

Nov/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 ORABONA, Francesco LONGOBUCCO, 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

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

Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it

Recapito telefonico: 02 87188451

Indice dei contenuti

1 - IL REGIME FORFETTARIO: IL REGIME PER STARTUP E GIOVANI PROFESSIONISTI
autore: **Ugo Tedesco**, pubblicazione mercoledì 1 novembre 2017

2 - L'INTERVENTO NEL PROCESSO CIVILE
autore: **Ludovica Di Masi**, pubblicazione giovedì 2 novembre 2017

3 - VACCINI: PER LA CASSAZIONE NON C'È NESSO CON AUTISMO, RESPINTA RICHIESTA
INDENNIZZO
autore: **Simona Rossi**, pubblicazione venerdì 3 novembre 2017

4 - IL DANNO DA DEMANSIONAMENTO PUÒ ESSERE PROVATO SULLA BASE DELLE
PRESUNZIONI SEMPLICI
autore: **Alessandra Inchingolo**, pubblicazione sabato 4 novembre 2017

5 - USURA SOPRAVVENUTA: LE SEZIONI UNITE CHIUDONO LA QUESTIONE
autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione domenica 5 novembre 2017

6 - DANNI DERIVANTI DA CADUTA NEL CIMITERO: IL COMUNE NON NE RISPONDE.
ANALISI DELLA FATTISPECIE DELL'ART. 2051 C.C.
autore: **Simona Rossi**, pubblicazione martedì 7 novembre 2017

7 - DIFFAMAZIONE, DIRITTO DI CRONACA E AMMISSIBILITÀ DEL REATO IN FORMA
OMISSIVA
autore: **Claudia Promutico**, pubblicazione giovedì 9 novembre 2017

8 - IL DIRITTO ALL'OBLIO NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA ED EUROPEA
autore: **Chiara Anna Pia Giordano**, pubblicazione venerdì 10 novembre 2017

9 - RIMESSIONE ALLE SEZIONI UNITE DELLA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE AD OPERA
DEL SOSTITUTO PROCESSUALE: GLI ORIENTAMENTI
autore: **Giovanni Sicignano**, pubblicazione lunedì 13 novembre 2017

10 - LO STRANO CASO DELLA POLIZZA ASSICURATIVA PER GLI AVVOCATI
autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione lunedì 13 novembre 2017

11 - IN HOUSE PROVIDING E FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA
autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione mercoledì 15 novembre 2017

12 - IL REATO DI GUIDA IN STATO DI ALTERAZIONE PSICO-FISICA PER USO DI SOSTANZE
STUPEFACENTI
autore: **Nicola Galati**, pubblicazione giovedì 16 novembre 2017

13 - ABUSI EDILIZI: È ILLEGITTIMO L'ORDINE DI DEMOLIZIONE DI UN IMMOBILE
ABUSIVO COLPITO DA SEQUESTRO PENALE
autore: **Virginia Galasso**, pubblicazione martedì 21 novembre 2017

14 - SCHEMA DI PARERE PER ESAME AVVOCATO
autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione mercoledì 22 novembre 2017

15 - O SEGREDO PROFISSIONAL TEM VALIDEZ SOMENTE NAS CIRCUNSTÂNCIAS
INERENTES A RECEÇÃO DO MANDATO
autore: **Salvatore Aromando**, pubblicazione giovedì 23 novembre 2017

16 - LA CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI
autore: **Giusy Tuzza**, pubblicazione giovedì 23 novembre 2017

17 - IL DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS NEL GIUDIZIO DI RINVIO

autore: **Alessandra Inchingolo**, pubblicazione venerdì 24 novembre 2017

18 - LA PROCURA ALLE LITI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

autore: **Lucio Orlando**, pubblicazione sabato 25 novembre 2017

19 - NOMINA DEL DIFENSORE E PROCURA SPECIALE NEL PROCESSO PENALE

autore: **Lucio Orlando**, pubblicazione sabato 25 novembre 2017

20 - SCHEMA DI ATTO DI CITAZIONE NEL PROCESSO CIVILE CON PROCURA ALLE LITI E
RELATA DI NOTIFICA

autore: **Ugo Bisogno**, pubblicazione domenica 26 novembre 2017

21 - FACEBOOK: NON SI POSSONO PUBBLICARE FOTO DEI PROPRI FIGLI SENZA IL
CONSENSO DELL'ALTRO GENITORE

autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione lunedì 27 novembre 2017

22 - PARERE DI DIRITTO CIVILE: LA COMPENSAZIONE LEGALE DEL CREDITO SUB IUDICE

autore: **Claudia Carioti**, pubblicazione martedì 28 novembre 2017

23 - L'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA

autore: **Chiara Anna Pia Giordano**, pubblicazione mercoledì 29 novembre 2017

IL REGIME FORFETTARIO: IL REGIME PER STARTUP E GIOVANI PROFESSIONISTI

Ideale per chi avvia una piccola attività e per i giovani professionisti, grazie all'abbattimento dell'imponibile e alle basse aliquote impositive.

Ugo Tedesco - Pubblicazione, mercoledì 1 novembre 2017
Redattore: Emmanuel Luciano

Il regime forfettario, introdotto dalle legge 190/2014 e chiamato così a causa della forfettizzazione stabilita dallo Stato, è uno dei regimi fiscali opzionabili nel nostro ordinamento. Tale regime è indicato soprattutto **per le STARTUP o per l'avvio di un giovane professionista**, in quanto prevede alcune agevolazioni davvero vantaggiose: la non applicazione dell'IVA sulle fatture, esenzione dalla ritenuta d'acconto, dall'IRAP e dagli (ormai ex) studi di settore.

Il vantaggio di questo regime è rappresentato dall'imposta unica sostitutiva calcolata soltanto sui ricavi effettivamente incassati durante l'esercizio (a differenza del vecchio regime "dei minimi", con aliquota al 5% che veniva calcolata sulla differenza tra costi e ricavi). Il massimo dei ricavi che può essere conseguito durante un esercizio è stabilito dallo Stato, secondo la tabella dei codici ATECO.

I codici ATECO (**AT**tività **ECON**omiche) è una classificazione fornita dall'ISTAT attraverso dei codici alfanumerici che individuano il settore economico di un'attività e tutte le sottocategorie esistenti. I codici ATECO attualmente utilizzati sono una classificazione dello strato economico italiano del 2008, i quali sostituiscono i codici ATECO del 2002.

Per quanto riguarda invece la base di calcolo sul quale applicare le aliquote delle imposte, sempre attraverso i codici ATECO, lo Stato stabilisce una percentuale (un *forfait* appunto) che andrà ad abbattere l'imponibile su cui verrà applicata l'aliquota.

$\text{RICAVI} \times \% \text{ Forfettizzazione} = \text{IMPONIBILE}$
Es. $1.000 \times 35\% = 350 \text{ €}$

Su questo imponibile verrà poi applicata l'aliquota del 5% (per cinque anni) o in

alternativa quella del 15%. Sarà inoltre la base di calcolo per i contributi previdenziali di chi, non avendo una cassa professionale, versa alla Gestione Separata dell'INPS secondo le aliquote vigenti.

Per l'applicazione dell'aliquota minima del 5%, l'attività o il libero professionista, deve rispettare i seguenti precetti:

1. il titolare della nuova attività non deve avere esercitato tramite partita IVA nessuna attività d'impresa e/o essere stato un libero professionista nei tre anni precedenti;
2. in caso di rilevamento di un'attività che veniva svolta da terzi, non si potrà accedere alla percentuale ridotta se nell'ultimo esercizio tale forma d'impresa ha superato il limite stabilito per quella attività dalle previsioni statali.

Nel caso in cui uno di questi requisiti non venga rispettato verrà applicata l'aliquota del 15%.

Nel caso in cui, invece, il titolare della nuova partita IVA volesse proseguire l'attività per la quale era precedentemente assunto come lavoratore dipendente (Es.: dipendente di una falegnameria che vuole aprire partita iva come falegname) non potrà accedere al regime forfettario perché condizione ostativa all'accesso prevista dalla Legge è che la partita IVA di nuova apertura non sia una mera prosecuzione di attività svolta precedentemente come lavoratore dipendente.

Oltre le limitazioni precedentemente discusse, bisogna anche fare attenzione:

- Che durante tutta la vita dell'impresa assoggettata a questo regime, il valore (al costo storico) dei beni strumentali all'attività non superi i 20.000,00 euro complessivi. A differenza del regime dei minimi abrogato nel 2015, questa tipologia non prevede l'inclusione, nel limite dei beni strumentali, eventuali fitti passivi per locazioni di uffici.
- Che non venga superato il limite di € 5.000,00 annui lordi (ovvero comprensivi di stipendi, contributi previdenziali ed assistenziali, ecc). per assumere un dipendente.

In deroga a quanto detto sopra, l'unico caso in cui c'è un versamento reale di IVA è solo in presenza di acquisti effettuati da fornitori intracomunitari, la quale dovrà essere versata entro il 16 del mese successivo tramite modello F24.

In caso in cui la fattura/parcella emessa sia di importo superiore ai 77,47 euro, dovrà essere applicata una marca da bollo da 2 euro.

Dal punto di vista previdenziale, questo regime prevede agevolazioni per i contributi versati da Artigiani e Commercianti, i quali possono optare (facendone comunicazione all'INPS) di un abbattimento contributivo pari al 35%.

Fonti

Legge 23 dicembre 2014, n. 190, "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*"

L'INTERVENTO NEL PROCESSO CIVILE

Peculiarità dell'intervento nell'ambito del processo civile

Ludovica Di Masi - Pubblicazione, giovedì 2 novembre 2017

Redattore: Alessio Giaquinto

Sommario: 1. *Premessa: il litisconsorzio e l'intervento*; 2. *Introduzione: l'intervento volontario*; 2.1. *L'intervento principale*; 2.2. *Parentesi: la connessione oggettiva*; 2.3. *L'intervento adesivo autonomo (o litisconsortile) e l'intervento adesivo dipendente (o ad adiuvandum)*; 3. *L'intervento coatto: intervento su istanza di parte e intervento iussu iudicis.*

1. Premessa: il litisconsorzio e l'intervento

Quando nel processo si hanno più parti, cioè più attori, più convenuti o contemporaneamente più attori e più convenuti, si parla di **litisconsorzio** (1).

Il litisconsorzio può essere:

- **necessario**, quando il processo deve svolgersi necessariamente fra più parti perché la decisione spiegherà i suoi effetti nei confronti di ognuna di esse (art. 102 c.p.c.);
- **facoltativo**, quando più parti possono, e non debbono, agire o essere convenute nello stesso processo (art. 103 c.p.c.); (2)
- **originario**, quando sin dall'instaurazione del processo sono presenti più parti;
- **successivo**, quando la pluralità di parti si realizza nel corso dello svolgimento del processo.

Quando parliamo di intervento nel processo civile, ci riferiamo ad uno strumento attraverso il quale si realizza un litisconsorzio successivo.

L'intervento può essere volontario o coatto e si propone con *comparsa di costituzione* (comparsa d'intervento) ai sensi degli artt. 267 e 167 c.p.c., finché non siano state precisate le conclusioni (art. 268, 1 c.p.c.). Il terzo interventore assume la qualità di parte a tutti gli effetti ma gli sono preclusi gli atti che al momento dell'intervento non siano più consentiti alle altre parti (art. 268, 2 c.p.c.). Rispetto a quest'ultimo punto, la Cassazione ha limitato il raggio d'azione del termine "atti", riferendolo alle mere attività istruttorie e non anche alle domande nuove autonome. (3)

La formulazione di nuove domande da parte dell'interventore è "funzionale ad un utilizzo più efficiente ed economico del processo, ove volta a prevenire l'introduzione ex novo di un giudizio autonomo e variamente interferente con quello già radicato; – tale possibilità non è comunque indiscriminata; non solo perché l'intervento è precluso nella fase decisoria del processo, ma anche perché essa trova adeguato contemperamento antidilatorio nella intangibilità delle preclusioni istruttorie eventualmente già verificatesi." (4)

2. Introduzione: l'intervento volontario

L'intervento volontario è disciplinato dall'art. 105, co. 1 c.p.c. ai sensi del quale: *"Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un **diritto** relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo"*.

L'intervento volontario può essere:

- principale (o ad excludendum);
- adesivo autonomo (o litisconsortile);
- adesivo dipendente (o ad adiuvandum).

2.1. L'intervento principale

Nell'ambito dell'intervento principale, il terzo interviene nei confronti di tutte le parti del processo e ha in comune con le parti il **titolo** o l'**oggetto** della causa. L'art. 105, co. 1 specifica che il terzo fa valere un proprio diritto e quindi intervenire equivale, in tal senso, a proporre una domanda. Il diritto vantato dal terzo, però, deve essere **incompatibile** con quello vantato dalle altre parti già presenti in giudizio. Deve esservi, altresì, una *connessione oggettiva* tra la domanda dell'interventore e quelle delle altre parti.

2.2. Parentesi: la connessione oggettiva

L'art. 103, co. 1 c.p.c. dispone: *"Più parti possono agire o essere convenute nello stesso processo, quando tra le cause che si propongono esiste connessione per l'oggetto o per il titolo dal quale dipendono, oppure quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni"*.

Le ragioni di connessione oggettiva, davanti al quale ci pone il comma 1 dell'art. 103

c.p.c. sono due: **l'identità dell'oggetto** (connessione per l'oggetto) e **la dipendenza dal titolo**.

In generale, potremmo dire che la connessione per l'oggetto impone di guardare al *petitum*, ragion per cui, quando il *petitum* è lo stesso, dovrebbe esserci connessione per l'oggetto. Quest'ultima affermazione è parzialmente vera in quanto può essere validamente riferita ai rapporti tra le domande autodeterminate, mentre non può essere riferita alle domande eterodeterminate, perché l'oggetto delle domande eterodeterminate non è dato solamente dal *petitum*, bensì anche dalla causa *petendi*. Dunque, è chiaro che la connessione per l'oggetto implica l'esame dell'oggetto della domanda globalmente inteso, ergo la chiave di lettura sarà custodita nel *petitum* in relazione alla causa *petendi*.

Invece, due cause sono connesse per dipendenza dal titolo (o per pregiudizialità-dipendenza) quando sono tra di loro in rapporto di pregiudizialità tecnica o di pregiudizialità logica.

Si ha pregiudizialità tecnica quando l'esistenza e l'efficacia del diritto che è oggetto di una delle due cause dipende dalla esistenza e dalla validità di un rapporto giuridico differente.

La pregiudizialità logica, invece, si verifica quando il rapporto giuridico è uno soltanto e l'esistenza, la validità, l'efficacia di un diritto dipende dall'esistenza, dalla validità e dall'efficacia di un elemento che sta dentro quel medesimo rapporto giuridico di cui si parla in giudizio.

2.3. L'intervento adesivo autonomo (o litisconsortile) e l'intervento adesivo dipendente (o ad adiuvandum)

Con *l'intervento adesivo autonomo* il terzo fa valere nei confronti di una (o alcune) delle parti un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo (art. 105, co.1 c.p.c.). Il diritto vantato dal terzo è un **diritto identico a quello già vantato da una parte** (ad es. il socio che impugna una delibera già impugnata da un altro socio).

L'intervento adesivo dipendente, invece, si ha quando il terzo interviene per sostenere le ragioni di una parte. Infatti, l'art. 105, co. 2 c.p.c. dispone che un terzo: "può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio **interesse**".

Qui, a differenza di ciò che si verifica ai sensi dell'art. 105, co. 1 c.p.c., il terzo non fa valere un diritto bensì un interesse. Si evince che il terzo in questo caso non vantando un diritto non va a formulare una domanda giudiziale e conseguentemente può solo sostenere le ragioni di una delle parti.

Intervenire ai sensi dell'art. 105, co. 2 comporta delle conseguenze: in primis, la condanna al pagamento delle spese di giudizio. Infatti, se la parte le cui ragioni sostiene il terzo viene condannata al pagamento delle spese, anche l'interventore è tenuto al pagamento delle spese. In secondo luogo, nel momento in cui il terzo interviene, diventa una parte a tutti gli effetti e quindi gli effetti del giudicato si riverberano anche nei suoi confronti.

L'interesse di cui stiamo discorrendo, deve essere, però, un interesse **specifico**, cioè deve tendere a scongiurare il rischio di un pregiudizio. Questo vuol dire che il terzo può subire un pregiudizio indiretto dalla pronuncia resa *inter alios*. Il pregiudizio può essere giuridico (ad esempio, quello che si ha quando la sentenza attacca direttamente il contratto tra il conduttore e il proprietario dell'immobile) o di fatto (si pensi alle conseguenze per colui che si trova nell'immobile in caso di sentenza di sfratto).

Tra l'interventore ex art. 105, co.1 c.p.c. e l'interventore ex art. 105, co.2 c.p.c. ci sono indubbiamente delle differenze. Innanzitutto, l'interventore di cui al primo comma assume la causa nello stato in cui si trova e non può esercitare in quella causa poteri processuali che nel momento in cui interviene sono già preclusi alle altre parti del giudizio.

L'interventore di cui al secondo comma non propone una domanda, ergo non può svolgere tutto quel coacervo di attività processuali che invece può svolgere chi propone domanda; non può svolgere alcun potere processuale: ha solo la possibilità di argomentare, di fare delle deduzioni giuridiche.

Altra differenza molto rilevante è data dalla possibilità di impugnare la sentenza. Mi spiego. Se la domanda viene rigettata, l'interventore di cui al primo comma diventerà soccombente a tutti gli effetti, quindi potrà impugnare la sentenza. Invero, è molto difficile ipotizzare che l'interventore di cui al secondo comma possa impugnare la sentenza. L'idea è che l'interventore del secondo comma non proponendo domanda non acquista lo status di soccombente; ragion per cui non può impugnare perché non ha interesse ad impugnare.(5)

Se la giurisprudenza prevalente abbraccia quest'ultima linea di pensiero, c'è, però, chi paventa una possibilità di impugnazione nel caso in cui si dimostri che da quella sentenza si subisce un pregiudizio concreto, pratico. Il pregiudizio in tal senso finirebbe col legittimare l'impugnazione perché l'impugnazione resta limitata alle questioni specificatamente attinenti alla qualificazione dell'intervento. (6)

3. L'intervento coatto: intervento su istanza di parte e intervento *iussu iudicis*

L'intervento coatto è il mezzo con il quale un terzo interviene nel giudizio a seguito della richiesta fatta da una parte o per ordine del giudice.

L'*intervento su istanza di parte* è disciplinato dall'art. 106 c.p.c. ma va letto in combinato disposto con gli artt. 269 e 270 c.p.c.

Ai sensi dell'art. 106 c.p.c.: *“Ciascuna parte può chiamare nel processo un terzo al quale ritiene comune la causa o dal quale pretende essere garantita”*.

Dalla lettera della norma si evince che una delle parti può chiedere al giudice l'autorizzazione a citare in giudizio altri soggetti.

In prima battuta è doveroso premettere una considerazione. La posizione del terzo intervenitore dell'art. 105, co.1 c.p.c. è differente rispetto alla posizione del terzo chiamato ex art. 106 c.p.c. Infatti, nell'ipotesi dell'art. 105 c.p.c. vi è un terzo che si presenta spontaneamente nel processo e formula una domanda. Questo terzo, seppur limitato perché assume il processo nello stato in cui si trova nel momento in cui interviene, assume a tutti gli effetti lo status processuale di attore.

