

Ott/2017



# CAMMINO DIRITTO

*Articoli Divulgativi*

ISSN 2421-7123  
Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista  
**Giuridica**  
*online*

# **RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE DIVULGATIVO -**

---

## **MENSILE ONLINE**

**Direttore:** Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

**Direttore Scientifico:** Alessio GIAQUINTO

**Comitato Scientifico:** Alessio LO GIUDICE, Antonio LAS CASAS, Emanuele CERSOSIMO, Francesca VESSIA, Francesco LONGOBUCCO, Francesco ORABONA, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Ignazio ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, Pietro MILAZZO, Raúl ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SETTI, Sebastiano Bruno CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

**Comitato dei Revisori:** Angela CUOFANO, Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Ilaria TACCOLA, Ilaria VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA

**Redazione:** Giuseppe FERLISI, Ilaria FERRARA

---

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

---

Denominazione della Rivista: **Cammino Diritto**

ISSN: 2421-7123

Codice CINECA: E243140

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)

Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – [www.camminodiritto.it](http://www.camminodiritto.it)

Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it/index.asp>

Indirizzo e-mail: [redazione@camminodiritto.it](mailto:redazione@camminodiritto.it)

Recapito telefonico: 02 87188451

## Indice dei contenuti

---

1 - LA NUOVA "RISERVA DI CODICE": UN DECRETO PER FRENARE LA PROLIFERAZIONE DELLE LEGGI PENALI SPECIALI

autore: **La Redazione**, pubblicazione lunedì 2 ottobre 2017

2 - CARTELLA DI PAGAMENTO: È NULLA LA NOTIFICA IN FORMATO PDF

autore: **Valeria Lucia**, pubblicazione mercoledì 4 ottobre 2017

3 - SCRITTO ESAME DI AVVOCATO: LA PROCURA ALLE LITI UGUALE AD ALTRE NON INFICIA LA VALIDITÀ DELLA PROVA.

autore: **Rosa Mugavero**, pubblicazione venerdì 6 ottobre 2017

4 - LA CAUSA NEL CONTRATTO GRATUITO ATIPICO E NELLA VENDITA A PREZZO SIMBOLICO O VILE

autore: **Giuseppe Mainas**, pubblicazione sabato 7 ottobre 2017

5 - COSA PREVEDE IL DISEGNO DI LEGGE SULLO IUS SOLI

autore: **Giuseppe Ferlisi**, pubblicazione domenica 8 ottobre 2017

6 - LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO ALLA LUCE DEI RECENTI INTERVENTI LEGISLATIVI E GIURISPRUDENZIALI

autore: **Chiara Anna Pia Giordano**, pubblicazione lunedì 9 ottobre 2017

7 - LE INSEGNE PUBBLICITARIE SU AUTOSTRAD E STRADE EXTRAURBANE

autore: **Ilaria Valentino**, pubblicazione martedì 10 ottobre 2017

8 - IL CONTROLLO DELLE EMAIL AZIENDALI VIOLA I DIRITTI DEI LAVORATORI

autore: **Alessandra Inchingolo**, pubblicazione mercoledì 11 ottobre 2017

9 - CATALOGNA, LE RAGIONI (DI DIRITTO) DEGLI INDIPENDENTISTI E DEGLI UNIONISTI

autore: **Giuseppe Ferlisi**, pubblicazione giovedì 12 ottobre 2017

10 - COS'È E COME DIFENDERSI DALLO SCOUT SPEED

autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione martedì 17 ottobre 2017

11 - IL FALLIMENTO VA IN PENSIONE, ARRIVA LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione mercoledì 18 ottobre 2017

12 - ILLEGITTIMA LA RICHIESTA DI OMOLOGAZIONE DELL'ACCORDO DEI SEPARATI IN CASA

autore: **Carlo Giaquinta**, pubblicazione venerdì 20 ottobre 2017

13 - ESAME AVVOCATO: IL GIUDIZIO DI INIDONEITÀ DELLA PROVA SCRITTA È SUFFICIENTE ANCHE SE ESPRESSO CON VOTO SOLO NUMERICO

autore: **Massimiliano Pace**, pubblicazione sabato 21 ottobre 2017

14 - L'ORDINE DI ESIBIZIONE EX ART. 210 C.P.C.: UNA COLLABORAZIONE FORZATA NON SORRETTA DA ALCUNO STRUMENTO COERCITIVO

autore: **Luca Ghiara**, pubblicazione lunedì 23 ottobre 2017

15 - IL SEGRETO PROFESSIONALE VALE SOLO PER LE CIRCOSTANZE INERENTI AL MANDATO RICEVUTO

autore: **Simona Rossi**, pubblicazione martedì 24 ottobre 2017

16 - L'INFERIORITÀ PSICHICA NELLA VIOLENZA SESSUALE

autore: **Chiara Anna Pia Giordano**, pubblicazione mercoledì 25 ottobre 2017

17 - RESPONSABILITÀ DELLA SCUOLA ANCHE PER DANNI FUORI DALL'ISTITUTO

SCOLASTICO

autore: **Carlo Giaquinta**, pubblicazione giovedì 26 ottobre 2017

18 - LA NATURA GIURIDICA DELLE LINEE GUIDA ANAC ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione venerdì 27 ottobre 2017

19 - L'ABUSO DEL DIRITTO, CON PARTICOLARE RIGUARDO ALL'ABUSO DEL PROCESSO

autore: **Antonella Storti**, pubblicazione lunedì 30 ottobre 2017

20 - FACOLTÀ DI RECESSO E PERTINENZA DEL COSTO. IL TAR LAZIO CONFERMA LA SANZIONE INFLITTA DALL'AGCOM A SKY ITALIA

autore: **Valeria Lucia**, pubblicazione martedì 31 ottobre 2017

# LA NUOVA "RISERVA DI CODICE": UN DECRETO PER FRENARE LA PROLIFERAZIONE DELLE LEGGI PENALI SPECIALI

*L'obiettivo è "dare avvio ad un processo virtuoso che freni la proliferazione della legislazione penale, rimetta al centro del sistema il codice penale e ponga le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo dello Stato, secondo un più ragionevole rapporto fra il rilievo del bene tutelato e la corrispettiva sanzione penale."*

**La Redazione** - Pubblicazione, lunedì 2 ottobre 2017  
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Il Consiglio dei Ministri, in attuazione delle deleghe inserite nella Legge 23 giugno 2017, n. 103 (cd. Riforma Orlando), ha approvato tra gli altri uno schema di decreto legislativo recante "*Disposizioni di attuazione del principio della riserva di codice nella materia penale*".

L'obiettivo dichiarato dal Governo è quello di **porre di nuovo al centro della produzione legislativa penale il venerando Codice "Rocco"** (Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398), fulcro da "sempre" del potere sanzionatorio dello Stato.

*Il provvedimento, che nasce dai lavori di un'apposita Commissione ministeriale presieduta dal dott. Gennaro Marasca, costituisce l'indispensabile presupposto per una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni da parte dei cittadini, conoscenza che consente di dare piena attuazione al principio di legalità anche nei riflessi relativi alla funzione della pena. Da qui, una norma di principio che riserva al codice la tutela penale dei beni essenziali della vita e di protezione della comunità civile. E che, in tal modo, consente di dare avvio ad un processo virtuoso che freni la proliferazione della legislazione penale, rimetta al centro del sistema il codice penale e ponga le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo dello Stato, secondo un più ragionevole rapporto fra il rilievo del bene tutelato e la corrispettiva sanzione penale. (cfr. [Comunicato del Ministero della Giustizia](#))*

Si tratta, in definitiva, di una incisiva razionalizzazione delle disposizioni normative penali che non mutano nel contenuto ma vengono trasfuse nel Codice Penale e conseguentemente abrogate dalle disposizioni in cui albergano attualmente.

Di seguito la sintesi dello schema di decreto legislativo approvato dal CDM:

Lo schema di decreto consta di 9 articoli.

L'art.1 inserisce, come detto, nel codice penale il principio della riserva di codice.

L'art.2 reca le modifiche al codice penale in materia di tutela della persona e traspone nel codice penale:

- il delitto di sequestro di persona a scopo di coazione;
- le norme sanzionatorie stabilite per la violazione di misure previste nel codice civile a tutela delle donne e dei bambini vittime di violenza familiare;
- le norme sanzionatorie per il mancato pagamento dell'assegno di divorzio e delle somme stabilite in sede di separazione dei coniugi;
- il delitto in tema di doping ritenuto prevalente il profilo di tutela della salute della persona;
- le norme che puniscono l'interruzione di gravidanza non consensuale, nelle forme colposa e dolosa nonché preterintenzionale già contemplate dalla legge 194;
- le disposizioni in materia di tratta delle persone contenute nel codice della navigazione, che prevedono un aggravamento della pena per il comandante della nave e la sanzione penale per il componente dell'equipaggio della nave utilizzata a tale illecito scopo;
- le norme speciali che reprimono il traffico di organi umani mediante modifica dell'articolo 601-bis c.p.;
- la disciplina già contenuta nella cd. legge Reale, in tema di "discriminazione razziale etnica nazionale e religiosa".

L'articolo 3 contiene modifiche in tema di tutela dell'ambiente. Si è provveduto a inserire il delitto di traffico illecito di rifiuti nel titolo dedicato ai reti ambientali senza operare ulteriori interventi sconsigliati dalla natura organica del TU ambientale di riferimento. L'articolo 4 reca modifiche a tutela del sistema finanziario.

Sono quindi inseriti:

- il delitto di indebito utilizzo di carte di credito o di pagamento o la loro falsificazione, che tutela l'ordine pubblico economico e la fede pubblica; la disposizione del tutto estranea al testo normativo di riferimento dedicato alla prevenzione del riciclaggio è risultata adeguatamente inseribile nel codice penale;
- il delitto di trasferimento fraudolento di valori, la cd. intestazione fittizia di beni, reato questo volto alla repressione delle condotte elusive della normativa antimafia di prevenzione. L'articolo 5 interviene sulla materia dell'ordine pubblico e traspone nel codice penale:
- le circostanze aggravanti dei delitti commessi avvalendosi delle modalità mafiose ovvero di delitti con finalità di terrorismo;
- le attenuanti collegate alla dissociazione;
- l'aggravante del reato transnazionale destinata ad operare tutte le volte che un determinato reato, punito con pena superiore a quattro anni di reclusione, sia caratterizzato dal contributo offerto nella fase di organizzazione o nella sua esecuzione da un gruppo criminale operante in più paesi.

L'articolo 6 interviene sulla confisca allargata.

L'articolo 7 contiene l'elenco delle abrogazioni conseguenti alle disposizioni contenute negli articoli precedenti.

L'articolo 8 contempla disposizioni di coordinamento. L'articolo 9 contempla la clausola di invarianza finanziaria.

# CARTELLA DI PAGAMENTO: È NULLA LA NOTIFICA IN FORMATO PDF

---

*Con la decisione in commento, la Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia, Sez. I, ha stabilito che il file allegato alla posta elettronica certificata con estensione p7m è l'unico in grado di garantire l'immodificabilità del documento e l'identificabilità del suo autore*

---

**Valeria Lucia** - Pubblicazione, mercoledì 4 ottobre 2017  
Redattore: **Alessio Giaquinto**

La **CTP di Reggio Emilia**, con **decisione n. 204**, depositata il **31 luglio 2017**, ha affrontato la problematica afferente il tipo di estensione del file che deve contenere la cartella di pagamento notificata a mezzo posta elettronica certificata.

## **Il fatto.**

Nella vicenda in esame, una Società aveva chiesto l'annullamento di 18 cartelle di pagamento emesse a suo carico, contestando, tra i numerosi rilievi, l'avvenuta notificazione da parte dell'Agenzia delle Entrate di alcune di esse in formato pdf a mezzo posta elettronica certificata.

## **Il punto della CTP.**

Relativamente alle notifiche effettuate a mezzo posta elettronica certificata, la CTP ha constatato che il file telematico della cartella di pagamento scelto dall'agente della riscossione è il pdf e che, come sostenuto dalla Società ricorrente, *"la notifica via PEC non è valida se avviene, come nella fattispecie, tramite messaggio di posta elettronica certificata contenente il file della cartella con estensione ".pdf" anziché ".p7m" atteso che non solo l'integrità e l'immodificabilità del documento informatico, ma anche, per quanto attiene alla firma digitale, l'identificabilità del suo autore e conseguente paternità dell'atto, è garantita solo attraverso l'estensione del file .p7m"*, dal momento che, prosegue la CTP, *"con la notifica via PEC in formato "pdf" non viene prodotto l'originale della cartella, ma solo una copia elettronica senza valore perché priva di attestato di conformità da parte di un Pubblico Ufficiale"*.

Conclude, poi, evidenziando che *"solo l'estensione del file notificato ".p7m" del file notificato, estensione che rappresenta la cosiddetta "busta crittografica" contenente al suo interno il documento originale, l'evidenza informatica della firma e la chiave per la sua verifica, può attestare la certificazione della firma. In difetto di detta estensione del file"*, motivo per cui la CTP ha ritenuto di dover **annullare 12 delle cartelle di pagamento** impugnate dalla Società ricorrente, ritenendo la notificazione non valida.



# SCRITTO ESAME DI AVVOCATO: LA PROCURA ALLE LITI UGUALE AD ALTRE NON INFICIA LA VALIDITÀ DELLA PROVA.

*Il Tar Campania ha accolto il ricorso di una candidata avverso il verbale di correzione di un compito redatto in sede di svolgimento dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense, che decretava l'esclusione della stessa dalle prove orali perchè contenente una procura alle liti identica a quella riportata da altro candidato.*

Rosa Mugavero - Pubblicazione, venerdì 6 ottobre 2017  
Redattore: Alessio Giaquinto

Con l'ordinanza 6-7 settembre 2017, n. 1240 il Tar Campania-Napoli non delude le aspettative di una giovane candidata, che ha subito una scottante bocciatura allo scorso esame di abilitazione per l'esercizio della professione forense, motivata dalla Commissione esaminatrice sulla scorta di una identità della procura alle liti rispetto a quella riportata da altro concorsista.

Pur non sconfessando il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, a tenore del quale rientra nel legittimo esercizio della discrezionalità tecnica della Commissione una valutazione esclusivamente numerica sprovvista di qualsivoglia delucidazione in merito al giudizio di idoneità/inidoneità del candidato, il Tar con l'ordinanza in commento **stigmatizza la prassi (alquanto superficiale) delle bocciature fondate esclusivamente su una presunta identità della procura alle liti tra due o più elaborati.** Il Tar statuisce che *“l'identità della procura alle liti con quella di altro candidato non appare idonea a dimostrare la copiatura del tema e, quindi, a giustificare la non ammissione alle prove orali, tenuto conto che, come prospettato da parte ricorrente, consiste in una esposizione di formule di stile standard e dal contenuto quasi fisso e “sacramentale”, occorrendo, di contro, al suddetto fine, verificare la presenza o meno di autonome osservazioni del candidato sul tema (Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza n. 5248 del 25 novembre 2015)”*.

Le coordinate ermeneutiche in tema di valutazioni concorsuali sono chiare e giustificano la non ammissione agli orali quante volte (e soltanto quando) si ravvisi tra due o più compiti una medesimezza che investe valutazioni o riflessioni di tipo personale in quanto

indici rivelatori di una copiatura, le quali di certo non possono dirsi racchiuse nelle formule standard e quasi sacramentali che sovente si utilizzano per conferire la procura alle liti.

Si tratta di una pronuncia destinata a provocare potenzialmente scosse telluriche sulle procedure concorsuali nazionali, data la percentuale notevolmente elevata dei candidati non idonei e la contestuale assenza, nella stragrande maggioranza dei casi, di una motivazione espressa in forma diversa da quella numerica.

# LA CAUSA NEL CONTRATTO GRATUITO ATIPICO E NELLA VENDITA A PREZZO SIMBOLICO O VILE

*Alla luce della nuova nozione di causa concreta del contratto, è doveroso affrontare il problema della validità del contratto gratuito atipico e della vendita a prezzo simbolico o vile, in modo da valutare gli eventuali risvolti giuridici sostanziali e processuali che possano derivarne.*

**Giuseppe Mainas** - Pubblicazione, sabato 7 ottobre 2017  
Redattore: **Alessio Giaquinto**

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Funzione economico-sociale del contratto; 3. Funzione economico-individuale del contratto; 4. Dicotomia tra causa e motivo; 5. Criteri valutativi dell'esistenza della causa contrattuale; 6. Contratto gratuito atipico; 7. Contratto a prezzo simbolico o vile.

## 1. Premessa

Il nostro sistema contrattuale, diversamente da altri, è un sistema in cui non basta la volontà e neppure l'equità contenutistica ma ha bisogno di una causa.

L'ordinamento giuridico italiano, quindi, non tollera spostamenti patrimoniali acausali, senza un perché, senza un significato eziologico, ma al contrario pretende che ogni spostamento negoziale e patrimoniale abbia come fondamento giustificativo una causa.

Il principio di necessaria causalità è quindi un principio generale, inderogabile, riguarda tutti gli spostamenti anche non negoziali, tutti i negozi non contrattuali anche di carattere formale ed è un principio che non conosce una deroga convenzionale e legale, perché la legge deroga alla causalità ma non abdica mai ad essa, quindi non c'è nessuna norma del codice civile che ammette che un negozio possa essere efficace definitivamente, e quindi produrre uno spostamento irreversibile, senza una causa.

## 2. Funzione economico-sociale del contratto

Dal 1942 al 1960, il problema della causa è stato risolto nel senso che la **causa è una funzione economico sociale, astratta** (tesi di Emilio Betti), cioè è una funzione che non

è stabilita dai contraenti del singolo contratto ma viene stabilita dal legislatore per tutti quei negozi appartenenti ad una tipologia contrattuale, quindi allo stereotipo contrattuale complessivamente considerato.

Funzione economico sociale, cioè funzione che giustifica la transazione economica, che deve essere una funzione di tipo sociale, quindi il contratto non deve essere semplicemente non illecito, non illogico e non razionale ma deve essere un atto socialmente utile e deve contribuire al progresso della società, deve portare benessere alla società. Quindi è una visione questa tradizionale la quale reputa che il contratto deve avere una causa come funzione economica sociale di rilevanza pubblica che viene stabilita dalla legge per tutti i contratti appartenenti a quello stereotipo contrattuale.

Allora ci si può chiedere come può questo tipo di causa attagliarsi ai **contratti atipici**? I contratti atipici erano visti con sfavore, proprio perché non aventi una causa fissata dalla legge e in secondo luogo si ritagliava un giudizio di similitudine, per cui i contratti atipici dovevano essere simili a quelli tipici, e quindi avere una causa rispondente a quella funzione sociale simile a quella che veniva perseguita dai singoli contratti tipizzati dalla legge.

Questa tesi crolla nel 2006, quando già Ferri l'aveva demolita negli anni 60 sul piano dottrinale, con la pronuncia della Cassazione (la validità di un contratto di affidamento di una consulenza ad un amministratore della società che però era già obbligato a rendere quel servizio nella sua veste di amministratore, quindi tale consulenza, che doppiava un obbligo societario già previsto, era completamente priva di causa). Tuttavia la pronuncia del 2006 demolisce la teoria della causa come funzione economico sociale osservando e mettendo in luce molte sue criticità:

a) In primo luogo una criticità storico-ideologica: perché la funzione economico sociale fissata dalla legge è propria di un sistema di carattere autoritario, dirigitico, paternalistico in cui è l'ordinamento a fissare gli scopi che devono perseguire i contraenti, e quindi ad imporre i fini da perseguire **contraddicendo in questo modo il concetto liberale dell'autonomia negoziale** in base al quale l'ordinamento mette a disposizione degli strumenti ma gli scopi sono decisi dai contraenti, in modo evidentemente libero e autonomo.

Questa matrice ideologica, che vede nella causa uno strumento di controllo attraverso cui la legge prevede degli scopi e limita la libertà negoziale, è chiaramente superata dalla Costituzione, dall'economia di mercato, dalla libertà individuale e dalla considerazione

che gli scopi del contratto sono fissati dai contraenti e non imposti autoritariamente dalla legge.

b) In secondo luogo si rileva, dal punto di vista sistematico, che la funzione economico sociale pretende che il contratto assolva ad una funzione pubblicistica e snatura il concetto propriamente privatistico del negozio giuridico che lo differenzia dal provvedimento amministrativo.

A questo punto occorre domandarsi (se si pretende che il contratto persegua un fine pubblico), qual è la differenza con i provvedimenti amministrativi, che pure devono perseguire fini di carattere collettivo?

