approvazione del Real Governo) vi debba essere il doppio corso di rotaie. E quante volte si facessero dal Real Governo, da altri Concessionari, o dallo stesso Bayard, per ulteriori concessioni, altri prolungamenti di strade ferrate in congiunzione di quella da Nocera a Salerno, di tal che per lo aumento grande del traffico, pei bisogni del commercio, e per la sicurezza de' viaggiatori, fosse necessità di avere il secondo corso di rotaie fra Nocera e Salerno; allora il sig. Bayard, o chi avrà causa da lui, sarà obbligato a fare subito la costruzione del secondo corso di rotaie. Rimane ancora dichiarato che per tutto il tempo



In alto.  
La stazione ferroviaria  
nel giorno dell'inaugurazione  
della linea Napoli-Portici.  
Sotto a sinistra.  
Il progetto della facciata  
della stazione.  
A destra.  
Un disegno della facciata

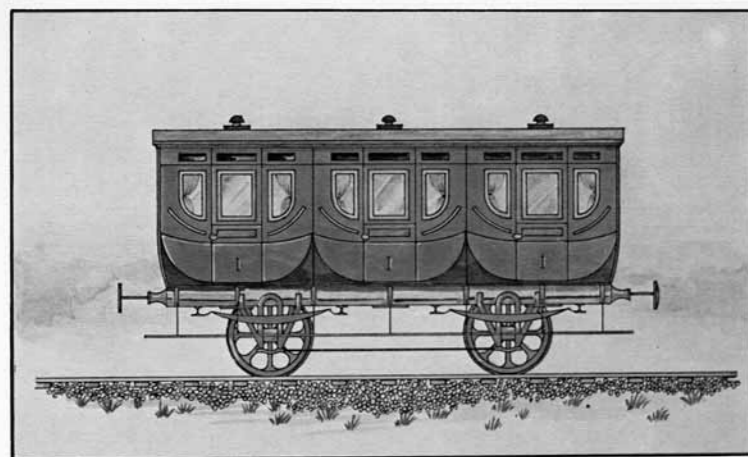
che la ferrovia sarà aperta al pubblico traffico con un sol corso di rotaie, non vi potrà transitare, così nella gita, come nel ritorno, che un sol convoglio con le macchine ed i waggons corrispondenti.

Art. 5. La strada sarà fiancheggiata da siepi ed altre chiusure, muri o fossi. Le barriere, le quali chiuderanno le comunicazioni particolari, dovranno aprirsi sulle terre, e non sulla ferrovia.

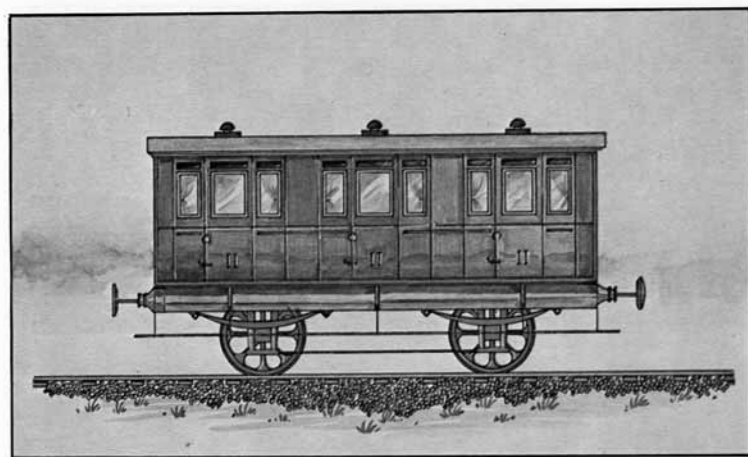


Art. 6. Se la ferrovia dovrà attraversare strade pubbliche, dovrà trovarsi, per mezzo di ponti, gallerie sotterranee, o altre opere, ad un livello superiore o inferiore, in modo che sia perfettamente libero (tanto nel passaggio, quanto pei trasporti di ogni natura) di valersi o della strada pubblica o della ferrovia. E quando per necessità riconosciuta dalla pubblica Amministrazione, l'intersezione