Nell'ipotesi dell'art. 106 c.p.c., invece, **il terzo chiamato** non è un attore ma **un convenuto** e può svolgere tutte le attività difensive che normalmente si riconoscono al convenuto. Quanto appena detto, è razionalizzato nell'art. 269 c.p.c. e più precisamente nella norma vertente sulla chiamata del terzo in causa.

L'art. 269 c.p.c. dispone che se un terzo viene chiamato in giudizio, bisogna fissare un'udienza di trattazione “appositamente per il terzo” e concedergli un termine di 20 giorni (precedenti quest'udienza) per svolgere tutte le attività che a pena di decadenza può svolgere il convenuto ai sensi dell'art. 167 c.p.c.

La ratio della norma si basa sul fatto che se il chiamato in causa è un convenuto, deve poter svolgere domanda riconvenzionale, eccezioni in senso stretto e a sua volta istanza

di chiamata di terzo in causa.

L'art. 167 c.p.c. infatti dispone che 20 giorni prima dell'udienza il convenuto deve dichiarare di voler chiamare un terzo in causa, a pena di decadenza. Quindi normalmente la chiamata del terzo avviene quando il convenuto nella comparsa di risposta depositata almeno 20 giorni prima dell'udienza dichiara di voler chiamare un terzo in causa.

Oggi si ritiene che la dichiarazione del convenuto di chiamare in causa un terzo debba essere filtrata dal giudice. Quindi, quando il convenuto dichiara di voler chiamare in causa un terzo nella comparsa di risposta deve dire in maniera molto chiara perché intende chiamare in causa un terzo, quale domanda intende far valere nei confronti del terzo e qual è la ragione di connessione tra quelle previste nell'art. 106 c.p.c. che giustificano la chiamata del terzo. Se il giudice autorizza il convenuto a chiamare in causa il terzo, la chiamata in causa del terzo non è il risultato di un evento automatico. Deve essere poi il convenuto che ha chiesto di chiamare in causa il terzo, una volta ricevuta l'autorizzazione del giudice, a chiamarlo. L'atto di citazione sarà notificato dal convenuto, che indicherà nella citazione come *vocatio* quell'udienza che il giudice ha fissato appositamente per il terzo.

Il terzo chiamato, ricevendo la notifica della citazione, diventa a tutti gli effetti un convenuto e nei 20 giorni prima dell'udienza potrà formulare domanda riconvenzionale, eccezioni in senso stretto e chiedere a sua volta la chiamata in causa di un terzo.

Molto singolare risulta, invece, l'art. 107 c.p.c. (letto in combinato disposto con l'art. 270 c.p.c.) vertente sull'**intervento per ordine del giudice**. Potremmo definirla come una norma fuori dal sistema, perché a chiamare in causa un terzo è il giudice d'ufficio. Si potrebbe paventare anche una illegittimità costituzionale della norma in questione, in relazione all'art. 24 Cost. (ciascun titolare del diritto può chiedere tutela dei diritti) ma il problema non è poi così pressante in quanto la norma gode di scarsissima applicazione.

Invero, la legittimità costituzionale sarebbe facilmente reperibile nella circostanza che **il potere del giudice deve essere circoscritto** ad una necessità emergente dagli atti di causa; infatti, l'art. 107 c.p.c. recita: "Il giudice, quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di **un terzo al quale la causa è comune**, ne ordina l'intervento".

Far emergere la comunanza della causa vuol dire che il giudice compie in realtà quella funzione che l'art. 106 c.p.c. rimette alle parti allorché chiedano al giudice di essere autorizzati a chiamare in causa un terzo, al quale ritengono la causa comune; con la

differenza, rispetto a quanto previsto dagli artt. 106 e 169 c.p.c. che, mentre l'istanza di chiamata di un terzo in causa ad istanza di parte può essere contenuta soltanto nella comparsa di risposta tempestivamente depositata (se l'istanza la fa il convenuto) oppure nella prima udienza di trattazione (se l'istanza la fa l'attore come conseguenza della difesa svolta dal convenuto), nel caso di chiamata per ordine del giudice l'art. 270 c.p.c. la rende possibile in ogni momento. Infatti, la preclusione è aspetto intrasmissibile alla figura del giudice ma tipica zavorra delle parti.

Anche in questo caso il terzo chiamato in causa dal giudice riveste la qualità di convenuto.

Fondamentale risulta il comma 2 dell'art. 270 per il quale se il giudice emana l'ordine di chiamata in causa del terzo, però nessuna delle parti adempie, **la causa viene cancellata dal ruolo.**

In merito alla conseguenza della cancellazione derivante dal mancato rispetto dell'ordine da parte del giudice di chiamata in causa di un terzo, potrebbe essere interessante porre in essere un parallelo con altre norme. In primis, in caso di mancato rispetto dell'ordine del contraddittorio dato dal giudice in presenza di un litisconsorzio necessario (artt. 102 e 307 c.p.c.) il processo si estingue; in caso di mancata chiamata in causa di un terzo ad istanza di parte autorizzata dal giudice non si hanno conseguenze giuridiche (a parte il pagamento delle spese per aver fatto fissare un'udienza al giudice).

In tal senso, la sanzione della cancellazione della causa dal ruolo sembra essere molto gravosa, considerato che consiste in una vera e propria "anticamera" dell'estinzione: infatti, la parti sono tenute a riassumerla entro 3 mesi e chiamare il terzo in causa.

Note

1. Cfr: G. Arieta, F. De Santis, L. Montesano, Corso Base di Diritto Processuale civile, Padova, 2013, pag. 253.
2. Cfr: : G. Arieta, F. De Santis, L. Montesano, Corso Base di Diritto Processuale civile, Padova, 2013, pag. 258.
3. Cfr: Cass. n. 25264 del 16/10/08; Cass. n. 3186 del 14/02/2006.
4. Corte di Cass 26/05/2014 n. 11681;
Cfr: <http://iusletter.com/il-regime-delle-preclusioni-nellintervento-del-terzo/>
5. Cfr: Cass., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23299; conforme Cass. 23 ottobre 2001, n. 13000.
6. Cfr: Cass. 10 marzo 2011, n. 5744.

Bibliografia e sitografia

- Lezioni del Corso di Diritto Processuale Civile, tenute dal prof. Francesco De Santis presso l'Università degli Studi di Salerno, anno accademico 2014-2015;
- G. Arieta, F. De Santis, L. Montesano, Corso Base di Diritto Processuale civile, Padova, 2013;
- <http://iusletter.com/il-regime-delle-preclusioni-nellintervento-del-terzo/>

Giurisprudenza

- Cass. n. 25264 del 16/10/08;
- Cass. n. 3186 del 14/02/2006;
- Cass 26/05/2014 n. 11681;
- Cass., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23299;
- Cass. 23 ottobre 2001, n. 13000;
- Cass. 10 marzo 2011, n. 5744.

VACCINI: PER LA CASSAZIONE NON C'È NESSO CON AUTISMO, RESPINTA RICHIESTA INDENNIZZO

La Corte di Cassazione, VI Sez. Civ., con ordinanza n. 24959, depositata il 23 ottobre 2017, ha bocciato il ricorso presentato dai genitori di un bambino affetto da autismo contro il Ministero della Salute, indicando importanti principi di diritto in materia di prova scientifica. Il fatto e la decisione della Suprema Corte.

Simona Rossi - Pubblicazione, venerdì 3 novembre 2017
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Sommario: 1. Il fatto; 2. La decisione della Cassazione; 3. Osservazioni.

1. Il fatto.

I genitori esercenti la potestà sul figlio minore si rivolgevano al Tribunale di Pesaro per ottenere l'indennizzo previsto dalla legge n. 210/1992 agli artt. 1-2 sostenendo che il proprio figlio avesse contratto sindrome autistica a causa della somministrazione dei vaccini (antipoliomielite di tipo Sabin, DTP - antidifterica, antitetanica e antipertossica - e MPR - morbillo parotite e rosolia) a lui praticati tra il 1998 e il 2003. Difatti, la legge n. 210/1992 prevede all'art. 1 che *“chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge”*. Tuttavia la Corte d'Appello di Ancona, in riforma della sentenza resa dal Giudice di prime cure, rigettava la domanda sulla base delle conclusioni del c.t.u. il quale aveva escluso la sussistenza del nesso di causalità tra la malattia e le vaccinazioni. I genitori proponevano allora ricorso per Cassazione sostenendo che fossero state ignorate le critiche tecniche mosse alla c.t.u., in relazione alla diagnosi formulata ed alla validità sul piano scientifico delle conclusioni.

2. La decisione della Cassazione.

I giudici della Suprema Corte hanno dichiarato, con ordinanza, inammissibile il ricorso osservando come la Corte territoriale avesse sì recepito le analisi e le conclusioni del

c.t.u. nominato in grado di appello che aveva fornito una valutazione complessiva degli elementi acquisiti in giudizio in relazione alla storia clinica del periziato ma si fosse basata, nell'assumere la propria decisione, sullo *“stato delle acquisizioni della scienza medica ed epidemiologica, superando nella sostanza le osservazioni critiche del c.t.u.”*. Giungendo, quindi, al convincimento che per cui *“sussiste la mera possibilità di una correlazione eziologica tra le vaccinazioni e la malattia, e non un rilevante grado di probabilità scientifica”*.

Tenuto conto che i ricorrenti avevano lamentato che fossero state ignorate le critiche tecniche mosse alla c.t.u., nell'ordinanza la Suprema Corte ha ribadito che *“il vizio, denunciabile in sede di legittimità, della sentenza che abbia prestato adesione alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, è ravvisabile in caso di palese devianza dalle nozioni correnti della scienza medica, la cui fonte va indicata, o nell'omissione degli accertamenti strumentali dai quali, secondo le predette nozioni, non può prescindersi per la formulazione di una corretta diagnosi, mentre al di fuori di tale ambito la censura costituisce mero dissenso diagnostico che si traduce in un'inammissibile critica del convincimento del giudice (v. ex plurimis da ultimo Cass. ord. n. 1652 del 2012, Cass. ord. 23/12/2014 n. 27378, Cass. 16/02/2017 n. 4124).”*

Nel caso *de quo*, i ricorrenti avevano apposto alle argomentazioni del c.t.u. di secondo grado che si sono avvalse anche della letteratura scientifica, argomentazioni desunte da diversa ed ulteriore lettura scientifica che, tuttavia, manifestavano sì l'acceso dibattito che da anni si registra sulla questione **senza però essere supportato da acquisizioni ed elementi decisivi al fine di confutare le considerazioni del c.t.u.**

La Corte territoriale, in osservanza dei principi dettati dalla Cassazione (cfr. Cass. n. 753/2005; Cass. n. 1135/2011; Cass. ord. n. 27449/2016), ha giustamente ritenuto che **la prova del nesso di causalità tra l'effettuazione della somministrazione vaccinale ed il verificarsi dei danni fosse a carico dell'interessato e che tale nesso causale andasse valutato secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica (e non solo come “ipotesi possibile”)**. Inoltre i giudici della Suprema Corte hanno evidenziato come l'eziologia dell'autismo, così come per la stragrande maggioranza dei disturbi mentali, risulti ancora in gran parte sconosciuta.

Pertanto la Cassazione, conforme ai suoi precedenti orientamenti (Cass. 17 gennaio 2005, n. 753; Cass. 19 gennaio 2001, n. 1135; Cass. 29 dicembre 2016, n. 27449; Cass. 25 luglio 2017, n. 18358), ha ritenuto che **non sia sufficiente per il riconoscimento del**

risarcimento ex art. 1 e 2 L. n. 210/1992 la mera possibilità di una correlazione tra vaccino e malattia, specie in relazione a una possibile successione temporale tra il primo e la seconda, in quanto la dimostrazione di un nesso causale tra i medesimi necessita del riscontro di criteri scientifici, i quali – secondo letteratura scientifica costante – non comprovano siffatta causalità.

Difatti anche nello scorso luglio, la Cassazione (ord. n. 18358 del 25 luglio 2017) si era espressa nello stesso modo su un caso analogo, evidenziando quale sia il principio sancito dalla stessa Cassazione sul punto (es. cfr. Cass. 29 dicembre 2016 n. 27449) per cui *“la prova a carico dell’interessato ha ad oggetto l’effettuazione della somministrazione vaccinale e il verificarsi dei danni alla salute e il nesso causale tra la prima e i secondi, da valutarsi secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica, mentre nel caso il nesso causale costituisce solo un’ipotesi possibile”*.

Contrariamente, quindi, alla pronuncia della Corte Europea di Giustizia (n. C-621/15 emessa dalla II sezione il 21.06.2017) che in tema di vaccini difettosi sembrava addirittura proporre (seppur con rigorosi limiti^[1]) un accantonamento “parziale” della scienza qualora vi siano prove che, anche in assenza di consenso scientifico, da sole siano in grado di dimostrare non solo il nesso di causalità ma anche il difetto del vaccino ai fini del riconoscimento del risarcimento del danno, *la Cassazione rimane ferma nel ritenere che in assenza di ragionevole probabilità scientifica il nesso causale tra somministrazione del vaccino e manifestarsi della malattia (nel caso de quo, dell’autismo) resti un’ipotesi possibile ma insufficiente al riconoscimento del risarcimento del danno.*

3. Osservazioni.

In merito alla dibattuta questione sulla sussistenza della correlazione tra somministrazione del vaccino e manifestazione dell’autismo, vi sono delle osservazioni da porre.

Innanzitutto: la difficoltà nel rinvenire il “nesso causale” è sicuramente imputabile anche al tipo di disturbo. Difatti, il disturbo dello spettro dell’autismo è accertato sulla base di differenti “criteri diagnostici” ma la sua diagnosi è afferente la sintomologia e non test biologici o strumentali per cui le cause (cd. *eziopatogenesi*) è fonte di molte congetture ma ancora di nessuna prova scientifica^[2].

Con riguardo alla presunta relazione di causalità tra somministrazione di vaccino

trivalente per morbillo, parotite e rosolia va tenuto conto che la “popolare convinzione” della sussistenza di tale nesso causale risale ad uno studio del 1998 condotto dal dott. Wakefield[3]. In suddetto studio condotto su pazienti pediatrici si ipotizzò che la diagnosi di disturbo autistico comparsa successivamente alla somministrazione del predetto vaccino (cd. vaccino MPR) fosse da questo causata e la notizia fu ben presto diffusa, tanto da comportare l’insorgenza di gruppi anti--*vax* nonché un crollo delle vaccinazioni a Londra. Tuttavia dal 2004 iniziarono smentite e ritrattazioni da parte degli stessi collaboratori del dott. Wakefield ed emersero non solo una serie di errori metodologici ma anche sospetti circa i finanziamenti della ricerca (arrivati da un avvocato che intendeva proporre causa verso le aziende produttrici di vaccini). Si giunse, quindi, a stabilire l’indipendenza tra gli eventi e, nonostante il dibattito sia ancora acceso, ad oggi non vi sono ancora prove scientifiche a suffragio del contrario.

Per quanto concerne il risarcimento, nel nostro ordinamento la l. 210/1992, come si è evidenziato, aveva previsto la possibilità di risarcimento per i “danni” che fossero stati causati dalle vaccinazioni obbligatorie. Orbene, la *ratio* di tale previsione normativa risiede nella circostanza per cui lo Stato, se da un lato impone l’obbligatorietà di talune vaccinazioni andando a limitare la libera autodeterminazione per tutelare l’intera collettività, debba occuparsi anche delle conseguenze di tale scelta e quindi provvedere al risarcimento di coloro che vengano danneggiati dalla somministrazione di tali vaccini (in virtù dell’inderogabile dovere di solidarietà). Sul punto, si è avuto modo di appurare come la Corte di Cassazione, con varie pronunce, abbia stabilito che l’applicazione di tale normativa possa aversi solo nei casi in cui sia provato il nesso causale tra la vaccinazione ed il successivo manifestarsi della patologia. A tal proposito, la giurisprudenza ha ritenuto che non rileva né la circostanza del ritiro dal mercato del vaccino, né l’allegata mancata anamnesi preventiva del minore da parte dei medici al fine probatorio della ricorrenza del nesso causale. Dunque, perché sia considerata provata la sussistenza del nesso causale è necessario che vi siano prove scientifiche in quanto il risarcimento non può essere concesso “*seguendo la suggestione di teorie non scientificamente suffragate, o addirittura sconfessate dalla comunità scientifica*”[4].

Senza dubbio va anche osservato che vi è una notevole difficoltà nella prova di tale nesso di causalità. Il giudice, da uomo di legge, non ha le competenze scientifiche adeguate ragion per cui si avvale di un consulente tecnico: per i casi attinenti a danni alla salute, la figura del consulente tecnico viene rivestita dal medico legale il quale, in virtù della sua professione, conosce la causalità generale (es. che fumare tabacco causa

neoplasie polmonari) ma in assenza di prove scientifiche sul punto come può suddetta figura dimostrare il nesso causale tra vaccini ed autismo? Sarebbe auspicabile che la figura del medico-legale fosse affiancata, nell'espletamento della consulenza tecnica, da esperti nel settore. Eppure, considerando le diatribe sull'argomento, neanche questa soluzione appare risolutiva in quanto esperti diversi potrebbero dare opinioni differenti in assenza di incontrovertibili prove scientifiche. Alla luce di ciò, per quanto sia auspicabile che nella risoluzione di casi simili ci si avvalga degli esperti del settore e non solo della figura del medico-legale, è opinione di chi scrive che debba ritenersi coerente e corretto l'orientamento della Suprema Corte nell'affermare la necessità della prova del nesso causale (e non della mera probabilità) quale presupposto per la condanna al risarcimento dei danni, onde evitare che ci si basi su mere supposizioni non suffragate da prove scientifiche. Eppure, sempre ricordando la già citata sentenza della Corte di Giustizia, bisognerebbe interrogarsi se, perlomeno in presenza di un'elevata casistica (ossia prove sufficientemente rigorose, così come precisato nella citata sentenza della CGUE), non si debba propendere per un parziale accantonamento delle prove scientifiche quando manchi un "consenso scientifico" e considerare provato il nesso causale anche in assenza di prove scientifiche incontrovertibili.

Note e riferimenti bibliografici

[1] La stessa Corte nella pronuncia in questione sottolinea che *“un simile mezzo di prova può solo riguardare presunzioni che: a) siano basate su prove sia rilevanti sia sufficientemente rigorose per sostenere quanto dedotto, b) siano relative, c) non limitino indebitamente la libera valutazione delle prove da parte del giudice nazionale [...], d) non impediscano a i giudici nazionali di tenere in debita considerazione qualsiasi ricerca medica rilevante [...]”*.

[2] AA.VV. *“Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali”* – V ed. Milano, 2014

[3] S. D'Errico, *“Autismo e vaccinazioni. Un pericoloso passo indietro della giurisprudenza di merito e un monito per il ctu”* in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 32/2010

[4] AA.VV. *“Vaccini e autismo: scienza e giurisprudenza a confronto”* in *Danno e Responsabilità*, 5/2016, pp. 513-523.