Il contratto è un atto privato che persegue interessi privati che devono essere leciti e meritevoli ma non devono essere certamente utili e perseguire i fini di tutti, ma deve perseguire invece fini propri, i fini dei contraenti.

c) In terzo luogo si evidenziava la presenza di due tipi di cause contrattuali, perché i contratti tipici e atipici finivano per avere cause diverse: nei contratti tipici la causa era fissata dalla legge, nei contratti atipici la causa era fissata dalle parti. Ma il concetto di causa nel nostro sistema è uguale sia per i contratti tipici che atipici.

### 3. Funzione economico-individuale del contratto

Dunque, il superamento ideologico del bisogno di differenziare il contratto privato dall'atto di diritto amministrativo e l'impossibilità di un concetto di causa differente a seconda che il contratto sia tipico o atipico conduce la giurisprudenza, **nel 2006**, ad affermare la tesi secondo cui **la causa rappresenta la funzione economico-individuale del contratto**. La causa rappresenta la ragione pratica dell'affare, è l'intento del contratto, è lo scopo del contratto specificatamente inteso.

Quindi per causa si intende la funzione economica individuale che viene perseguita dal singolo contratto e che viene decisa naturalmente dai contraenti per lo specifico affare, funzione che deve emergere naturalmente, non a livello psicologico intento dei contraenti, ma che deve divenire intento del contratto.

La causa deve oggettivizzarsi diventando funzione obiettiva della stipulazione contrattuale, quindi causa concreta ma non soggettiva, funzione individuale ma non personale, intento del contratto ma non del contraente.

Si giunge ad affermare che la causa individuale riesce a dominare il contratto nella sua dimensione di valore con il ruolo unificatore dei vari elementi soggettivi ed oggettivi del contratto.

La causa non è uno strumento di controllo ma è oggetto di controllo perché l'ordinamento deve verificare se lo scopo perseguito dai contraenti è lecito e meritevole con le scelte dell'ordinamento giuridico.

Il principio, affermato con la sentenza del 2006, è stato ribadito da numerose altre sentenze:

- da **Cass. 16315/2007** che ha affermato che la causa è un requisito non solo genetico ma funzionale della stipulazione contrattuale, con la conseguenza che non solo la sua presenza è essenziale per la validità ma la sua persistenza è necessaria per l'efficacia del contratto, se la causa viene meno per una sopravvenienza il contratto si risolve;
- **Cass. SS.UU. 6538/2010** invece riguarda l'adempimento del terzo e della natura onerosa o gratuita di tale adempimento ai fini della revocatoria fallimentare. La Cassazione conclude che non si può affermare in astratto se l'adempimento del terzo è un atto gratuito o oneroso, ma bisogna indagare sulla causa in concreto, alla luce di un rapporto trilatero (adempiente, debitore, creditore). Occorre allora verificare in base all'analisi del rapporto concreto tra i tre soggetti qual è la ragione pratica dell'affare e quindi dell'adempimento del terzo.

Quest'ultima sentenza è molto importante, perché afferma un **nuovo concetto di negozio a titolo oneroso**. È oneroso non solo il negozio che ha un corrispettivo diretto ma anche il caso di onerosità indiretta, anche il caso cioè in cui l'atto è posto in essere non per ricevere un corrispettivo ma un vantaggio ulteriore, un vantaggio diverso, indiretto ma che senza l'atto la parte non avrebbe ottenuto (ad esempio, la società che adempie il debito della società capogruppo; non c'è corrispettivo ma c'è comunque un vantaggio, quello cioè di evitare il fallimento della società).

Si tratta quindi di una gratuità vantaggiosa che secondo questa impostazione, e ai fini della revocatoria, consente di qualificare l'atto come oneroso.

- **Cass., SS.UU., n. 4628/2015**, in merito al preliminare di preliminare ha affermato che il preliminare di preliminare in un ordinamento basato sulla causa in concreto non è di per sé lecito o illecito ma occorre verificare di volta in volta se sussiste

una ragione intrinseca che sostiene l'affare e che giustifica l'operazione.

- **Cass., SS.UU., n. 18813/2015**, risolve il problema della locazione quando sia stato fissato un canone diverso da quello indicato nell'atto registrato per ragione di abuso fiscale.

#### 4. Dicotomia tra causa e motivo

A questo punto della tematica in oggetto occorre risolvere i seguenti quesiti:

##### A) Che differenza c'è tra causa e motivo?

È evidente che la differenza oggi è molto più sfumata, prima del 2006 c'era una diversità di fonte: la causa era decisa dalla legge; il motivo dalle parti. Oggi sia la causa che il motivo sono decise dai contraenti, quindi, si pone il problema di distinguere il motivo dalla causa, lo scopo del contraente dallo scopo del contratto, l'intento dell'atto dall'intento del contraente. La differenza è molto semplice in apparenza:

- Il motivo: è lo scopo psicologico che non viene trasferito nel programma negoziale sul piano obiettivo;
- La causa può derivare da un motivo che non sia rimasto nella sfera psicologica ma si sia obbiettivizzato nell'atto.

Ma sulla base di quali parametri posso verificare se il motivo del contraente rimane nella sfera psicologica o diventa parte dell'atto come requisito funzionale dello stesso? Qual è quindi la linea di demarcazione tra scopo del contraente e scopo del contratto?

I parametri sono due:

1. Parametro formale: quando c'è l'*expressio causae*.
2. Parametro sostanziale: non sempre c'è bisogno dell'*expressio causae* perché l'interpretazione del negozio consente di verificare il movente funzionale dell'atto anche se non c'è un riferimento formale espresso. Ciò accade tutte le volte in cui, pur non essendoci l'*expressio causae*, quel tipo di scopo ha chiaramente influenzato il programma negoziale che non è spiegabile se non per effetto di quella causa (cd. unidirezionalità causale, l'esempio classico è quello dell'affitto del balcone mentre passa la regina; nel caso in cui si stipuli un tale contratto di affitto per un ora a 100 euro, questi 100 euro si spiegano senza quella causa? Certamente no. Quindi quella causa, anche se non formalmente menzionata, si è

inserita nel programma negoziale giustificandone il pagamento).

Casi diversi sono quelli che riguardano ad esempio la vendita del vestito di nozze. Se il matrimonio non si celebra più, la donna può decidere di restituire il vestito senza pagarne il prezzo? Si ritiene che in questo caso non sussista una causa sia perché essa non è espressa sia perché essa non influenza il programma negoziale. Il prezzo del vestito inerisce infatti al pregio della stoffa, alla bravura del sarto e non certo all'uso matrimoniale.

## **5. Criteri valutativi dell'esistenza della causa contrattuale**

B) Secondo problema: qual è il parametro per controllare se c'è una causa? E per controllare se è idonea e quindi non illecita? Qual è quindi il significato oggi dell'art. 1322, comma 2, c.c.?

Se tutti i negozi hanno causa concreta è evidente che il problema del controllo causale diventa identico in tutti i contratti, tipici e atipici. Poiché non è più vero che i contratti tipici hanno causa tipica e i contratti atipici causa atipica, è vero invece il contrario che tutti i contratti, anche quelli tipici, hanno causa atipica, cioè quella fissata dalle parti.

Quindi il controllo causale per i contratti tipici ed atipici è uguale e postula il problema della singolo affare.

È chiaro in secondo luogo che la verifica della causa, ai sensi dell'art. 1322, co. 2, c.c., è una verifica che deve essere fatta tenendo conto del contenuto del contratto, del contenuto concreto, e cioè se il contratto con quel contenuto concreto abbia una giustificazione causale.

Il problema del controllo causale è un problema tanto più importante quando il contenuto è anomalo e ponga il dubbio dell'assenza di una causa idonea a giustificare questa stranezza. Quando il contratto prevede un programma strano, vendo a 10 ciò che vale 1000, il contenuto contrattuale è un contenuto del tutto anomalo e ha quindi bisogno di una ragione giustificativa che compensi e che spieghi l'apparente anomalia del programma e che dia significato a quella sproporzionale altrimenti assurda e anomala.

Bisogna quindi verificare che sia giustificato non il contratto astrattamente inteso ma il programma contrattuale con quel contenuto.

In terzo luogo si pone il problema dell'intensità del controllo causale, non sono



accettabili né la tesi estrema, per cui la causa richiederebbe un'utilità sociale, così seguendo un'impostazione ideologica oramai superata, né la tesi opposta, secondo cui un contratto sarebbe meritevole di tutela, ex art. 1322, quando la causa sia non illecita.

Quindi basterebbe un giudizio in negativo sul piano della liceità: se la causa non è illecita è meritevole di tutela. Questa tesi non è accoglibile perché si traduce in una *interpretatio abrogans* dell'art. 1322, co. 2, che richiede non solo un controllo di non illiceità ma un controllo di meritevolezza, che va al di là del non contrasto con norme imperative, di ordine pubblico e di buon costume.

Inoltre non considera che la tesi della causa in concreto diventa uno straordinario strumento per il controllo della razionalità dell'affare più che della sua liceità.

Il problema principale non è verificare se l'affare sia lecito o no ma se sia razionale o meno. La verità sta quindi come sempre nel mezzo.

## **6. Contratto gratuito atipico**

È valido o no il contratto caratterizzato da gratuità vantaggiosa?

La Cassazione con la sent.n. 24511/2011 ha affermato che i contratti gratuiti atipici sono ammissibili, non c'è nessun divieto. L'art. 1322, co. 2, c.c. nel prevedere i contratti atipici non distingue tra negozi ad efficacia obbligatoria e negozi ad efficacia reale, quindi non c'è ragione per escludere che i negozi ad efficacia reale possano essere atipici. Questo divieto nei confronti del principio dell'autonomia negoziale è aprioristico e non si concilia con il nostro ordinamento.

Vigente la tesi della causa in concreto, non è vero che solo i contratti tipici hanno causa forte, per ragioni che non ripetiamo, ma occorre verificare se c'è una causa in concreto.

L'assenza di corrispettivo è una spia che deve indurre ad un controllo causale forte perché c'è il rischio di una donazione senza forma pubblica o di una liberalità atipica senza i requisiti previsti dalla legge, ma non rappresenta di per sé una preclusione.

Il controllo causale forte quindi compensa tale irrazionalità apparente, e verifica se sussistano le ragioni che giustificano questa irrazionalità.

## **7. Contratto a prezzo simbolico o vile**

I giudici di legittimità, proseguendo sulla scia di quanto affermato precedentemente nel 2011, proposero una dicotomia tra:

- **Vendita senza prezzo o con prezzo simbolico:** è la vendita in cui il prezzo non c'è in senso assoluto, perché non ha un'intrinseca consistenza, e quindi è una *non vendita* per assenza del prezzo; la vendita con prezzo simbolico è **nulla** per assenza del prezzo, di conseguenza se non può essere riqualificata come una donazione è una fattispecie praticamente nulla. Qui il problema non è del controllo causale ma dell'assenza del prezzo che rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie.
- **Vendita con prezzo vile, irrisorio o tenue:** il prezzo c'è, ma il fatto che in senso relativo che tale prezzo sia sproporzionato al valore del bene questo è un problema che non interessa all'ordinamento giuridico. Se il prezzo c'è ma non è equo non è un problema dell'ordinamento, a patto che non ci sia un vizio della volontà.

Tali affermazioni si fondavano sul concetto di causa come funzione economico sociale, astratta: se c'è il prezzo c'è la funzione di scambio se non c'è non c'è neanche la funzione di scambio. Si tratta di un controllo quindi meramente burocratico.

Le due affermazioni, alla luce della causa in concreto, devono essere rivisitate perché è possibile che le soluzioni siano addirittura apposte.

La giurisprudenza negli ultimi 5 anni è giunta a queste conclusioni:

- In alcune ipotesi la vendita a prezzo simbolico è stata considerata un contratto gratuito atipico vantaggioso caratterizzato dalla presenza di una gratuità interessata che se idonea, proporzionata e giustificata, in un sistema che tratta allo stesso modo i contratti tipici e atipici, può essere valutata positivamente dall'ordinamento;
- Al contrario in alcuni casi, la sproporzione manifesta nei contratti a prezzo vile ha comportato la nullità degli stessi. Ratio è contestata non l'ingiustizia contrattuale in quanto tale, la sproporzione, ma l'ingiustizia senza causa, la sproporzione non sorretta da causa adeguata. Se il programma negoziale è anomalo, perché vendo a 1 ciò che vale 1000, questa anomalia deve essere spiegata dalla causa, in un sistema causale.

È disapprovato quindi lo squilibrio contrattuale senza ragione giustificativa.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BETTI, Causa del negozio giuridico, Torino, NDI, III, 1959
- CAPITANT, De la cause des obligations, Paris, 1927
- CAPOZZI, Compravendita, riporto, permuta, contratto estimatorio, somministrazione, locazione, Milano, Dei singoli contratti, 1988
- DE RUGGIERO, Istituzioni di diritto civile, Messina, I, 1948
- DOMAT, Le lois civiles , I
- FERRI, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1965
- GALGANO, Diritto privato, Padova, 1994
- GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, 2006
- JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, 1928
- OSILIA, Considerazioni sulla causa del contratto, Riv.trim.dir.proc.civ., 1949
- PACCHIONI, Dei contratti in generale, Padova, 1939
- RUBINO, La compravendita , Milano, Tratt.dir.civ. e comm. già dir. da Cicu-Messineo, e continuato da Mengoni vol.XVI, 1971

# COSA PREVEDE IL DISEGNO DI LEGGE SULLO IUS SOLI

---

*Nel marasma del dibattito politico per lo più fazioso, si prova in questo articolo a mantenere il discorso sul merito, ossia sul contenuto del Disegno di Legge n. 2092 al centro del dibattito legislativo e politico italiano.*

---

**Giuseppe Ferlisi** - Pubblicazione, domenica 8 ottobre 2017  
Redattore: **Andrea Senatore**

## Cosa si intende per *Ius Soli*?

Protagonista del dibattito politico e parlamentare del nostro paese è da mesi il Disegno di Legge definito "*Ius Soli*", mai dibattuto nel merito da gran parte della politica, quanto piuttosto utilizzato a fini propagandistici dall'una o dall'altra parte, sotto spinte populiste più che contenutistiche che mal si conciliano con il ruolo del legislatore.

In vista della calendarizzazione al Senato prevista per il prossimo 13 ottobre, si cerca qui di analizzare il contenuto del DDL che ha spinto perfino ad iniziative forti quali lo sciopero della fame tra molti esponenti della politica e della società civile italiana.

La suddetta Legge - recante **proposta di modifica alla L. 5 febbraio 1992, n. 91 regolante le Norme sulla Cittadinanza** - è stata già approvata alla Camera ed attende di essere discussa al Senato della Repubblica per la sua approvazione definitiva.

"*Ius Soli*" è una espressione latina che traduce il "*diritto del suolo*"; un'espressione giuridica che indica l'acquisizione della cittadinanza di un dato Paese come conseguenza del fatto giuridico di essere nati sul suo territorio indipendentemente dalla cittadinanza dei genitori, contrapponendosi allo "*ius sanguinis*" ("*diritto del sangue*"), che indica invece la trasmissione alla prole della cittadinanza del genitore.

## Cosa si intende per Cittadinanza?

Il termine cittadinanza indica il rapporto tra un individuo e lo Stato, ed è in particolare uno *status*, denominato *civitatis*, al quale l'ordinamento giuridico ricollega la pienezza dei diritti civili e politici. In Italia il moderno concetto di cittadinanza nasce al momento della costituzione dello Stato unitario ed è attualmente disciplinata dalla **legge 5**

febbraio 1992, n. 91.

### Le norme attualmente vigenti

La legge sulla cittadinanza del 1992, prima menzionata, prevede **un solo modo** per l'acquisizione della cittadinanza italiana: **un bambino è italiano se almeno uno dei genitori è italiano.**

Di talché, un bambino nato in Italia da genitori stranieri può chiedere la cittadinanza solo dopo aver compiuto 18 anni e se fino a quel momento abbia risieduto in Italia “legalmente e ininterrottamente”.

Tali norme escludono dalla cittadinanza e dai suoi benefici tutti coloro che sono nati e cresciuti in Italia, legando la loro condizione a quella dei genitori.

### Cosa prevede il Disegno di Legge approvato alla Camera

Il Disegno di Legge n. 2092 introduce due nuovi criteri per ottenere la cittadinanza prima dei 18 anni:

- 1) *ius soli* (“diritto legato al territorio”) temperato;
- 2) *ius culturae* (“diritto legato all’istruzione”).

Lo *ius soli* puro, come definito nell'introduzione del presente articolo, prevede che la nascita nel territorio di uno Stato faccia ottenere automaticamente la cittadinanza di quello Stato; tale applicazione è quella utilizzata da moltissimi Stati, perfino quello di un Paese che fa della lotta all'immigrazione una sua evidente connotazione come gli Stati Uniti, ma non è previsto in nessuno Stato dell'Unione Europea.

Lo *ius soli* “temperato”, che invece mira ad introdurre la proposta da calendarizzare al Senato, è molto diversa: **un bambino nato in Italia non diventa automaticamente italiano, ma solamente se almeno uno dei due genitori si trovi legalmente in Italia da almeno cinque anni.**

Non potrebbe essere applicato quindi agli immigrati in condizioni di “clandestinità” né porterebbe frotte di donne disperate a partorire sulle rive italiane, argomenti questi agitati dinanzi al volgo come fatto da parte della (pessima) politica italiana.

Inoltre, **se il genitore in possesso di permesso di soggiorno non proviene dall'Unione Europea, deve essere in possesso di altri tre requisiti:**

– un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale;

- un alloggio che risponda ai requisiti di idoneità previsti dalla legge;
- il superamento di un test di conoscenza della lingua italiana.

L'altra strada per ottenere la cittadinanza è quella del cosiddetto *ius culturae*, legato al percorso scolastico italiano: **potranno chiedere la cittadinanza italiana i minori stranieri nati in Italia o arrivati entro i dodici anni che abbiano frequentato le scuole italiane per almeno cinque anni e superato almeno un ciclo scolastico** (cioè le scuole elementari o medie).

I ragazzi nati all'estero ma che arrivano in Italia fra i dodici e i diciotto anni potranno ottenere la cittadinanza dopo aver abitato in Italia per almeno sei anni e avere superato un ciclo scolastico.

### Come funziona negli altri Paesi

Interessante analizzare anche la disciplina giuridica degli altri Paesi europei, in base al quale possiamo commisurare l'eventuale facilità o meno dei nuovi modi previsti dalla Legge in discussione in Parlamento.

In **Germania**, dal 2000 sono tedeschi anche i figli di stranieri nati in Germania, purché almeno uno dei due genitori abbia il permesso di soggiorno permanente da almeno tre anni e viva legalmente nel Paese da almeno otto.

In **Francia**, un bambino nato in Francia da genitori stranieri nati in Francia può diventare cittadino più facilmente. La cittadinanza, altrimenti, può essere acquisita dai diciotto anni a determinate condizioni.

Nel **Regno Unito** chi nasce su territorio britannico è automaticamente cittadino del Regno Unito se anche solo un genitore ha la cittadinanza britannica o è legalmente residente nel Paese a certe condizioni.

In **Spagna** diventa cittadino spagnolo chi nasce da padre o madre spagnola oppure chi nasce nel Paese da genitori stranieri di cui almeno uno nato in Spagna.

Negli **Stati Uniti** vige lo *ius soli* puro, per il quale chi nasce negli Usa è cittadino americano.

### Le ragioni oltre il giuridico

Un milione di minori attendono questo provvedimento da almeno due legislature, costretti a vivere in Italia con il passaporto di un Paese lontano, a pagare venti euro al mese per continuare ad esistere legalmente, a vedersi passare "sotto al naso" bandi e

concorsi pubblici riservati a cittadini italiani.

Approvare questa riforma potrà essere, inoltre, proprio uno strumento contro forme di estremismo e radicalismo violento, potendo integrare queste giovani generazioni coltivando in loro una cultura della cittadinanza e della partecipazione, oltre che fiducia nello Stato in cui essi vivono e vivranno.