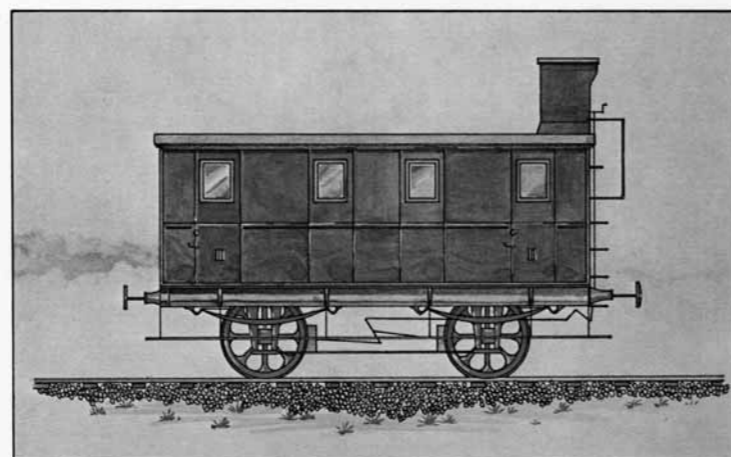




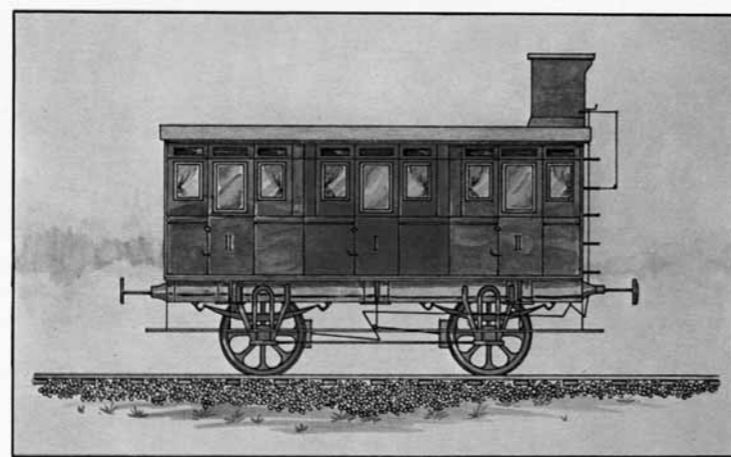
Regno delle Due Sicilie-1848



Regno delle Due Sicilie-1848



Regno delle Due Sicilie-1848



Regno delle Due Sicilie-1848

con le strade pubbliche esistenti dovesse avvenire ad uno stesso livello, in tal caso saranno stabilite le necessarie barriere, le quali saranno custodite, ed opportunamente chiuse ed aperte da persone appositamente destinate a tal servizio. Pei lavori da farsi non si potranno occupare le strade pubbliche, ed ove qualche tratto debba indispensabilmente occuparsene, il Concessionario dovrà subito rimetterlo a sue spese pel comodo passaggio, secondo i regolamenti della Direzione generale di ponti e strade. In questo caso, durante l'occupazione, il Concessionario dovrà aprire a sue spese dei comodi e regolari cammini atti al servizio pubblico. Incontrandosi dei monumenti di antichità e di belle arti, non potranno occuparsi, nè danneggiarsi in qualunque modo.

Art. 7. I passaggi dei fiumi non si permettono altrimenti che per mezzo de' ponti stabili e siffattamente costruiti che le acque sieno lasciate libe-

re all'uso delle popolazioni, senza deviansene il corso, nonchè per la navigazione, cui si potrà far luogo nel tempo avvenire.

Art. 8. L'intrapresa della strada ferrata riguardando un'opera di pubblica utilità, il Concessionario godrà di tutti i dritti che le leggi, i Reali Decreti, ed i regolamenti dell'Amministrazione pubblica accordano per la esecuzione dei pubblici lavori. Egli potrà in conseguenza esercitare il dritto di occupare, per quanto strettamente sarà necessario, col peso di una giusta e preventiva indennità, ai termini dell'articolo 470 LL. CC., tanto i terreni e le proprietà dei privati, che quelli dello Stato, della Real Casa, dei Comuni, dei Corpi morali e dei Pubblici Stabilimenti, dei quali, giusta i progetti approvati, avrà bisogno per la strada o per la dipendenza della stessa. Ciò intendosi ancora per i materiali necessari, per la estrazione e per lo trasporto de quali godrà dei privilegi accordati



Il ponte sul fiume Sarno  
in un quadro  
di Salvatore Fergola

agl'intraprenditori di pubblici lavori.

Art. 9. Sarà egualmente a peso del Concessionario, e quindi dovrà egli pagare lo indennizzamento di ogni maniera di danni che, in conseguenza dei lavori della strada, potranno inferirsi ai proprietari degli'immobili danneggiati.