IL DANNO DA DEMANSIONAMENTO PUÒ ESSERE PROVATO SULLA BASE DELLE PRESUNZIONI SEMPLICI

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 22288 del 25 settembre 2017, definisce il fondamento della risarcibilità e la prova del danno non patrimoniale nell'ambito del rapporto di lavoro

Alessandra Inchingolo - Pubblicazione, sabato 4 novembre 2017

Redattore: Massimiliano Pace

Sommario: 1. Inquadramento del lavoratore e demansionamento; 2. La tutela del lavoratore contro il demansionamento illegittimo. Onere della prova e presunzioni; 3. La sentenza della Suprema Corte del 26 settembre 2017 sul danno da dequalificazione professionale.

1. Inquadramento del lavoratore e demansionamento.

Per principio generale un lavoratore non può essere adibito a mansioni inferiori rispetto a quelle per le quali è stato assunto e inquadrato. Il fine del divieto è quello di tutelare la professionalità acquisita dal lavoratore, altrimenti si parla di **demansionamento**.

Infatti, all'atto dell'assunzione, il datore di lavoro deve far conoscere al lavoratore la **categoria** e la **qualifica** che gli sono state assegnate in relazione alle mansioni per cui viene assunto. In mancanza di un'indicazione specifica occorre far riferimento, al fine di individuare la qualifica, alle mansioni effettivamente svolte in modo stabile all'interno dell'azienda.

Comunemente si distinguono il demansionamento dalla dequalificazione, ricorrendo il primo quando il lavoratore è lasciato in condizioni di forzata inattività, mentre si parla di dequalificazione professionale, quando il lavoratore viene impiegato in mansioni inferiori a quelle per le quali è stato assunto. Tuttavia, entrambe le ipotesi concretizzano un inadempimento del datore di lavoro.

In talune ipotesi il ricorso al demansionamento è lecito quando interviene una modifica degli assetti organizzativi aziendali, tale da incidere sulla posizione del lavoratore stesso, e/o previste dai contratti collettivi. In entrambi i casi le mansioni attribuite possono appartenere al livello di inquadramento inferiore nella classificazione

contrattuale a patto che rientrino nella **medesima categoria legale**.

Le modifiche apportate con il Jobs Act hanno reso possibile la modifica della **categoria** in caso di rilevante interesse del lavoratore (come nel caso di conservazione dell'occupazione, acquisizione di una diversa professionalità o miglioramento delle condizioni di vita). Mentre il datore di lavoro ha l'obbligo di comunicare al lavoratore l'assegnazione a mansioni inferiori in **forma scritta** a pena di nullità.

Proprio in materia di onere della prova e risarcimento del danno, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire numerosi aspetti del demansionamento, stabilendo che sia escluso quando: a) Il lavoratore sia adibito a **mansioni inferiori marginali** ed **accessorie** rispetto a quelle di competenza, purché non rientranti nella competenza specifica di altri lavoratori di professionalità meno elevata e a condizione che l'attività prevalente e assorbente del lavoratore rientri tra quelle previste dalla categoria di appartenenza; b) sopravviene un'infermità permanente; c) vi è **riclassamento del personale**, ovvero un riassetto delle qualifiche e dei rapporti di equivalenza tra mansioni da parte del nuovo CCNL.

La dequalificazione del lavoratore sarebbe quindi legittima qualora costituisca l'unica alternativa possibile al licenziamento; in questo senso, l'attribuzione a mansioni inferiori sarebbe legittima sia che fosse disposta autonomamente dal datore di lavoro, quanto se attuata a seguito di un accordo sindacale.

Per valutare un demansionamento è necessario che l'incarico cui il lavoratore sia adibito non sia di natura temporanea, pertanto se il lavoratore viene adibito solo provvisoriamente a un livello superiore, nel momento in cui ritorna alle sue normali mansioni è chiaro che non si è concretizzato alcun demansionamento.

2. La tutela giurisdizionale del lavoratore contro il demansionamento illegittimo. Onere della prova e presunzioni

E' evidente che il lavoratore ha il diritto a conservare il livello di inquadramento e il trattamento retributivo riconosciuto prima dell'assegnazione alle mansioni corrispondenti al livello inferiore.

Dunque, se il datore di lavoro adibisce il lavoratore a mansioni inferiori in ipotesi diverse da quelle sopra riportate, il **demansionamento** è da considerarsi **illegittimo** e quindi il

lavoratore potrà adire le vie legali, attivando una causa di lavoro, onde poter chiedere (anche in via d'urgenza) il riconoscimento della qualifica corretta, nonché, quando il demansionamento presenta una gravità tale da impedire la prosecuzione del rapporto di lavoro, anche solo provvisoria.

In tema di demansionamento e di dequalificazione, il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale, che conseguentemente ne deriva, *necessita di una specifica allegazione*, nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo.

Tuttavia, se da un lato il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico-fisica acclarabile attraverso referti medici, il danno esistenziale che consiste in qualsivoglia pregiudizio -che alteri le sue abitudini e gli equilibri relazionali propri, comportando scelte di vita diverse da quelle congeniali alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno- va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento. In questi termini assume, peraltro, preminente rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro dell'operata dequalificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale, effetti negativi riverberati nelle abitudini di vita del soggetto) si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove (Così Cass. civ., SS.UU., sentenza 24 marzo 2006, n. 6572).

3. La sentenza della Suprema Corte del 26 settembre 2017 sul danno da dequalificazione professionale.

La Sezione Lavoro della Corte di Cassazione con sentenza n. 22288 del 26 settembre 2017 ha precisato che il danno non patrimoniale, che ricomprende anche il danno di tipo esistenziale, deve essere risarcito quando sia conseguenza, come **nel caso di dequalificazione** professionale del lavoratore subordinato, di una lesione in ambito di responsabilità contrattuale di diritti inviolabili costituzionalmente garantiti; la sussistenza di tale danno **può essere provata anche a mezzo di presunzioni semplici**, sulle quali il giudice può fondare in via esclusiva il proprio convincimento.

La pronuncia prende le mosse a seguito del rigetto del ricorso presentato da un'azienda condannata in appello a risarcire ad un dipendente demansionato il danno esistenziale per "lesione alla dignità personale ed al prestigio professionale", derivante da attribuzione di mansioni inferiori per un periodo di circa 2 anni.

Il principio che emerge con chiarezza fa riferimento ad un orientamento giurisprudenziale consolidato secondo il quale l'inadempimento datoriale non cagiona automaticamente l'esistenza del danno, perché quest'ultimo non è de plano riscontrabile a causa di un atto potenzialmente lesivo. Infatti l'inadempimento è già sanzionato con l'obbligo di corresponsione della retribuzione, ed è perciò necessario che si produca una lesione aggiuntiva. E ciò in quanto, se è vero che il risarcimento del danno mira a ristorare il pregiudizio che determina un minus nel patrimonio del danneggiato, nel caso in cui non vi sia una perdita subita o il mancato guadagno, il diritto al risarcimento non si configura. Tuttavia l'inadempimento del datore di lavoro, può ingenerare una serie di effetti lesivi per il lavoratore quali il danno professionale quali il danno all'integrità psico-fisica, danno all'immagine e alla vita di relazione, entrambi assorbibili nella nozione di danno esistenziale. Per tale motivo si rende necessaria una specifica allegazione da parte del lavoratore che deve puntualizzare quale di essi ritenga di aver subito, fornendo specifiche prove dalle quali emerga il danno lamentato.

Nel caso specifico per la Cassazione, invece, la Corte di appello aveva estrapolato in maniera corretta un giudizio in ordine al demansionamento del lavoratore attraverso un **procedimento logico-giuridico ineccepibile fondato sulle acquisizioni probatorie assunte**, che non è censurabile in sede di legittimità.

Si evidenzia quindi che **la sussistenza di tale danno può essere provata, non solo tramite l'allegazione di prove testimoniali o documentali specifiche**, ma *"anche a mezzo di presunzioni semplici, sulle quali il giudice può fondare in via esclusiva il proprio convincimento"*.

USURA SOPRAVVENUTA: LE SEZIONI UNITE CHIUDONO LA QUESTIONE

Le Sezioni Unite risolvono in maniera definitiva il contrasto fra le tesi che riguardano l'usura sopravvenuta e la sua configurabilità.

Angela Cuofano - Pubblicazione, domenica 5 novembre 2017
Redattore: Giovanni Sicignano

Con la sentenza n. 24675 del 2017, le Sezioni Unite hanno risolto l'importante contrasto sulla questione relativa all'incidenza del sistema normativo antiusura, introdotto dalla legge 7 marzo 1996, n. 108 sui contratti stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore, anche alla luce della norma di interpretazione autentica di cui all'art. 1, comma 1, d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, conv. dalla legge 28 febbraio 2001, n. 24.

La soluzione raggiunta dal massimo consesso nomofilattico è stata nel senso che, in continuità con il primo dei due orientamenti giurisprudenziali in contrasto, deve essere negata la configurabilità dell'usura sopravvenuta. Il giudice è, invero, vincolato all'interpretazione autentica degli artt. 644 c.p. e 1815, secondo comma, cod. civ., come modificati dalla legge n. 108 del 1996 (rispettivamente all'art. 1 e all'art. 4), imposta dall'art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000, cit.; interpretazione della quale la Corte costituzionale ha escluso la sospetta illegittimità, per violazione degli artt. 3, 24, 47 e 77 Cost., con la sentenza 25 febbraio 2002, n. 29.

La massima

Allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Il caso

La E. s.p.a. convenne in giudizio la Banca M. s.p.a. chiedendo dichiararsi nulla la previsione del tasso d'interesse del 7,75 % fisso semestrale, contenuta nel mutuo decennale di 14 miliardi di lire concluso con la convenuta il 19 gennaio 1990, perché detto tasso era superiore al tasso soglia determinato secondo le previsioni dalla legge 7 marzo 1996, n. 108 in materia di usura, entrata in vigore nel corso del rapporto; chiese, conseguentemente, la condanna della convenuta al rimborso degli interessi già riscossi, dovendo il mutuo considerarsi gratuito, o comunque al rimborso della parte di tali interessi eccedente il tasso legale o quello ritenuto giusto, nonché al risarcimento dei danni, anche morali, conseguenti al reato di usura commesso dalla banca, rifiutatasi di rinegoziare il tasso a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 108, cit.

La convenuta resistette e il Tribunale di Milano accolse la domanda, condannando la banca al rimborso degli interessi riscossi per la parte eccedente il tasso soglia.

La sentenza di primo grado è stata integralmente riformata dalla Corte d'appello su impugnazione della banca soccombente.

Qualificato il rapporto come mutuo fondiario, la Corte ha ritenuto applicabile il d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7 sulla disciplina del credito fondiario; dal che deriva, a suo giudizio, la legittimità del contratto di mutuo, con la relativa determinazione del tasso d'interesse, e l'assorbimento di ogni altra questione.

L'ordinanza di rimessione e le questioni di diritto

La prima Sezione civile, investita della cognizione del ricorso, con ordinanza interlocutoria n. 2484 del 31 gennaio 2017, ha rilevato un contrasto al suo stesso interno in ordine alla questione dell'efficacia della normativa antiusura sui contratti sorti anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 108 del 1996 ma che hanno avuto vigenza anche successivamente ad essa.

Una delle opzioni interpretative esclude che, all'esito dell'interpretazione autentica intervenuta ex art. 1 d.l. n. 394 del 2000 convertito nella l. n. 24 del 2001, il superamento del tasso soglia degli interessi corrispettivi originariamente convenuti in modo legittimo (senza oltrepassare il limite dell'usurarietà), in corso di esecuzione del rapporto possa determinarne ex artt. 1339 e 1418 cod. civ. la riconduzione entro il predetto tasso soglia stabilito dalla legge così come integrata dal d.m. periodicamente emanati al riguardo. Viene valorizzato, da quest'orientamento, il dato testuale dell'art. 1 del d.l. n. 394 del

2000 ed in particolare la locuzione "indipendentemente dal loro pagamento". La legittimità iniziale del tasso convenzionalmente pattuito spiega la sua efficacia per tutta la durata del contratto nonostante l'eventuale sopravvenuta disposizione imperativa che, per una frazione o per tutta la durata del contratto successiva al suo sorgere, ne rilevi la natura usuraria a partire da quel momento in poi.

Questo orientamento, formatosi su fattispecie consistenti in contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della l. n. 108 del 1996 ha trovato recente conferma nella sentenza 19 gennaio 2016 n. 801 così massimata: "I criteri fissati dalla legge n. 108 del 1996, per la determinazione del carattere usurario degli interessi, non si applicano alle pattuizioni di questi ultimi anteriori all'entrata in vigore di quella legge, siano esse contenute in mutui a tasso fisso o variabile, come emerge dalla norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 394 del 2000 (conv., con modif., dalla l. n. 24 del 2001), che non reca una tale distinzione".

In precedenza il medesimo principio è contenuto nella sentenza 19 marzo 2007 n. 6514 (in motivazione) e 27 settembre 2013 n. 22204 in motivazione.

Parallelamente all'orientamento illustrato se ne sviluppato uno speculare, di recente confermato dalla pronuncia 17 agosto 2016 n. 17150 così massimata: "Le norme che prevedono la nullità dei patti contrattuali che determinano la misura degli interessi in tassi così elevati da raggiungere la soglia dell'usura(introdotte con l'art. 4 della l. n. 108 del 1996), pur non essendo retroattive, comportano l'inefficacia "ex nunc" delle clausole dei contratti conclusi prima della loro entrata in vigore sulla base del semplice rilievo, operabile anche d'ufficio dal giudice, che il rapporto giuridico, a tale momento, non si era ancora esaurito".

Questa pronuncia, unitamente a molte altre relative a fattispecie identiche, non contiene nello sviluppo motivazionale, il riferimento espresso alla citata norma d'interpretazione autentica (art. 1 d.l. n. 394 del 2000) ed al successivo avallo della Corte Costituzionale (si richiamano al riguardo anche le sentenze 14 marzo 2013 n. 6550, n. 602 del 2013; n. 17854 del 2007). Nella pronuncia 31 gennaio 2006 n. 2140 si fa, invece, espresso riferimento, a differenza che nelle altre, all'intervenuta legge d'interpretazione autentica degli artt. 1 e 4 della l. n. 108 del 1996 e alla sentenza della Corte Costituzionale n. 29 del 2002. Ugualmente il richiamo si ritrova nella sentenza n. 11638 del 2016.

La soluzione e le motivazioni delle Sezioni Unite

Le Sezioni unite – con la segnalata sentenza – hanno risolto il contrasto accreditando l'orientamento che nega la configurabilità dell'usura sopravvenuta, essendo il giudice vincolato all'interpretazione autentica degli artt. 644 c.p. e 1815, secondo comma, cod. civ., come modificati dalla legge n. 108 del 1996 (rispettivamente all'art. 1 e all'art. 4), imposta dall'art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000, cit.; interpretazione della quale la Corte costituzionale ha escluso la sospetta illegittimità, per violazione degli artt. 3, 24, 47 e 77 Cost., con la sentenza 25 febbraio 2002, n. 29, e della quale non può negarsi la rilevanza per la soluzione della questione in esame.

È priva di fondamento, infatti, la tesi della illiceità della pretesa del pagamento di interessi a un tasso che, pur non essendo superiore, alla data della pattuizione (con il contratto o con patti successivi), alla soglia dell'usura definita con il procedimento previsto dalla legge n. 108, superi, tuttavia, tale soglia al momento della maturazione o del pagamento degli interessi stessi.

La ragione della illiceità risiederebbe nella violazione di un divieto imperativo di legge quale è il divieto dell'usura e, in particolare, il divieto di pretendere un tasso d'interesse superiore alla soglia dell'usura come fissata in base alla legge.

Senonché, il divieto dell'usura è contenuto nell'art. 644 c.p.; le (altre) disposizioni della legge n. 108, cit., non formulano tale divieto, ma si limitano a prevedere un meccanismo di determinazione del tasso oltre il quale gli interessi sono considerati sempre usurari a mente, appunto, dell'art. 644, comma terzo, c.p. novellato.

L'art. 2, comma 4, legge n. 108, cit. definisce, sì, il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, ma si tratta appunto del limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 del codice penale, essendo la norma penale l'unica che contiene il divieto di farsi dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità.

Deve, perciò, concludersi che è impossibile affermare, sulla base delle disposizioni della legge n. 108 del 1996, diverse dagli artt. 644 c.p. e 1815, secondo comma, cod. civ. come da essa novellati, che il superamento del tasso soglia dell'usura al tempo del pagamento, da parte del tasso convenzionale inferiore a tale soglia al momento della pattuizione, comporti la nullità o l'inefficacia della corrispondente clausola contrattuale o, comunque, l'illiceità della pretesa del pagamento del creditore.

Va pertanto enunciato il seguente principio di diritto: «Allorché il tasso degli interessi

concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto».

La sentenza in rassegna mette, dunque, la parola fine alla teorica sulla cosiddetta “usura sopravvenuta”, valorizzando il dettato normativo della legge di interpretazione autentica e, dunque, l'attenzione dell'interprete, ai fini della valutazione dell'usura, soltanto sul momento della pattuizione degli interessi.

DANNI DERIVANTI DA CADUTA NEL CIMITERO: IL COMUNE NON NE RISPONDE. ANALISI DELLA FATTISPECIE DELL'ART. 2051 C.C.

Respinta la domanda di risarcimento avanzata da una donna che, recandosi alla propria cappella presente nel cimitero, anziché utilizzare le strade asfaltate, attraversava le aiuole ed inciampava su dei tubi, ben visibili, collocati a terra. Per i giudici la responsabilità da cosa in custodia è esclusa qualora sussista il caso fortuito.

Simona Rossi - Pubblicazione, martedì 7 novembre 2017
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Sommario: 1. Il fatto; 2. La decisione della Corte d'Appello; 3. Osservazioni.

1. Il fatto.

Nel 2006, come da sua abitudine, una signora si recava presso il cimitero comunale per cambiare i fiori innanzi le tombe dei propri cari, collocate in una cappella privata situata all'interno del cimitero. Orbene, la signora, anziché percorrere le strade del cimitero (asfaltate) decideva di attraversare un'aiuola (zona non finalizzata al calpestio) e finiva per inciampare su un tubo per l'irrigazione. In seguito alla caduta, riportava lesioni personali tra cui la frattura della rotula. La signora decideva allora di citare in giudizio il Comune, proprietario e custode del cimitero, al fine di vedersi riconosciuti il risarcimento dei danni, patrimoniali e non, accorsi a seguito della predetta caduta. L'attrice basava la propria domanda sull'assunto che la caduta fosse stata causata dalla presenza di tubature che, essendo ricoperte da foglie e detriti, risultavano non visibili né tantomeno prevedibili nonché sulla circostanza per cui il Comune andasse riconosciuto unico responsabile dell'accaduto per non aver provveduto alla manutenzione né aver segnalato il pericolo.

Il Giudice di prime cure aveva però ritenuto che la responsabilità dell'accaduto fosse ascrivibile unicamente alla condotta dell'attrice la quale, camminando in una zona non destinata al calpestio invece di adoperare le strade asfaltate, inciampava su un tubo che, tra l'altro, era visibile e pertanto evitabile utilizzando l'ordinaria diligenza. Alla luce di tutto ciò, il Tribunale rigettava la domanda attorea.