Si ricorda, inoltre, che il Parlamento ha ratificato il trattato di adesione dell'Italia alla **Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione dei casi di apolidia, fatta a New York il 30 agosto 1961 (L. 162/2015).**

# LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO ALLA LUCE DEI RECENTI INTERVENTI LEGISLATIVI E GIURISPRUDENZIALI

*Come la stabilità paventata da codici, dottrina e giurisprudenza fino a qualche anno fa, è ora messa in discussione dal naturale processo evolutivo al fine di tutelare il paziente*

Chiara Anna Pia Giordano - Pubblicazione, lunedì 9 ottobre 2017

Redattore: Saverio Setti

La medicina è certamente la scienza più antica ed affascinante, che tenta di perscrutare il mistero dell'essere umano e, nel suo continuo evolversi, si spinge verso nuovi confini cercando di vincere la morte. I medici, che in qualsiasi epoca hanno praticato tale scienza, hanno, a ragione, sempre goduto di grande rispetto essendo il loro fine quello di preservare il bene più prezioso, ossia la salute<sup>[1]</sup>. Tale alto fine ha imposto una certa benevolenza di giudizio nei confronti dell'errore medico: nel tentativo di contemperare gli interessi in gioco, emergeva un sostanziale favore per il medico, titolare esclusivo dello *ius vitae ac necis* nei confronti dell'ignaro paziente<sup>[2]</sup>.

L'evolversi di una diversa sensibilità nei confronti del c.d. soggetto debole, ha gettato le basi per il progressivo superamento del paternalismo, fino a giungere al modello attuale del rapporto medico – paziente: il personalismo. Dunque, il paziente esce dalla situazione di minorità nella quale versava, per poi poter creare con il sanitario un'alleanza terapeutica, in una continua dialettica tra informazione e decisione.

Il diritto civile, da tradizione, distingue la responsabilità in contrattuale ed extracontrattuale, o aquiliana<sup>[3]</sup>. Nella prima, l'aggettivo “contrattuale” mira a ricomprendere in questa categoria tutte le forme di responsabilità scaturenti da qualsiasi rapporto obbligatorio preesistente: contratto, legge, atto unilaterale. Essa si differenzia, appunto, dalla responsabilità extracontrattuale perché questa non presuppone alcun rapporto preesistente, ma deriva da un atto illecito contrario al generale principio del *neminem laedere*.

La responsabilità contrattuale trova il proprio fondamento nell'articolo 1218 c.c. con i temperamenti offerti dall'art. 2236 c.c., che dispone che il medico risponde, in caso di



problemi tecnici di speciale difficoltà, solo in caso di dolo o colpa grave. È possibile al medico liberarsi della responsabilità per inadempimento solo ove la prestazione sia impossibile e tale impossibilità non gli sia imputabile (art.1218 c.c.), dunque l'onere probatorio grava in capo al medico. La prescrizione è decennale e decorre dal momento in cui il soggetto abbia acquisito conoscenza della riferibilità causale dell'evento dannoso al comportamento colposo di un terzo.

Esempio tipico di tale forma di responsabilità è quello della struttura ospedaliera presso la quale il soggetto si rivolge circa la soluzione di una patologia.

La responsabilità extracontrattuale consegue ad una condotta umana – attiva od omissiva- illecita che abbia determinato un danno ad un terzo a prescindere da un preesistente rapporto giuridico tra danneggiato e danneggiante.

Tale modello, ex art. 2043 c.c., rinviene la responsabilità soprattutto nelle situazioni di urgenza durante le quali la prestazione medica prescinde da una preesistente obbligazione nei confronti del beneficiario. Tale disciplina prevede l'inversione dell'onere della prova, motivo per cui, il danneggiato dovrà dimostrare il fatto, l'azione, il danno ingiusto, ed il nesso causale. Il termine prescrizione è quinquennale, salvo la maggior durata della prescrizione penale.

Essendo il *prius* la possibile configurabilità di entrambe le forme di responsabilità, bisogna ora specificare l'ambito *operandi* dell'una e dell'altra. In realtà, in ogni caso l'obbligazione<sup>[4]</sup>, contrattuale o non, che insorge nel medico al momento in cui si accinge ad intervenire professionalmente nell'interesse del paziente, è costituito, oltre che da un'attività diligente rivolta verso un risultato utile per la sua integrità psico-fisica anche ad una serie di doveri complementari all'obbligazione principale, rivolti alla correttezza, alla segretezza, al generale rispetto della persona umana: la prestazione dovuta dal sanitario non si esaurisce nella prestazione di cure mediche e chirurgiche, ma si estende ad altre, quali la messa a disposizione di personale medico e paramedico, di medicinali e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle *lato sensu* alberghiere ed ingloba anche obblighi di protezione ed accessori. La violazione di queste obbligazioni accessorie dà luogo, in ogni caso, alla responsabilità extracontrattuale, anche se l'obbligazione principale –di origine contrattuale- sia stata diligentemente adempiuta.

Dunque, la scelta di quale delle due azioni esperire è rimessa alla valutazione

discrezionale del soggetto leso, fermo restando che possono anche coesistere.

La responsabilità da contatto sociale è una forma particolare di responsabilità contrattuale, che nasce però non da un contratto, bensì da “contatto sociale”, ovvero da un rapporto che si instaura tra due soggetti in virtù non di un accordo, ma di un obbligo legale derivante dal fare affidamento sulle competenze professionali che fanno capo ad una delle parti. In altre parole è una forma di responsabilità contrattuale che nasce però non da un contratto, ma da un altro rapporto giuridico di fatto<sup>[5]</sup>.

Le differenze sopra analizzate tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, secondo parte della dottrina, rappresentano ormai una *querelle* – del tutto formale – superata; da ciò deriva una maggiore “socializzazione” del tema che tende ad avvicinarsi sempre più alla tutela della parte debole.

Con la sentenza Cass. Sez. III, n. 589/1999, tale nozione è stata applicata al rapporto tra il medico del pronto soccorso, dipendente di un ente ospedaliero, e il paziente. In particolare il medico non è un *quisque de populo* tenuto all’obbligo di non danneggiare l’altro, al pari di qualsiasi altro soggetto dell’ordinamento; al contrario, costui è obbligato in virtù di precise disposizioni di legge, nonché in virtù del contratto stipulato con l’azienda ospedaliera, a tutelare la salute del paziente e ad operare affinché avvenga la guarigione, altrimenti risponderà per *culpa in non faciendo*. Inoltre, a partire dalla fine degli anni ’90, al fine di evitare diversificazioni ingiustificate per prestazioni sostanzialmente identiche, la giurisprudenza fa rientrare in questa fattispecie anche il caso del medico dipendente dal servizio sanitario. Ciò è giustificato dalla giusta considerazione secondo la quale, in caso di danno al paziente per non diligente esecuzione della prestazione medica, non può esservi solo responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche altrui: quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale poiché il soggetto *–rectius*, il medico – non ha fatto ciò cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*. Non a caso, la Cassazione a Sezioni Unite ha ritenuto che “tra il paziente ed il medico dipendente si instaura un contatto sociale, il cui inadempimento è sottoposto al regime di cui all’art. 1218 c.c.”. Da ciò deriva che al fine del riparto dell’onere probatorio, il paziente danneggiato deve limitarsi a provare il contratto (o contatto sociale) e l’aggravamento della patologia o l’insorgenza di un’affezione ed allegare l’inadempimento del debitore.

La tematica della responsabilità penale del sanitario è stata interessata di recente da una

riforma che ha provocato fin da subito numerosi commenti da parte della dottrina: si tratta del Decreto Sanità (Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute) messo a punto dal ministro Balduzzi -decreto legge n. 158 del 2012- poi convertito in legge l'8 novembre 2012 –legge n. 189 del 2012.

L'art. 3 comma 1, nella versione originaria del decreto in questione, testualmente recitava: "Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale".

La legge di conversione contiene, invece, un'importante modifica concernente il diritto penale rispetto al testo del decreto legge, in quanto dispone: "L'esercente le professioni sanitarie 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'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo". Mentre, dunque, la versione originaria della disposizione contenuta nel decreto legge aveva esclusiva rilevanza civilistica, il testo risultante dalla conversione in legge fa un chiaro riferimento alla responsabilità penale dell'esercente le professioni sanitarie, escludendo la sua responsabilità penale nell'ipotesi in cui il medico si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Il decreto Balduzzi, viene, però, abrogato dal recente disegno di legge Bianco-Gelli. Le principali novità previste dalla legge di riforma si propongono di mettere ordine in uno dei settori più problematici della responsabilità civile, interessato negli ultimi anni da una vastissima produzione giurisprudenziale e dottrinale.

Nel codice penale è introdotta la nuova fattispecie della "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario" ex. art. 590-sexies c.p., in virtù della quale: « Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come

definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali >>.

A rilevare è una sostanziale depenalizzazione dell'errore. Il medico che sbaglia, infatti, non dovrà rispondere di omicidio o lesioni personali colpose, causato per imperizia, se ha rispettato le linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali.

Importanti novità sono previste in tema di responsabilità civile della struttura sanitaria e dell'esercente la professione: viene da un lato sancita la natura contrattuale della responsabilità della struttura; per contro, la responsabilità del sanitario viene attratta nell'orbita dell'illecito aquiliano: il sanitario infatti risponderà del proprio operato in base all'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente.

La diversa natura - rispettivamente contrattuale ed extracontrattuale - della responsabilità della struttura e del sanitario comporta notevoli ricadute sul piano sostanziale (si pensi al diverso regime della prescrizione: decennale in caso di responsabilità contrattuale, quinquennale per quella aquiliana) e processuale (ad es. per quanto concerne l'onere della prova della responsabilità e del danno).

L'art. 7, infatti, stabilisce una netta bipartizione delle responsabilità dell'ente ospedaliero e della persona fisica per i danni occorsi ai pazienti.

La struttura sanitaria assume una responsabilità di natura contrattuale ex art. 1218 cod. civ. mentre il medico, salvo il caso di obbligazione contrattuale assunta con il paziente, risponde in via extracontrattuale ex art. 2043 c.c.

Niente affatto secondarie le conseguenze pratiche di tale qualificazione. Sul piano probatorio anzitutto, poiché nel primo caso al paziente danneggiato basta provare il titolo (che dimostri il ricovero e dunque l'assunzione dell'obbligazione da parte dell'ospedale) ed allegare l'inadempimento, il resto spettando all'ente convenuto. Mentre nel secondo caso l'onere dell'attore abbraccia tutti gli elementi della pretesa, e dunque tanto quello oggettivo, nella sua triade condotta – evento – nesso di causa, tanto quello soggettivo, consistente nella colpa. La descritta bipartizione agisce altresì sul piano della prescrizione dell'azione, decorrendo quella contrattuale nell'ordinario termine decennale (art. 2946 cod. civ.) e quella aquiliana nel più breve termine quinquennale (art. 2947 cod. civ.).

La riforma in commento intende dunque diversificare in modo netto le due posizioni, spostando il rischio sul soggetto maggiormente capiente. Ciò, a ben vedere, va a vantaggio tanto dell' esercente la professione sanitaria, il quale risponde solo dei danni integralmente provati dal paziente, tanto del paziente medesimo che viene invitato ad agire contro chi più facilmente può ristorare i danni.

In caso di decesso del paziente, subentra il problema della configurabilità o meno del danno tanatologico *iure hereditatis*.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 15350 del 22 luglio 2015, tornano ad affrontare il delicato tema della risarcibilità o meno del danno tanatologico richiesto dagli eredi della vittima.

Il danno tanatologico viene considerato come danno in sé, causato dalla perdita della vita.

Al riguardo la giurisprudenza di legittimità, sin dal 1925, ha ritenuto la non risarcibilità del suddetto danno; in merito si è espressa anche la Corte Costituzionale (Corte Cost., 27.10.1994, n. 372) che ha affermato il principio in base al quale, diversamente dalla lesione del diritto alla salute, la lesione immediata del diritto alla vita non può configurare una perdita a carico della vittima ormai non più in vita, onde è da escludere che un diritto al risarcimento del cd. "danno biologico da morte" entri nel patrimonio dell'offeso deceduto e sia, quindi, trasmissibile ai congiunti in qualità di eredi.

Ben conscia del consolidato orientamento giurisprudenziale, la Terza Sezione della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1361 del 23 gennaio 2014, in aperto e consapevole contrasto, ha affermato il principio secondo cui deve ritenersi risarcibile *iure hereditatis* il danno da perdita della vita.

Alla luce delle suesposte considerazioni, con la sentenza n. 1361/2014 viene stabilito che, sebbene appaia inconfutabile che il diritto alla vita sia altro e diverso dal diritto alla salute, ciò non comporta necessariamente la conclusione che della perdita della vita debba negarsi la ristorabilità, di guisa che la perdita della vita debba ritenersi certamente ristorabile in favore della vittima che la subisce e, per l'effetto, trasmissibile agli eredi.

Ebbene, a distanza di appena due mesi dalla pubblicazione della sentenza n. 1361, gli stessi giudici della Terza Sezione della Suprema Corte di Cassazione hanno presentato

un'ordinanza di rimessione (Cass. Civ. Sez. III, Ord., 4.03.2014, n. 5056) al Primo Presidente, affinché questi valutasse l'opportunità di investire le Sezioni Unite, al fine di definire e precisare il quadro relativo alla risarcibilità *iure hereditatis* del danno da morte immediata.

Affrontando, dunque, il danno tanatologico, le Sezioni Unite ritengono di dare continuità al risalente e costante orientamento sul tema, conforme anche agli orientamenti della giurisprudenza europea, con la sola eccezione di quella portoghese, secondo cui non possa essere invocato un diritto al risarcimento del danno *iure hereditatis*.

In merito precisano che, nel caso di morte cagionata da atto illecito, il danno che ne consegue è rappresentato dalla perdita del bene giuridico vita, il quale costituisce bene autonomo, fruibile solo in natura da parte del titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente.

E poiché una perdita, per rappresentare un danno risarcibile, è necessario che sia rapportata a un soggetto che sia legittimato a far valere il credito risarcitorio, nel caso di morte verificatasi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, l'irrisarcibilità dell'evento morte deriva dall'assenza di un soggetto al quale, nel momento in cui si verifica, sia collegabile la perdita stessa e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito.

A parere delle Sezioni Unite non è giuridicamente concepibile che dalla vittima venga acquisito un diritto derivante dal fatto stesso della sua morte, essendo logicamente inconfigurabile la stessa funzione del risarcimento che nel nostro ordinamento civilistico non ha natura sanzionatoria bensì riparatoria o consolatoria.

La pronuncia in parola, in verità, non ha approfondito la questione, limitandosi a sostenere che non sono state dedotte ragioni convincenti che giustifichino il superamento del granitico orientamento giurisprudenziale creatosi col tempo. Difatti, con riferimento alla sentenza n. 1361, viene rilevato che questa non contiene argomentazioni decisive volte a superare l'orientamento tradizionale.

### Note e riferimenti bibliografici

[1] Il diritto alla salute è costituzionalmente garantito. In particolare, l'art. 32 Cost nello stabilire che intende tutelare l'integrità psico-fisica di ognuno.

[2] Il termine paziente deriva dal latino *patiens*, participio presente del verbo *patior*. In tal senso paziente non era soltanto colui che sopporta la sofferenza, ma anche chi subiva passivamente l'altrui azione.

[3] Il dibattito circa la configurazione della prestazione del sanitario come contrattuale o extracontrattuale è ricco di riferimenti giurisprudenziali e dottrinali. V.si, per tutte, Cass. civ., S. U., 11 gennaio 2008, n. 577.

[4] Il dibattito circa la responsabilità medica è reso ancora più vivace se consideriamo la mai sopita oscillazione del pendolo tra obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato. Con la prima definizione si suole designare le obbligazioni che deducono condotte la cui corretta e diligente esecuzione non è detto produca il risultato desiderato; con la seconda invece si identificano le obbligazioni nelle quali la condotta dell'obbligato, se esplicita con la dovuta diligenza ed accortezza, deve produrre l'esito avuto o mira dalle parti. Il mancato raggiungimento del risultato previsto nelle obbligazioni di mezzi non implicherebbe alcuna responsabilità dell'obbligato: non si potrebbe ritenere inadempiente l'avvocato per non aver vinto la causa. Lo stesso evento, in relazione alle obbligazioni di risultato, determinerebbe, invece, automaticamente la considerazione dell'obbligato come inadempiente. Nel rapporto con il paziente, il medico non si obbliga con il paziente alla sua guarigione bensì si obbliga ad un comportamento professionalmente adeguato e rivolto alla guarigione o, più in generale, al miglioramento delle sue condizioni di salute. Dunque, il professionista contrae solo un'obbligazione di mezzi.

[5] Ciò è enucleato in una pronuncia della Cassazione del 1999.

## LE INSEGNE PUBBLICITARIE SU AUTOSTRADE E STRADE EXTRAURBANE

---

*La sentenza n. 4091, adottata dalla Sez. V del Consiglio di Stato del 28 agosto 2017 ha affrontato la questione del nuovo codice della strada, secondo cui, ex art. 23, comma 7, deve “considerarsi vietata qualsiasi forma di pubblicità lungo e in vista degli itinerari internazionali, delle autostrade e delle strade extraurbane principali e relativi accessi”.*

---

**Ilaria Valentino** - Pubblicazione, martedì 10 ottobre 2017  
Redattore: **Giovanni Sicignano**

La sentenza n. 4091, adottata dalla Sez. V del Consiglio di Stato del 28 agosto 2017 ha affrontato la questione del nuovo codice della strada, secondo cui, ex art. 23, comma 7, deve “considerarsi vietata qualsiasi forma di pubblicità lungo e in vista degli itinerari internazionali, delle autostrade e delle strade extraurbane principali e relativi accessi”.

La questione è sorta dalla posizione assunta dal TAR Lombardia, in seguito al ricorso proposto da una nota società avverso il provvedimento di diniego del comune di Milano quanto al **posizionamento di due differenti impianti pubblicitari**.

Il TAR Lombardia con sentenza n.946 del 18 maggio 2016 - rilevata l'esistenza di due dinieghi espressi impugnati nel medesimo giudizio ed accertato preliminarmente che l'esposizione di quattro teli pubblicitari monofacciali in aderenza al ponteggio sull'edificio sito in via Gallarate n. 131, sarebbe ben visibile dal Cavalcavia del Ghisallo che, costituendo il percorso di accesso all'Autostrada dei Laghi e prosegue in un raccordo autostradale, è da considerarsi strada extraurbana, in quanto costituisce l'accesso da e per le autostrade Milano-Venezia, Milano-Torino e Milano-Laghi, così come consacrato con valore di giudicato, tra le stesse parti coinvolte nel giudizio, in altro ricorso n. 28/2009, deciso con sentenza n. 1387/2009 – ha, quanto al primo diniego, considerato applicabile l'art. 23 comma 7 del CdS che, senza alcuna eccezione, vieta qualsiasi forma di pubblicità lungo e in vista degli itinerari internazionali, delle autostrade e delle strade extraurbane principali e relativi accessi.

Quanto al secondo diniego – avente ad oggetto la installazione pubblicitaria temporanea di due teli sempre sui ponteggi afferenti all'edificio in via Gallarate – il Tar ha rilevato che la valutazione favorevole assegnata dall'Ente Comunale alla installazione, da parte



di terzi, di insegne pubblicitarie in via Mambretti sarebbe “condizionata” dal fatto che lo stesso ufficio comunale aveva rilevato la presenza di diversi impianti pubblicitari prospettanti sull’asse autostradale del Ghisallo e su via Mambretti, senza controindicazioni sotto il profilo strettamente viabilistico, riservandosi comunque un giudizio sulla rispondenza alle prescrizioni normative generali di cui all’art. 23 del *Codice della strada*.

Ciò nondimeno, a parere dei Giudici, sebbene “*la presenza di diversi impianti pubblicitari che già prospettano sull’asse autostradale del Ghisallo e sulla via Mambretti*” implica un’astratta compatibilità sotto il profilo viabilistico, è altresì innegabile che le condizioni di fatto evidenziate nel parere sfavorevole impugnato rappresentano delle caratteristiche specifiche di impedimento presenti soltanto con riferimento all’impianto pubblicitario da installare sull’edificio di Via Gallarate n. 131. Il che rende insussistente la invocata disparità di trattamento tra situazioni analoghe e che il diniego all’installazione dei teli pubblicitari è fondato su di una valutazione tecnico-amministrativa non irragionevole, in considerazione del bene primario della sicurezza stradale affidato alle cure dell’ente locale, e coerente con il richiamato disposto dell’art. 23 comma 7 del d.lgs. n. 285/1992, che, come detto, vieta qualsiasi forma di pubblicità lungo e in vista delle strade extraurbane principali e relativi accessi, quale deve considerarsi per le ragioni già illustrate il Cavalcavia del Ghisallo.