Art. 10. Le indennità a favore de privati, dello Stato, della Real Casa, dei Comuni, de' Corpi Morali, e de' Pubblici Stabilimenti per le loro proprietà che potranno essere occupate e danneggiate per la costruzione del tratto di ferrovia da Nocera a Salerno, e per la estrazione dei materiali necessari alla costruzione medesima, saranno pagate dal Real Governo sino all'ammontare delle somme di duc. 18,000 come limite massimo dell'opera. E nel caso che lo importo ecceda una tal somma, tutto il di più sarà a carico esclusivo del Concessionario, con l'obbligo del preventivo pagamento come per legge.

Art. 11. Essendo la strada una proprietà del Governo, della quale il Concessionario avrà solo il godimento per un tempo determinato, il terreno e gli edifizii occupati per costruirla, come gli edifizii che si costruiranno per lo servizio delle stes-

se, saranno esenti dal contributo fondiario, a termini dell'art. 2 del Real Decreto del 10 giugno 1817, e da qualunque altro peso imposto e imponendo.

Art. 12. Saranno esenti da dazii d'immissione il ferro e i materiali, e i generi occorrenti per la costruzione e prima messa solamente della ferrovia, come le locomotive, i rails (nd.r. rotaie), i cuscinetti, i waggons (n.d.r. carri), e quanto altro occorre per lo completamento della strada, ma non per l'uso e mantenimento della stessa, uniformandosi bensì il Concessionario alle disposizioni contenute nel Real Rescritto del 7 maggio 1836 comunicato dal Ministro Segretario di Stato delle Finanze. Per la immissione poi degli oggetti per rimpiazzo di macchine consumate dall'uso nel corso degli anni della durata della concessione, sarà pagato il dazio di grana cinquanta a cantajo (n.d.r. misura di peso dell'epoca), invece di ducati 4: 50, considerandosi come macchine, e non come parti di macchine, esclusi però sempre i rails ed i cuscinetti di ferro, su i quali rimane fermo il dazio secondo le tariffe in vigore, e questi oggetti di rimpiazzo si dichiara essere tassativa-



## TARIFFA

PEL TRASPORTO DELLE VETTURE E DEGLI ANIMALI  
SULLA STRADA FERRATA

	Cavalli e Muli	Asini	Bovi e Vacche	Vitelli	Porci	Montoni pecore e capre	Vetture di ogni di- mensione
Da Napoli a Portici . . . e viceversa	gr. 14	gr. 10	gr. 20	gr. 6	gr. 5	gr. 5	gr. 50
Da Napoli a Torre del Greco . . . <i>id.</i>	21	12	25	9	6	6	75
Da Napoli a Torre Annunziata . . . <i>id.</i>	35	20	35	15	8	8	1, 25
Da Napoli a Castellammare . . . <i>id.</i>	50	30	50	20	10	10	1, 75
Da Napoli a Scafati . . . <i>id.</i>	50	30	50	20	10	10	1, 75
Da Napoli ad Angri . . . <i>id.</i>	59	35	60	22	12	12	2, 00
Da Napoli a Nocera . . . <i>id.</i>	70	40	60	25	12	12	2, 40

I trasporti da Stazione a Stazione, nelle quali sianvi comodi opportuni pel caricamento e scaricamento delle vetture e degli animali si calcoleranno secondo i prezzi delle tariffe accordate ne' Capitoli di concessione per ogni miglio, cioè:

Per ogni Bue, Vacca, Toro . . . . . gr. 5  
*idem* Vitello, Porco, Mordone, Pecora, Capra. 1 1/2  
*idem* Cavallo, Mulo ed altro animale da tiro. 3 1/2  
*idem* Vettura sopra piattaforma . . . . . 12 1/2

Un miglio cominciato varrà come se fosse tutto percorso.

Ogni distanza minore di tre miglia pagherà per tre miglia intere.

L'Amministrazione accorda un ribasso del 20 per cento sul trasporto de' porci, de' bovi e delle vacche a coloro esclusivamente che da Nocera spediscono detti animali in Napoli o a Portici se bovi o vacche, purchè dette spedizioni sieno in morra pe' porci, e periodiche e regolari pe' bovi e per le vacche.