Avverto tale pronuncia, la signora proponeva appello lamentando che il giudice di primo grado non avesse tenuto conto di quanto disposto dall'art. 2051 c.c. che riconosce in capo anche agli enti di Pubblica Amministrazione una responsabilità "oggettiva" per i danni derivanti da cose in custodia. L'appellante sosteneva che il Comune dovesse essere ritenuto responsabile per la sua condotta omissiva non avendo, infatti, esercitato un'adeguata attività di controllo finalizzata a limitare i pericoli per terzi né aveva posto in essere misure atte ad evitare l'insorgere di incidenti come quello verificatosi nel caso di specie. Inoltre, l'appellante poneva in risalto come dalle allegazioni documentali e dall'escussione dei testi, risultasse provato che i tubi a causa dei quali la donna era inciampata, non risultassero segnalati in alcun modo e dunque, nella denegata ipotesi di non accoglimento della domanda di condannare l'ente in via esclusiva per l'accaduto, andava quanto meno riconosciuta una co-responsabilità e, quindi, il riconoscimento della responsabilità in capo all'ente e della co-responsabilità (ex art. 1227 che prevede, infatti, il caso del concorso del fatto colposo del creditore) in capo alla danneggiata.

2. La decisione della Corte d'Appello

La Corte d'Appello di Lecce ha però stabilito che non dovesse essere riconosciuta alcuna responsabilità in capo all'ente per i danni occorsi in quanto la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. è esclusa nel caso si tratti di *caso fortuito*. I giudici di secondo grado hanno ritenuto che il comportamento della signora fosse idoneo ad escludere la predetta responsabilità in quanto il suo comportamento interrompeva il nesso causale tra la cosa in custodia e l'evento produttivo del danno. Infatti la donna, per recarsi alla propria cappella privata all'interno del cimitero comunale, anziché adoperare le strade asfaltate deputate al calpestio decideva di attraversare le aiuole, finendo con l'inciampare su tubi (anche ben visibili) collocati in terra: la Corte territoriale, nella sua pronuncia, ha evidenziato come dalla documentazione fotografica fosse emerso che le tubature non interessassero i corridoi di accesso alle cappelle private bensì le aiuole che certamente non erano destinate al normale calpestio! Sulla base di ciò, i giudici collegiali hanno ritenuto che il comportamento colposo della danneggiata che aveva posto in essere una condotta imprudente (infatti aveva consapevolmente scelto di attraversare le aiuole anziché utilizzare le zone asfaltate e non aveva prestato neanche la necessaria attenzione che l'ordinaria diligenza impone) escludesse la responsabilità in capo all'ente appellato. Fattore determinante nella scelta dei giudici è stata anche la circostanza che l'appellante si recasse spesso nel cimitero per cui era a conoscenza della presenza dei tubi che, pertanto, avrebbe ben potuto evitare.

Di qui, il rigetto della domanda avanzata dalla ricorrente, con condanna della spessa al pagamento, in favore del Comune appellato, delle spese del gravame.

3. Osservazioni.

In materia di responsabilità da cose in custodia (art. 2051 c.c.), la giurisprudenza appare conforme nel ritenere che tale responsabilità, essendo ormai pacifico che sia invocabile anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, abbia natura “oggettiva” in quanto per la sua configurazione non rileva la condotta del custode né l’osservanza dell’obbligo di vigilanza ma è sufficiente sussista il nesso causale tra cosa in custodia e danno arrecato, pur ricordando che qualora si verifichi il cd. “*caso fortuito*” il “custode” è liberato dalla responsabilità.

L’art. 2051 c.c. nella sua formulazione prevede, infatti, che il custode possa liberarsi della responsabilità *de quo* solo provando il “*caso fortuito*” pertanto, in mancanza di tale prova vige la presunzione della responsabilità. Va precisato che con la dicitura “caso fortuito” si intende un elemento esterno che si caratterizzi per imprevedibilità e inevitabile neanche con l’ordinaria diligenza. Suddetto caso fortuito, inoltre, può essere integrato (come, ad esempio, nel caso di specie!) dal comportamento dello stesso danneggiato, che può infatti essere considerata responsabile esclusiva del danno occorso ovvero partecipare all’evento con il custode, a titolo di concorso causale colposo (ai sensi dell’art. 1227, comma 1, c.c.).

Dunque la prova non consiste nella dimostrazione del comportamento diligente tenuto dal custode bensì provando l’esistenza di suddetto caso fortuito.

Il ruolo liberatorio rappresentato dal “caso fortuito” è stato ribadito dalla Suprema Corte che con la sentenza n. 15761/2016 ha chiarito che il custode è tenuto a fornire “*la dimostrazione positiva del caso fortuito, cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità*”.^[1]

Da tutto ciò si deduce, infatti, la natura “oggettiva” della responsabilità di specie: si può osservare, del resto, come per la sua configurabilità è sufficiente dimostrare il nesso causale tra *res* in custodia e danno arrecato.

In merito alla fattispecie di cui si discute, va osservato che l’applicazione dell’art. 2051 c.c. alla Pubblica Amministrazione, ora pacificamente riconosciuta, ha rappresentato una

questione assai discussa. In passato, la giurisprudenza di legittimità riteneva che tale responsabilità non potesse essere applicata alla P.A. in quanto si faceva riferimento al concetto di “*insidia e/o trabocchetto*” (costituito dall’elemento oggettivo della non visibilità del pericolo e dall’elemento soggettivo della non prevedibilità), in combinato disposto con la previsione di cui all’art. 2043 c.c. e, conseguentemente, si riteneva che, considerata la vastità ed estensione del patrimonio pubblico, non si potesse ipotizzare che dalla semplice custodia derivasse una qualche responsabilità di tipo oggettivo. In particolare, con riferimento ai danni causati dalla cattiva manutenzione delle strade, la giurisprudenza di legittimità, in considerazione della vasta estensione della rete stradale, riteneva non vi potesse essere né controllo né vigilanza: pertanto, il danneggiato doveva dimostrare la responsabilità in capo all’ente ai sensi del generale principio del *neminem laedere* (art. 2043 c.c.) e dunque fornire la prova che la strada fosse mal conservata e costituisse insidia.

Tale orientamento appariva piuttosto consolidato fino alle pronunce della Suprema Corte di Cassazione che dal 2003, che influenzate da una pronuncia della Corte Costituzionale (n. 156/1999, in merito alla legittimità costituzionale degli artt. 2043, 2051 e 1227, 1° comma, c.c. in rapporto agli artt. 3, 24 e 97 Cost), mutarono radicalmente il quadro giurisprudenziale (sentenza n. 298/2003 e 488/2003) con cui gli ermellini riconoscevano che anche la P.A. potesse essere ritenuta responsabile ai sensi dell’art. 2051 c.c.^[2].

Difatti, anche a causa di numerose critiche dottrinali, si comprese che ritenere non applicabile alla P.A. la responsabilità da custodia, ma solo quella *ex art. 2043 c.c.*, rappresentasse un ingiustificato privilegio mentre l’applicazione dell’art. 2051 c.c. consente di salvaguardare e bilanciare gli interessi in gioco. Con le sentenze n. 3651^[3] e 15384^[4] del 2006, la Cassazione ha stabilito che la responsabilità *ex art. 2051 c.c.* per i danni conseguenti all’omessa od insufficiente manutenzione delle strade pubbliche trova applicazione nei confronti della p.a., ogni qualvolta non è ravvisabile l’oggettiva impossibilità dell’esercizio del potere di controllo sul bene a causa della notevole estensione e dell’uso generale e diretto da parte dei terzi; la responsabilità per i danni conseguenti ad omessa o insufficiente manutenzione delle strade pubbliche comporta presunzione di responsabilità a carico della pubblica amministrazione, vincibile con la prova del fortuito, consistente nella dimostrazione della mancanza di colpa da parte del custode, senza che possano assumere rilievo figure quali l’insidia o il trabocchetto determinante pericolo occulto.

Si affermava, dunque, la natura oggettiva della responsabilità da cose in custodia in virtù della considerazione per cui il custode non è tenuto all'osservanza di un obbligo di vigilanza (diversamente dal depositario) ragion per cui affinché sia riconosciuta la responsabilità di cui si discute è sufficiente provare il nesso causale tra la *res custodita* e l'evento dannoso (come evidenziato, la responsabilità del custode è vincibile solo nel caso in cui provi la sussistenza del cd. *caso fortuito*^[5]).

Per effetto di tali pronunce (e di altre che si sono poi susseguite^[6]), la giurisprudenza appare ormai concorde nel ritenere che la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., con le connotazioni appena evidenziate, sia applicabile anche nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Infine, è bene osservare che, alla luce della giurisprudenza dominante che si è avuto modo di citare, siccome l'art. 2051 c.c. prevede un'ipotesi di responsabilità oggettiva, gli elementi soggettivi non vanno tenuti in considerazione se non per la prova liberatoria: pertanto, insidie e trabocchetti, che avrebbero lo scopo di dimostrare la "colpa" della P.A. non costituirebbero elementi della fattispecie in esame che per l'appunto si caratterizza come "responsabilità oggettiva" (per cui le ipotesi di responsabilità dell'ente non sono limitate ai casi in cui sussista il "pericolo occulto", appunto insidia e/o trabocchetto, anche se è pur vero che nella casistica generale delle sentenze che applica la fattispecie in esame ricorre suddetta figura).

Note e riferimenti bibliografici

[1] Sul punto, la Suprema Corte ha poi chiarito che *"anche se la responsabilità del custode di una strada per dissesti stradali integra un'ipotesi di responsabilità oggettiva che pone la dimostrazione del nesso eziologico tra la cosa in custodia e l'evento lesivo a carico del danneggiato e la prova dell'esistenza del caso fortuito a carico del custode, il nesso eziologico non può dirsi provato ove la cosa in custodia non mostri di possedere elementi particolari di lesività e l'evento dannoso risulti ascrivibile alla condotta negligente del danneggiato, posto che la nozione di caso fortuito va intesa in senso lato, quale fattore autonomo e imprevedibile che, interrompendo il nesso causale tra cosa e danno, libera il custode dalla responsabilità di cui all'art. 2051 c.c."* (Cass. civ., 4 ottobre 2013, n. 22684; Cass. civ., 14 giugno 2016, n. 12174; Cass. civ., 18 febbraio 2014, n. 3793). Inoltre, permane pur sempre il criterio per cui nel caso vi sia oggettiva impossibilità della custodia (si noti che tale impossibilità che fino al 2003 era presunta ora va provata!). Difatti i giudici della Corte di Cassazione hanno ribadito che *"la configurabilità della possibilità in concreto della custodia deve essere indagata non soltanto con riguardo all'estensione della strada, ma anche alle sue caratteristiche, alla posizione, alle dotazioni, ai sistemi di assistenza che lo connotano, agli strumenti che il progresso tecnologico appresta, in*

quanto tali caratteristiche acquistano rilievo condizionante anche delle aspettative degli utenti, rilevando ancora, quanto alle strade comunali, come figura sintomatica della possibilità del loro effettivo controllo, la circostanza che le stesse si trovino all'interno della perimetrazione del centro abitato" (Cass. civ., 28 settembre 2012, n. 16540).

[2] L. D'Apollo "Danno da insidia stradale", Giappichelli editore, II edizione, pp. 58-60.

[3] "L'obbligo di vigilanza e controllo, e di adottare tutte le misure idonee per rendere innocua la cosa e non arrecare danno a terzi, che già in base al dovere generale del *neminem laedere* trova la propria fonte, a fortiori sussiste in ipotesi di responsabilità aggravata, come quella per custodia ed art. 2051 c.c., che costituiscono espressione di maggior favore per il danneggiato." **Cassazione Civile, sez. III, 20 febbraio 2006, n. 3651**

[4] "A fronte del suddetto tradizionale orientamento giurisprudenziali tradizionale (nda riferimento alla precedente pronuncia n. 3651/2006), che individuava nella norma in questione un caso di presunzione di colpa, per cui il fondamento della responsabilità sarebbe stato pur sempre il fatto imputabile dell'uomo (nella specie del custode), che era venuto meno al suo dovere di controllo e vigilanza perchè la cosa non producesse danni a terzi (in questo senso, in buona sostanza, è anche la suddetta Cass. n. 3651/06), la maggioranza della dottrina recente ritiene che il comportamento del responsabile è estraneo alla fattispecie e fa quindi giustizia di quei modelli di ragionamento che si limitano ad accertare la colpa del custode, sia essa presunta o meno, parlando in proposito di caso di responsabilità oggettiva. La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia (art. 2051 c.c.) ha carattere oggettivo e, perchè possa configurarsi in concreto, è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza, in quanto la nozione di custodia nel caso rilevante non presuppone nè implica uno specifico obbligo di custodire analogo a quello previsto per il depositario, e funzione della norma è, d'altro canto, quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa, dovendo pertanto considerarsi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione, e non necessariamente il proprietario o chi si trova con essa in relazione diretta. Ne consegue che tale tipo di responsabilità è esclusa solamente dal caso fortuito, fattore che attiene non già ad un comportamento del responsabile bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità (rilevante non già ad escludere la colpa bensì quale profilo oggettivo, al fine di accertare l'eccezionalità del fattore esterno, sicchè anche un'utilizzazione estranea alla naturale destinazione della cosa diviene prevedibile dal custode laddove largamente diffusa in un determinato ambiente sociale) e dell'inevitabilità, a nulla viceversa rilevando che il danno risulti causato da anomalie o vizi insorti nella cosa prima dell'inizio del rapporto di custodia (ex multis Cass. 10/03/2005, n. 5326; Cass. 10/08/2004, n. 15429, Cass. 15/03/2004, n. 5236; Cass. 15/01/2003, n. 472; Cass. 20/08/2003, n. 12219; Cass. 9/04/2003, n. 5578; Cass. 15/01/2003, n. 472; Cass. S.U. 11.11.1991, n. 12019; Cass. 17.1.2001, n. 584).(...). Il profilo del comportamento del responsabile è di per sè estraneo alla struttura della normativa; nè può esservi reintrodotta attraverso la figura della presunzione di colpa per mancata diligenza nella custodia, giacchè il solo limite previsto dall'articolo in esame è l'esistenza del caso fortuito ed in genere si esclude che il limite del fortuito si identifichi con l'assenza di colpa. Va, quindi, affermata la natura oggettiva della responsabilità per danno di cose in custodia." **Cassazione Civile, sez. III, sentenza 06/07/2006 n° 15384**

[5] Il custode (ossia anche la P.A. quando si tratti di *res pubblica*) ha l'onere di provare i fatti impeditivi della propria responsabilità, quali la possibilità per l'utente di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la suddetta anomalia, o l'impossibilità di rimuovere, adottando tutte le misure idonee, la situazione di pericolo (confr. Cass. 6 luglio 2006, n. 15383; Cass. civ. n. 15384/2006).

[6] Con le successive pronunce, i giudici di piazza Cavour hanno anche chiarito che “*la responsabilità prescinde dall’accertamento del carattere colposo dell’attività o del comportamento del custode e ha natura oggettiva, necessitando, per la sua configurabilità, del mero rapporto eziologico tra cosa ed evento; la responsabilità prescinde, altresì, dall’accertamento della pericolosità della cosa e sussiste in relazione a tutti i danni da essa cagionati, sia per la sua intrinseca natura, sia per l’insorgenza di agenti dannosi, essendo esclusa solo dal caso fortuito, che può essere rappresentato – con effetto liberatorio totale o parziale – anche dal fatto del danneggiato, avente un’efficacia causale idonea a interrompere del tutto il nesso causale tra cosa ed evento dannoso o da affiancarsi come ulteriore contributo utile nella produzione del pregiudizio*” (cfr. Cass. civ., 7 aprile 2010, n. 8229; Cass. civ., 19 febbraio 2008, n. 4279; Cass. civ., 5 dicembre 2008, n. 28811).

DIFFAMAZIONE, DIRITTO DI CRONACA E AMMISSIBILITÀ DEL REATO IN FORMA OMISSIVA

La configurabilità della diffamazione in forma omissiva: analisi della fattispecie.

Claudia Promutico - Pubblicazione, giovedì 9 novembre 2017
Redattore: **Emmanuel Luciano**

Sommario: 1. Il reato di diffamazione e l'aggravante di cui all'art. 595, comma 3, c.p.; 2. L'esimente del diritto di cronaca; 3. La diffamazione in forma omissiva: l'art.57 c.p.

1. Il reato di diffamazione e l'aggravante di cui all'art.595, comma3, c.p.

Il reato di diffamazione è previsto dall'art. 595 c.p. e punisce chiunque comunicando con più persone offende l'altrui reputazione. Gli elementi costitutivi della norma incriminatrice, dal punto di vista oggettivo, sono: la comunicazione con più persone, l'assenza della persona offesa e l'offesa all'altrui reputazione. La norma *de qua* è, infatti, posta a presidio della reputazione, intesa come senso della dignità personale nell'opinione degli altri. La caratteristica che distingue la diffamazione dall'ingiuria, altro delitto contro l'onore, disciplinato dall'art.594 c.p. (oggi illecito civile), è l'assenza della persona offesa. L'assenza non deve essere intesa in senso fisico, ma come impossibilità dell'offeso di percepire l'offesa.

L'art.595, comma 3, c.p. prevede che qualora il delitto sia commesso con il mezzo della stampa la pena è aumentata in virtù della maggiore potenzialità offensiva del mezzo adoperato sia dal punto di vista spaziale sia dal punto di vista temporale. Relativamente al momento consumativo, il reato di diffamazione a mezzo stampa si consuma nel momento della pubblicazione dell'articolo diffamatorio ovvero nel momento in cui lo stesso viene percepito da parte del pubblico.

Per quanto concerne il concetto di stampa è definito all'art. 1 della legge n.47 del 1958 e ricomprende le “*riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione*”. Sulla base di tale definizione la Corte di Cassazione ha escluso la punibilità del direttore di un giornale

online ex art. 57 c.p., sulla base della diversità strutturale tra il concetto di stampa di cui all'art.1 della legge n.47 del 1958 e *internet*, in quanto la prima presuppone una riproduzione tipografica che il secondo non può realizzare. La Suprema Corte ha, pertanto, concluso per l'inammissibilità della punibilità del direttore della rivista online in base all'art. 57 c.p., poiché contrastante con il principio di tassatività e con il divieto di analogia di cui all'art.25, comma 2, della Costituzione (Cass. Pen., sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511).

2. L'esimente del diritto di cronaca

Nell'ambito dei reati commessi con il mezzo della stampa assume particolare rilevanza l'esimente del diritto di cronaca, ossia il diritto di raccontare fatti di interesse per la società. Il diritto di cronaca è costituzionalmente garantito dall'art. 21, il quale tutela la libertà di manifestare il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni mezzo di diffusione; in tale ambito è riconosciuta e garantita la libertà di stampa, quale mezzo di manifestazione del pensiero.

Il diritto di cronaca rientra nell'ambito della scriminante dell'esercizio del diritto di cui all'art. 51 c.p. che trova il suo fondamento nel principio di non contraddizione in base al quale l'ordinamento giuridico non può ad un tempo vietare e consentire un medesimo fatto.

Il diritto di cronaca presenta due diversi profili contenutistici: quello individualistico e quello funzionalistico. Il primo rappresenta la garanzia del singolo dalla possibilità di manifestare il proprio pensiero, il secondo rappresenta lo strumento di partecipazione alla vita democratica della comunità. Il diritto di cronaca è, peraltro, connotato da limiti interni ed esterni. I limiti esterni sono enucleati dall'art. 21 della Costituzione che pone come limite quello del buon costume, vietando espressamente le pubblicazioni che possano lederlo. In merito ai limiti interni la Suprema Corte di Cassazione li ha ravvisati nei principi di verità, continenza e pertinenza della notizia.