La questione sembrava oramai chiusa, senonché la parte ricorrente, con appello notificato il 19 dicembre 2016, investendo il Consiglio di Stato, ha impugnato la sentenza del TAR, sostenendo l’erroneità della sentenza di merito per “*travisamento del fatto e dei presupposti*”.

Il Consiglio di Stato, infine, con la sentenza del 28 agosto 2017, n.4091, confermando la decisione del TAR Lombardia, ha risolto la questione, sempre alla luce dei principi e delle previsioni contenuti nel comma 7, art.23 del Codice della Strada.

Inoltre, per il Consiglio di Stato, quanto al telo pubblicitario da collocare presso il cavalcavia del Ghisallo, la stessa disposizione dei luoghi mostra che lo stesso cavalcavia è parte della strada a carattere extraurbano di accesso principale all’Autostrada Milano - Laghi ed è formato da due carreggiate, dotata ciascuna di due corsie per senso di marcia all’esterno del centro cittadino. In sostanza, si tratta nei fatti un raccordo autostradale; dunque le conclusioni della sentenza di primo grado appaiono corrette e conformi alla realtà delle cose come risultano rispettate le previsioni dell’art. 23, comma 7, d.lgs. n.

285 del 1992 dall'amministrazione comunale e impeditive della posa in opera del cartellone: una diversa soluzione che non ha giustificazione nella passata autorizzazione di altri tabelloni.

Inoltre, la sussistenza di un impianto a trasmissione digitale sullo stesso edificio e di una telecamera per il controllo del traffico nei pressi dello stesso sono elementi sufficienti per non autorizzare cartelloni di grandi dimensioni che possano interferire con il funzionamento di detti dispositivi. La presenza di un impianto di trasmissione e di una telecamera per il controllo del traffico per i Giudici giustificano adeguatamente il diniego, né tale situazione può essere paragonata alla collocazione di tabelloni su immobili di struttura simile ma privi sulla sommità di tali strumentazioni.

L'appello è stato dunque rigettato.

Va premesso che la disposizione dell'art. 23 comma 7 del Codice della Strada vieta qualsiasi forma di pubblicità *lungo e in vista* degli itinerari internazionali, delle autostrade e delle strade extraurbane principali e relativi accessi, indicando una serie di previsioni derogative (*con riferimento alle aree di parcheggio, di servizio, ai cartelli di promozione territoriale e alle insegne di esercizio*) specificando, inoltre, che su tali strade è consentita la pubblicità solo se vi è l'autorizzazione dell'ente proprietario e sempre che non sia visibile dalle stesse.

La sentenza in commento desta però qualche perplessità alla luce dei seguenti dati acquisiti al processo:

- a) le installazioni pubblicitarie da autorizzare sono dei teli da apporre ai ponteggi di un edificio privato in via Gallarate;
- b) la assoluta mancanza di una approfondita valutazione da parte dell'Ente Comunale della messa in pericolo della sicurezza stradale derivante dall'apposizione dei teli monofacciali.

Ebbene, va rilevato che la ratio della disposizione in commento è quella di prevenire la collocazione sugli spazi destinati alla circolazione veicolare, così come sugli spazi a questi adiacenti, di fonti di captazione o disturbo dell'attenzione dei conducenti e di conseguenziale sviamento della guida del veicolo.

Essendo questo il precipuo ed unico fine della norma, non è pensabile che possano essere

considerati ostativi al rilascio dell'autorizzazione, ovvero come osservato dal Consiglio di Stato "*caratteristiche specifiche di impedimento*", elementi non espressamente previsti dalla norma, quali la presenza di una telecamera per il controllo del traffico in prossimità dell'edificio in questione e di un impianto pubblicitario a trasmissione digitale di grandi dimensioni sul tetto del fabbricato.

Non si vede, infatti, come la presenza, nei pressi dell'edificio, di tali dispositivi possano in via assoluta determinare il rigetto dell'autorizzazione per il presunto pericolo di violazione della sicurezza stradale.

E ciò maggiormente ove si consideri che è senza dubbio di maggiore impatto sulla sicurezza stradale un impianto di grandi dimensioni sul tetto del fabbricato rispetto a dei teli apposti su ponteggi.

Il dubbio, peraltro, non risulta essere fugato dalla istruttoria compiuta dall'Ente Comunale posto che:

a) come è risultato accertato, per la via Mambretti (*con riferimento ad altra e diversa autorizzazione*), l'Ufficio preposto ha ritenuto priva di "*controindicazioni sotto il profilo strettamente viabilistico*" la presenza di diversi impianti pubblicitari prospettanti sull'asse autostradale del Ghisallo e sulla stessa via Mambretti;

b) la motivazione addotta a giustificazione del diniego (*ovvero la presenza nei pressi dell'edificio di una telecamera per il controllo della velocità e di un impianto digitale sul fabbricato*) se – come affermato dallo stesso Consiglio di Stato - costituisce "*elementi sufficienti per non autorizzare cartelloni di grandi dimensioni che possano interferire con il funzionamento di detti dispositivi*", non è rispettosa della disposizione del Codice della Strada la quale, come detto, non salvaguarda il funzionamento dei dispositivi ma la sicurezza della circolazione;

c) le valutazioni circa la pericolosità dell'installazione dei cartelli stradali di norma hanno carattere tecnico-discrezionale, sindacabili dunque solo per manifesta illogicità o per difetto di motivazione o travisamento dei fatti. Ove si abbia riguardo a tale rilievo, è evidente che la motivazione addotta dal Comune non solo non può essere considerata una valutazione tecnico-amministrativa (*intesa come il contemperamento di interessi rispetto al fine pubblico perseguito nell'attività provvedimentoale dalla pubblica amministrazione*) ma non è fondata su di una intrinseca pericolosità della installazione per la circolazione ed appare addirittura afflitta da manifesta illogicità.

Pertanto, a parere di chi scrive, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto valutare più attentamente i vizi denunciati in ricorso.

# IL CONTROLLO DELLE EMAIL AZIENDALI VIOLA I DIRITTI DEI LAVORATORI

---

*Il controllo delle mail dei dipendenti da parte del datore di lavoro costituisce violazione alla privacy, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, lo ha stabilito la Grande Camera della Corte europea di Strasburgo.*

---

**Alessandra Inchingolo** - Pubblicazione, mercoledì 11 ottobre 2017  
Redattore: **Ilaria Ferrara**

Con la sentenza odierna, la Corte fissa dei paletti alla possibilità indiscriminata del datore di lavoro di ingerire nella corrispondenza dei propri lavoratori, stabilendo quando si ha violazione della privacy ovvero dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, a sua volta, regola il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza.

Dunque, il diritto al rispetto per la vita privata e la privacy della corrispondenza continua a esistere, **anche se sono previste delle restrizioni sul posto di lavoro.**

La sentenza prende le mosse dal caso di *Bogdan Mihai Barbulescu*, ingegnere rumeno, impiegato in una azienda privata. L'uomo, su espressa richiesta del suo datore di lavoro, aveva creato un account Yahoo Messenger per rispondere alle richieste dei clienti.

Il 3 luglio del 2007, l'impresa aveva fatto circolare un avviso tra gli impiegati comunicando che l'uso di internet, telefono e fotocopiatrice per ragioni private poteva costituire una causa di licenziamento per motivi disciplinari.

Dieci giorni dopo il signor Barbulescu è stato convocato dal suo datore di lavoro, con l'accusa di aver usato Yahoo Messenger per ragioni personali (comunicazioni con il fratello e la fidanzata) e per tale motivo, successivamente veniva licenziato.

Il licenziamento era stato impugnato da Barbulescu ma, a dicembre 2007, il tribunale di Bucarest aveva respinto il suo ricorso, con sentenza definitiva della Corte d'Appello del 17 giugno 2008.

A seguito di ciò l'uomo si rivolgeva alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a

Strasburgo, appellandosi all'articolo 8 della Convenzione, tuttavia il suo ricorso veniva nuovamente respinto con sentenza del 12 gennaio 2016. Invece la Grande Camera della Corte Europea di Strasburgo ha poi ribaltato la sentenza, sancendo la violazione dell'articolo 8. Infatti, secondo la Corte di Strasburgo, *le comunicazioni sul posto di lavoro rientrano nel concetto di "vita privata" e "corrispondenza" la cui tutela è affidata all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani. I giudici hanno stabilito che "un datore di lavoro non possa ridurre a zero la vita sociale privata di un impiegato", secondo la nota della Corte "il diritto al rispetto per la vita privata e la privacy della corrispondenza continua a esistere, anche se sono previste delle restrizioni sul posto di lavoro".*

A tal proposito, la Corte ha condannato la Romania per non aver sufficientemente difeso i diritti del lavoratore licenziato, in primis perché la privacy del lavoratore avrebbe dovuto essere tutelata da eventuali abusi da parte datoriale sia sotto il profilo dell'informazione preventiva al lavoratore per quel che concerne i controlli, sia sotto il profilo delle modalità dei controlli, che avrebbero dovuto essere meno intrusive e inoltre avrebbe dovuto esservi l'avviso ai lavoratori che l'accesso ai contenuti della corrispondenza sarebbe stato possibile a sua insaputa.

# CATALOGNA, LE RAGIONI (DI DIRITTO) DEGLI INDIPENDENTISTI E DEGLI UNIONISTI

---

*In questo articolo si affrontano le questioni giuridiche utilizzate nella questione catalana da entrambe le "fazioni": dal principio di autodeterminazione dei popoli fino alla quasi impossibilità di una secessione democratica nei paesi di civil law, ripercorrendo la storia degli smembramenti di Stati nella prassi internazionale.*

---

Giuseppe Ferlisi - Pubblicazione, giovedì 12 ottobre 2017  
Redattore: Andrea Senatore

## Premessa

Al momento in cui si scrive le vicende sono in corso di evoluzione e nessuno può pronosticare la conclusione della vicenda catalana, tuttavia in tale articolo si prova ad analizzare la vicenda in maniera asettica, provando a penetrare nelle ragioni di diritto, oltre che storiche, che sono alla base sia delle rivendicazioni catalane, sia della risposta del governo spagnolo che ritiene quello accaduto in Catalogna una vicenda illegale ed un attacco alla Monarchia.

Il giorno che passerà alla storia, spagnola e non solo, è quello del 1 ottobre, giorno in cui nella Regione autonoma della Catalogna si è svolto un *referendum*, unilateralmente convocato, sulla propria indipendenza dal Regno di Spagna. L'amministrazione centrale, ritenendo tale iniziativa una violazione della Costituzione, lo ha dapprima dichiarato illegale e privo di efficacia, finendo poi con ricorrere all'uso della forza (probabilmente sproporzionata, e sicuramente poco utile laddove si voglia ricreare una identità nazionale probabilmente messa in crisi) con le immagini delle violenze e della repressione che hanno fatto il giro del mondo.

Tale *referendum* ha avuto come esito il 90% circa dei votanti in favore della Dichiarazione Unilaterale d'Indipendenza (DUI), coinvolgendo tuttuttavia solo il 40% della popolazione catalana, seppur tale dato può essere oggetto di discussione a causa delle ostilità e delle azioni del governo centrale spagnolo quali il sequestro di urne e minacce di ripercussioni legali ai potenziali votanti, alterando probabilmente un dato di affluenza che poteva crescere, secondo gli stessi indipendentisti, al massimo fino al 60%. Successivamente, il presidente della Catalogna ha convocato una seduta straordinaria del Parlamento regionale, seduta sospesa dalla Corte Costituzionale spagnola, che ha

sospeso temporaneamente i poteri straordinari del Parlamento catalano, fino alla seduta del 10 ottobre nella quale il presidente Catalano ha dichiarato l'indipendenza, sospendendo tuttavia gli atti consequenziali al fine di negoziare con il governo centrale spagnolo.

### **Le basi storiche della "rottura"**

Nel 2010 la Corte Costituzionale (*Tribunal Constitucional*) della Spagna ha deciso nel senso di svuotare lo Statuto di autonomia approvato nel 2006 dal Parlamento catalano ed approvato dai cittadini catalani con un *referendum*, in cui si mirava ad aggiornare il testo approvato nel 1979, durante la transizione democratica attraverso un rafforzamento delle competenze del governo regionale.

Il partito popolare (Pp) attualmente al Governo con Rajoy si è subito opposto effettuando una campagna molto aggressiva in tutta la Spagna, e acuendo il sentimento di disagio del popolo catalano, il quale ha basi e radici storiche tanto profonde da essere un vero e proprio "*Stato nello Stato*", con il riconoscimento di una lingua propria.

Dal quel momento molti catalani si sono sentiti espulsi dalla Spagna e ingannati dai grandi partiti spagnoli e la vicenda è stata interpretata a Barcellona come la rottura arbitraria del patto tra la Catalogna e lo Stato che si era forgiato dopo la morte di Francisco Franco, una dittatura che aveva già lasciato profondi solchi nel popolo catalano, con la soppressione dell'autonomia ed il divieto dell'uso della lingua catalana.

Ancor più recentemente, molteplici sono stati gli arresti di funzionari pubblici della regione Catalana, oltre che l'apertura di molteplici procedimenti penali a carico delle maggiori cariche della stessa per il reato di sedizione per aver proclamato e promosso il *referendum* unilaterale sull'indipendenza.

### **Il diritto all'autodeterminazione dei popoli invocato dagli indipendentisti**

I maggiori sostenitori del movimento indipendentista poggiano le proprie rimostranze basandole sul principio di autodeterminazione dei popoli.

Tale diritto è stato riconosciuto in diversi documenti, per esempio nella Dichiarazione delle relazioni amichevoli tra gli Stati approvata con una risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU nel 1970.

Esso nasce con il fine di garantire ai popoli sottomessi al dominio coloniale di recuperare la propria indipendenza attraverso la secessione, chiamando questo "autodeterminazione esterna".

Oltre gli episodi di decolonizzazione, il principio viene definito "interno", quale diritto a



eleggere un proprio parlamento e ad avere un proprio governo.

Secondo l'interpretazione maggioritaria, tale principio tuttavia non consente la creazione di un nuovo Stato indipendente; esiste, però, una corrente minoritaria che riconosce il diritto di un popolo ad esercitare l' "autonomia esterna" nei casi in cui il governo centrale lo discrimini ed in tal senso si può portare ad esempio il caso del Kosovo.

Il diritto all'autodeterminazione venne subito chiarito come essere assolutamente diverso da un diritto alla secessione, venendo più che altro trasposto nei diritti alle minoranze linguistiche e culturali, oggi riconosciuti da tutte le carte fondamentali.

Diritto all'autodeterminazione sì, ma solamente nel quadro di una unità statale ed applicabile quale diritto alla secessione solo agli stati oppressi ingiustamente.

Nel 2008, alla fine di un lungo periodo di guerra, gli albanesi kosovari si autoproclamarono indipendenti dalla Serbia.

Il loro Stato fu immediatamente riconosciuto da diversi Paesi del mondo, ma non da tutti, con la conseguenza che esso è considerato da parte del mondo uno Stato indipendente, senza però essere riconosciuto come tale dall'ONU, dove la Russia, contraria, ha potere di veto nell'ambito del Consiglio di Sicurezza.

Il problema è che il diritto internazionale non indica specificamente i passaggi per cui una "entità territoriale" possa o meno diventare uno Stato indipendente; tale *status* viene riconosciuto dall'esterno, da chi vuole riconoscerlo ed è più legata alla realtà, ed alla politica, che al diritto.

Se la Catalogna avesse ricevuto degli appoggi (politici) da altri Stati, staremmo oggi parlando forse di una situazione diversa.

In altre parole, il principio dell'autodeterminazione non ha comportato un riconoscimento, secondo il diritto internazionale, di un egual 'diritto alla secessione'; i popoli non sottoposti a condizioni di 'dipendenza' propri dei popoli coloniali non avrebbero il diritto di rompere l'unità dello Stato di cui fanno parte in nome di tale principio, se non in forza di un diritto alla secessione riconosciuto dallo Stato stesso.

### **La questione del diritto alla secessione nella storia mondiale**

Il dibattito sulla secessione è sorto fin dalla nascita del costituzionalismo: nel 1631 Althusius difendeva la secessione quale prerogativa naturale, atteso che il "contratto sociale" si basa su una libera adesione di parti legate da diritti e doveri, ma libere di recedere; del parere opposto, Hobbes, il quale riteneva che il patto iniziale della Costituzione privasse gli aderenti della facoltà di recesso.

La questione si ripropose con forza alla fine del 1700 nei nascenti Stati Uniti d'America,

dove la costituzione di uno Stato federale però non fornì una risposta certa sul diritto alla secessione che si risolse con una guerra civile nel 1860 causata dalla dichiarazione di indipendenza dello Stato del North Carolina dopo l'elezione di Abramo Lincoln quale Presidente, quest'ultimo in viso agli Stati del sud per le sue dichiarazioni sull'abolizione della schiavitù.

Tale questione si ripropose successivamente con il caso dello Stato del Texas, che tentò anch'esso una secessione fino alla pronuncia della Corte Suprema federale che statuiva come l'ammissione di uno stato all'Unione era più di un contratto ed era definitivo.

Nel secolo scorso, nel 1921, la Lega delle Nazioni si trovò a decidere della richiesta di indipendenza alla Finlandia avanzata dalle Isole Åland. Anche in tale occasione il diritto internazionale sancì la mancata previsione del diritto alla secessione nel diritto positivo, statuendo che peraltro esso non potesse essere dichiarato unilateralmente, tranne che sia una soluzione ai casi di ingiustizia, come venne poi affermato ed utilizzato in occasione della fine del colonialismo.

Gli anni 90 hanno riproposto il tema della secessione con lo scenario post guerra fredda ed il crollo del muro di Berlino con forza; le questioni che si aprirono furono trattate in maniera eterogenea, con la guerra per gli stati baltici e balcanici e pacificamente con i recentissimi eventi che hanno riguardato la separazione della Serbia dal Montenegro nel 2003.

Nel panorama internazionale l'unica apertura al diritto alla secessione *sic et simpliciter* fu operato dalla Corte Suprema canadese in seguito alla rivendicazione d'indipendenza del Québec.

La corte, in quell'occasione infatti affermò nel 1998 che "la Costituzione non è una camicia di forza", suggerendo allo Stato di negoziare laddove vi fosse stata una forte richiesta da parte degli aspiranti indipendentisti.

Tale sentenza ha un valore immenso se pensiamo alla sentenza americana dell'impossibilità di recesso dalla Costituzione dell'Unione.

La secessione continua a non essere espressamente positivizzata dal diritto internazionale, proteggendo l'integrità territoriale degli Stati, rimandando ad essi la decisione sulla secessione di loro parti.

Per quanto concerne il diritto interno, essa è riconosciuta in un numero minimo di Costituzioni: la maggior parte, infatti, predilige il riconoscimento del principio di indivisibilità del territorio statale.

### **La decisione della Corte Costituzionale Spagnola avverso il Referendum Catalano**

La Costituzione spagnola, votata ed approvata con un *referendum* popolare nel 1978, afferma che *“la sovranità nazionale appartiene al popolo spagnolo, cui emanano i poteri dello Stato”* e la forma politica *“è la monarchia parlamentare”*, sancendo *“l’unità indissolubile della nazione spagnola, patria comune ed indivisibile di tutti gli spagnoli, riconoscendo e garantendo il diritto all’autonomia”*.

Ovviamente può essere sottoposta a modifiche e le revisioni costituzionali importanti o sui principi generali sono regolate dall’articolo 168, il quale prevede una maggioranza dei due terzi di ciascuna delle due Camere seguita dallo scioglimento delle *Cortes*; le nuove Camere devono poi di nuovo ratificare la decisione con una nuova doppia maggioranza dei due terzi. Infine, è necessario un *referendum* popolare, aperto a tutti i cittadini.

L'espressa previsione di una modifica della Carta Costituzionale, e quindi di un modo "legale" di procedere alla secessione, per quanto sia difficile, ha spinto la Corte Costituzionale spagnola a bocciare all’unanimità, dichiarandolo nullo e incostituzionale, il *referendum* catalano.

Il parlamento catalano - dice la Corte - *“si è arrogato attribuzioni sulla sovranità superiori a quelle derivanti dall’autonomia riconosciuta dalla Costituzione, insistendo per introdurre nell’ordinamento giuridico con apparente validità un oggetto specifico: il presunto ‘processo costituente’ in Catalogna”*, la cui "incostituzionalità" è stata dichiarata numerose volte dallo stesso tribunale.