La presente Tariffa è stata approvata dal Ministro Segretario di Stato degli Affari Interni, ne' termini del Real Decreto di Concessione de' 19 giugno 1836. La percezione de' prezzi de' trasporti dovrà farsi indistintamente, e senza favore. Quindi nel caso in cui l'Amministrazione della Strada ferrata accorderà per contratto ad uno o più imprenditori sia d'industrie, sia di trasporti una maggior riduzione sul prezzo de' trasporti, essa dovrà far conoscere il contratto al Ministero degli Affari Interni, restando obbligata di consentire simile riduzione agli altri Imprenditori, che la domanderanno ad eguali patti e condizioni.

I trasporti si faranno secondo l'ordine degli arrivi nelle Stazioni, e senza favori di precedenza.

Napoli, il 20 Maggio 1836

Il Comandante  
in missione

mente i seguenti cioè: balestre di acciaio e di gutta percha (n.d.r. materiale di rivestimento) per locomotive, carri e carrozze; fornaci di rame co' loro tubi di ottone, o di ferro per locomotive; ruote con assi e senza per locomotive, carri e carrozze; cerchi di ruote per locomotive, carri e carrozze; balestre per valvole di sicurezza. Sopra ogni altro oggetto, macchina, o parte di macchina, come sulle rotaie (rails) e su i cuscinetti sarà riscosso il dazio esistente secondo le leggi in vigore. Benvero allorquando dovrà collocarsi la seconda rotaia di cui si parla nell'art. 4, il sig. Bayard, o chi per esso, godrà della franchigia de' dazii d'immissione per i rails ed i cuscinetti occorrenti per la costruzione e prima messa solamente della seconda rotaia nel

modo che si è dichiarato di sopra.

Art. 13. Compiuto che sarà perfettamente un tratto della strada, in modo da poter essere aperto al pubblico traffico, uno o più Commissari delegati dal Ministro Segretario di Stato de' Lavori Pubblici ne eseguiranno la visita, facendo tutte le pruove opportune per assicurarsi della perfezione di quel tratto, e della piena attitudine di esso al traffico, al quale è destinato. Compileranno di tale verifica apposito processo verbale, con cui dichiareranno ricettibile il tratto compiuto, e dopo l'approvazione del Ministro suddetto, il Concessionario metterà in servizio quel tratto di strada, e potrà percepire i dritti che gli sono accordati. Lo stesso sarà praticato per ciascun altro tratto che sarà successivamente compiuto, e così in seguito fino allo intero compimento della strada fino a Salerno.

Art. 14. Pel trasporto di viaggiatori, derrate, mercanzie, animali, ed ogni altro oggetto qualunque, il Concessionario dovrà valersi delle macchine a vapore. Ma non gli sarà inibito di valersi ancora di tutte le altre forze motrici già ritrovate, o che potranno ritrovarsi in avvenire dalla scienza, a condizione bensì che ogni nuovo sistema di forza motrice non possa introdursi, se non dopo l'approvazione del Real Governo, previi gli analoghi saggi ed esperimenti che dovranno esserne praticati.

Art. 15. La durata della presente concessione sarà eguale a quella che rimane a trascorrere pel termine della concessione dell'attuale ferrovia da Napoli a Nocera, in modo che il godimento ed usufrutto del tratto della Ferrovia da Nocera a Salerno dovrà cessare contemporaneamente allo spirare del termine della concessione della strada principale da Napoli a Nocera con ramo a Castellammare. Al termine della detta Concessione, e pel solo fatto del decorrimento del detto termine cesserà l'usufrutto del Concessionario; ed il Real Governo entrerà nel godimento della strada di ferro e di tutte le sue dipendenze, senz'alcun dritto a compenso o indennità qualsivoglia nel Concessionario, obbligandosi il Concessionario stesso, o chi per esso, di farne la consegna in buono stato di mantenimento e di servizio. Quanto agli oggetti mobili, come a dire macchine locomotive, carri, carrette, vetture, materiali, combustibili, ed approvvigionamenti di ogni sorta, il Concessionario, o chi avrà causa da lui, ne conserverà la proprietà, o potrà cederli allo Stato, qualora questo consenta a riceverseli pel prezzo che sarà determinato da due periti da scegliersi di consenso dalle parti. In caso di discrepanza sarà trascelto a sorte un terzo perito derimitore fra sei, tre dei quali verranno indicati dal Real Governo, e tre dal concessionario, o suoi aventi causa.