Il principio di verità comporta che i fatti narrati corrispondano ai fatti accaduti. Pertanto, un fatto che potrebbe determinare una lesione dell'altrui reputazione può essere divulgato solo nel caso in cui sia interesse della comunità conoscerlo. La collettività, infatti, non può avere interesse a conoscere notizie prive di fondamento. Ne consegue che il giornalista per essere scriminato deve in ogni caso accertare l'autenticità della notizia e controllare l'attendibilità della sua fonte.

Il secondo limite è rappresentato dalla continenza che richiede la corretta esposizione dei fatti in modo tale da non pregiudicare l'altrui reputazione.

L'ultimo limite è, invece, rappresentato dal principio di pertinenza che impone che i fatti narrati siano rilevanti per l'opinione pubblica. Tale principio deve temperarsi anche con altre e diverse esigenze costituzionalmente garantite quali il diritto alla riservatezza che, tuttavia, deve cedere di fronte all'interesse pubblico alla conoscenza di comportamenti concernenti la vita privata dei soggetti coinvolti.

Alla luce di quanto esposto, dunque, si rileva che il diritto di cronaca non esime il giornalista dal rispetto dell'altrui reputazione e riservatezza e prevede un'intromissione nella vita privata dei singoli soggetti solo nel caso in cui queste informazioni possano essere di pubblico interesse.

3. La diffamazione in forma omissiva: l'art.57 c.p.

Il delitto di diffamazione di cui all'art. 595 c.p. presuppone una condotta attiva del soggetto autore dell'articolo diffamatorio, il delitto *de quo* però può essere realizzato anche in forma omissiva, in ossequio a quanto previsto dall'art. 57 c.p. L'art. 57 c.p. disciplina, invero, la responsabilità del direttore della testata giornalistica per omesso controllo sul contenuto dell'articolo diffamatorio, configurando in tal modo una forma di responsabilità omissiva. Antecedentemente alla modifica apportata dalla legge del 1958, n.127, l'art. 57 c.p., era tradizionalmente annoverato tra le forme di responsabilità oggettiva previste dal codice penale, in quanto il direttore della testata giornalistica era sempre responsabile per il solo fatto della qualifica ricoperta, configurando in tal modo una responsabilità da posizione.

Com'è noto, nel nostro ordinamento non è ammissibile alcuna forma di responsabilità oggettiva, poiché per la configurabilità dell'illecito penale deve essere ravvisabile un coefficiente soggettivo di responsabilità rappresentato almeno dalla colpa, affinché la norma incriminatrice sia compatibile con l'art. 27 della Costituzione. Tale assunto è stato affermato anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 3 del 1956 con la quale la Corte ha espressamente rilevato l'incompatibilità dell'art. 57 c.p. con quanto previsto dalla Costituzione all'art. 27, auspicando l'intervento del legislatore. Quest'ultimo è intervenuto con la legge n. 127 del 1958 che ha riscritto l'art. 57 c.p. in modo compatibile con il principio di personalità della responsabilità penale. Ad oggi, infatti, la condotta del direttore della testata giornalistica risulta punibile "*a titolo di colpa*",

pertanto, non rappresenta più un'ipotesi di responsabilità oggettiva e comporta, ai fini della punibilità, la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della colpa. In capo al direttore della testata giornalistica grava un obbligo di controllo sul contenuto dell'articolo, che trova la sua fonte nella posizione di garanzia allo stesso riconosciuta ex art. 40, comma 2, c.p.

Pertanto, risulta di primaria importanza stabilire il contenuto ed i limiti dell'obbligo di controllo al fine di valutare la diligenza che può richiedersi al soggetto attivo della fattispecie delittuosa. La delimitazione del contenuto dell'obbligo di controllo costituisce operazione preliminare all'individuazione dell'imputazione colposa. Ne consegue che il direttore della testata giornalistica è responsabile in virtù del preminente ruolo da lui svolto che si esplica in particolare nel potere di censura esercitato sul contenuto degli articoli e in quello di sostituzione degli stessi. In altri termini, il direttore della testata giornalistica deve porre in essere i comportamenti necessari ad impedire il verificarsi dell'evento. Il direttore sarà penalmente responsabile del reato di diffamazione nel caso in cui l'evento, pur non essendo stato da lui voluto, non si sarebbe verificato se egli avesse impiegato la dovuta diligenza nel vagliare gli scritti destinati alla pubblicazione.

Peraltro, il reato di cui all'art. 57 c.p. è legato da un nesso di accessorietà necessaria al delitto commesso dall'autore della pubblicazione, in quanto in assenza del reato posto in essere dall'autore dell'articolo diffamatorio non può configurarsi alcuna responsabilità ex art. 57 c.p. del direttore della testata giornalistica. Invero, laddove il direttore della testata giornalistica abbia partecipato al delitto posto in essere dall'autore della pubblicazione, egli risponderà a titolo di concorso nel reato ai sensi dell'art. 110 c.p. Dunque la responsabilità del direttore per non aver impedito la pubblicazione dell'articolo diffamatorio e conseguentemente del reato ad esso connesso è differente rispetto a quella a titolo di concorso che può sussistere se ed in quanto siano ravvisabili tutti gli elementi concorrenti a norma dell'art. 110 c.p.

In conclusione, il delitto di diffamazione in astratto concepito in forma commissiva può essere realizzato anche in forma omissiva ad opera del direttore della testata giornalistica il quale qualora ometta di porre in essere il controllo necessario al fine di impedire l'evento potrà essere ritenuto responsabile ai sensi dell'art. 57 c.p.

- [Roberto Garofoli, Manuale di diritto penale. Parte Generale, XII ed, NelDiritto Editore.](#)

Rivista Cammino Diritto ISSN 2421-7123

IL DIRITTO ALL'OBLIO NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA ED EUROPEA

Le prime posizioni delle Corti italiana dopo il caso Google Spain in tema di diritto all'oblio.

Chiara Anna Pia Giordano - Pubblicazione, venerdì 10 novembre 2017
Redattore: Giuseppe Ferlisi

Il presupposto di questo nuovo diritto, che va raccordato con il diritto di cronaca, va ravvisato nel principio per cui un determinato accadimento, reso di dominio pubblico dal web o dalla stampa, dovrebbe tornare ad essere esclusivamente privato quando perde di qualsiasi utilità per l'interesse pubblico, essendo stato già stato conosciuto e assimilato dalla comunità.

Nel momento in cui, insomma, l'interesse pubblico alla conoscenza di un determinato fatto viene meno, il nostro ordinamento deve tornare a garantire pienamente il diritto alla riservatezza e la reputazione dei soggetti che ne sono stati coinvolti.

È il c.d. **“diritto all'oblio”** che, a ben vedere, si declina in tre accezioni. **Tradizionalmente** è il diritto di un soggetto a non rendere noti dati attinenti la propria persona per accadimenti legittimamente pubblicati e rispetto a quali è trascorso un notevole lasso di tempo. Nel **secondo significato** non si fa più riferimento al periodo che intercorre tra la pubblicazione dell'informazione e la sua ripubblicazione bensì a quello di permanenza della stessa on-line. La **terza accezione** è quella che si riferisce al diritto alla rettifica e alla cancellazione dei dati personali o all'opposizione al trattamento degli stessi come previsto dall'art. 12 della direttiva 95/46/CE le cui disposizioni hanno dato vita al D.Lgs. n.196/03 “Codice in materia di protezione dei dati personali”.

È proprio tale ultima accezione quella utilizzata dalla **Corte di Giustizia** nella **sentenza del 13 maggio 2014**, nella quale la Grande Sezione è intervenuta sugli obblighi dei gestori di motori di ricerca per la tutela dei dati personali delle persone che non desiderano l'indicizzazione e pubblicazione in modo indefinito di alcune informazioni.

All'origine della vicenda vi è una richiesta con la quale un cittadino spagnolo aveva cercato di ottenere, prima dal gestore del sito e poi da Google, la rimozione di alcuni dati personali pubblicati su un articolo di giornale ritenuti non più attuali. Su ricorso

dell'interessato, l'Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) aveva ordinato a Google di rimuovere i dati in questione dai risultati generati attraverso il motore di ricerca. Google aveva rifiutato di ottemperare alla richiesta rilevando, tra l'altro, come l'intervento imposto dall'AEPD potesse configurare un'indebita compromissione della libertà di espressione dei gestori di siti Internet. La Corte suprema spagnola, investita dell'appello contro il provvedimento dell'AEPD, sollevava, pertanto, di fronte alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali relative all'applicabilità della Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati personali a fornitori di servizi come Google e al suddetto "diritto all'oblio" dei soggetti cui i dati personali si riferiscono.

Con la sentenza in esame la Corte di Giustizia, afferma che costituisce *"trattamento di dati personali"* l'attività di un motore di ricerca consistente nel trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su Internet, nell'indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, qualora tali informazioni contengano dati personali.

Tuttavia, la Corte sostiene che il gestore del motore di ricerca deve essere considerato titolare del menzionato trattamento, in quanto ne determina le finalità e gli strumenti.

Con riferimento all'ambito di applicazione territoriale della normativa sulla protezione dei dati personali, la Corte osserva che *Google Spain* costituisce una filiale di Google nel territorio spagnolo e, pertanto, uno *"stabilimento"* ai sensi della Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati. Al riguardo, la Corte considera che, quando dati siffatti vengono trattati per le esigenze di un motore di ricerca gestito da un'impresa che, sebbene situata in uno Stato terzo, dispone di uno stabilimento in uno Stato membro, il trattamento viene effettuato "nel contesto delle attività" di tale stabilimento, ai sensi della Direttiva, qualora quest'ultimo sia destinato ad assicurare, nello Stato membro in questione, la promozione e la vendita degli spazi pubblicitari proposti sul motore di ricerca al fine di rendere redditizio il servizio offerto da quest'ultimo.

Inoltre, la Corte afferma che **il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, alcuni link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona**, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò anche nel caso in cui la loro pubblicazione su tali pagine web sia

di per sé lecita.

Infine, interrogata sulla questione relativa alla portata del diritto all'oblio degli interessati, la Corte afferma che occorre verificare, in particolare, se l'interessato abbia diritto a che informazioni riguardanti la sua persona non vengano più, allo stato attuale, collegate al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome.

Qualora si verifichi un'ipotesi siffatta, i link verso pagine web contenenti tali informazioni devono essere cancellati dall'elenco dei risultati di ricerca, a meno che sussistano ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, giustificanti un interesse preminente del pubblico ad avere accesso a dette informazioni.

La Corte precisa che la persona interessata può rivolgere domande siffatte direttamente al gestore del motore di ricerca (anche quando nessun ordine di rimozione sia stato formulato nei confronti del gestore del sito) che deve in tal caso procedere ad un debito esame della loro fondatezza. In caso di mancato riscontro a tali richieste, l'interessato può adire l'autorità di controllo o l'autorità giudiziaria affinché queste effettuino le verifiche necessarie e ordinino al suddetto gestore l'adozione di misure precise conseguenti.

Dunque, in particolare, si è affermato che ogni interessato, in virtù di quanto sancito dagli **articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea**, può richiedere che una determinata informazione presente sul web non venga più resa nota: la prevalenza del diritto all'oblio del singolo individuo rispetto all'interesse economico del gestore del motore di ricerca e a quello del grande pubblico, infatti, viene meno solo dinanzi a un evidente interesse pubblico alla conoscenza del fatto.

La pronuncia della Corte di giustizia non ha esitato a superare i confini nazionali: in Italia, ad esempio, essa è stata recepita sin da subito. Tra le prime rilevanti sentenze in argomento si segnala la numero **23771/2015**, del 3 dicembre di quell'anno, emessa dal **Tribunale di Roma** con la precisazione che il diritto all'oblio non è altro che una peculiare espressione del diritto alla riservatezza. Esso, di conseguenza, rende ogni cittadino legittimato a chiedere al singolo motore di ricerca che siano rimossi i contenuti delle pagine web che lo dipingono in maniera non attuale e che sono idonei a ledere la propria reputazione e la propria riservatezza.

Tale sentenza del Tribunale di Roma rileva anche per aver chiarito quali sono i presupposti al ricorrere dei quali è possibile ottenere l'attuazione del diritto all'oblio:

innanzitutto si è sancito che il fatto che si intende "dimenticare" non sia recente ma, piuttosto, sia risalente nel tempo; in secondo luogo, si è precisato che tale fatto, in aggiunta, deve avere uno scarso interesse pubblico.

Del resto è fondamentale procedere a un bilanciamento del diritto all'oblio sia con il diritto di cronaca che con l'interesse pubblico a conoscere le informazioni che possono essere acquisite attraverso la rete internet. A tenerlo in debito conto, innanzitutto, è il Testo unico dei doveri del giornalista, entrati in vigore il 3 febbraio 2016, il cui articolo 3 sancisce che tutti i giornalisti devono evitare di fare riferimento a particolari del passato a meno che essi non risultino essenziali per la completezza dell'informazione resa.

Infine, il diritto all'oblio ha trovato recentemente una prima forma di regolamentazione, a livello comunitario, nel **regolamento entrato in vigore il 25 maggio 2016**.

In tale testo, sostanzialmente, si sancisce che **ogni interessato ha diritto ad ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo**. Dal canto suo, il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali di chi lo richiede.

Tale diritto, tuttavia, viene meno quando la diffusione di determinate informazioni sia necessaria per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione, per l'adempimento di un obbligo legale o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o nell'esercizio di pubblici poteri, per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici o per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.

RIMESSIONE ALLE SEZIONI UNITE DELLA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE AD OPERA DEL SOSTITUTO PROCESSUALE: GLI ORIENTAMENTI

La Sesta Sezione Penale ha posto il seguente quesito alle Sezioni Unite: "Se sia o meno legittimato a costituirsi parte civile il sostituto processuale del difensore nominato procuratore speciale a tal fine"

Giovanni Sicignano - Pubblicazione, lunedì 13 novembre 2017
Redattore: Valeria Lucia

Recentemente le Sezioni Unite sono state interpellate in merito alla problematica relativa alla costituzione di parte civile da parte del sostituto processuale. La Sesta Sezione Penale, infatti, con ordinanza del 27 ottobre 2017 (numero 49527) ha posto alle Sezioni Unite il seguente quesito: **“se sia o meno legittimato a costituirsi parte civile il sostituto processuale del difensore nominato procuratore speciale a tal fine”**.

Una prima corrente ermeneutica ritiene che possa costituirsi parte civile soltanto il difensore munito di procura speciale e abilitato a costituirsi in nome e per conto del rappresentato. In particolare tale Giurisprudenza ritiene che “il sostituto processuale operi in maniera vicaria rispetto al difensore e non al procuratore speciale” [\[1\]](#). Tale corrente interpretativa, infatti, ritiene che siano delegabili soltanto le attività di natura defensionali e non vi è alcun potere del sostituto processuale di costituirsi parte civile, fermo restando la validità della costituzione di parte civile effettuata dal sostituto processuale in presenza della persona offesa. Tale indirizzo, inoltre, specifica che non vi è possibilità di costituirsi parte civile per il sostituto processuale in quanto l’attribuzione al difensore del potere di costituirsi parte civile rappresenta un istituto diverso dal rilascio del mandato alle liti.

Secondo un altro orientamento giurisprudenziale riferibile alla Quinta Sezione [\[2\]](#) **“la facoltà, prevista in capo al difensore di fiducia, di designare sostituti al fine di presentare la costituzione di parte civile configura la *legitimatio ad causam* anche in capo a questi ultimi, purchè ritualmente e specificamente designati”**. Più recentemente [\[3\]](#) la stessa Sezione ha statuito che “i ricorrenti incorrono in un evidente errore laddove non distinguono tra la costituzione di parte civile e la presentazione della

relativa dichiarazione. Non è in dubbio che parte civile possa costituirsi esclusivamente il titolare del diritto ovvero il procuratore speciale all'uopo nominato ai sensi dell'art. 76 c.p.p. e che quest'ultimo non possa a sua volta costituirsi a mezzo di procuratore a meno che l'originaria procura non preveda una simile facoltà"^[4].

Alla luce di tale contrasto giurisprudenziale, pertanto, la Sesta Sezione ha sollevato la questione alle Sezioni Unite.

E' evidente che la questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite è di fondamentale importanza. Il primo indirizzo ermeneutico, molto formale, basandosi su una interpretazione rigida della *legitimatio ad causam* sembrerebbe provare troppo, non tenendo conto della possibilità che vi possano essere dei sostituti processuali non genericamente individuati. Infatti, se da un lato appare troppo restrittivo concedere a qualsivoglia sostituto processuale di costituirsi parte civile, dall'altro lato sembrerebbe parimenti restrittivo negare ai sostituti processuali (specificamente e ritualmente designati nell'originaria procura) di costituirsi parte civile. Pertanto, l'indirizzo maggiormente meritevole di attenzione sembrerebbe quello della V Sezione Penale più recente, permettendo al sostituto processuale designato nell'originaria procura speciale di potersi costituire parte civile.

La parola ora passa alle Sezioni Unite che dirimeranno il contrasto giurisprudenziale insorto.

Note e riferimenti bibliografici

^[1] Cass. Sez II, sentenza del 12.5.2016 n. 22473; Cass. Sez IV, sentenza del 22.4.2015 n. 24455.

^[2] Si veda in particolare Cass. Sez. V del 7.1.2016 n. 18528

^[3] Cass. Sez. V del 16.2.2017 n. 18508

^[4] Viene richiamata anche Cass. Sez. V dell' 8.2.2005 n. 11954

LO STRANO CASO DELLA POLIZZA ASSICURATIVA PER GLI AVVOCATI

L'obbligo di assicurazione per gli avvocati potrebbe non essere più un obbligo ma una mera facoltà.

Angela Cuofano - Pubblicazione, lunedì 13 novembre 2017
Redattore: Raffaele Giaquinto

"Ragazzi fino ad oggi si è scherzato."

Questa è la massima con la quale si potrebbe riassumere la complessa vicenda che vede come protagonista l'obbligo assicurativo degli Avvocati, previsto dalla legge n. 247/2012, precisamente all'art. 12, comma 2.

Un obbligo, sia chiaro, ben diverso da quello normalmente previsto per la copertura degli errori professionali, ma riguardante ipotesi ben più spicciole, come, ad esempio, la rottura di un polso e la conseguente impossibilità di prestare adeguata tutela ai propri assistiti.

Al di là della fantasiosa possibilità, tale clausola non si limita ad abbracciare la sola figura del professionista, ma si estende anche al suo team operativo. Devono essere infatti assicurati collaboratori, dipendenti e praticanti, secondo quanto stabilito dal decreto attuativo della legge stessa, datato 22 settembre 2016, che sancisce il dovere, per i professionisti, di uniformarsi a questa nuova regola entro l'anno successivo.

Ora, allo scadere del termine previsto - inizialmente fissato per l'11 ottobre 2017 e poi prorogato di trenta giorni -, ecco un nuovo colpo di scena.

Il Presidente del CNF ha infatti inviato al Ministro Orlando una nota in cui si chiede che l'obbligo assicurativo predetto venga considerato facoltativo. Il Guardasigilli, da parte sua, non solo si è mostrato favorevole alla richiesta, ma ha puntualizzato che la clausola potrebbe, in sede di modifica, essere anche eliminata.