La corte spagnola ha affrontato anche il tema della presunta prevalenza della volontà popolare sulla legalità costituzionale, affermando che la stessa Costituzione non permette di *“contrapporre la legittimità democratica e la legalità costituzionale”* privilegiando la prima. Quindi *“la legittimità democratica del parlamento della Catalogna non può opporsi al primato senza condizioni della Costituzione”*.

Come prima accennato, la corte ha poi sospeso temporaneamente i poteri autonomi del parlamento catalano, annullando la seduta plenaria in cui il presidente della Catalogna avrebbe potuto dichiarare unilateralmente l’indipendenza, basando le proprie decisioni sulle *“rilevanti e generali ripercussioni sociali ed economiche”* che deriverebbero dalla dichiarazione di indipendenza e sul pericolo si produrrebbe - attraverso una dichiarazione di tal tipo - una violazione della Costituzione ed un *“annichilimento”* dei diritti dei deputati nazionali; eventualità, questa, per la corte configura la *“eccezionale urgenza”* prevista dall’articolo 56 della Costituzione, già invocata dai socialisti catalani, giacché una tale decisione del Parlamento catalano *“produrrebbe un pregiudizio di impossibile riparazione che rendere inutile la finalità del ricorso”*.

## **Secessione significa uscita automatica dall' Unione Europea?**

Le istituzioni europee, quali la Commissione od il Presidente Junker hanno da subito avvertito la Catalogna che una sua dichiarazione unilaterale di indipendenza porterebbe ad una uscita automatica dall'Unione Europa, monetaria e politica, con tutte le conseguenze da essa derivanti.

Sul punto tuttavia vi sono alcuni dubbi.

Nei casi di secessione, per la prassi internazionale, si applica il principio della *tabula rasa*, ossia della non valenza degli accordi sottoscritti dalla parte di territorio "che ha subito il distacco", ma solo in riferimento a trattati bilaterali o multilaterali chiusi.

Quest'ultimi vengono definiti quali quei trattati che non prevedono la partecipazione di soggetti diversi da quelli originari attraverso adesione.

Di talché, l'Unione Europea è da considerarsi un trattato multilaterale aperto, ed in tali casi la prassi internazionale statuisce un temperamento del principio della *tabula rasa*: lo Stato di nuova formazione può anziché aderire, procedere alla notificazione di successione: con tale atto la sua partecipazione retroagisce al momento dell'acquisto dell'indipendenza, potendo così emanare un atto con il quale dichiarare la propria volontà di voler proseguire nel trattato internazionale.

A parere di chi scrive, probabilmente nel caso della Catalogna e dell 'Ue il problema sarà più politico che di diritto, stante la possibilità concessa dalla prassi internazionale di consentire il proseguo del percorso catalano in Ue.

### **L'indipendenza nel *common law*: una via più facile e più utile alla coesione sociale.**

Un tempo, oggi lontanissimo, il Diritto veniva riformato a colpi di sangue e morte: 1649, Inghilterra, le forze rivoluzionarie fedeli ad Oliver Cromwell decapitarono il re Carlo I d'Inghilterra.

A prescindere alle vicende strettamente storiche, che qui non si predono di voler trattare in maniera diffusa, c'è un aspetto interessante di questi eventi: sia il monarca, sia i diversi sostenitori della repubblica avevano come punto di riferimento l'antica "Magna Carta" del 1215.

Tutti guardavano a tale "costituzione", rafforzando l'odierno modello di *common law*, che si differenzia in maniera profonda dal "nostro" *civil law*, perchè in esso le istituzioni basano le proprie scelte sulla tradizione giuridica dell'esperienza e non su patti costituzionali *ex novo* che vincolano popoli e fazioni politiche alla sua osservanza.

Alla prova dei fatti, il sistema del *common law* si è rivelato più efficace e democratico;

basta pensare al recente caso legato all'indipendenza della Scozia, che ha permesso agli scozzesi di tenere un *referendum* sulla propria indipendenza dal Regno Unito, seppur non vinto e quindi senza creare nessuna allerta sociale o pericoli di guerra civile.

Viceversa, la Catalogna, facente parte del modello di *civil law*, ha portato Barcellona ad entrare in conflitto con Madrid nella necessità di superare un rigido patto costituzionale, e rappresentando una storica risoluzione di disobbedienza verso la Corte (e la Carta) Costituzionale spagnola.

Guardando al futuro, forse migliore scelta risiede nelle recentissime costituzioni, come quello del piccolo Principato del Liechtenstein, dove è riconosciuto diritto di secessione.

### **Può esistere una secessione democratica?**

La posizione per cui la secessione sarebbe in contraddizione con la stessa idea della Costituzione presenta punti di discussione interessanti. Semmai, visti i recenti sviluppi in ogni ordinamento, quello di inquadrare un processo secessionista democratico è una vera e propria sfida per il costituzionalismo. Immaginare un processo bilaterale, legale e consentito - sul modello scozzese ad esempio - è la via da seguire probabilmente dall'intero *civil law*.

Viceversa, anche sull'onda delle recenti vicende catalane, saranno sempre più numerose le istanze indipendentiste in vari Paesi e lasciare all'unilateralità tale decisione è fortemente pericoloso.

La soluzione ostruzionista, come quella praticata dal governo spagnolo, porta, come abbiamo visto, più problemi che altro, instaurando negli "oppressi" la convinzione di essere tali, oltre che a non aiutare ad un confronto democratico che ben potrebbe precipitare in una ennesima guerra civile.

Prevedere uno strumento democratico di secessione permetterebbe anche di non far prendere decisioni sull'onda dell'entusiasmo o dell'emozione; piuttosto, l'obiettivo dovrebbe essere quello di mirare ad un consenso informato con un referendum in cui verrebbe chiarito il quadro delle conseguenze economiche, istituzionali, culturali conseguenti all'indipendenza.

# COS'È E COME DIFENDERSI DALLO SCOUT SPEED

---

*Possibilità e limiti dell'ultimo tipo di autovelox introdotto per monitorare la velocità dei veicoli: lo Scout Speed.*

---

**Angela Cuofano** - Pubblicazione, martedì 17 ottobre 2017  
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Scout speed. Questo il nome di quello che si preannuncia come l'ultimo - e forse più micidiale - tipo di autovelox. Grazie a questo ultimo ritrovato, previsto dall'ultima legge di Stabilità, si assiste ad una vera e propria rivoluzione nei canoni tradizionali del controllo automatico di velocità.

Dimentichiamo, invero, il mero sistema "tutor" o altri a quest'ultimo collegati.

Se il loro presupposto era quello di rilevare la velocità automaticamente al passaggio dell'autovettura davanti al sistema di pannelli elettronici, lo Scout Speed si basa, curiosamente, sul principio opposto.

Infatti, il macchinario che permette di rilevare la velocità non è più una presenza statica su strada e autostrade, ma viene inserito direttamente all'interno di un'autovettura della polizia che, muovendosi, può osservare la velocità delle vetture.

L'auto in questione viene definita "civetta" e diventa uno strumento potentissimo in capo all'Autorità. Essa è infatti in grado di osservare la velocità di tutte le vetture, sia che procedano nel suo stesso senso di marcia, che in senso opposto. L'automobilista che non rispetti i limiti di velocità e si imbatta, causalmente, nell'auto civetta sarà dunque contravvenzionato.

Questo sistema, già "*caino*" di per sè, diventa tremendo se si pone l'attenzione a due circostanze fondamentali.

La prima è che questo tipo di sistema non prevede alcun obbligo di segnalazione preventiva per le sue modalità di funzionamento e la seconda è che esso è del tutto invisibile agli occhi dell'ignaro guidatore che, dunque, non può più giocare con la classica manovra del "frena e riaccelera".

## Come difendersi dallo Scout Speed?

La prima domanda che si pone il privato cittadino riguarda la possibilità di ricorrere contro la multa che reca la "firma" del sistema Scout Speed.

In particolare, la *querelle* involge l'obbligo della segnalazione preventiva del macchinario.

La questione è stata anche oggetto di una recente pronuncia da parte del **Giudice di Pace di Reggio Emilia**.

La Pubblica Amministrazione sostiene infatti che lo Scout Speed non debba essere segnalato, in base al Decreto Ministeriale Infrastrutture e Trasporti del 15 agosto 2007, che esclude l'obbligo di presegnalazione in caso di controlli dinamici, in cui - va osservato - viene meno anche l'obbligo di visibilità dell'apparecchio.

Nella sua valutazione discrezionale, il Giudice ha tuttavia ritenuto la validità della norma di rango superiore, l'art. 142, comma 6-bis, Codice della Strada. Segnatamente, il Giudicante si richiama a quanto stabilito dall'articolo in esame, considerandolo norma di rango superiore a cui il decreto ministeriale deve sottostare.

Ebbene, dalla sua formulazione e interpretazione non si ricava in alcuna parte l'esclusione a cui fa riferimento il decreto. Quindi, non essendoci segnalazione di preavviso, il mero accertamento della velocità non può, in alcun caso, portare alla sanzione.

Tra l'altro, bisogna considerare che i vigili avrebbero potuto anche contestare immediatamente la violazione, posto che il veicolo incriminato era in avvicinamento.

Ciò posto, lo Scout Speed è soggetto, come tutti gli apparecchi autovelox, all'obbligo, sancito dalla Corte Costituzionale con sentenza n.113/2015, di periodica **taratura**.

L'automobilista multato ha dunque sempre diritto all'esibizione del certificato di taratura; in mancanza di esso la contravvenzione è nulla.

In conclusione, si tratta di un territorio farraginoso e aleatorio, sia riguardo alle concrete modalità di utilizzo del sistema, sia circa la possibilità di presentare ricorso.

Nel dubbio, meglio non premere il piede sull'acceleratore.

# IL FALLIMENTO VA IN PENSIONE, ARRIVA LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

---

*Analizziamo brevemente i punti chiave della recentissima riforma della Legge Fallimentare.*

---

**Angela Cuofano** - Pubblicazione, mercoledì 18 ottobre 2017  
Redattore: **Emmanuel Luciano**

Il disegno di legge 2881, approvato pochi giorni fa, ha definitivamente mandato in pensione il fallimento, come conosciuto fino ad oggi.

Delegando il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi di riforma entro il termine di dodici mesi, il legislatore ha inteso uniformarsi sempre più alla normativa europea in tema di crisi dell'impresa, autorizzando e favorendo una serie di procedure snelle e garantiste al tempo stesso.

Nello specifico, la riforma si articolerà in diverse fasi, che riguarderanno:

1. le procedure concorsuali (R.D. n.267/1942 c.d. legge fallimentare), al fine di ridurre tanto i costi, quanto i tempi, anche responsabilizzando gli organi di gestione;
2. la disciplina della composizione della crisi di sovraindebitamento (legge n.3 del 2012);
3. il sistema di privilegi e garanzze.

I punti chiave del sistema sono così riassumibili:

- si elimina la definizione di fallimento, che diventa "la procedura di liquidazione giudiziale dei beni". Questa nuova prospettiva implica il vero punto di forza della news normativa. Il nuovo procedimento, così come articolato, implica due fasi conseguenti fra loro. Una pressochè identica a quella in vigore secondo l'attuale normativa, l'altra, preventiva a questa e stragiudiziaria, nel corso della quale l'imprenditore potrà rivolgersi ad un organo pubblico (istituito presso le Camere di commercio) per intercettare gli indicatori di crisi della propria impresa oppure giungere ad un accordo con i creditori;
- tale modello processuale si applicherà a tutti i creditori, tranne gli enti pubblici;



- è integrata la disciplina del concordato con continuità aziendale. Si vuole, infatti, incentivarne l'adozione, ma al contempo scoraggiarne gli abusi. L'impresa ha in ogni caso di corrispondere almeno il 20% dell'ammontare totale dei crediti chirografari ai creditori;
- è modificata la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, omologabili anche ove vi aderiscano meno del 60% dei creditori, purché sussistano le circostanze prescritte;
- vengono modificati i requisiti di dimensione delle S.r.l., che impongono alle stesse di dotare la propria struttura di un organo di controllo ex art. 14 lett. g) della legge delega. In base alla nuova normativa società meno estese potranno comunque avvalersi di un ausilio;
- è estesa la competenza dei Tribunali delle imprese sulle procedure di maggiori dimensioni, mentre le restanti saranno affidate ad un numero ristretto di Tribunali.

Da tutto ciò si evince un sistema meno standardizzato e molto più attento all'esigenze delle società in crisi e delle persone che ne fanno parte.

# ILLEGITTIMA LA RICHIESTA DI OMOLOGAZIONE DELL'ACCORDO DEI SEPARATI IN CASA

*Per i giudici del Tribunale di Como la separazione presuppone sempre l'intollerabilità della convivenza tra i coniugi*

Carlo Giaquinta - Pubblicazione, venerdì 20 ottobre 2017  
Redattore: Lucio Orlando

L'evoluzione giurisprudenziale in materia matrimoniale è sempre in continuo fermento, considerato che i temi della separazione e del divorzio sono stati recentemente oggetto di dibattito in seguito alle ultime pronunce della Corte di Cassazione, che hanno riguardato i criteri per la determinazione dell'assegno di mantenimento. In particolare, con la sent. n° 11504 del 10 maggio 2017, la I<sup>a</sup> sez. della Suprema Corte ha abbandonato il tradizionale criterio del "tenore di vita" per la determinazione dell'assegno divorzile.

Inoltre, sempre più di frequente i coniugi che intendono separarsi danno vita a fattispecie che potremmo definire inconsuete. Su una di queste, con ord. del 6 giugno 2017, si è pronunciato il Tribunale di Como, dinanzi al quale si presentavano due coniugi per chiedere l'omologazione degli accordi presi in sede di separazione consensuale.

La peculiarità della fattispecie deriva dalla circostanza che entrambi i coniugi, dopo aver regolamentato tutti gli aspetti patrimoniali relativi al mantenimento del figlio (che, peraltro, trovavano l'avvallo dei giudici) chiedevano anche venisse approvata la loro scelta **di continuare la coabitazione nella stessa casa coniugale**, giustificandola con ragioni di convenienza economica.

In altre parole, i coniugi richiedevano al Tribunale di dare veste giuridica alla condizione di **"separati in casa"** che, per loro stessa ammissione, perdurava già da diversi anni antecedenti alla proposizione del ricorso per separazione. La particolare gestione della casa familiare voluta dai coniugi non trova tuttavia il consenso dei giudici i quali statuiscono come l'accordo in questione si ponga in contrasto con i principi e con le norme cogenti in tema di ordine pubblico matrimoniale e per questo non merita di essere omologato. In sede di audizione i coniugi motivavano la scelta di continuare a vivere insieme pur essendo venuta meno la "comunione materiale e spirituale" nella

prospettiva di preservare le risorse economiche familiari e così agevolare il percorso di studio del figlio nonché di garantire alla moglie eventuale assistenza personale. Opzione però non condivisa dai giudici i quali, oltre a suggerire che tali finalità solidaristiche ben potrebbero essere perseguite anche da “separati” in senso proprio e fermo restando che *“sul piano personale le parti hanno facoltà di comportarsi e autodeterminarsi come meglio credono”*, stabiliscono il principio secondo cui ***l’ordinamento non può dare riconoscimento a soluzioni ibride che contemplino il venir meno tra i coniugi di gran parte dei doveri derivanti dal matrimonio, pur nella persistenza della coabitazione*** che, come si evince dall’art. 143 c.c., rappresenta la cornice in cui si inseriscono i vari aspetti e modi di essere della vita coniugale. Pertanto, continuano i giudici, considerando che l’istituto della separazione presuppone a monte una situazione di **intollerabilità della convivenza**, non si vede come essa possa conciliarsi laddove siano gli stessi coniugi a voler continuare a convivere insieme, pur non provando reciprocamente sentimento né attrazione fisica, desiderando proseguire una convivenza meramente formale.

Con una decisione sapiente, il Tribunale di Como conclude per il rigetto dell’omologa di siffatte condizioni di separazione. Ed infatti **un tale desiderio**, seppur insindacabile in quanto rientrante nella sfera di libera autodeterminazione delle scelte di vita dei singoli, **non può assurgere a diritto**, non corrispondendo a nessun strumento o istituto presente nell’ordinamento matrimoniale. In altre parole, è certamente consentito ai coniugi di vivere da “separati in casa”, vale a dire sotto lo stesso tetto ma in camere separate, ma essa continuerà ad essere una mera separazione di fatto, non potendo l’ordinamento riconoscere a tale condizione gli effetti tipici della separazione legale.

# ESAME AVVOCATO: IL GIUDIZIO DI INIDONEITÀ DELLA PROVA SCRITTA È SUFFICIENTE ANCHE SE ESPRESSO CON VOTO SOLO NUMERICO

*L'Adunanza Plenaria con la Sentenza n. 7 del 20 settembre 2017 conferma la validità del provvedimento con il quale la commissione esaminatrice valuta l'inidoneità delle prove scritte degli aspiranti avvocati con il solo voto numerico, nella vigenza del regime transitorio ex art. 49 della legge 31 dicembre 2012 n. 274, in quanto comunque motivato*

Massimiliano Pace - Pubblicazione, sabato 21 ottobre 2017  
Redattore: Giuseppe Ferlisi

Il voto numerico che rileva l'inidoneità degli elaborati scritti sostenuti dagli aspiranti avvocati, non inficia la validità del provvedimento della commissione esaminatrice che ha ritenuto di non ammettere il candidato all'esame orale, in quanto va considerato adeguatamente motivato (senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti) nella vigenza del regime transitorio ex art. 49 della legge 31 dicembre 2012 n. 274.

È quanto ha deciso l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato pronunciandosi, a seguito della rimessione della decisione operata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, con la **Sentenza n. 7 decisa il 12 luglio 2017**, le cui motivazioni sono state depositate in Cancelleria il 20 settembre. Si tratta di una decisione con la quale l'Adunanza Plenaria, affermando l'operatività del regime transitorio voluto dal legislatore della l. 247/2012, definisce una serie di questioni controverse concernenti il rapporto tra la portata innovativa della legge di riforma dell'ordinamento forense e il regime transitorio quinquennale, che l'entrata in vigore della stessa ha disposto sino a tutto l'anno 2017.

Come è noto, infatti, la legge 31 dicembre 2012 n. 247, recante la *"Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense"*, al titolo IV disciplina le modalità di accesso alla professione forense indicando, agli articoli 46 – 49, le disposizioni in materia di esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato. La nuova normativa, quindi, innova profondamente la previgente disciplina dell'esame di

Stato contenuta agli articoli 20, 21 e 22 del Regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578 (convertito, con modificazioni, nella legge 22 gennaio 1934, n. 36) e nel capo II (articoli da 15 a 34) del Regio decreto 22 gennaio 1934, n. 37.

La portata innovativa della legge di riforma ha interessato, oltre alle modalità di accesso dell'esame di abilitazione, fra tutti, la formazione permanente degli avvocati, gli illeciti disciplinari, la pubblicità, l'ammissibilità della costituzione di società anche multidisciplinari tra avvocati, la disciplina delle specializzazioni e quella delle tariffe. Il legislatore, tuttavia, ha ritenuto di sottoporre le novità concernenti le modalità di accesso alla professione ad una fase transitoria, a più riprese oggetto di proroga, con la conseguente estensione del regime transitorio ad un periodo di cinque anni dalla data di entrata in vigore della legge. Ciò ha determinato la transitoria inefficacia delle nuove norme in materia, con conseguente applicazione delle norme previgenti, sia per quanto riguarda le prove scritte e le prove orali, sia per le modalità di esame complessivamente considerate. Dal punto di vista pratico, la fase transitoria determina l'applicazione tout court delle norme contenute nel R.D. 1578/1933, tanto con riferimento allo svolgimento dell'esame (e quindi, fra tutte, mediante utilizzo di codici commentati ammessi per le prove scritte), quanto con riguardo alle modalità di correzione degli elaborati scritti. È proprio con riferimento a tali considerazioni in ordine al giudizio degli elaborati, in relazione alla applicazione generalizzata o meno delle nuove norme in materia di procedimento valutativo, che è stata sollevata la questione controversa sotto forma di due profili contenuti nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

La sentenza, quindi, affronta il tema muovendo dalla necessità di definire, sia l'ambito di applicazione della legge di riforma del 2012 -nella parte in cui disciplina il nuovo procedimento di valutazione degli elaborati dei candidati- sia la questione relativa alla validità delle valutazioni espresse con il solo voto numerico, nelle more del regime transitorio in vigore. In particolare, l'ordinanza di rimessione, sollecitando l'intervento dell'Adunanza Plenaria, ha riproposto la più ampia questione relativa alla *capacità del voto numerico di esprimere e sintetizzare il giudizio tecnico discrezionale della commissione senza ulteriori oneri motivazionali*.