Art. 16. Il Concessionario in compensamento delle spese che soffrirà per la costruzione, manutenzione e servizio della strada, è autorizzato a percepire i prodotti della stessa secondo le tariffe Sovranamente approvate nell'atto di Concessione per la strada da Nocera a Castellammare, e ciò pel corso della durata della Concessione. Le dette tariffe non potranno giammai essere aumentate dal Concessionario, il quale potrà però diminuire i prezzi a sua volontà, ma non potrà ridurre il prezzo stabilito pel trasporto di 10 cantata (n.d.r. misura di peso dell'epoca) di mercanzie al di sotto di grana 3 e 112 per ogni miglio, e quello stabilito pel trasporto di un viaggiatore al di sotto di un grano a miglio, senza averne ottenuta prima l'autorizzazione dal Real Governo.

Art. 17. Ferme rimanendo le Franchigie, ed altri beneficii già stabiliti ed attualmente in osservanza a favore del Real Governo, come pel trasporto delle regie truppe sul tratto della strada da Napoli a Nocera e Castellammare, e viceversa, e pei punti intermedi della indicata linea, il Concessionario si obbliga di eseguire gratuitamente il trasporto delle regie truppe con i loro bagagli sul novello tratto da Nocera a Salerno, e viceversa, e da ciascuno dei punti intermedi tra Nocera e Salerno e viceversa. Allorchè questi trasporti dovranno aver luogo, il Direttore della strada ferrata riceverà i corrispondenti ordini particolari di S. M. (D. G.), o dal Ministro di Guerra, o dal Comando generale, almeno il giorno precedente. In caso però di somma urgenza, in cui l'ordine debbe essere eseguito da pronta ed immediata partenza, il Direttore della strada disporrà le mosse de' convogli, in modo che non si vada incontro a disastri, ed i soldati partano regolarmente secondo gli ordini di S.M. (D. G.), o del Ministro di Guerra, o del Comando generale. In qualunque caso il servizio ordinario della strada ferrata non dev'essere sospeso nel darsi luogo ai trasporti militari.

Art. 18. Se dopo che sarà compiuta la strada ferrata, non verrà costantemente mantenuta in buono stato, la pubblica Amministrazione avrà il dritto di provvedervi di uffizio a spese del Concessionario o di chi avrà causa da lui, indennizzandosi delle anticipazioni che farà a tale oggetto sui prodotti della strada medesima e per via di ritenzioni sull'annuo incoraggiamento, di cui si parlerà nell'art. 22.

Art. 19. L'Amministrazione pubblica determinerà, inteso il Concessionario, le disposizioni opportune per assicurare la polizia e la sicurezza della strada.

Art. 20. Il Concessionario è autorizzato sotto l'approvazione del Real Governo a fare i regolamenti che giudicherà utili pel servizio interno della ferrovia.

Art. 21. Gli agenti e guardie che il Concessionario stabilirà per la vigilanza e polizia della strada come delle opere che ne dipendono, saranno assimilati ai guardiani urbani e rurali dei Comuni in quanto alla facoltà di compilare i processi verbali delle contravvenzioni ai regolamenti, ed alla fede che meritano in giudizio. Al quale effetto saranno presentati dal Concessionario, e verranno patentati a norma dell'articolo 285 della Legge del 12 dicembre 1816.

Art. 22. Il Concessionario non avrà dal Real Governo alcuna assicurazione degl'interessi sui capitali che spenderà. Bensì a titolo d'incoraggiamento e per soli anni 15 della durata della Concessione, il Real Governo pagherà in ogni anno la somma unicamente di ducati quindicimila. Un tal pagamento comincerà dal giorno in cui la ferrovia sarà interamente completata ed aperta al pubblico traffico fino a Salerno.

Art. 23. Verificandosi il caso in cui altre strade di ferro venissero costruite sia dal Real Governo direttamente, o per mezzo di altri suoi Concessionarii, come prolungamento o come ramificazione di quella da Nocera a Salerno, il Concessionario sig. Bayard, o chi avrà causa da lui, sarà tenuto di dare il passaggio sulle sue strade, osservandosi interamente quanto trovasi prescritto con l'art. 18 dei Capitoli di Concessione approvati con Real Decreto dei 19 giugno 1836 per l'attuale ferrovia da Napoli a Nocera con un ramo per Castellammare.