Notizie certe vengono, altresì, dall'Ordine degli Avvocati di Roma, che ha deciso di non prendere provvedimenti circa gli Avvocati che non abbiano ancora indicato gli estremi della polizza, come sarebbero tenuti a fare per legge.

Infine, dagli atti della Commissione Bilancio del Senato emerge il deposito di [un emendamento](#) nella legge di conversione del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, che prevede l'abrogazione del comma 2 dell'articolo 12 della Legge 31 dicembre 2012, n. 247, comma che ha introdotto la stipula di una apposita polizza a copertura degli infortuni derivanti a sè e ai propri collaboratori, dipendenti e praticanti in conseguenza dell'attività svolta nell'esercizio della professione.

Si tratta quindi di un panorama nebuloso e variegato dato che la modifica è ancora in discussione, e potrebbe serbare nuovi colpi di scena nelle prossime settimane.

IN HOUSE PROVIDING E FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Con la sentenza n. 3196 del 2017, la Suprema Corte ha dichiarato l'applicabilità della disciplina fallimentare alle società in house. Vediamo nello specifico come.

Angela Cuofano - Pubblicazione, mercoledì 15 novembre 2017
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Con la pronuncia in esame, la Corte di Cassazione ha preso posizione riguardo uno dei temi più infuocati non solo del diritto pubblico dell'economia, ma anche del diritto societario, amministrativo e costituzionale: la possibilità o meno per le società pubbliche di essere assoggettate al fallimento e/o altre procedure concorsuali.

Anche prima del recente intervento normativo del 2016, era possibile rilevare, sul punto, una serie di posizioni dottrinali e giurisprudenziali contrapposte che, di volta in volta, ammettevano oppure negavano questa possibilità.

Nello specifico, un primo orientamento, partendo dal presupposto che, anche nel caso di partecipazioni azionarie dello Stato e degli altri enti pubblici, la struttura societaria conservasse natura privatistica, sosteneva che il mancato assoggettamento al fallimento e alle altre procedure concorsuali avrebbe minato l'affidamento dei creditori, i quali non si sarebbero potuti avvalere delle procedure concorsuali nel caso di insolvenza. Si ritenevano, altresì, pregiudicate anche le dinamiche concorrenziali del mercato perchè si sarebbe finiti con il riconoscere un trattamento ingiustamente differenziato alla società pubblica rispetto a quella privata. In questo senso, i giudici confermavano la possibilità di avvelarsi di questi specifici iter.

Di contro, una posizione contrapposta considerava le società pubbliche non assoggettabili a fallimento.

A sostegno di tale assunto, si richiamava il cd. **principio di neutralità della forma societaria**, secondo cui le strutture societarie partecipate dallo Stato e dagli altri enti pubblici assumevano, solo per questo, natura pubblicistica, venendo così attratte nella clausola di esenzione ex art.1, comma 1 L. Fallimentare, ai sensi della quale *"sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che*

esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici".

La giurisprudenza di legittimità ha dimostrato, fin dalle prime pronunce, una spiccata preferenza per il primo dei due orientamenti, precisando altresì che una società per azioni, seppur partecipata dallo Stato, non perde la propria qualifica di soggetto privato, e quindi, sussistendone i presupposti, di imprenditore commerciale, suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata. (1)

La questione può dirsi ormai superata.

Il legislatore nazionale, chiamato a rispondere all'esigenza di dare una disciplina unica, organica ed uniforme alle società pubbliche, le cui norme erano prima dislocate in varie testi normativi, ha recentemente adottato il D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (cd. Testo Unico delle società pubbliche) che stabilisce in maniera a dir poco cristallina che queste società rispondono alle disposizioni circa il fallimento, il concordato preventivo e a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.

Ciò posto, è opportuno riflettere sul tema della fallibilità delle società in house, problema dai contorni ancor più incerti e problematici.

Per società in house o in house providing si intendono strutture organizzative in forma societaria sulle quali una o più pubbliche amministrazioni esercitano un controllo talmente incisivo da poter essere equiparato a quello che esercitano sugli uffici interni. Esse si configurano, dunque, come una vera e propria *longa manus* dell'ente stesso, verso cui sono in un rapporto di delegazione interorganica. (2)

Anche in questo caso, si sono registrate difformità di opinioni.

Ad un primo orientamento, che riteneva le società in house non fallibili - dato che si identificavano con l'ente pubblico controllante e finivano per essere attratte nella clausola di esenzione prevista per gli enti pubblici - si contrapponeva una differente visione interpretativa che riconosceva all'in house una sottile linea di differenziazione soggettiva rispetto all'ente controllante che non permetterebbe di usufruire dell'esenzione.

La querelle è stata risolta proprio dalla sentenza in commento, che, tra l'altro, si è pronunciata circa una fattispecie a cui non poteva essere applicato l'art. 14 D.Lgs. n.175/2016.

Nell'arresto, innanzitutto, si ribadisce il principio secondo cui il legislatore, nel permettere il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso lo strumento privato, stabilisce che le società assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto. Tra l'altro, vanno rispettate le regole della concorrenza che impongono parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità.

Per questa tipologia di società non si prevede alcuna compressione della responsabilità. Si determina solo una responsabilità aggiuntiva contabile rispetto a quella comune, ma senza il prospettato effetto di perdere l'applicazione dello statuto dell'imprenditore.

La connotazione pubblicistica che la società in house mutua dalla partecipazione pubblica non vale a rendere la stessa un soggetto sovraqualificato rispetto al tipo societario assunto.

In base a ciò, il passaggio motivazionale più importante della sentenza è quello in cui si evidenzia la concreta utilità dell'assoggettamento al fallimento, precisando che tale scelta permette alla società di gestire in maniera più puntuale i rischi derivati dalla insolvenza.

L'annullamento di ogni effetto della soggettività della società procurerebbe il risultato che tutti i creditori della stessa diventerebbero creditori dell'ente pubblico, di fatto realizzando la situazione opposta a quella voluta dallo stesso ente, che, con la creazione delle società in house, intende sottrarsi dalle responsabilità per le obbligazioni assunte dalla società partecipata.

Note e riferimenti bibliografici

(1) in questo senso, Cass, sez.I, 10 gennaio 1979, n.158;

(2) Cons. Stato Ad. Pl., 3 marzo 2008 n.1.

- Elio Casetta, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè Editore, 2016;

- Maurizio Santise, Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo, terza edizione, Giappichelli, 2017;

- Carmine Volpe, Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi in Giustamm. 2015;

IL REATO DI GUIDA IN STATO DI ALTERAZIONE PSICO-FISICA PER USO DI SOSTANZE STUPEFACENTI

La recente giurisprudenza sul tema ed i rapporti con il reato di guida sotto l'influenza dell'alcool

Nicola Galati - Pubblicazione, giovedì 16 novembre 2017
Redattore: Valeria Lucia

Un reato che spesso si riscontra nella quotidianità è quello di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti, da tenere ben distinto dal reato di guida sotto l'influenza dell'alcool.

Il primo, in particolare, è previsto dall'art. 187 del Codice della strada, secondo il quale chi guida in stato di alterazione psicofisica, dopo aver assunto sostanze stupefacenti o psicotrope, è punito con l'ammenda da euro 1.500 a euro 6.000 e l'arresto da sei mesi ad un anno.

Quanto alla struttura del reato, tale fattispecie, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale, è costituita da due elementi: "lo stato di alterazione, capace di compromettere le normali condizioni psico-fisiche indispensabili nello svolgimento della guida e concretizzante di per sé una condotta di pericolo per la sicurezza della circolazione stradale" e "l'assunzione di sostanze (stupefacenti o psicotrope), idonee a causare lo stato di alterazione"[\[1\]](#).

Perché si possa configurare la contravvenzione, pertanto, non è sufficiente mettersi alla guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, ma è necessaria la sussistenza di uno stato di alterazione psico-fisica dovuto all'assunzione di stupefacenti.

Secondo una recente pronuncia della Corte di Cassazione, infatti, "La condotta tipica della contravvenzione di cui all'articolo 187 del codice della strada non è quella di chi guida dopo avere assunto sostanze stupefacenti, bensì quella di colui che guida in stato di alterazione psico-fisica determinato da tale assunzione e, pertanto, perché possa affermarsi la responsabilità dell'agente non è sufficiente provare che, precedentemente al momento in cui lo stesso si è posto alla guida, egli abbia assunto stupefacenti, ma

altresì che egli guidava in stato di alterazione causato da tale assunzione. Pertanto, è necessario, per la condanna, sia un accertamento tecnico-biologico, che dimostri l'assunzione delle sostanze, sia che altre circostanze provino la situazione di alterazioni psico-fisica"[\[2\]](#).

La suddetta struttura della norma influisce sull'aspetto probatorio del reato e, soprattutto, come anticipato, lo differenzia dalla fattispecie di guida sotto l'influenza dell'alcool di cui all'art. 186 del Codice della strada, dal momento che, se la sussistenza del reato di guida in stato di ebbrezza può essere dimostrata anche solo in base ad elementi sintomatici[\[3\]](#), gli stessi non sono sufficienti per l'accertamento del reato di cui all'art. 187 del Codice della strada. Quest'ultima fattispecie, infatti, deve essere provata tramite l'esame dei campioni biologici ma anche con visita medica e attraverso altri elementi sintomatici esterni (quali le modalità della condotta di guida, la confessione dell'imputato, la testimonianza degli operanti sulle condizioni del conducente), che attestino l'attualità dello stato di alterazione del soggetto al momento dell'essersi posto alla guida[\[4\]](#).

Quanto agli accertamenti dei campioni biologici, giova distinguere tra l'analisi delle urine e quelle ematiche. Gli esiti delle seconde sono ritenuti maggiormente affidabili ai fini della dimostrazione del dato temporale dell'assunzione delle sostanze stupefacenti. La positività riscontrata nell'analisi delle urine, infatti, è compatibile con una risalente assunzione della sostanza, persistendo tracce del principio attivo anche per un arco temporale considerevole. Perciò si ritiene preferibile l'indirizzo giurisprudenziale che non ritiene sufficiente la positività emersa dalle analisi delle urine per dimostrare la sussistenza dello stato di alterazione psico-fisica[\[5\]](#).

In ogni caso, l'esito positivo degli esami sui campioni biologici non è da solo sufficiente a provare lo stato di alterazione psico-fisica, qualora questo dato non venga confermato dalla visita medica o da altri elementi sintomatici[\[6\]](#).

Vi è un altro aspetto interessante, dibattuto in giurisprudenza e dalle evidenti ricadute pratiche, inerente al prelievo di campioni biologici al fine di accertare lo stato di alterazione psico-fisica.

Secondo la giurisprudenza consolidatasi in tema di guida in stato di ebbrezza [\[7\]](#), ma pacificamente applicabile anche alla fattispecie di cui si discute, tale prelievo rientra tra gli atti di polizia giudiziaria urgenti ed indifferibili, di cui all'art. 354 c.p.p., ai quali il

difensore ha facoltà di assistere senza però il diritto di essere preventivamente avvisato (ex art. 356 c.p.p.).

In base all'art. 114 disp. att. c.p.p., la polizia giudiziaria ha l'obbligo, prima di procedere all'accertamento, di avvisare la persona sottoposta alle indagini, se presente, della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia.

Ne deriva l'inutilizzabilità del risultato degli accertamenti effettuati senza aver preventivamente notiziato l'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore[8].

Le norme, però, non pongono alcun obbligo di avvisare il difensore né di nominare un difensore di ufficio qualora l'indagato non nomini un difensore di fiducia[9]. Avvertimento ex art. 114 disp. att. che, inoltre, non richiede formule sacramentali, purché sia idoneo al raggiungimento dello scopo[10].

Qualora, invece, il prelievo ematico sia compiuto autonomamente dai sanitari, in esecuzione di ordinari protocolli di pronto soccorso, in assenza di indizi di reità a carico di un soggetto coinvolto in un incidente stradale, non vi è alcun obbligo di avviso all'indagato di farsi assistere da un difensore di fiducia, non trattandosi di atto di polizia giudiziaria urgente ed indifferibile[11].

Se, invece, l'accertamento venga sì effettuato dai sanitari di una struttura nella quale il soggetto sia stato ricoverato subito dopo un incidente stradale, ma non nell'ambito di un protocollo sanitario per terapie di pronto soccorso, bensì su richiesta della polizia giudiziaria, allora è obbligatorio l'avviso della facoltà di nomina del difensore di fiducia, in quanto atto urgente di polizia giudiziaria[12].

Secondo la pacifica giurisprudenza di legittimità, la violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p. costituisce una nullità di ordine generale, a regime cd. intermedio, ai sensi dell'art. 178, co. 1 lett. c) c.p.p.

Dibattuta è stata, invece, l'individuazione del termine entro cui proporre tale eccezione, contrasto risolto dall'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[13], le quali hanno chiarito che la nullità in oggetto, essendosi verificata antecedentemente al giudizio, può essere tempestivamente dedotta, a norma degli artt. 180 e 182, co. 2, secondo periodo, c.p.p., fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado.

È stato così superato quell'orientamento secondo il quale, in forza del primo periodo del co. 2 dell'art. 182 c.p.p., la nullità doveva essere eccepita prima del suo compimento ovvero immediatamente dopo.

La Suprema Corte, infatti, ha negato *"che una qualsiasi nullità debba essere personalmente eccepita, a pena di decadenza, dal soggetto indagato o imputato, non solo nell'immediatezza dell'atto nullo, ma anche successivamente, poiché tale soggetto non ha, o si presume per postulato legale che non abbia, le conoscenze tecniche indispensabili per apprezzare che l'atto o il mancato atto sia non rispettoso delle regole processuali, e per di più che egli debba attivarsi per eccepire ciò, entro certi termini, a pena di decadenza"*[\[14\]](#).

Note e riferimenti bibliografici

[\[1\]](#) Corte Costituzionale, ordinanza 27/07/2004, n° 277.

[\[2\]](#) Cassazione penale, sez. IV, sentenza 27/01/2016, n. 3623.

[\[3\]](#) Cassazione penale, sez. IV, sentenza 11/06/2009, n. 41796, secondo cui *"per la sussistenza del reato di guida in stato di ebbrezza alcolica è sufficiente la prova sintomatica dell'ebbrezza o che il conducente abbia superato uno dei tassi alcolemici indicati nel comma secondo dell'art. 187 cod. strada"*, a differenza del reato ex art. 187 c.d.s. per la cui dimostrazione *"è necessario sia un accertamento tecnico-biologico, sia che altre circostanze provino la situazione di alterazione psico-fisica"*.

[\[4\]](#) Tribunale Ivrea, sentenza 25/01/2010, n. 6.

[\[5\]](#) Tribunale Pesaro, sentenza 16.12.2014. Nel senso di ritenere sufficiente l'analisi delle urine, senza provvedere all'esame ematico: Cassazione penale, sez. IV, sentenza 9/01/2013, n. 6995; Cassazione penale, sez. IV, sentenza 16/06/2017 n. 30237.

[\[6\]](#) Cassazione penale, sez. IV, sentenza 11/04/2014, n° 16059.

[\[7\]](#) Cassazione penale, sez. IV, sentenza 10/10/2017 n. 51284.

[\[8\]](#) Cassazione penale, sez. IV, sentenza 30/05/16, n. 22711: *"E' inutilizzabile il risultato delle analisi del sangue effettuato in ospedale su richiesta della polizia e dirette alla ricerca di alcool dopo un sinistro stradale se non viene comunicato alla persona sottoposta alle indagini che può farsi assistere da un difensore"*.

[\[9\]](#) Cassazione penale, 23/10/1992, Torcato, CED 192917.

[\[10\]](#) Cassazione penale, sez. III, sentenza 17/01/2012, n. 4945.

[\[11\]](#) Cassazione penale, Sez. VI, sentenza 13/9/2016, n. 43894; Cassazione penale, Sez. IV, sentenza 21/12/2011, n. 34145.

[\[12\]](#) Cassazione penale, Sez. IV, sentenza 10/1/2017, n. 4234; Cassazione penale, Sez. IV, sentenza 22/12/2016, n. 3340; Cassazione penale, Sez. I, sentenza 21/12/2016, n. 15272.

[\[13\]](#) Cassazione penale, Sez. Un., sentenza 29/1/2015, n. 5396.

[\[14\]](#) Ibidem.

ABUSI EDILIZI: È ILLEGITTIMO L'ORDINE DI DEMOLIZIONE DI UN IMMOBILE ABUSIVO COLPITO DA SEQUESTRO PENALE

Con la sentenza n. 2337 del 17 maggio 2017, il Consiglio di Stato si è discostato dall'indirizzo giurisprudenziale, amministrativo e penale prevalente, dichiarando inefficace l'ordine di demolizione e i conseguenti provvedimenti sanzionatori, di un immobile abusivo colpito da sequestro penale.

Virginia Galasso - Pubblicazione, martedì 21 novembre 2017
Redattore: **Massimiliano Pace**

Sommario: 1. La massima; 2. Il caso; 3. La motivazione del Consiglio di Stato.

1. La massima

“È illegittimo un provvedimento con il quale un Comune ha irrogato la sanzione amministrativa pecuniaria, ai sensi dell'art. 31, comma 4-bis, d.P.R. 380/2001, per la mancata ottemperanza all'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo, nel caso di immobile sottratto alla disponibilità delle parti, in quanto sottoposto a sequestro penale; infatti, l'ordine di demolizione di un immobile colpito da un sequestro penale deve essere ritenuto affetto dal vizio di nullità, ai sensi dell'art. 21-septies l. n. 241 del 1990 e, quindi, radicalmente inefficace, per l'assenza di un elemento essenziale dell'atto, tale dovendo intendersi la possibilità giuridica dell'oggetto del comando”.

2. Il caso

Il Comune di Gabicce Mare irrogava alla società Oasi s.r.l. la sanzione pecuniaria di 20.000,00 Euro, per non aver ottemperato all'ordinanza n. 99 del 9 luglio 2013 di riduzione in pristino dello stato dei luoghi a seguito della realizzazione di opere abusive. Successivamente, con provvedimento n.147/III Settore del 17 giugno 2015 disponeva l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale del fabbricato oggetto degli interventi abusivi. Tali provvedimenti venivano impugnati dalla società Oasi s.r.l. dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche il quale rigettava il ricorso con le seguenti motivazioni: “... la sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4 bis, del citato DPR n. 380/2001 è conseguenza della constatata inottemperanza all'ingiunzione

di demolizione....”.

Ebbene, secondo i Giudici di primo grado anche qualora l'immobile sia sottoposto a sequestro penale non è possibile poter invocare l'impossibilità ad ottemperare all'ordine di demolizione, poiché il proprietario può chiedere il dissequestro, specie se la richiesta sia fondata sull'intento di procedere al ripristino dello stato dei luoghi (*“emerge dagli atti, ... che le istanze di dissequestro proposte dall'interessata all'autorità giudiziaria penale, in uno all'istanza di accesso all'immobile .., da essa invocate a sostegno della dedotta impossibilità di dare esecuzione alla demolizione, sono state precedenti alla citata ordinanza ...comunque, sono state presentate per ragioni del tutto diverse dall'intento di provvedere alla riduzione in pristino... Nei circa tre anni successivi all'emanazione di tale ordine di demolizione, invece, non risulta che la ricorrente si sia in alcun modo attivata”*).