Con riferimento al primo punto controverso, il Consiglio di Stato non dubita del fatto che dal tenore letterale delle norme contenute agli articoli 20 co. 2 e 22 co. 9 del Regio decreto richiamato, il punteggio attribuito da ciascun commissario in forma numerica è

indicato come unica modalità di valutazione degli elaborati scritti, costituendo pertanto i giudizi cui fa riferimento l'art. 49 della l. 274/2012, una novità assoluta. Il Consiglio di Stato ribadisce, peraltro, che la giurisprudenza amministrativa, anche risalente ma consolidata, ha affrontato in più occasioni la questione circa la legittimità delle disposizioni contenute nel R.D. 1578/1933, ed alla compatibilità delle medesime con il principio generale di cui all'articolo 3 della legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990. L'espressione del voto in forma numerica è stata sempre univocamente ritenuta sufficiente e non in contrasto con il principio di motivazione dei provvedimenti amministrativi, così affermando che i verbali di correzione non hanno *“la finalità di rendere edotti i candidati degli eventuali errori commessi, ma unicamente di dar conto del giudizio espresso con il punteggio numerico”* (Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2010 n. 445 e Cons. Stato sez. IV, 4 maggio 2010 n. 2557). L'entrata in vigore della l. 241/1990 non ha pertanto determinato alcuna sopravvenuta illegittimità di tali modalità di correzione, stante appunto la adeguatezza e la trasparenza dei voti numerici *“attribuiti in base a criteri predeterminati dalla stessa commissione esaminatrice”* (sez. IV, 4 maggio 2010 n. 2544). A tali arresti giurisprudenziali dei Tribunali Amministrativi Regionali si richiama del tutto il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, nella enunciazione dei principi di diritto, conclusivamente osservando che l'art. 49 della legge n. 247 del 2012 esclude l'applicazione dell'art. 46 co. 5 con la conseguenza che il legislatore ha scelto discrezionalmente di mantenere immutata la disciplina previgente, valida ed esente da profili di illegittimità costituzionale, prevedendo che solo allo spirare del periodo transitorio (complessivamente prorogato in cinque anni dall'entrata in vigore della legge di riforma) troverà applicazione la nuova procedura di valutazione degli elaborati scritti.

La Corte Costituzionale, infatti, ha ritenuto non fondata, in riferimento agli art. 3, 4, 24, 41, 97 e 117 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli art. 17 bis, comma 2, 23, comma 5, 24, comma 1 r.d. 22 gennaio 1934 n. 37, come novellato dal d.l. n. 112 del 2003, nella parte in cui essi, secondo il diritto vivente, consentono che i giudizi di non ammissione dei candidati che partecipano agli esami di abilitazione all'esercizio della professione forense possano essere motivati con l'attribuzione di un mero punteggio numerico. La commissione esaminatrice, secondo la Consulta, può esprimersi con un giudizio complessivo dell'elaborato espresso in modo sintetico mediante graduazione del punteggio numerico, in linea con le esigenze di buon andamento dell'azione amministrativa, *“che rendono non esigibile una dettagliata esposizione, da parte delle commissioni esaminatrici, delle ragioni che hanno condotto ad un giudizio di non idoneità, avuto riguardo sia ai tempi entro i quali le operazioni concorsuali o abilitative*

*devono essere portate a compimento, sia al numero dei partecipanti alle prove” (Cosi' Corte Cost. sent. 8 giugno 2011, n. 175; la stessa Consulta già con la sentenza 30 gennaio 2009 n. 20 aveva dichiarato manifestamente infondata un'altra questione analoga concernente la motivazione del voto alfanumerico).*

Da tale chiarimento in ordine all'ambito di applicazione, e quindi alla legittimità costituzionale della procedura di valutazione previgente all'entrata in vigore della legge di riforma, discende il secondo principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria in virtù del quale, nella vigenza dell'art. 49 della legge n. 247 del 2012, *“i provvedimenti della commissione esaminatrice degli aspiranti avvocati, che rilevano l'inidoneità delle prove scritte e non li ammettono all'esame orale, vanno di per sé considerati adeguatamente motivati anche quando si fondano su voti numerici, attribuiti in base ai criteri da essa predeterminati, senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, valendo comunque il voto a garantire la trasparenza della valutazione”*. I chiarimenti della Corte Costituzionale e l'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nella disciplina di un regime transitorio escludono, quindi, un *vulnus* nella sfera giuridica dei destinatari della norma di legge transitoria. La circostanza che il legislatore del 2012 abbia inteso e ritenuto di innovare il sistema previgente di valutazione delle prove di esame, attraverso l'art. 46 co. 5 della l. 247/2012, non può determinare per ciò solo, la illegittimità della medesima disciplina anteriore, in ragione della giurisprudenza amministrativa consolidata, non potendo neanche condurre a *“sospetti di incostituzionalità in ordine alla scelta legislativa di prevedere una norma transitoria che differisca l'entrata in vigore della disciplina innovativa, stante la circostanza che quella previgente (la cui portata applicativa è stata appunto temporalmente “prorogata”) è stata a più riprese ritenuta costituzionalmente legittima”*.

In conclusione, si dovrà pertanto attendere l'effettiva entrata in vigore (differita) della legge di riforma dell'ordinamento della professione forense per vagliare le nuove norme in materia di accesso alla professione che, lo ricordiamo, oltre a prevedere la motivazione del voto con annotazioni delle osservazioni positive o negative nei vari punti di ciascun elaborato, esclude l'utilizzo di codici commentati con la giurisprudenza, indica i criteri di valutazione delle prove scritte e orali, fissa in 30 punti il risultato minimo per ciascun elaborato, sufficiente ad ottenere l'ammissione alla prova orale (evitando quindi la compensazione delle insufficienze con il voto minimo complessivo di 90 punti).

In postilla si vuole comunque sottolineare che, nelle more del chiarimento oggi reso dal Consiglio di Stato, talune commissioni di esame hanno comunque adottato i nuovi criteri di valutazione con indicazione dei giudizi negativi e positivi di ciascun elaborato, nei verbali di correzione delle prove scritte relative all'anno 2016. Nulla esclude, quindi, che analoga prassi verrà seguita per la valutazione delle prove scritte che saranno sostenute dagli aspiranti avvocati nella sessione del 12, 13 e 14 dicembre di quest'anno, nonostante la sufficienza e l'adeguatezza del voto numerico.



# L'ORDINE DI ESIBIZIONE EX ART. 210 C.P.C.: UNA COLLABORAZIONE FORZATA NON SORRETTA DA ALCUNO STRUMENTO COERCITIVO

*Alcuni cenni sul procedimento istruttorio ex art. 210 c.p.c. e 94 disp. att., tra principio dispositivo ed assenza di poteri materiali in capo al giudice*

**Luca Ghiara** - Pubblicazione, lunedì 23 ottobre 2017  
Redattore: **Massimiliano Pace**

L'impossibilità per la parte di produrre la documentazione necessaria a provare i fatti allegati costituisce un evento drammatico che, talora, può condurre direttamente alla soccombenza.

L'ordine di esibizione è quel procedimento istruttorio atto a superare una carenza cruciale di conoscenze preesistenti, avendo ad oggetto una "collaborazione forzata". In particolare, l'istituto *de quo* rappresenta una significativa creazione del Legislatore processuale del 1940, giacché – in ossequio all'assorbente visione liberale intessuta nel codice "borghese" del 1865 – lo Stato, oltre a non intervenire nell'economia, non interveniva neanche nel processo.

Ed invero, i codici del 1865 non prevedevano una norma analoga a quella in commento, bensì ancoravano la possibilità di ottenere la tutela esibitoria al requisito indefettibile che la parte interessata potesse vantare un proprio diritto sostanziale sul documento richiesto. Nel sistema vigente, per converso, l'astratta concedibilità dell'esibizione appare del tutto svincolata da qualsivoglia presupposto sostanziale, essendo sufficienti i requisiti indispensabili di cui al combinato disposto degli artt. 210, 94 disp. att. e 118 c.p.c.

In dottrina si ritiene diffusamente, se non unanimemente, che l'art. 210 c.p.c. sia stato formulato dal Prof. Piero Calamandrei, ancorché lo stesso non facesse ufficialmente parte della commissione ministeriale.

A tal proposito, nella relazione al Re del codice di procedura civile del '40 – documento, anch'esso, redatto da Calamandrei – viene dichiarato che "il potere conferito al giudice di ordinare d'ufficio ispezioni sulla persona delle parti o di un terzo, ovvero sulle cose in

loro possesso [...] ed altresì il potere di ordinare, ad istanza di parte, l'esibizione in giudizio di cose in possesso delle parti o del terzo, corrispondono, in conformità dei voti della dottrina e della pratica, a quelle stesse considerazioni di solidarietà sociale e di cooperazione dei cittadini al miglior funzionamento della giustizia, sul quale è basato il dovere pubblico di render testimonianza. Come il cittadino è tenuto a deporre secondo verità in giudizio, così, quando l'interesse della giustizia lo reclama, egli deve essere tenuto a mettere a disposizione di questa le proprie cose ed anche, in certi casi eccezionalissimi, la propria persona."

Orbene, tra le condizioni necessarie ad ottenere l'ordine ex art. 210 c.p.c., merita particolare attenzione il requisito dell'istanza di parte, il quale risulta non solo *ex professo* dalla lettera della norma *de qua*, ma anche implicitamente dall'art. 94 disp. att. c.p.c., che di tale istanza disciplina analiticamente il contenuto.

Sotto tale profilo, pertanto, l'istituto in discorso si uniforma al cosiddetto principio dispositivo come codificato nell'art. 115 c.p.c., a differenza di quanto avviene in tema di ispezione giudiziale.

A norma dell'art. 94 disp. att. c.p.c. – disposizione, quest'ultima, troppo spesso disattesa dai pratici del diritto – l'istanza di esibizione deve contenere *la specifica indicazione del documento o della cosa e, quando è necessario, l'offerta della prova che la parte od il terzo li possiede*.

A tal proposito, il costante insegnamento della Suprema Corte chiarisce come il requisito della specificità sia volto ad evitare richieste di esibizione a scopi meramente esplorativi, permettendo al Giudice istruttore di valutare compiutamente la rilevanza e la concluzione (*id est* la necessaria acquisizione al giudizio) del procedimento istruttorio in esame.

Rileva, poi, il carattere "necessitato" dell'istanza: è indispensabile, infatti, che l'esibizione non sia acquisibile *aliunde*, ossia non possa essere fornita con altro mezzo di prova.

Infine, posto il richiamo dell'art. 210 c.p.c. "*agli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'art. 118 l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo*", l'ordine di esibizione non può essere pronunciato allorché sia suscettibile di determinare un grave danno per la parte o per il terzo, ovvero di costringere questi ultimi a violare uno dei segreti previsti dal codice di procedura penale agli artt. 201-203.

Infine, occorre soffermarci brevemente sulle conseguenze derivanti dalla mancata ottemperanza all'ordine di esibizione. È evidente che si tratta di un aspetto di cruciale importanza, sia dal punto di vista dell'effettività del procedimento istruttorio *de quo* sia sotto il profilo della funzionalità dello stesso a quelle esigenze "pubblicistiche" cui fa riferimento la relazione ministeriale citata in esordio.

Orbene, giova subito precisare che il vigente sistema non contempla qualsivoglia strumento di esecuzione coattiva dell'ordine di esibizione.

In particolare, la *res exhibenda* non può essere acquisita coattivamente attraverso il c.d. sequestro di prova ex art. 670 c. 2 c.p.c., e ciò per due *rationes* precipue: in primo luogo, se il sequestro di prova è preordinato ad assicurare la fruttuosità dell'istruzione probatoria e, segnatamente, dell'accertamento del diritto controverso, la pronuncia dell'ordine di esibizione, come s'è detto, appare del tutto sganciata dall'affermazione di qualsivoglia diritto sostanziale sulla cosa; in secondo luogo, ma non per ordine d'importanza, una volta disposto l'ordine di esibizione, esso non è più controverso, sicché viene meno il requisito previsto dall'art. 670 c.p.c. ai fini dell'autorizzazione del sequestro giudiziario.

Orbene, alla luce delle considerazioni che precedono, quali sono le conseguenze probatorie desumibili a carico della parte inottemperante all'ordine di esibizione?

La sanzione è del tutto risibile, giacché dalla mancata esibizione del documento richiesto, il giudice potrà trarre "*argomenti di prova a norma dell'art. 116 c. 2 c.p.c.*"

A tale conclusione si giunge non solo in virtù del richiamo all'ispezione giudiziale contenuto nell'art. 210 c.p.c., ma anche in considerazione della circostanza pacifica che anche il rifiuto di esibire è di per sé un "contegno processuale" significativo ai sensi e per gli effetti dell'art. 116 c.p.c.

Di talché, secondo il modesto parere di chi scrive, si può affermare che in un processo civile come il nostro, caratterizzato dalla carenza di strumenti idonei ad assicurare pregnanza ed incisività agli effetti dei provvedimenti istruttori del giudice, la soluzione di equiparare il rifiuto ingiustificato di esibire ad una *ficta confessio* meriterebbe opportuna considerazione.

# IL SEGRETO PROFESSIONALE VALE SOLO PER LE CIRCOSTANZE INERENTI AL MANDATO RICEVUTO

*La Suprema Corte di Cassazione con la sentenza del 25 settembre 2017, n. 22253 resa a Sezioni Unite ha affermato il principio secondo cui "Il segreto professionale dell'avvocato vale solo ed esclusivamente con riferimento alle circostanze di fatto apprese nell'esercizio della propria attività professionale ed inerenti al mandato ricevuto."*

**Simona Rossi** - Pubblicazione, martedì 24 ottobre 2017  
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Nel nostro ordinamento il segreto professionale dell'avvocato è disciplinato sia dal codice di procedura penale che in quello di procedura civile nonché nel codice deontologico che ogni avvocato è tenuto ad osservare.

Nel dettaglio, il codice di procedura penale prevede dapprima una sorta di norma generale (**art. 200 c.p.p.**) che contiene un elenco dei professionisti che sono tenuti al rispetto del "segreto professionale" e che possono astenersi dal testimoniare e poi disciplina la facoltà di eccepire il segreto professionale in caso di richiesta di esibizione documentale o consegna di atti da parte dell'autorità giudiziaria (**art. 256 c.p.p.**) nonché la facoltà di astenersi dall'assunzione di informazioni da parte del PM (**art. 362 c.p.p.**). Orbene, anche il codice di procedura civile prevede la facoltà di astenersi dal rendere testimonianza (**art. 249 c.p.c.**) e che si rifà a quanto disposto *ex art.* 200 del codice di procedura penale.

Questo assetto normativo fa sì che sia riconosciuto in capo all'avvocato la possibilità di astenersi dalla testimonianza nonché di esibire documenti così da tutelare i segreti attinenti al cliente: correttamente si parla di "*possibilità*" in quanto la decisione viene assunta liberamente sulla base di una valutazione che deve tener conto della propria coscienza ma anche del rispetto dell'etica professionale.

Difatti anche il Codice Deontologico forense disciplina il dovere di riservatezza (cfr. art. 13 e 28) in quanto questo rappresenta il presupposto imprescindibile per l'instaurazione di un rapporto di fiducia. La segretezza fa riferimento a qualsiasi tipo di attività venga svolta (sia essa di natura stragiudiziale, processuale o meramente consultiva).

Premettendo che la rivelazione di segreti professionali non solo viene punito con la sospensione da uno a tre anni ma costituisce anche un reato punito dall'**art. 622 del codice penale**, va rammentato che il dovere di riservatezza e l'obbligo del segreto sussistono anche qualora il mandato sia terminato ovvero rinunciato e che l'avvocato è tenuto non solo ad osservare egli stesso la segretezza ma deve far mantenere il segreto anche dai collaboratori e dai praticanti.

Vi sono tuttavia dei casi in cui è consentito derogare a tale obbligo ossia quando sia necessario per lo svolgimento dell'attività di difesa, per impedire la consumazione di un reato di particolare gravità, per allegare fatti in controversie tra avvocato e cliente o parte assistita ovvero nell'ambito di una procedura disciplinare.

Nel caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte, il soggetto veniva difeso dall'avvocato in un processo per l'uso di sostanze stupefacenti, concluso il quale veniva meno il rapporto professionale ma iniziava una frequentazione amicale. Durante suddetta frequentazione, il soggetto iniziava ad ingiuriare un avvocato con cui il predetto ex-difensore divideva lo studio: a seguito di tali reiterate ingiurie e minacce, veniva presentata querela e ne scaturiva un processo in cui l'ex difensore veniva citato come testimone. In tale occasione, l'ex difensore del soggetto riferiva che questo appariva talora affetto da "compulsività maniacale" e "mania di persecuzione" e che era stato condannato in precedenza per oltraggio ad un agente di custodia. Sul punto il Collegio rilevava come gli apprezzamenti dell'ex-difensore sulla personalità del soggetto (il riferimento alla "compulsività maniacale" e alla "mania di persecuzione") non costituiscono fatti o circostanze empiriche che ricadono nel divieto del difensore di rendere testimonianza, trattandosi invece di opinioni ed apprezzamenti circa la personalità dell'imputata, per nulla collegati al rapporto di mandato difensivo intercorso tra i due e non si può escludere che tali apprezzamenti possano essere maturati nel successivo rapporto di amicizia e frequentazione instauratosi tra i due (quale risulta dai verbali processuali allegati al ricorso), dopo la cessazione del mandato difensivo. Anche la condanna per oltraggio pronunciata nei confronti del soggetto non risulta in alcun modo collegata al mandato difensivo svolto dall'ex difensore che risaliva a diversi anni prima e che era cessato da tempo. Alla luce di tutto ciò, rileva che non vi fossero le condizioni per cui l'ex-difensore potesse opporre il segreto professionale e potesse astenersi dal deporre.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno avuto modo di evidenziare, con la pronuncia **n. 22253/2017** che **il segreto professionale ricomprende soltanto**

**quanto appreso nell'esercizio dell'attività professionale.** Difatti, gli ermellini hanno osservato come *“L'art. 200 c.p.p. prevede, tuttavia, che alcuni soggetti che ricoprono particolari uffici o esercitano particolari professioni, tra i quali gli avvocati, non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del loro ufficio o professione, riconoscendo così ad essi la facoltà di opporre il "segreto professionale" e di essere esentati dall'obbligo di deporre; pur spettando al giudice il potere di sindacare l'opposizione del segreto professionale da parte del testimone e, ove tale opposizione risulti infondata, di ordinare allo stesso di deporre (Cass. pen., Sez. 6, n. 7440 del 10 gennaio 2017; Cass. pen., Sez. 2, n. 13369 del 7 gennaio 2011). Sia l'art. 200 del codice di rito penale che la richiamata disposizione del codice deontologico stabiliscono, dunque, che il segreto professionale dell'avvocato vale solo ed esclusivamente con riferimento alle "circostanze di fatto apprese nell'esercizio della propria attività professionale e inerenti al mandato ricevuto”.*

Pertanto viene chiarito quale sia il “limite” del **segreto professionale che, dunque, attiene tutto ciò che viene appreso nell'esercizio della propria attività e avuto riguardo col mandato ricevuto e, conseguentemente, non è suscettibile di sanzione disciplinare l'avvocato che testimonia (anche esprimendo apprezzamenti circa la personalità del soggetto) quando le affermazioni non siano collegate al rapporto professionali e non risultino essere appresi nell'esercizio dell'attività professionale o inerenti al mandato ricevuto.**

# L'INFERIORITÀ PSICHICA NELLA VIOLENZA SESSUALE

*Commento a Cass. III sezione penale, sentenza 18 luglio 2017, n. 35145, sul tema dell'inferiorità psichica nella violenza sessuale.*

Chiara Anna Pia Giordano - Pubblicazione, mercoledì 25 ottobre 2017  
Redattore: Giovanni Sicignano

L'art. 609-bis c.p., rubricato "*Violenza sessuale*", sancisce:

"Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.  
Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:  
1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;  
2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.  
Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi"[\[1\]](#).

Presupposto necessario di tale delitto è il costringimento subito dal soggetto passivo che può aversi tramite violenza fisica, minaccia e abuso di autorità[\[2\]](#). Il comma secondo comprende due ipotesi di violenza sessuale mediante induzione, cioè posta in essere non mediante azione diretta sulla persona offesa, ma secondo modalità specificamente descritte idonee a suggestionare la volontà della vittima, sostituendo, di tal guisa, l'abrogato delitto di violenza carnale presunta ex art. 519 c.p., comma secondo.