Art. 24. Il sig. Bayard nell'atto della stipula dell'istrumento di Concessione darà una cauzione per la costruzione della intera opera nel tempo determinato di anni quattro con lo adempimento dei patti e delle condizioni stabilite nella presente concessione per l'esecuzione dell'opera anzidetta. Essa consisterà nella somma di duc. 33,000 da invertirsi in compra di rendita 5 per 100 iscritta sul Gran Libro del Debito pubblico di Napoli in testa del Concessionario, o di chi per lui, la quale rimarrà immobilizzata per cauzione a favore del Real Governo in adempimento di tutt'i patti della presente concessione. Una tale cauzione verrà svincolata e restituita in linea amministrativa dopo che la strada sarà interamente compiuta ed aperta al pubblico traffico fino a Salerno, in conformità di quanto è prescritto nei presenti capitoli di concessione.

Art. 25. Il Concessionario s'intenderà di pieno dritto decaduto dalla concessione, senza che vi sia bisogno di atto di messa in mora, o di veruna intimazione all'uopo, e senza che vi sia luogo a procedura o pronunziatura giuridica di sorta alcuna: 1. Se nel termine di sei mesi da oggi non avrà presentato alla superiore approvazione del Real Governo il piano generale ed i progetti di arte per



la esecuzione de' lavori giusta l'art. 3; 2. Se nel successivo termine di altri mesi sei non avrà intrapresi i lavori per la costruzione della ferrovia; 3. Se allo spirare dei quattro anni non si troverà interamente compiuto ed aperto al pubblico traffico il tratto di ferrovia da Nocera almeno fino a Cava. In tutti questi casi il Concessionario incorrerà pure ipso jure nella perdita, a titolo di penale, della cauzione, che il Real Governo farà sua per le vie amministrative, esclusa ogni procedura, o contestazione giuridica.

Art. 26. Se la ferrovia nel termine di sopra stabilito di anni quattro non sarà portata fino a Salerno, ma solamente fino a Cava, il Concessionario rimarrà decaduto dalla facoltà di prolungarla fino a Salerno, non riceverà alcuna somma dal Real Governo, avendosi come non accordato il beneficio stabilito nell'articolo 10 per la indennità ai proprietari, e l'incoraggiamento annuale di cui è parola nell'articolo 22, e dall'altra parte non perderà la cauzione, la quale gli verrà restituita purchè tutti coloro che avessero sofferto danni ne fossero stati preventivamente indennizzati, rimanendo fermi tutti gli altri patti e le condizioni espresse nei seguenti capitoli di concessione. E nel suddetto caso il Real Governo avrà dritto a ripetere la pronta restituzione, con facoltà di prelevarne l'ammontare su la cauzione, di tutte quelle somme che si troverà di aver pagate per indennità ai proprietari i cui fondi saranno stati occupati e danneggiati, ai termini dell'art. 10. Nel caso che la strada non giunga fino a Cava, il sig. Bayard, ferme sempre le penali e le clausole stabilite nell'art. 24, avrà solamente il godimento del tempo e nei modi stabiliti con questi Capitoli delle porzioni di strade costruite, ma sarà in facoltà del Real Governo di concedere ad altri, o fare per conto proprio, i tratti della strada che rimarranno a costruirsi. Benvero se qualche frazione delle parti di strada costruite non sia del tutto compiuta, il Sig. Bayard sarà tenuto a compierla e metterla in buono stato, affinché il traffico non soffra interruzione. Similmente avverrà pei tratti di strada che si trovassero al di là di Cava, nel caso che la strada non giunga fino a Salerno. Ai tratti della strada da Nocera a Cava, o da Cava a Salerno, i quali si costruiranno dal Real Governo, o da altri suoi concessionarii, sarà applicabile quanto trovasi disposto nell'articolo 23, pel passaggio da darsi ai mezzi di trasporto dei Concessionarii di prolungamento, o delle ramificazioni della ferrovia.

Art. 28. Le quistioni che potranno nascere dall'uso della Concessione, dal modo di esercitarla, o da tutte le sue conseguenze e dipendenze, saranno decise senza forma giudiziaria da due arbitri, dei quali uno sarà nominato dal Real Governo, e l'al-

tro dal sig. Bayard, o da chi avrà causa da lui. In caso di discrepanza sarà terzo arbitro necessario il Presidente della Gran Corte Civile di Napoli, dispensando Sua Maestà espressamente con la pienezza del suo Sovrano potere alla disposizione dell'art. 212 della Legge del 29 maggio 1817. Gli arbitri pronunzieranno inappellabilmente, e la sentenza avrà forza di cosa giudicata, contro cui non si ammetterà verun rimedio straordinario, e specialmente il ricorso per ritrattazione, il ricorso civile, e quello per annullamento.