Avverso la predetta decisione veniva proposto appello dalla società Oasi, insistendo nel sostenere l'invalidità dei provvedimenti impugnati e concludendo per il loro annullamento, in riforma della sentenza appellata.

La sentenza di primo grado è stata integralmente riformata dai Giudici del Consiglio di Stato. Con sentenza del 17 maggio 2017, n. 2337, il Supremo Collegio ha affermato l'illegittimità e l'inefficacia dell'ordine di demolizione laddove riguardi un immobile sottoposto a sequestro penale, poiché il destinatario dell'ordine si trova nell'impossibilità giuridica di eseguire la demolizione.

3. La motivazione del Consiglio di Stato.

La *quaestio* presentata ai Giudici d'appello richiede di stabilire se, i provvedimenti sanzionatori adottati sulla base dell'omessa esecuzione di presupposti ordini di demolizione (o di riduzione in pristino), sono validi ed efficaci anche nel caso in cui il bene sia sottoposto a sequestro penale.

Il Consiglio di Stato con la sentenza in commento ha stabilito che, quando il bene sia sottoposto a sequestro, il destinatario dell'ordine si trova nell'impossibilità giuridica di eseguire la demolizione, poiché l'ordine è privo di un elemento essenziale, ossia della possibilità giuridica dell'oggetto del comando.

In mancanza di un elemento essenziale dell'atto, lo stesso, deve ritenersi affetto dal vizio di nullità, ai sensi dell'articolo 21-septies della Legge 7 agosto 1990, n. 241^[1], e quindi,

radicalmente inefficace.

Con la pronuncia in esame, il Collegio ha ritenuto di allontanarsi dal prevalente indirizzo giurisprudenziale, sia amministrativo (cfr. ex multis Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2016, n.283), che penale (Cass. Pen., sez. III, 14 gennaio 2009, n.9186) secondo cui la pendenza di un sequestro non rappresenta un impedimento assoluto all'attuazione dell'ingiunzione di demolizione, poiché il destinatario dell'ordine potrebbe chiedere il dissequestro del bene, al fine di procedere alla demolizione (Consiglio di Stato, sentenza del 28 gennaio 2016, n. 283; Cassazione, sentenza del 14 gennaio 2009, n. 9186).

Tale assunto è stato respinto per diversi motivi.

Innanzitutto, l'eseguibilità dell'ingiunzione non può essere ricondotta ad una eventualità futura, astratta ed indipendente dalla volontà dell'interessato (ossia alla decisione del giudice penale), ma deve sussistere già al momento genetico dell'ordine, pena l'illegittimità dell'atto.

Occorre precisare che, nessuna norma giuridica impone al privato l'obbligo di chiedere il dissequestro al fine di poter effettuare la demolizione. Si tratta di una condotta priva di qualsiasi fondamento giuridico.

In realtà si fa riferimento ad un "dovere di collaborazione" ideato dalla giurisprudenza, trascurando che l'articolo 23 della Costituzione vieta ogni prestazione che non sia preventivamente stabilita dalla legge.

La possibilità di richiedere il dissequestro dovrebbe rappresentare una scelta processuale dell'indagato, il quale, per sua precisa strategia difensiva, potrebbe avere interesse a conservare l'immobile.

Dunque, l'ingiunzione prescrive un obbligo di facere inesigibile, poiché rivolto alla demolizione di un immobile che è stato sottratto alla disponibilità del destinatario del comando (il quale, se eseguisse l'ordinanza, commetterebbe il reato di cui all'art. 334 c.p.[\[2\]](#)).

Inoltre, si aggiunga che, le misure contemplate dall'art. 31, commi 3 e 4-bis, del d.P.R. n.380 del 2001, hanno carattere sanzionatorio. Affinché possano essere validamente applicate necessitano della colpa del destinatario dell'ingiunzione rimasta ineseguita, in ossequio ai canoni generali ai quali deve obbedire ogni ipotesi di responsabilità.

Senonché, nei casi come quello in esame, non è possibile individuare alcun profilo di rimproverabilità nella condotta inerte del destinatario dell'ordine, poiché si trova nell'impossibilità di eseguire il comando in presenza di un altro provvedimento giudiziario, che gli ha sottratto la disponibilità giuridica e fattuale del bene.

Ebbene, l'irrogazione di una sanzione per una condotta che non può in alcun modo essere soggettivamente ascritta alla colpa del soggetto colpito dalla sanzione stessa, non può che essere giudicata illegittima per il difetto del necessario elemento psicologico della violazione.

In conclusione, è invalido e, comunque, inefficace, l'ordine di demolizione, e i conseguenti provvedimenti sanzionatori, di un immobile abusivo colpito da sequestro penale.

Note e riferimenti bibliografici

[1]“È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”.

[2]“Chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora una cosa sottoposta a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa e affidata alla sua custodia, al solo scopo di favorire il proprietario di essa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinquantuno euro a cinquecentosedici euro. Si applicano la reclusione da tre mesi a due anni e la multa da trenta euro a trecentonove euro, se la sottrazione, la soppressione, la distruzione, la dispersione o il deterioramento sono commessi dal proprietario della cosa, affidata alla sua custodia. La pena è della reclusione da un mese ad un anno e della multa fino a trecentonove euro, se il fatto è commesso dal proprietario della cosa medesima non affidata alla sua custodia”.

SCHEMA DI PARERE PER ESAME AVVOCATO

Le prime due prove scritte dell'Esame di Avvocato sono incentrate sulla redazione di un parere di diritto civile ed uno di diritto penale. Avere ben chiaro uno schema di redazione è essenziale ai fini del loro svolgimento.

Angela Cuofano - Pubblicazione, mercoledì 22 novembre 2017
Redattore: **Alessio Giaquinto**

[\(Clicca qui per scaricare l'immagine in dimensioni massime\)](#)

Image: ""



O SEGREDO PROFISSIONAL TEM VALIDEZ SOMENTE NAS CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES A RECEÇÃO DO MANDATO

O Supremo Tribunal de Justiça italiano, no seu acórdão de 25 de setembro de 2017 n. 22253, tem afirmado o princípio de que "o segredo profissional dos advogados aplica-se apenas com referência aos fatos aprendidos no exercício de suas atividades profissionais e em relação ao próprio mandato".

Salvatore Aromando - Pubblicazione, giovedì 23 novembre 2017
Redattore: Raffaele Giaquinto

Na normativa italiana, o segredo profissional dos advogados resulta disciplinado tanto pelo Código de Processo Penal quanto por o do Processo Civil e pelo Código de Conduta, que cada advogado deve observar.

Em detalhe, o Código de Processo Penal envolve, primeiramente, uma espécie de regra geral (**art. 200, Código de Processo Penal**) que contém uma lista de profissionais que são obrigados a cumprir com o "sigilo profissional" e que podem recusar-se a depor. O seguinte, regula o também o direito de pleitear sigilo profissional, em caso de pedido de exibição de documentos ou entrega de atos pelo tribunal (**art. 256 Código de processo Penal**) e o direito de se abster de tomar informações do PM (**art. 362 Código de processo Penal**). No entanto, mesmo com o Código de Processo Civil está previsto o direito de recusa de depor (**art. 249 CCP**), que se baseia no disposto pelo art. 200 do Código de Processo Penal.

Este quadro jurídico implica que ao advogado seja reconhecida a possibilidade de abster-se do testemunho e produzir documentos, a fim de proteger segredos relacionados com o cliente: fala-se propriamente de "*possibilidade*" sendo a decisão assumida livremente, sobre a base de uma avaliação, onde tal profissional deve ter em conta a sua própria consciência, mas também o respeito da ética profissional.

Na verdade, mesmo com o Código de Ética Forense, governa-se o dever de confidencialidade (cfr. Art. 13:28), como este é o pré-requisito para o estabelecimento de uma relação de confiança. O segredo refere-se a qualquer tipo de atividade levada a cabo

(quer de natureza extrajudicial, processual ou meramente consultiva). Assumindo que a divulgação de segredos comerciais não só é punida com suspensão, a partir de um a três anos, mas é também um crime passível de **art. 622 do Código Penal**, deve recordar-se que o dever de confidencialidade e a obrigação ao sigilo, existe mesmo se o mandato for rescindido ou renunciado e que, além do advogado, devem observar o sigilo, colaboradores e praticantes.

No entanto, há casos em que é permitido derrogar esta obrigação, isto é quando é necessário, para a condução da defesa, o impedir a consumação de um crime particularmente grave, para anexar fatos em disputa entre advogado e cliente ou a parte assistida, no âmbito de um procedimento disciplinar.

No caso analisado pelo Supremo Tribunal, o sujeito foi defendido pelo advogado, em um processo para o uso de drogas. Uma vez concluído o seguinte, a relação entre advogado e cliente, de profissional, tornou-se amical. Durante estes encontros o sujeito começou a ofender um colega do seu ex-defensor. Reiterando tais ofensas, foi apresentada uma queixa, que gerou um processo judicial onde, o ex-defensor foi citado como testemunho. Em tal contexto, este último afirmou que o próprio ex-cliente era um sujeito com um comportamento compulsivo e manias de perseguição e que, em passado, foi condenado por ter agredido um policial.

O órgão do Supremo Tribunal, as afirmações sobre o ex-cliente do testemunho (o comportamento ‘compulsivo’ e as manias de perseguição), não constituem factos ou circunstâncias empíricas que não proibem, ao advogado, a testemunhar, sendo opiniões não inerentes com a relação profissional entre as duas pessoas, mas não se pode excluir que tais afirmações sejam fruto da relação amical entre os dois. Também a condena por agressão não parece ser relacionada com o processo judicial anteriormente referido, concluído há vários anos. Portanto, não existiam, neste caso, as condições pelas quais o ex-defensor podia apelar o segredo profissional ou abster-se a testemunhar.

As Sezioni Unite do Supremo Tribunal de Justiça tiveram a oportunidade de destacar, com a decisão **n. 22253/2017** que o **sigilo profissional dos advogados abrange apenas o que aprenderam no exercício da profissão**. Na verdade, os advogados têm observado que *“o Art. 200 do Código de Processo Penal prevê, que algumas pessoas que trabalham em determinados escritórios ou realizam determinadas profissões, como os advogados, não podem ser obrigados a depor sobre o que aprenderam, em razão do próprio ofício ou profissão, assim, reconhecendo-lhes o direito de se opor ao "sigilo*

profissional" e ser isentos da obrigação de testemunhar enquanto, para que o juiz possa censurar a oposição ao sigilo profissional por parte da testemunha e, se tal ação se revelasse infundada, para pedir o mesmo a depor (Cass. pen., Sec. 6, n. 7440 de 10 de Janeiro de 2017; Cass., Sec. 2, n. 13369 de 7 de Janeiro de 2011). Tanto o artigo 200 do Código de Processo Penal que a disposição do código de conduta, estabelecem que o sigilo profissional do advogado aplica-se apenas e exclusivamente com referência aos "fatos apreendidos no exercício de suas atividades profissionais e relativas ao mandato."

Assim, fica claro que o "limite" do **segredo profissional, portanto, respeita tudo o que se aprende no exercício da atividade, em consideração com o mandato e, por conseguinte, não está sujeito à sanção disciplinar o advogado que testemunhe (também expressando a apreciação sobre a personalidade do sujeito), quando as declarações não estão ligadas à relação profissional e não estão a ser apreendidas no exercício da profissão ou relacionadas com o mandato recebido.**

LA CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI

Nonostante il mercato mondiale delle cartolarizzazioni sia stato duramente colpito dalla recente crisi finanziaria e ne sia conseguito un forte ridimensionamento, il segmento mostra ampi segnali di ripresa.

Giusy Tuzza - Pubblicazione, giovedì 23 novembre 2017
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Sommario. 1. Premessa. 2. La legge 130/1999. 3. I soggetti coinvolti. 4. La struttura. 4.1. Quali i possibili rischi dell'operazione? 5. Le prospettive della cartolarizzazione. 5.1. La necessità di adozione di provvedimenti prudenziali. 6. Un approfondimento: la crisi dei mutui subprime e i prodotti cartolarizzati.

1. Premessa.

Il termine cartolarizzazione, che rappresenta in Italia la traduzione di *securitisation*, identifica la tecnica con la quale attività illiquide di qualunque tipo possono essere trasformate in titoli negoziabili in un mercato secondario. Si tratta di una tecnica nata negli USA intorno agli anni '70 e, solo successivamente, approdata in Europa. Fino al 1999 sono state realizzate in Italia utilizzando strutture giuridiche atipiche, poiché, a seguito della legge n. 130/1999 le dette operazioni hanno ricevuto consacrazione legislativa e possono essere effettuate in modo più opportuno ed economico.

2. La legge 130/1999.

La legge in oggetto che ha regolato l'operazione in Italia si regge sui seguenti principi.

La cartolarizzazione è un'operazione di cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari, sia esistenti che futuri, individuabili in blocco se si tratta di una pluralità di crediti. Le cessioni devono avvenire da società qualificate (**c.d. società per la cartolarizzazione dei crediti** o *special purpose vehicle*) aventi ad oggetto esclusivo la realizzazione di tali operazioni. In Italia peraltro tali società devono essere iscritte nell'elenco speciale previsto ex art. 107 TUB. Le stesse sono obbligate, inoltre, a redigere un prospetto informativo e, se i titoli sono offerti al pubblico, è necessario ottenere un giudizio di rating. È ancora previsto che i creditori della società cessionaria/emittente non possono

rivalersi su crediti acquistati per l'operazione, ma solo i portatori de titoli possono aggredire il patrimonio costituito dai titoli stessi. Nel caso di fallimento, no è possibile azionare la revocatoria fallimentare. Pertanto l'emissione è sottoposta alle autorizzazioni di rito, nello specifico CONSOB e/o Banca d'Italia.

3. I soggetti coinvolti.

Come si avrà modo di chiarire in seguito la cartolarizzazione è un'operazione complessa, che prevede l'intervento di più soggetti ed in particolare:

- **Il cedente** delle attività cartolarizzate, il quale può essere una banca o un'impresa finanziaria;
- **L'advisor**, ossia uno studio legale o una primaria banca d'affari che funge da consulente per l'intera operazione;
- **L'arranger**, un intermediario finanziario specializzato che organizza l'operazione con le finalità di realizzare gli obiettivi del cedente al minimo costo;
- **La società per la cartolarizzazione dei crediti**, ossia la società cessionaria e abilitata a emettere i titoli in cui sono incorporati i crediti ceduti;
- **Il collocatore**, funzione in genere svolta da una banca che può comprare i titoli in proprio o venderli ad investitori istituzionali oppure al pubblico;
- **Il servicer**, ossia società di servizi specializzata in gestione del portafoglio oggetto dell'operazione e, soprattutto, nella gestione dei flussi di incasso e pagamento.
- **La società di rating**, preposta alla valutazione dei rischi e attribuisce un giudizio ai titoli corrispondentemente emessi; monitorare la qualità delle Asset Backed Securities (ABS) e nel caso in cui intervengono variazioni rispetto alle condizioni iniziali modifica il giudizio;
- **I soggetti garanti**, che forniscono garanzie esterne attraverso la copertura di una percentuale di rimborso dei titoli emessi.

4. La struttura (1).

Il cedente dopo aver selezionato un pool di attivi presenti nel suo portafoglio, li cede ad un altro soggetto, cessionario, il quale procede alla loro trasformazione in titoli collocabili sul mercato. Il cessionario effettua una emissione di titoli definiti ABS, e che consistono in strumenti finanziari supportati da attivi, che vengono collocati presso gli investitori. Con i proventi derivati dalla vendita delle ABS il cessionario è in grado di corrispondere al cedente il pagamento di attivi da questi ceduti e che rappresentano, in

genere, flussi di cassa che consentono di procedere alla remunerazione degli investitori acquirenti delle ABS. Gli attivi costituiscono la garanzia primaria del pagamento delle somme dovute agli investitori che sottoscrivono i titoli.

Appare evidente che tale operazione è davvero complessa, sia nella fase della preparazione che di quella dell'organizzazione e dell'amministrazione del cash flow. Infatti si deve immediatamente provvedere alla selezione di tutti i soggetti che saranno coinvolti, e poi alla scelta del portafoglio da cartolarizzare e della forma di collocamento dei titoli, all'analisi dei costi e dei benefici e alla definizione degli aspetti organizzativi.

Le banche rivestono ruoli diversi all'interno di ogni operazione, tuttavia ciò che rileva maggiormente sono i vantaggi che possono derivare a una banca dal ricorso ad una operazione di cartolarizzazione in qualità di soggetto cedente (2). Infatti tali operazioni implicano la cessione a terzi di quote dell'attivo di bilancio del cedente rappresentate da crediti che esso vanta nei confronti dei propri debitori e provocano una diversa composizione dello stesso attivo, nel quale aumentano le poste monetarie e a rischio nullo derivanti dall'incasso del prezzo pattuito per la cessione e diminuiscono le poste meno liquide e più rischiose. In quest'ultimo caso il prezzo di cessione è solitamente inferiore al valore di iscrizione in bilancio dei crediti oggetto della cartolarizzazione e, di conseguenza, la cessione stessa provoca anche una riduzione globale dell'attivo della banca. Per questo **essa migliora la situazione patrimoniale e finanziaria della banca e agisce favorevolmente sul valore dei coefficienti patrimoniali minimi,** pur dovendo tener conto della perdite derivanti dalla cessione di crediti a un prezzo inferiore di quello di bilancio (3).

4.1. Quali i possibili rischi dell'operazione? (4)

Premesso che oggetto della cartolarizzazione può essere sia un credito garantito che non garantito, il tipo e la qualità dei crediti condizionano evidentemente il rischio che tali operazioni originano per il cedente e per il compratore dei titoli che sono emessi fronte della cessione dei crediti. In realtà il cedente non corre rischi particolari, salvo la sorpresa a posteriori di un prezzo inferiore della cessione rispetto al realizzo effettivo dei crediti quando avviene il loro incasso. Ed è proprio il prezzo che determina la riuscita o meno dell'operazione, con risvolti diversi tanto per il cedente quanto per il cessionario e i loro interessi contrapposti. Ed infatti mentre il cedente corre il rischio del mancato guadagno, l'investitore corre il rischio della perdita sia in termini economici che

finanziari. Per rendere più trasparenti le operazioni e identificare i rischi si fa ricorso al rating cui sono preposte le società specializzate. Ad ogni modo i rischi possono essere eliminati se le operazioni di cartolarizzazione sono assistite da garanzie di terzi. Alle garanzie esterne, poi, si aggiungono quelle interne intrinseche all'operazione (*overcollateralisation e credit tranching*).

5. Le prospettive della cartolarizzazione.

L'operazione si è diffusa molto in Europa a seguito dell'adozione dell'euro quale moneta unica e capace di integrare i mercati dei capitali favorendone il sistema finanziario. Per lo più ha riguardato i mutui ipotecari, per poi diffondersi verso svariate tipologie di attivi fino ad approdare a nuovi strumenti finanziari più complessi come le CDO. Queste ultime sono scarsamente utilizzate in Italia, situazione questa che in un certo senso se da un lato lascia intravedere margini di ulteriore sviluppo della cartolarizzazione in Italia, dall'altro è tra i principali fattori che l'hanno preservata dalle disastrose conseguenze della crisi finanziaria globale. Le rilevazioni della Banca d'Italia hanno evidenziato che nessuna banca del sistema risultava esposta direttamente verso i comparti incriminati (subprime e At-A statunitensi), tanto che un numero esiguo di banche italiane presentava esposizioni indirette connesse con ABS, CDO e quote di fondi speculativi (5).