La Corte di Cassazione III sez. penale con sentenza 18 luglio 2017, n.35145 ha recentemente affrontato tale delicato tema. Nello specifico, la Corte di Appello di Roma ha confermato una sentenza emessa dal Gup del Tribunale di Roma, in sede di giudizio abbreviato, con la quale l'imputato, in qualità di psicoterapeuta, è stato condannato per il delitto di cui all'art. 609 bis, comma 2 n.1, c.p. per avere avuto un rapporto sessuale completo con una sua paziente contro la sua volontà, abusando della sua condizione di inferiorità psichica. Volendo utilizzare la precisa terminologia dei giudici di appello il terapeuta ha usato "subdolamente la sua posizione di psicoterapeuta [...] approfittando di tale condizione per accedere alla sfera intima della persona offesa nonché della condizione di inferiorità psichica della stessa"[\[3\]](#), facendo leva sul rapporto di soggezione tra paziente e terapeuta, al punto tale da indurre la donna a soggiacere rispetto al rapporto sessuale, minandone la capacità di reazione e di opposizione. In

questo modo, i giudici di appello hanno concluso che la minore capacità della vittima di esprimere efficacemente il proprio dissenso fosse stata generata dalla fragilità psicologica che l'aveva indotta a richiedere il sostegno del terapeuta, oltre che dal rapporto di soggezione che normalmente si instaura tra lo psicoterapeuta ed il paziente stesso.

Avverso tale pronuncia l'imputato ha eccepito, *in primis*, travisamento della prova, atteso che non potevano bastare le sole dichiarazioni della donna, in quanto inattendibili. Già questa prima doglianza a sostegno della difesa del terapeuta, non è affatto convincente, in quanto sono proprio le modalità con le quali è stato denunciato quanto accaduto che convincerebbero chiunque – giurista, medico o “profano” – del ridotto stato di capacità volitiva nel quale versava la paziente. Infatti, se in un primo momento la donna raccontò “come se fosse la cosa più normale di questo mondo che lo psicoterapeuta a cui si era rivolta aveva avuto con lei un rapporto sessuale completo[4]”, passato lo stordimento derivante dallo shock che l'evento le aveva ingenerato, parlando con una sua amica realizzò la gravosa situazione, fino a confidare ad una ginecologa dell'Asl di Roma di essere stata vittima di “plagio” per aver subito un rapporto sessuale completo con il suo psicoterapeuta “senza usare violenza fisica, ma sicuramente contro la sua volontà”. A ulteriore conferma del racconto della persona offesa, i giudici hanno rilevato che costei aveva cancellato i successivi appuntamenti, già calendarizzati.

L'ulteriore motivo a sostegno della difesa consiste nel ritenere che “le donne nei primi approcci assumono un comportamento falsamente passivo, perché il gioco delle parti, ereditato dalle madri, questo imponeva alle fanciulle”[5]. Tale spiegazione è assolutamente aberrante: proprio tale passività avrebbe dovuto letteralmente bloccare il terapeuta dal perpetrare le avance già precedentemente iniziate. Si nota, infatti, che già nel corso delle visite precedenti, il professionista toccò il seno della paziente, lasciando la stessa attonita, spazzata ed intimidita. Ciò avrebbe dovuto, ovviamente, frenare non solo l'uomo medio[6], quanto soprattutto il terapeuta il quale, non essendo un *quisque de populo*, ha le conoscenze e competenze tecniche e professionali tali da riconoscere in una paziente una difficoltà cognitiva.

A tutto ciò si aggiunga l'esposto che alcuni giovani avevano presentato contro il terapeuta in questione al Consiglio dell'Ordine degli Psicologi di Roma, nel quale si riferiva che, in occasioni delle sedute terapeutiche tenute dall'imputato, “i racconti dei vissuti personali venivano espressi in psicodinamiche caratterizzate comunque da una



forte fisicità, estremizzati e da scontri violenti e dalla simulazione di amplessi di coppia e di gruppo”.

La Suprema Corte di Cassazione, dunque, rigetta le argomentazioni difensive attraverso le quali il ricorrente cerca di offrire una spiegazione alternativa rispetto a quella offerta dalle sentenze di merito, presentandola come maggiormente plausibile sul piano del senso comune, secondo *l'id quod plerumque accidit*.

Ciò perché vi è un ormai consolidato orientamento in seno alla giurisprudenza di legittimità, concernente i criteri di valutazione della testimonianza delle persone offese in materia di reati sessuali: in argomento, questa Corte ha ripetutamente affermato che la deposizione della persona offesa possa configurarsi, nel vigente ordinamento processuale, come prova piena, come tale non necessitante di alcun elemento di riscontro<sup>[7]</sup>. Tale peculiare disciplina costituisce un riflesso del dato, tratto dalla comune esperienza giudiziaria, per cui, in genere, la vittima delle condotte di abuso sessuale costituisce l'unico testimone del reato, e quando l'abuso viene realizzato senza l'esercizio di una brutale forza fisica, è frequente che non residuino tracce materiali di quanto patito dall'offeso.

Essendo ineccepibile il ragionamento logico – giuridico posto a fondamento di tale pronuncia di condanna, i Giudici di legittimità sanciscono il seguente principio di diritto: la persona offesa non deve versare necessariamente in uno stato di conclamata psicopatologia ma anche in una semplice condizione di menomazione dovuta sia a fenomeni patologici, permanenti o passeggeri, di carattere organico o funzionale, e sia a traumi e fattori ambientali tali da incidere negativamente sulla formazione della personalità dell'individuo. È, dunque, richiesto che la vittima venga indotta all'atto sessuale mediante abuso della predetta condizione di inferiorità, atteso che in tale evenienza il consenso, pur apparentemente prestato in un contesto di assoluta libertà, è in realtà viziato da una assente o diminuita capacità di resistenza agli stimoli esterni. La condizione di inferiorità deve, dunque, evidentemente sussistere al momento dell'atto sessuale e si riferisce non solo alla condizione di minorazione o deficienza dovuta a patologie organiche o funzionali, ma anche alla situazione di carenze affettive e familiari.

La stessa Cassazione con pronuncia n. 14085/2013 ha sancito che l'idoneità della violenza o della minaccia a coartare la volontà della vittima va esaminata non secondo criteri astratti e aprioristici, ma valorizzando in concreto ogni circostanza oggettiva e

soggettiva, sicché essa può sussistere anche in relazione ad una intimidazione psicologica attuata in situazioni particolari tali da influire negativamente sul processo mentale di libera determinazione della vittima

In ultimo, la Suprema Corte con sentenza n. 14437/2014 ritiene che non può essere riconosciuta la circostanza attenuante del fatto di minore gravità (ex art. 609-bis, ultimo comma, c.p.) – chiesta, nel caso in esame, dalla difesa ma rigettata dalla Cassazione – ove “il reato di violenza sessuale sia commesso da un docente all'interno di un istituto scolastico, posto che questo è un luogo all'interno del quale l'alunno deve sentirsi protetto e che, però, rende particolarmente vulnerabile la vittima per il rischio di attenzioni sessuali illecite derivanti dall' approfittamento del rapporto fiduciario intercorrente con l'insegnante”. Evidente è il collegamento con col *casus* di specie, in quanto si tratta dello stesso rapporto fiduciario intercorrente tra medico e paziente e della stessa protezione che il primo deve al secondo.

#### **Note e riferimenti bibliografici**

[1] L'art. 609 ter. prevede una serie di circostanze aggravanti, in particolare:

*"La pena è della reclusione da sei a dodici anni se i fatti di cui all'articolo 609-bis sono commessi:*

- 1) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici;*
  - 2) con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa;*
  - 3) da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio;*
  - 4) su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale;*
  - 5) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni sedici della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore;*
- 5 bis) all'interno o nelle immediate vicinanze di istituto d'istruzione o di formazione frequentato dalla persona offesa.*

*5-ter) nei confronti di donna in stato di gravidanza;*

*5-quater) nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza;*

***5-quinquies) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolarne l'attività;***

*5-sexies) se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave.*

*La pena è della reclusione da sette a quattordici anni se il fatto è commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci".*

[2] Tanto di pubblica autorità (ad es. nei confronti di un soggetto detenuto), tanto di autorità privata (ad es. tra datore di lavoro e lavoratore)

[3] Già in passato la Cassazione con pronuncia n. 20766/2010 ritenne che l'abuso delle

condizioni di inferiorità psichica o fisica (art.609 bis, comma secondo, n. 1, c.p.) consiste nel doloso sfruttamento della menomazione della vittima e si verifica quando le richiamate condizioni sono strumentalizzate per accedere alla sfera intima della persona che, versando in uno stato di difficoltà, viene ridotta ad un mezzo per l'altrui soddisfacimento sessuale.

[4] È questa la terminologia specificamente usata in un primo momento dalla paziente in un confronto con un medico.

[5] Così l'imputato a foglio 5 del ricorso per Cassazione.

[6] Si intende colui dotato della c.d. diligenza del buon padre di famiglia, senza alcuna specifica competenza tecnica.

[7] Diversamente dalle dichiarazioni degli ordinari testimoni, cui si applica il più rigoroso regime stabilito dall'art. 192, comma 3 c.p.p.

# RESPONSABILITÀ DELLA SCUOLA ANCHE PER DANNI FUORI DALL'ISTITUTO SCOLASTICO

---

*Per la Suprema Corte, permane il dovere di custodia del personale scolastico anche se l'incidente si verifica al di fuori dell'istituto.*

---

**Carlo Giaquinta** - Pubblicazione, giovedì 26 ottobre 2017  
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Con la recente ordinanza n. 21593 del 9 ottobre 2017, la Suprema Corte di Cassazione ha avuto modo di affrontare alcuni aspetti relativi alla responsabilità del personale scolastico per i danni subiti dagli alunni durante la loro custodia.

Il caso trae spunto dalla tragica vicenda che vedeva interessati due genitori a seguito della perdita del piccolo figlio, investito da un autobus di linea proprio all'uscita della scuola che questo frequentava.

In primo grado in sede civile, a conclusione del parallelo processo penale che aveva giudicato sui medesimi fatti, i genitori ottengono la condanna al risarcimento del danno (stimato complessivamente intorno ai 500.000,00 euro) con responsabilità da ripartirsi nella misura dell'80% tra il conducente del bus e il Comune e per il restante 20% al Ministero dell'Istruzione e Ricerca.

Dopo la conferma della decisione anche in sede di Appello da parte della Corte di Firenze, il MIUR proponeva ricorso in Cassazione sostenendo l'esonero dalla responsabilità poiché il sinistro si verificava all'esterno degli edifici scolastici ove, a suo parere, non si estendeva l'obbligo di vigilanza sui minori da parte del corpo docente e del personale scolastico.

Secondo tale prospettazione difensiva il personale dipendente del Ministero (quindi, anche i docenti) assumerebbe la custodia degli alunni solo all'interno della sede e nello svolgimento delle attività scolastiche restando ad esso estranee quelle fattispecie, come quelle da cui prende spunto il caso in questione, in cui l'incidente avvenga in luoghi di pertinenza dell'istituto scolastico.

Il punto di raccolta ove gli alunni prendevano il bus era infatti esterno al cancello della scuola ed esso e pertanto non poteva ritenersi sussistere un qualche obbligo di custodia

all'esterno dell'edificio scolastico.

Ma la Suprema Corte disattende tutto quanto sostenuto dal Ministero dell'Istruzione.

Ed infatti, con la decisione in commento, viene stabilito il principio secondo il quale l'obbligo di vigilanza degli alunni si estende anche al di fuori dei locali che compongono il plesso scolastico.

Nel caso di specie, i Supremi Giudici affermano la responsabilità ministeriale sulla base di quanto era stabilito dalle disposizioni del Regolamento d' istituto.

Quest'ultimo ponevano a carico del personale scolastico l'obbligo di far salire e scendere dai mezzi di trasporto davanti al portone della scuola gli alunni, compresi quelli delle scuole medie, e demandavano al personale la vigilanza nel caso in cui i mezzi di trasporto ritardino.

Sulla base da quanto affermato dal regolamento, la Suprema Corte ritiene corretta la scelta degli giudici di merito di affermare l'obbligo di vigilanza in capo all'amministrazione scolastica, il quale non si arresta fino a quando gli alunni dell'istituto non sono presi in consegna da altri soggetti e dunque soggetti ad altra vigilanza, nella specie del personale addetto al trasporto.

Viene così affermato che anche al fuori dai locali della scuola permane l'obbligo di vigilanza in capo ai dipendenti ministeriali sino a quando gli alunni non siano presi in consegna dagli altri soggetti al quale l'obbligo si trasferisce.

Ne deriva che il personale scolastico, unitamente ad altri soggetti eventualmente responsabili, sarà chiamato a rispondere qualora gli alunni riportino infortuni riconducibili al venir meno degli obblighi derivanti dal proprio dovere di custodia.

# LA NATURA GIURIDICA DELLE LINEE GUIDA ANAC ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

---

*Facciamo luce su questo nuovo, potentissimo strumento dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione*

---

**Angela Cuofano** - Pubblicazione, venerdì 27 ottobre 2017  
Redattore: **Emmanuel Luciano**

Sempre più spesso si sente parlare di linee guida dell'Anac.

Sembra quasi che questo termine venga snocciolato automaticamente dall'opinione pubblica che ne parla di frequente, senza però spiegare la natura e le funzioni di questo tipo di atti.

Al fine di comprendere cosa sono le linee guida dell'Anac, bisogna innanzitutto capire cosa è l'Anac e quali sono i compiti che essa svolge.

## **COSA SI INTENDE PER ANAC: BREVE PREMESSA STORICO-SISTEMATICA**

L'acronimo ANAC indica l'Autorità Nazionale Anti Corruzione.

Si tratta di una delle autorità amministrative indipendenti, istituite in Italia a partire del 1974, anno di creazione della Consob (COMmissione Nazionale per le SOcietà e la Borsa), e poi durante tutti gli anni '90.

Segnatamente, il legislatore ha inteso, con la creazione di queste figure, fra loro anche abbastanza varie, tutelare tutti gli interessi da lui ritenuti sensibili. Gli interessi di particolare rilevanza costituzionale, la cui cura richiede non solo un alto grado di tecnicismo, ma anche al contempo di indipendenza e neutralità, rispetto ai quali, quindi, il modello precedente di pubblica amministrazione appariva del tutto inadeguato.

In particolare, l'Anac è di recentissima istituzione, giacchè è nata con la legge n. 190/2012, inglobando l'ex CIVIT e, successivamente nel 2014, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che viene di seguito soppressa.

La sua funzione è quella di prevenire la corruzione nell'ambito della pubblica amministrazione italiana, nelle società partecipate e controllate dalla pubblica amministrazione, anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali.

Compito pregnante è poi quello di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, al fine di assicurare un sereno svolgimento della procedura contrattuale ed è in questo ambito che si inseriscono le linee guida.

## **LE LINEE GUIDA ANAC: NATURA ED EFFETTI SULL'ORDINAMENTO GIURIDICO**

L'introduzione ad opera del codice dei contratti pubblici (d.lgs n. 50/2016) delle linee guida Anac ha fatto sorgere un acceso dibattito sulla natura delle stesse e sulla loro collocazione nella gerarchia delle fonti; ci si è, nello specifico, interrogati sulla compatibilità delle linee guida con il principio di legalità.

Prima di sciogliere tale dubbio ermeneutico, è utile chiarire che le linee guida anac rappresentano una novità assoluta nel nostro sistema ordinamentale e rispondono all'esigenza di garantire una regolazione sempre più flessibile e veloce con abbandono graduale del modello regolamentare di cui all'art. 17 l. 400/1988.

In quest'ottica, si parla di un sistema disciplinatorio ispirato al *fast law* più che *soft law*.

Il fenomeno della *soft law* - generato nel diritto internazionale per risolvere questioni, transazioni e rapporti non soggetti ad alcuna normazione cogente - postula l'assenza di vincolatività della regola di cui si tratta, il cui rispetto viene sostanzialmente rimesso all'adesione volontaria.

Le linee guida possono, infatti, avere carattere obbligatorio e vincolante, in quanto strumenti di regolamentazione flessibile.

Il codice dei contratti pubblici, in attuazione della legge delega, prevede tre tipi di linee guida:

1. quelle approvate con decreto ministeriale;
2. quelle vincolanti, adottate dall'Anac;
3. quelle non vincolanti, comunque adottate dall'Anac.

Per quelle indicate dai numeri 1. e 3. non sussistono dubbi, in quanto le prime rientrano nei regolamenti ministeriali per esplicita previsione di legge (art. 17, co. 3, legge n.400/1988) e le seconde negli atti amministrativi generali.

Il dubbio sorge, invece, per le linee guida vincolanti. Tale espressione già tradisce una contraddizione di fondo: le linee guida sono infatti normalmente considerate direttive, indicazioni di massima che non hanno necessariamente carattere vincolante.

Il richiamo più noto alle linee guida proviene, infatti, dall'art. 3 D.L. 158/2012 (cd. decreto Balduzzi) convertito in legge n.189/2012 con cui si richiama l'osservanza delle stesse in materia sanitaria. A date condizioni, questa circostanza rende il medico non punibile.

La Corte di Cassazione, cercando di qualificare le linee guida in ambito sanitario, ha chiarito che le stesse sono state introdotte nella pratica medica con l'obiettivo di standardizzarla e che, negli anni, il loro numero è aumentato in maniera esponenziale.

Si tratta di raccomandazioni di comportamento clinico e si distinguono dai protocolli perchè questi ultimi sono più dettagliati e, quindi, dotati di maggiore intensità precettiva.

Le linee guida, salvo che non siano trasfuse in norme, non hanno di contro carattere precettivo, ma possono essere utilizzate soltanto per valutare la colpa del medico che sia o meno attenuto alle stesse.

Nel codice dei contratti pubblici, invece, le linee guida possono avere efficacia vincolante e il legislatore devolve alle stesse l'attuazione di una serie di norme di carattere strategico nell'economia complessiva del sistema.

Il Consiglio di Stato, nel formulare il parere sul relativo schema di decreto legislativo, ha dovuto esaminare due diverse - e incompatibili - tesi: la qualificazione delle linee guida vincolanti come provvedimenti dotati di una vera e propria natura normativa *extra ordinem* e la loro classificazione come atti di regolazione del tipo di quelli adottati dalle autorità amministrative indipendenti.

La prima teoria è chiaramente incompatibile con il principio di legalità ed è stata quindi scartata dal Consiglio di Stato che ha optato per il secondo schema provvedimentale.

Secondo il Consiglio di Stato, le linee guida sono atti amministrativi generali di regolazione. Linee guida vincolanti e non vincolanti condividono la natura di atti



amministrativi generali e sono sottoposti allo statuto del provvedimento amministrativo.

In relazione, però, alle linee guida vincolanti vanno assicurate tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione già riconosciute per le autorità amministrative dalla giurisprudenza amministrativa, in considerazione della natura tecnica e amministrativa di tali organismi e dalla esigenza di compensare la maggiore flessibilità del principio di legalità sostanziale con un più forte rispetto dei principi di legalità procedimentale.

Tale qualificazione consente la piena giustiziabilità delle linee guida davanti al giudice amministrativo, come disposto dalla legge delega (art. 1, lettera t).

Il Consiglio di Stato ha d'altra parte ribadito, in svariate occasioni, che la natura vincolante delle linee guida non lascia margini di valutazione alle amministrazioni ed agli enti aggiudicatori che sono obbligati a darvi concreta attuazione.

Si tratta, quindi, di provvedimenti amministrativi generali che non violano il riparto di competenze delineato dall'art. 117, co. 6, Cost che ammette l'adozione di regolamenti statali solo nelle materie riservate alla competenza legislativa statale esclusiva.

## **CONCLUSIONI**

Questa ricostruzione, che cerca di rispettare l'armonia del sistema senza violare il principio di legalità è, tuttavia, criticata da quanti la considerano frutto di un'evidente forzatura ermeneutica: il potere di regolazione delle Autorità indipendenti trova copertura nella Costituzione, nella normativa europea, nel carattere settoriale e tecnico della regolazione.

Si sostiene che, nel caso di specie, non ricorrano tali condizioni; in particolare, non ricorrerebbero neanche quelle esigenze che impongono di affidare ad un'autorità indipendente dal Governo la regolamentazione di aspetti particolarmente tecnici.