Art. 28. Il concessionario è autorizzato a formare per la esecuzione e per rendere utile l'uso della strada di ferro una società commerciale, conformandosi per la formazione di tale società alle Leggi di eccezione e al dritto vigente nel regno per gli affari di commercio, a condizione benvero che la società da formarsi abbia sede in Napoli, che i rappresentanti di essa aventi piene facoltà di obbligare la società stessa verso il Real Governo sieno sudditi di Sua Maestà il Re delle Due Sicilie e domiciliati nel Regno.

Art. 29. Per la esecuzione e gli effetti della presente concessione da stipularsi in pubblico istrumento a spese del Concessionario, e per la intimazione di qualsiasi atto o pronunziazione, dovrà il Concessionario medesimo eleggere il suo domicilio in Napoli.

Napoli 8 marzo 1856.

L'approvo: Firmato - Ferdinando

Il Ministro Segretario di Stato Presidente del Consiglio del Ministri Firmato - Ferdinando Troja

Nel fascicolo CXIII degli Annali Civili del Regno delle Due Sicilie di maggio e giugno 1856, alla data del 03 Aprile, può leggersi testualmente: "a proposito della Ferrovia anzidetta ... che affine di assicurare la pronta esecuzione dei lavori del novello tratto di ferrovia da Nocera a Salerno, concesso al Signor Bayard de La Vingtrie, con Real Decreto degli 8 di marzo p. p., il Signor Bayard ha negoziato un prestito di ducati 660,000 colla Casa Bancaria C. M. di Rothschild e figli di Napoli. Le garanzie dell'imprestito e la conosciuta solerzia delle persone che hanno la direzione di simili opere fanno sicuri che in breve spazio di tempo sarà condotto a termine questo novello tratto di ferrovia interessantissimo, e pei lavori di arte a cui darà luogo e pel movimento delle merci e viaggiatori che svilupperà col mettere in immediata comunicazione Napoli e Salerno".

La tratta ferroviaria Nocera Inferiore-Cava de' Tirreni fu inaugurata il 31.07.1858; la tratta Cava de' Tirreni-Vietri Sul Mare il 01.08.1860; quella Vietri sul Mare-Salerno il 20.05.1866.

## Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

### NEWS DALLA CASSA FORENSE

#### Cassa Forense: bandi assistenza anno 2018

Nell'ambito del progetto di welfare attivo contenuto nel nuovo regolamento per l'assistenza, il Consiglio di Amministrazione di Cassa Forense ha deliberato i seguenti bandi di cui è possibile consultare il testo integrale unitamente alla modulistica nell'apposita area dedicata sul sito [www.cassaforense.it](http://www.cassaforense.it), nonché sul portale welfare, <http://servizi.cassaforense.it/cfor/welfare/>, del sito internet della Cassa:

- Scadenza 31 ottobre 2018: bando N. 4/2018: per l'assegnazione di contributi in favore degli iscritti con figli al primo anno della scuola secondaria superiore (art. 6 lett. e)

- Scadenza 30 novembre 2018: bando N. 1/2018: per l'erogazione di borse di studio in favore di orfani, titolari di pensione di reversibilità o indiretta (art. 6 lett. c)

- Scadenza 30 novembre 2018: bando N. 2/2018: per l'erogazione di borse di studio in favore di studenti universitari, figli di iscritti alla Cassa (art. 6 lett. d)

Scadenza 30 novembre 2018: bando N. 8/2018: per l'assegnazione di contributi in favore di iscritti con figli in asilo nido e/o scuole materne (art. 14 lett. a7)

- Scadenza 16 gennaio 2019: bando N. 3/2018: per l'assegnazione di contributi per figli nati, affidati o adottati nell'anno 2018 (art. 6 lett. e)

- Scadenza 16 gennaio 2019: bando N. 7/2018: per l'assegnazione di contributi per spese di ospitalità in case di riposo o istituti per anziani malati cronici o lungodegenti (art. 10 lett. f)

- Scadenza 16 gennaio 2019: bando N. 9/2018: per l'assegnazione di contributi per l'acquisto di nuovi strumenti informatici (art. 14 lett. a7)

- Scadenza 16 gennaio 2019: bando N. 10/2018: per l'assegnazione di borse di studio per l'acquisizione di specifiche competenze professionali (art. 14 lett. b3)

- Scadenza 16 gennaio 2019: bando N. 12/2018: per l'assegnazione di contributi per la concessione di mutui ipotecari per l'acquisto di prima casa o studio professionale (art. 14 lett. a5)

\*\*\*\*\*

#### Regolamento UE 2016/679, in materia di protezione dei dati personali

A decorrere dal 25 maggio 2018 ha trovato definitiva applicazione il Regolamento UE 2016/679,

in materia di protezione dei dati personali, che introduce significative novità, di immediata applicazione per i professionisti e, conseguentemente, anche per gli avvocati.