Le linee guida in questione dovranno definire, per gli appalti di lavori, il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle gare, le regole dell'avvalimento e il regime delle SOA (art. 83 e 84 Codice Appalti); rivestono, da un lato, quei caratteri di generalità e astrattezza che caratterizzano la produzione normativa regolamentare propriamente intesa, ma non presentano, per un altro, alcun profilo tecnico che ne impone l'affidamento ad un'autorità di regolazione diversa dal

Governo e si riferisco per un altro ancora, ad un mercato tutt'altro che settoriale, nella misura in cui si applicano a tutte le procedure di affidamento degli appalti pubblici.

Secondo questa ricostruzione, le linee guida sarebbero ascrivibili ad una fonte del diritto nuova che potrebbe essere in conflitto con il principio di legalità.

Da tutto quanto sopra esposto, si evince quindi che la natura delle linee guida Anac risulta ad oggi nebulosa, date le novità normative e le poche posizioni, tra l'altro discordanti, in merito.

#### **Bibliografia**

- Elio Casetta, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè Editore, 2016;
- Maurizio Santise, Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo, Terza edizione, Giappichelli, 2017;
- Carlo Deodato, Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto? in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);
- Roberto Garofoli, Compendio di diritto amministrativo, Nel diritto Editore, 2015.

# L'ABUSO DEL DIRITTO, CON PARTICOLARE RIGUARDO ALL'ABUSO DEL PROCESSO

---

*Definizione e fondamento dell'abuso del diritto, con particolare riguardo al caso della parcellizzazione di un credito unitario.*

---

**Antonella Storti** - Pubblicazione, lunedì 30 ottobre 2017  
Redattore: **Emmanuel Luciano**

Il problema dell'abuso del processo costituisce, ad oggi, *vexata quaestio* per la dottrina e la giurisprudenza.

Una trattazione esauriente di tale tematica impone una premessa d'ordine generale sul divieto di abuso di diritto.

Anzitutto, l'abuso del diritto si verifica qualora il titolare di un diritto, legittimamente attribuitogli dall'ordinamento, lo eserciti in maniera scorretta, ovvero deviata, nonché per scopi ulteriori rispetto ai quali il diritto stesso è riconosciuto.

Il divieto d'abuso del diritto costituisce un principio generale che affonda le proprie radici nella buona fede oggettiva, espressamente prevista dall'art. 1175 c.c., che impone un contegno corretto nell'adempimento delle obbligazioni. Inoltre, il predetto canone comportamentale trova tutela di matrice costituzionale, in virtù dell'art. 2 della Costituzione, che fa sorgere in capo a tutti i cittadini un dovere di solidarietà sociale.

Alla luce di quest'obbligo positivo di natura costituzionale, ciascun soggetto è tenuto a perseguire i propri interessi senza, perciò solo, sacrificare la posizione giuridica degli altri, in capo ai quali sono riconosciuti eguali diritti; la più recente giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che l'abuso di diritto sia un canone per verificare la violazione della buona fede oggettiva (Cfr. Cass. civ. Sez. III, sent. n. 20106/2009).

Giungendo ora alla trattazione della tematica che qui importa, cioè l'abuso del processo, quest'ultimo si verifica qualora il titolare di un diritto di azione, lo eserciti in maniera scorretta e per scopi ulteriori rispetto al corrispondente diritto sostanziale.

In particolare, il caso più significativo di abuso del processo è costituito dal frazionamento giudiziale di un credito unitario, derivante dal medesimo rapporto.

Ciò si verifica quando il creditore agisca in giudizio più volte per ottenere la prestazione dedotta nell'obbligazione sorta in proprio favore, nonostante la stessa faccia capo al medesimo titolo e si sostanzi in un credito unitario.

Ebbene, in una fase iniziale dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, la tesi prevalente era orientata nel senso di ritenere una simile prassi perfettamente conforme all'ordinamento giuridico.

E ciò, per due ordini di ragioni,

Anzitutto, si riteneva che il creditore, al quale è riconosciuta ex art. 1181 c.c. il diritto di accettare l'adempimento parziale della prestazione, avesse lo speculare diritto d'azione per tale adempimento parziale.

Si rilevava, inoltre, che una simile condotta fosse conforme ai principi del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost., in quanto il creditore poteva agire in giudizio al fine di ottenere l'adempimento della parte di credito non contestata e, successivamente, convenire nuovamente in giudizio il debitore per ottenere l'adempimento della parte di credito la cui sussistenza fosse più complessa da accertare.

Successivamente, la Suprema Corte ha travolto tale orientamento, enunciando il seguente principio di diritto:

"Con la sentenza n. 23726 del 2007 le Sezioni unite sono intervenute sulla questione e, mutando il precedente orientamento (sent. n. 108 del 2000), hanno affermato che non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di "un unico rapporto obbligatorio", frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo. Tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale aggravamento della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede sia con il principio costituzionale del giusto processo, in quanto la parcellizzazione della domanda diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria si traduce in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale."

Di recente, il Giudice delle Leggi è nuovamente intervenuto in materia, al fine di delineare la compatibilità col principio del divieto di abuso del diritto della condotta di frazionamento di più crediti derivanti, però, dallo stesso rapporto.

Sul punto, elemento dirimente costituisce il concreto interesse del creditore a richiedere il predetto adempimento, frazionando la pretesa in più azioni, senza che ciò sacrifichi ingiustificatamente la posizione debitoria.

In particolare, la Corte ha rilevato che le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, benché relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi; cionondimeno, qualora tali pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche, "inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo, - si dà non poter essere accertate separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza dell'identica vicenda sostanziale - le relative domande possono essere formulate in autonomi giudizi solo se risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata, e, laddove ne manchi la corrispondente deduzione, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ex art. 183, c.p.c., riservando, se del caso, la decisione con termine alle parti per il deposito di memorie ex art. 101, co. 2, c.p.c." (Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 16 febbraio 2017, n. 4090)

Alla luce della presente disamina, non può non osservarsi quanto segue.

L'ambito applicativo dell'abuso del diritto, non trovando espressa previsione codicistica ed essendo, al contrario, istituto di natura pretoria, è sicuramente destinato ad espandersi e, tale ampliamento applicativo, è demandato certamente all'opera interpretativa e creativa della giurisprudenza.

# FACOLTÀ DI RECESSO E PERTINENZA DEL COSTO. IL TAR LAZIO CONFERMA LA SANZIONE INFLITTA DALL'AGCOM A SKY ITALIA

*Il Tar Lazio - Roma, sez. IIIter, con sentenza n. 9643, depositata l'8 settembre 2017, ha respinto il ricorso presentato da Sky Italia per l'annullamento della delib. AGCOM n. 644 del 2008 di irrogazione della sanzione pecuniaria di euro 348.000, per violazione dell'art. 1, comma 3 della L. n. 40 del 2007.*

Valeria Lucia - Pubblicazione, martedì 31 ottobre 2017  
Redattore: Massimiliano Pace

**Sommario:** 1. Il quadro normativo e regolatorio di riferimento; 1.1. La legge 2 aprile 2007, n. 40; 1.2. Le Linee Guida AGCOM; 2. La questione affrontata dal Tar Lazio; 2.1. Le motivazioni di Sky Italia; 2.2. La posizione assunta da AGCOM con la delibera impugnata; 2.3. Le motivazioni del Collegio; 3. Considerazioni finali.

## 1. Il quadro normativo e regolatorio di riferimento.

### 1.1. La legge 2 aprile 2007, n. 40.

La Legge 2 aprile 2007, n. 40, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 77 del 2 aprile 2007 - Supplemento ordinario n. 91, è stata adottata con la finalità di promuovere una maggiore ed effettiva concorrenza tra le offerte disponibili sul mercato, per rafforzare il diritto di scelta dei consumatori ed agevolare il passaggio fra i vari operatori, sancendo il divieto di previsioni contrattuali che, sostanzialmente, potrebbero rappresentare degli ostacoli per gli utenti al momento della scelta tra i vari operatori.

Per fare ciò, all'art. 1, comma 3 ha previsto che “*I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore*

*senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difformi sono nulle, fatta salva la facoltà degli operatori di adeguare alle disposizioni del presente comma i rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del presente decreto entro i successivi sessanta giorni*", attribuendo, al **comma 4**, all'AGCOM la vigilanza sull'attuazione, tra le altre, della disposizione appena richiamata, con la precisazione che le eventuali violazioni riscontrate sono da **sanzionare ai sensi dell'art. 98 del codice delle comunicazioni elettroniche**, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, come modificato dall'articolo 2, comma 136, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286.

## **1.2. Le Linee Guida AGCOM.**

L'AGCOM ha pubblicato delle Linee Guida per una migliore applicazione ed interpretazione del testo normativo, espressione, peraltro, dell'orientamento adottato dalla Direzione Tutela dei Consumatori.

**L'ambito di applicazione oggettivo** dell'art. 1, comma 3 della Legge n. 40/2007 è quello dei rapporti con gli operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, stipulati con la forma e le modalità proprie del Contratto per adesione, ovvero quei contratti che, a mente dell'art. 1341 c.c., anche in ragione del contenuto delle singole clausole, risultano predisposti unilateralmente da uno dei contraenti, essendo destinati a regolare una serie indefinita di rapporti sia da un punto di vista sostanziale, essendo predisposti da un contraente che svolge attività negoziale nei confronti di una pluralità indeterminata di soggetti, sia da un punto di vista formale, essendo predisposti mediante moduli o formulari. Ciò posto, è evidente che, rispetto al contratto di adesione, al contraente non resta che l'accettazione o il rifiuto integrale del contratto, essendo impedita ogni forma di trattazione delle singole clausole.

In particolare, la **facoltà di recedere deve essere prevista: "senza vincoli temporali"**, il punto 4 delle Linee Guida ha precisato che la facoltà di recesso o di trasferimento deve essere facilmente percepita da parte dall'utente, unitamente alla tutela normativa riconosciutagli. Inoltre, salvo l'obbligo di preavviso, tale facoltà deve poter essere esercitata liberamente, rimanendo vincolante solo per l'operatore la previsione di una durata minima contrattuale; **"senza ritardi non giustificati"**, il punto 5 delle Linee Guida ha precisato che, allo stesso modo, deve essere immediatamente percepibile per l'utente

il lasso temporale che intercorre tra l'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento dell'utenza e il compimento da parte dell'operatore di tutti gli adempimenti obbligatori per la compiuta lavorazione della richiesta, in modo da poterne apprezzare la effettiva convenienza e che, in ogni caso, il lasso temporale non può superare i 30 giorni, coincidenti con il termine di preavviso massimo da richiedere agli utenti secondo le nuove disposizioni della Legge n. 40/2007; **“senza spese non giustificate da costi degli operatori”**, il punto 6 delle Linee Guida ha precisato che devono essere immediatamente percepibili per l'utente le eventuali spese richieste per l'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento, in modo tale da poter essere agevolato nell'esercizio di tali facoltà, potendone apprezzare tutte le possibili conseguenze. Fermo restando che, in ogni caso, è fatto divieto agli operatori di chiedere il pagamento di una *“penale”* a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento delle utenze, essendo ammessi solo gli importi richiesti a titolo di *“costo”* sostenuto dall'operatore per ottemperare alla richiesta dell'utente.

L'adempimento di tali prescrizioni è oggetto di **controllo da parte della Direzione Tutela dei Consumatori**, soprattutto in relazione alla *“pertinenza del costo”*, la cui sussistenza deve essere valutata in senso oggettivo e imparziale nei confronti di tutti gli operatori e secondo criteri di causalità/strumentalità dei costi/ricavi, tenuto conto che, secondo la prassi nazionale ed internazionale utilizzata dalle Società di Revisione indipendenti, sono pertinenti *“i ricavi e i costi attribuiti alle componenti e/o ai servizi in base all'analisi diretta della loro origine, cioè tenendo conto della causa che ha comportato il conseguimento del ricavo, il sostenimento del costo, l'acquisto di un'attività o l'insorgere di una passività”*. Proseguono, poi, le Linee Guida individuando le attività della Direzione per il controllo dei costi, ovvero: richiedere agli operatori dettagliate informazioni in merito ad eventuali costi, ferma restando la necessità di fornire una prova; entrare nel merito dei singoli importi richiesti, al fine di valutarne la loro giustificazione ai sensi della L. n. 40/07; individuare delle *“soglie di valore”*, che esprimano un congruo livello di costi per il recesso e per il trasferimento delle utenze sostenuti dall'operatore; utilizzare le predette soglie per confrontare gli importi richiesti dagli operatori e orientare l'attività di verifica della giustificazione dei costi, soprattutto se maggiori rispetto alla soglia di valore individuata.

Pertanto, l'attività della Direzione consiste anche nel richiedere agli operatori dettagliate informazioni in merito ad eventuali *“costi”* (ossia solo ove la previsione di essi sia ritenuta indispensabile dall'operatore in vista delle attività da compiersi e ferma



restando la necessità di fornirne comunque la prova) e nell'entrare nel merito dei singoli importi richiesti ai fini della valutazione della loro "giustificazione" ai sensi della Legge n. 40/2007.

Per ciascuna voce di costo potranno inoltre essere individuate delle "soglie" di valore, che esprimano un congruo livello di costi per il recesso e per il trasferimento delle utenze sostenuti dall'operatore. Le "soglie di allerta" così individuate potranno essere utilizzate anche allo scopo di confrontare gli importi richiesti dagli operatori ed orientare l'attività di verifica della "giustificazione" dei costi con specifico riguardo a quelli più elevati rispetto a tali soglie.

## **2. La questione affrontata dal Tar Lazio.**

Sky Italia ha presentato ricorso innanzi al Tar Lazio, sede di Roma, nel 2009, relativamente al procedimento intrapreso dall'AGCOM il 27 marzo 2008, per l'accertamento della violazione dell'art. 1, comma 3 della L. 40/07, per effetto dell'inserimento nelle proprie condizioni generali di abbonamento, a partire dall'aprile 2007, di una disciplina del recesso anticipato basata su meccanismi ritenuti "deterrenti e penalizzanti", avendo Sky Italia previsto delle politiche commerciali con previsione di costi decrescenti a seconda del periodo di pregressa durata dell'abbonamento e fermi i "costi operatore". In particolare, Sky Italia ha impugnato dinanzi al Tar Lazio la **deliberazione n. 644/08/CONS, adottata dall'AGCOM all'esito del predetto procedimento, con cui l'Autorità ha irrogato alla Società ricorrente la sanzione pecuniaria di euro 348.000,00.**

La causa, quindi, ha ad oggetto le modalità applicative della disciplina del recesso *ad nutum* introdotta dall'art. 1, commi 3 e 4 della L. n. 40/07, rispetto all'adozione, da parte di Sky Italia nelle Condizioni Generali di Abbonamento, a partire da Aprile 2007, di una disciplina del recesso anticipato basata su meccanismi che, secondo la impugnata decisione AGCOM, producono effetti deterrenti e penalizzanti per l'utente rispetto all'esercizio della facoltà di recesso.

### **2.1. Le motivazioni di Sky Italia.**

Secondo la ricorrente, l'AGCOM avrebbe adottato una lettura indebitamente restrittiva del principio di giustificazione dei costi di recesso, avendo escluso che all'operatore potessero essere riconosciuti "tutti i costi comunque sostenuti per il servizio"; inoltre, relativamente all'attività di vigilanza, sempre secondo la ricorrente, sarebbe erronea la

metodologia dell'analisi svolta da AGCOM.

Senza considerare, la ricorrente lamenta i possibili conflitti tra l'art. 1, comma 3 della L. n. 40/07 e la direttiva europea 2005/29/CE e, a sua discolpa, l'assenza di orientamenti e interpretazioni della normativa, definita "ambigua".

## 2.2. La posizione assunta da AGCOM con la delibera impugnata.

L'Autorità ha riscontrato la violazione del menzionato art. 1, comma 3 L. n. 40/07 in ragione della previsione di una disciplina del recesso contraria alla *ratio* della legge in questione, che ricordiamo essere quella di favorire, nei contratti per adesione, l'abbattimento di barriere all'uscita del contraente debole, mediante l'introduzione di fatto di "vincoli temporali" ed "oneri" estranei al recesso anticipato che hanno finito per sussidiare le infrastrutture di accesso a favore dei soli abbonati non recedenti o recedenti alla scadenza contrattuale. **Tale modello di pricing, sempre secondo l'Autorità, avrebbe fatto del recesso uno strumento con effetti fidelizzanti**, risultando quindi in tal modo non solo violata, ma, altresì, "strumentalizzata e piegata ai meri interessi dell'azienda, in sede applicativa, una norma volta ad ottenere l'effetto contrario, e cioè quello di neutralizzare l'effetto lock-in dell'abbonato che sarebbe stato prodotto da un recesso ingiustificatamente oneroso."

## 2.3. Le motivazioni del Collegio.

Il Collegio, *in primis*, ha ribadito la **condivisione da parte della giurisprudenza amministrativa**, come peraltro evidenziato anche dalla stessa ricorrente, **dell'interpretazione restrittiva dell'art. 1, comma 3 della L. n. 40/07 adottata dall'AGCOM**, per cui "[l'AGCOM] nell'autorizzare l'operatore a richiedere all'utente che recede anticipatamente dal contratto il rimborso dei 'costi sostenuti', intende riferirsi alle (sole) spese effettivamente affrontate dal fornitore del servizio per la disattivazione dell'impianto ed in funzione della stessa, escludendo invece il recupero di voci di costo causalmente e temporalmente estranee al recesso anticipato".

Prosegue poi il Tar adito rilevando la inconferenza dei riferimenti svolti dalla ricorrente Sky Italia **in merito alla applicabilità della direttiva 2005/29/CE**, dal momento che l'art. 1, comma 3 della Legge 40/07 non introduce una nuova ipotesi di "pratica commerciale scorretta" ma, diversamente, si limita a disciplinare le modalità di esercizio del recesso dai "contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica". per cui l'intervento della norma è indirizzato

all'oggetto del contratto, in termini di efficacia del contratto, disciplinato dal diritto contrattuale e, pertanto, espressamente escluso dal campo applicativo della richiamata direttiva ex art. 3, paragrafo 2 dir. 2005/29/CE.

**Relativamente all'entità della sanzione inflitta da AGCOM** per la violazione dell'art. 1, comma 3 della L. n. 40/07, nel richiamare il successivo comma 4, per cui *"la violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 è sanzionata ... applicando l'art. 98 del codice delle comunicazioni elettroniche"*, il Tar ha rilevato la corretta applicazione, da parte dell'AGCOM, del comma 16 del predetto articolo, per la individuazione delle sanzioni applicabili, unitamente ai criteri di cui all'art. 11 della Legge n. 689/1981, ritenendo pienamente integrata la *"gravità"* della condotta, avendo *"portata fortemente lesiva dei beni tutelati dalla norma violata"* derivante dalla previsione di una *"disciplina disincentivante e penalizzante l'esercizio del recesso ad nutum, che addebitava oneri non giustificati di recesso solo all'abbonato che recedeva anticipatamente"*.

### **3. Considerazioni finali.**

Come evidenziato dalla disamina della normativa e dei fatti che hanno dato luogo alla pronuncia in commento, il Tar è stato chiamato a valutare la legittimità di una delibera con cui l'AGCOM ha sanzionato Sky Italia per la violazione dell'art. 1, comma 3 della L. n. 40/07, avendo adottato una disciplina di recesso anticipato basata su meccanismi ritenuti *"deterrenti e penalizzanti"*.

Di fondamentale importanza in materia è, come confermato dal Collegio, **individuare in maniera quanto più puntuale la definizione del concetto di *"pertinenza del costo"***, ritenendo correttamente che in essi possano intendersi esclusivamente i costi logistici per il ritiro e la successiva gestione dei decoder utilizzati dagli utenti, escludendo tutti gli importi estranei e, pertanto, *"deterrenti e penalizzanti"*.

Altrettanto pregevole è, infine, la ricostruzione del Collegio in merito alla **determinazione della sanzione** da parte di AGCOM con la delibera impugnata, per cui, nell'applicare i criteri normativi di riferimento, deve considerarsi anche la posizione di Sky Italia nel mercato di riferimento, quale *"principale operatore attivo sul mercato dei servizi televisivi a pagamento, con sedi stabilite in diversi Paesi"*, per cui le asserite *"ambiguità"* presenti nell'art. 1, comma 3 della L. n. 40/07 non potrebbero certamente ingenerare la necessità di precedenti o orientamenti interpretativi specifici per la determinazione dei costi di recesso.