Il Consiglio dell'Ordine mette a disposizione degli iscritti una procedura telematica, sul sito istituzionale, [www.ordineavvocatinocerainferiore.it](http://www.ordineavvocatinocerainferiore.it), dal menù verticale cliccando su "Privacy" e poi su "Privacy iscritti COA" per generare l'informativa per il proprio studio e le lettere per il/i responsabile/i del trattamento dei dati.

Il Consiglio ha, altresì, stipulato una convenzione con il dott. Giuseppe Chianese, già Responsabile Protezione dei Dati dell'Ordine degli Avvocati del Foro di Nocera Inferiore, per l'attivazione in convenzione per gli iscritti, delle seguenti consulenze:

#### Privacy PLUS, al costo di euro 80,00 per l'anno corrente, prevede la possibilità di:

- ricevere un piano formativo da utilizzare per la formazione di se stessi e quella dei dipendenti/collaboratori;
- ricevere una check list degli adempimenti da effettuare;
- ricevere una descrizione delle misure informatiche e logistiche di norma utilizzate per la protezione dei dati;
- condivisione con il Consulente, del software Privacy Manager al fine di facilitare l'inserimento congiunto dei dati e il controllo sugli stessi. Il software consente di poter adempiere a quanto previsto dalla normativa e dal principio di accountability, quali, ad esempio, la verifica d'impatto, la generazione del registro del trattamento e la stampa della documentazione (al software si accede attraverso la rete internet tramite user e password).

#### Privacy PLUS +, al costo di euro 30,00 per l'anno corrente, che integra la precedente, prevede:

- l'assistenza nella condivisione della compilazione della documentazione del software Privacy Manager. L'assistenza sarà fornita presso la sede dell'Ordine previo appuntamento.

È possibile scaricare dalla pagina dedicata alla Privacy sul sito istituzionale dell'Ordine la GUIDA che illustra le funzionalità del software ed il MODULO DI RICHIESTA di attivazione del servizio di consulenza "Privacy PLUS".

Rinnovo CONSULENZA e canoni annui successivi: In mancanza di disdetta da effettuarsi entro il 31 dicembre di ogni anno (il primo entro il 31/12/2018) LA CONSULENZA SI INTENDE RINNOVATA.





### STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totali
<b>CASSAZIONISTI</b>	<b>418</b>	<b>10</b>	<b>1</b>	<b>0</b>	<b>429</b>
<b>AVVOCATI NON CASSAZIONISTI</b>	<b>1526</b>	<b>16</b>	<b>2</b>	<b>24</b>	<b>1568</b>
<b>TOTALE</b>	<b>1944</b>	<b>26</b>	<b>3</b>	<b>24</b>	<b>1997</b>

#### Donne

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totali
<b>CASSAZIONISTI</b>	<b>112</b>	<b>3</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>115</b>
<b>AVVOCATI NON CASSAZIONISTI</b>	<b>806</b>	<b>11</b>	<b>0</b>	<b>7</b>	<b>824</b>
<b>TOTALE</b>	<b>918</b>	<b>14</b>	<b>0</b>	<b>7</b>	<b>939</b>

#### Uomini

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totali
<b>CASSAZIONISTI</b>	<b>306</b>	<b>7</b>	<b>1</b>	<b>0</b>	<b>314</b>
<b>AVVOCATI NON CASSAZIONISTI</b>	<b>720</b>	<b>5</b>	<b>2</b>	<b>17</b>	<b>744</b>
<b>TOTALE</b>	<b>1026</b>	<b>12</b>	<b>3</b>	<b>17</b>	<b>1058</b>

	Uomini	Donne	Totali
<b>PRATICANTI SEMPLICI</b>	<b>166</b>	<b>208</b>	<b>374</b>
<b>PRATICANTI ABILITATI</b>	<b>136</b>	<b>247</b>	<b>383</b>
<b>TOTALE</b>	<b>302</b>	<b>455</b>	<b>757</b>

	Uomini	Donne	Totali
<b>ISCRITTI</b>	<b>1360</b>	<b>1394</b>	<b>2754</b>

Studi Associati	Società tra Professionisti
<b>37</b>	<b>1</b>