In Italia la tecnica della cartolarizzazione ha ricevuto notevole impulso a seguito dell'introduzione della **legge 130/1999** come già anticipato e, più recentemente, dal 2005, dell'istituzione da parte di Borsa Italiana S.p.A. dell'**Euromot**. Questo è un segmento di mercato Mot (ossia mercato telematico delle obbligazioni) in cui vengono negoziate anche le ABS. La cartolarizzazione è stata usata dalle banche italiane per operazioni di pulizia di bilancio attraverso la cessione di crediti problematici e, solo successivamente, è aumentato il numero dei crediti vivi (6).

Lo sviluppo a ritmi accelerati ha spesso determinato un uso improprio di tali operazioni. Si è diffusa la prassi di ricorrere alle operazioni in esame al fine di eludere i regolamenti imposti dalla normativa sulla adeguatezza patrimoniale delle banche. La cartolarizzazione, poiché interviene sulla composizione qualitativa e quantitativa dello stato patrimoniale delle banche, veniva impiegata allo scopo di ridurre la rischiosità dell'attivo delle banche e i requisiti di capitale da detenere ai fini prudenziali. In un utilizzo **corretto** dell'operazione il minore accantonamento patrimoniale a carico delle banche è giustificato dalla reale minore rischiosità dell'attivo. In un utilizzo **scorretto**, invece, il minor patrimonio accantonato non accompagna una reale riduzione della

rischiosità, ma è riconducibile a lacune normative presenti nell'Accordo sul capitale Basilea 1 (7).

5.1. La necessità di adozione di provvedimenti prudenziali.

Con il già accennato **Basilea 1** la concessione da parte della Banca di linee di credito di durata inferiore all'anno alla società veicolo preposta alla cartolarizzazione non comportava l'accantonamento del patrimonio, nonostante si configurasse un situazione in cui il rischio rimaneva sostanzialmente in parte in capo alla banca stessa. Simili circostanze hanno legittimato la realizzazione di operazioni a scopo di arbitraggio regolamentare consentendo alle banche di conseguire un risparmio in termini di patrimonio di vigilanza a parità di rischio di credito assunto. Tale opportunità di arbitraggio è stato in qualche modo abbattuto in parte con **Basilea 2**, ma si dovrà attendere l'Accordo di **Basilea 3** per dare un effettivo assetto di miglioramento in termini di cartolarizzazione eliminando il più possibile i difetti dell'impianto regolamentare di Basilea 2. In particolare sono stati adottati trattamenti prudenziali più severi per le esposizioni connesse a operazioni di cartolarizzazione oltre che a sottolineare nuovi requisiti più rigorosi di tipo organizzativo e gestionale. Conseguentemente sono stati accresciuti gli obblighi di trasparenza previsti dal Terzo Pilastro dell'Accordo sul Capitale prevedendo nuove e più dettagliate informazioni relative alla cartolarizzazione e creazione di società veicolo. In tal modo i partecipanti al mercato dovrebbero essere adeguatamente informati sul reale profilo di rischio complessivo assunto dalle banche (8).

Pertanto è auspicabile che la cartolarizzazione si sviluppi verso un percorso improntato alla maggiore prudenza e trasparenza, evitando che il rischio di credito delle banche defluisca in soggetti non regolamentati e che non ricadono nell'area di assoggettamento della disciplina prudenziale sui rischi. Si deve quindi evitare un utilizzo distorto della cartolarizzazione finalizzato a occultare la reale esposizione delle banche, oltre a ripensare il ruolo svolto dalle agenzie di rating affinché esse siano in grado di valutare adeguatamente la rischiosità incorporata negli strumenti finanziari sottoposti al loro giudizio. Solo così tale operazione può volgere il suo scopo a vantaggio sia delle banche, che ampliano a gamma dei valori mobiliari da intermediare, sia ai risparmiatori, ai quali vengono offerte opportunità di investimento più diversificate, sia alle medie e piccole imprese, che indirettamente ne giovano essendo fonte di provvista alternativa per le banche.

6. Un approfondimento: la crisi dei mutui subprime e i prodotti cartolarizzati.

Nel 2007 è scoppiata la crisi finanziaria internazionale, inizialmente identificata come **crisi dei subprime** e che trae origine dalla costante espansione del mercato immobiliare degli USA negli anni 1995/2007 durante i quali le banche hanno incrementato la concessione di mutui per l'acquisto di immobili anche a debitori con evidenti rischi di insolvenza. Ma cosa sono i mutui subprime? Sono appunto i mutui concessi a debitori che presentano una forte insolvenza in ragione di un reddito inadeguato o di fallimenti o condizioni di precarietà di occupazione. In tale caso le banche applicano un tasso più alto a fronte di un maggiore rischio assunto e, in caso di inadempienza, le stesse procedono alla vendita dell'immobile per rivalersi dell'inadempienza del debitore. Ciò si è rivelato possibile e a volte perfino vantaggioso fino a che le banche hanno venuto gi immobili a prezzi elevati, grazie al continuo apprezzamento legato alla favorevole congiuntura con il mercato immobiliare. Tuttavia questo meccanismo si è inceppato con il contestuale innalzamento dei tassi di interessi da parte della banca centrale americana e il crollo del mercato immobiliare, comportando un valore degli immobili talmente basso e ridotto da non consentire alle banche di vendere per recuperare il credito.

In questo contesto la cartolarizzazione ha avuto un ruolo primario, nell'agevolare la trasmissione della crisi a livello sistemico. Molte banche hanno infatti modificato il modello di business basato sull'attività di intermediazione creditizia tradizionale, denominato *originate-to-old (OtH)*, adottando il nuovo modello denominato *originate-to-distribute (OtD)*. Nel primo modello le banche mantengono la titolarità dei prestiti fino alla scadenza contrattuale; nel secondo erogano i prestiti per poterli cedere sistematicamente sul mercato prima che giungano a scadenza (9). La cartolarizzazione, da parte sua, ha rappresentato una delle tecniche funzionali all'affermazione del modello OtD, poiché con essa le banche hanno trasferito portafogli di prestiti liberando liquidità e capitale, aumentando così la propria capacità di impiego. Le banche americane hanno quindi trasferito il rischio assunto sulla concessione di mutui subprime proprio attraverso la cartolarizzazione, trasformando così attivi in strumenti collocabili presso altre banche e risparmiatori. I mutui de quo sono stati prima incorporati in ABS e successivamente ancora una volta cartolarizzati, dando vita ad altre obbligazioni denominate CDO. Numerosi istituti si sono ritrovati nei propri portafogli strumenti di varia natura, privi di valore, a fronte dei quali hanno registrato inevitabili perdite di rilevante entità. Fino a comportare in tantissimi casi il fallimento di non poche istituzioni finanziarie. Ciò si aggiunga la scarsa trasparenza del mercato delle CDO e, soprattutto, la eccessiva

trasformazione dei crediti originari incorporati più volte in titoli di varia natura, che non ha consentito la localizzazione in maniera chiara e precisa delle perdite.

Note e riferimenti bibliografici.

1. F. BATTAGLIA, *Quale futuro per la cartolarizzazione dopo la crisi finanziaria?*, Milano, FrancoAngeli, 2014.
2. S. De Angeli, M. ORIANI, *La securitisation dei crediti bancari*, Milano, FrancoAngeli, 2000.
3. F. BATTAGLIA, op. cit. sub nota (1).
4. S. DELL'ATTI, *La cartolarizzazione dei crediti. Problematiche attuali alla luce dei nuovi orientamenti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.
5. D. DRAGO, *Securitisation, CDO e covered bonds. Strumenti e tecniche di frontiera per le banche: caratteristiche, mercato e rating*, Roma, Bancaria editrice, 2007.
6. Va anche evidenziato il ricorso sempre più ampio a operazioni di cartolarizzazione da parte dello Stato e di altri enti pubblici in qualità di soggetti cedenti aventi ad oggetto non solo crediti ma anche patrimoni immobiliari.
7. C. PORZIO, *Securitisation e crediti in sofferenza. Problemi gestionali, contabili e normativi nella recente esperienza italiana*, Roma, Bancaria Editrice, 2001.
8. J. HU, *Asset securitisation: theory and practice*, Singapore, Wiley, 2011.
9. S. Dell'Atti, *La cartolarizzazione dei crediti. Problematiche attuali alla luce dei nuovi orientamenti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

IL DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS NEL GIUDIZIO DI RINVIO

La Cassazione stabilisce che il divieto di reformatio in peius opera anche nel giudizio di rinvio, in diretto rapporto con la sentenza annullata, quando l'annullamento riguarda motivi di carattere non processuale.

Alessandra Inchingolo - Pubblicazione, venerdì 24 novembre 2017
Redattore: **Giovanni Sicignano**

La Sesta Sezione penale della Suprema Corte con **sentenza n. 49717 del 30 ottobre 2017** (allegata all'articolo) ha stabilito che il trattamento sanzionatorio da comminare in sede di rinvio deve essere rapportato alla pena meno gravosa irrogata dalla Corte d'Appello con sentenza di rinvio.

La Corte di Cassazione infatti, alle prese con un procedimento che vedeva imputato un boss della 'ndrangheta, ha statuito che laddove la **sentenza d'appello** sia stata **annullata per ragioni diverse** da quelle di tipo **esclusivamente processuale**, il **divieto di reformatio in peius**, che opera anche nel giudizio di rinvio, **va rapportato non alla sentenza di primo grado ma a quella di secondo grado annullata**.

Orbene, già il Codice del 1913, al 2° comma dell'art. 480 stabiliva che il divieto si concretava nella previsione secondo cui la sentenza non poteva essere riformata, a danno dell'imputato soltanto nella qualità e misura della pena, estendendosi poi nel codice del 1930 nell'art. 515 all'applicazione di misure di sicurezza nuove o più gravi di quelle contenute nella sentenza appellata e al proscioglimento dell'imputato per una causa meno favorevole rispetto alla precedente decisione.

Non poche le questioni inerenti tale divieto, tuttavia qual è la ratio che sottende a tale divieto?

Senza tralasciare la circostanza che esso è in primis esplicitazione del principio del *favor rei*, diretta conseguenza della presunzione di innocenza sancita dalla Carta costituzionale, ma anche espressione del diritto di difesa altrettanto importante dogma costituzionale, il divieto di **reformatio in peius** è previsto e disciplinato dal 3° comma dell'art. 597 c.p.p. secondo cui il giudice «non può irrogare una pena più grave per

specie o quantità, applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata né revocare benefici.

In prima battuta, si era posto il problema *se il divieto di reformatio in peius investisse anche i singoli elementi che compongono la pena complessiva e riguardasse quindi non solo il risultato finale di essa, ma tutti gli elementi del calcolo relativo.*

Principalmente due gli orientamenti che emergevano dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Il primo, prevedeva che il divieto riguardasse solo il risultato finale dell'operazione di computo della pena e non anche i criteri di determinazione della medesima ed i relativi calcoli.

Il secondo e maggioritario orientamento, invece, prevedeva che il divieto di reformatio in peius laddove non vi fosse stata impugnazione del pubblico ministero, doveva investire non solo il risultato finale, ma anche tutti gli elementi del calcolo della pena, e ciò di conseguenza determinava l'impossibilità non solo di elevare la pena complessiva, ma anche di elevare l'entità dei singoli addendi oggetto del calcolo della pena.

Va puntualizzato però che il consolidato principio in base al quale il divieto di reformatio in peius trova applicazione anche al giudizio di rinvio, se la sentenza di secondo grado è stata annullata per ragioni esclusivamente processuali. Infatti, il parametro cui bisogna fare riferimento è costituito dalle decisioni contenute nella pronuncia del giudice di primo grado. In questa ipotesi, così come sottolinea la Cassazione, non c'è stato il consolidamento di posizioni di carattere sostanziale in capo all'imputato e, pertanto, il divieto di peggioramento deve essere riferito a quanto deciso nell'ambito della sentenza di primo grado.

Il caso sottoposto ai Giudici della Suprema Corte conteneva una serie di atti non contestabili sul piano della forma, poiché il vizio che ha condotto all'annullamento della pronuncia di appello è di natura sostanziale, dal momento che non ha permesso di ricostruire l'iter attraverso il quale il giudice è arrivato alla decisione, andando pertanto ad influire sui motivi della deliberazione stessa.

Dunque, viene così accolto uno dei motivi di ricorso presentati dalla difesa di uno dei boss della 'ndrangheta in Lombardia, il quale andrà a scontare 12 anni e non 14, cioè

quanto stabilito in sede di giudizio di secondo grado dalla Corte d'appello e non la pena decisa dal Tribunale in primo grado. La Corte di Cassazione, tra l'altro, in una delle prime applicazioni della riforma del processo penale dell'agosto scorso procede direttamente alla rideterminazione della pena sulla base del nuovo articolo 620 lettera l) del Codice di procedura penale.

Ancora una volta viene pertanto riconfermato il principio per cui nell'ambito del processo penale il divieto di *reformatio in peius*, introdotto dall'articolo 597, co. 3, c.p.p., rappresenta un limite al sindacato del giudice d'appello, precisando però che anche se il legislatore lo preveda solo con riferimento al giudizio di appello, in quanto non espressamente richiamato dall'art. 627 c.p.p., è però acclarato che tale divieto di *reformatio in peius* vada applicato anche al giudizio di rinvio. In ossequio dunque ai principi di tutela del diritto alla difesa e del devolutum, essendo inconcepibile che in tale fase si producano effetti più nocivi per l'imputato.

LA PROCURA ALLE LITI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Focus Esame Avvocato: la procura alle liti nel processo amministrativo.

Lucio Orlando - Pubblicazione, sabato 25 novembre 2017
Redattore: **Raffaele Giaquinto**

PROCURA SPECIALE AD LITEM

La/Il sottoscritta/o _____, nata/o a _____, il _____, residente in _____, via _____, con il presente atto, conferisce procura speciale alle liti all'Avv. _____, del Foro di _____, al fine di promuovere (o eventualmente a resistere in) giudizio dinanzi al T.A.R. _____ nei confronti di _____ per l'accertamento del diritto _____, conferendo al medesimo ogni più ampia facoltà di legge, di legge, ivi compreso quello di proporre motivi aggiunti, effettuare istanze anche stragiudiziali e di accesso agli atti e nel caso di diniego all'accesso agli atti, nonché quella di farsi sostituire, considerando sin da ora per rato e valido il suo operato.

Dichiaro, inoltre, di esser stato edotto, ai sensi e per gli effetti del D.lgs. n. 196/2003, che i dati personali richiesti verranno utilizzati ai soli fini del presente incarico e, perciò, a tal fine, presto il proprio consenso al loro trattamento.

Elegge domicilio presso il suo studio in _____ nella via _____, n. _____.

_____, li _____

FIRMA _____

E' autentica la firma

Avv. _____

Per i **professionisti** è importante tenere a mente che, nel processo amministrativo, ai sensi degli artt. 3 e 4 del Decreto del Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa, n. 167 del 22.12.2016, vanno rispettati i seguenti limiti dimensionali degli atti processuali di parte:

1) la parte in fatto e in diritto (che deve essere impostata in carattere di dimensione 14) non può complessivamente superare:

a) 70.000 caratteri nel rito ordinario, nei riti di cui agli artt. 119, 120 e 130 c.p.a. e nei relativi giudizi di ottemperanza;

b) 30.000 caratteri nei riti dell'accesso, silenzio, decreto ingiuntivo, art. 129 c.p.a., relative ottemperanze, ottemperanza a giudicati diversi da quelli del g.a., altri riti speciali non espressamente menzionati;

2) previa autorizzazione presidenziale, nel ricorso dei presupposti di cui all'art. 5, comma 1, del citato decreto, nell'ipotesi sub a) può essere autorizzato il limite dimensionale di 100.000 caratteri e nell'ipotesi sub b) di 70.000 caratteri; e nel ricorso dei presupposti di cui all'art. 5, comma 2, del citato decreto possono essere autorizzati limiti superiori;

3) le specifiche tecniche da utilizzare, per la parte in fatto e in diritto, ai sensi dell'art. 8, decreto 22.12.2016 citato sono: equivalente digitale di foglio A4, caratteri di tipo corrente e di agevole lettura (ad es. Times New Roman, Courier, Garamond) e preferibilmente di dimensioni di 14 pt, con un'interlinea di 1,5 e margini orizzontali e verticali di cm. 2,5 (in alto, in basso, a sinistra e a destra della pagina).

Non sono consentite note a piè di pagina.

In ogni caso l'utilizzo dei contenuti di Cammino Diritto, benché redatti con il massimo scrupolo e attenzione ai dettagli normativi, non può essere fonte di responsabilità per l'Editore o i suoi Autori.

Si raccomanda sempre di verificare che, dalla data di pubblicazione dei contenuti, soprattutto se trascorso molto tempo, non siano intervenute modifiche legislative o mutamenti giurisprudenziali tali da influire sulla loro validità o attualità.

NOMINA DEL DIFENSORE E PROCURA SPECIALE NEL PROCESSO PENALE

Focus Esame Avvocato: la nomina del difensore e contestuale procura speciale nel processo penale. Con alcune massime rilevanti in merito all'art. 96 del codice di procedura penale.

Lucio Orlando - Pubblicazione, sabato 25 novembre 2017
Redattore: **Raffaele Giaquinto**

NOMINA DIFENSORE E PROCURA SPECIALE

La/Il sottoscritta/o _____, nata/o a _____, il _____, residente in _____, via _____, nella qualità di _____ nel procedimento penale iscritto al n. _____ R.N.R., pendente presso _____ di _____

NOMINA

quale difensore di fiducia l' avv. _____, del foro di _____ con studio in _____ alla via _____;

CONCEDE al nominato difensore le più ampie facoltà di legge, compresa quella di proporre eventuali opposizioni ed impugnazioni;

CONFERISCE altresì mandato e procura speciale al detto difensore e procuratore speciale al fine di : a) richiedere il giudizio immediato; b) chiedere il giudizio abbreviato ai sensi degli artt. 438 ss. c.p.p. ; c) chiedere e concordare l'applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 ss. c.p.p.; d) chiedere l'oblazione a norma degli artt. 162, 162 bis c.p.; e) proporre opposizione e/o impugnazione avverso qualunque provvedimento giurisdizionale, anche in caso di assenza o di contumacia del dichiarante; f) rimettere e/o accettare eventuale remissione di querela; Revoca eventuali nomine precedenti.

_____, li _____

FIRMA _____

E' autentica la firma

Avv. _____

Nomina e procura predisposte dall'Avv. Lucio Orlando

GIURISPRUDENZA
recente e rilevante
in tema di nomina del difensore

"La nomina del difensore di fiducia effettuata per il giudizio di cognizione non é efficace per la fase esecutiva, salvo che per la specifica ipotesi della sospensione dell'esecuzione con termine, per la presentazione di istanza finalizzata alla concessione di misure alternative alla detenzione, prevista dall'art. 656, comma 5, cod. proc. pen."

Cassazione penale, sez. I, 04/05/2017, n. 22945

"Il principio secondo cui, salvo che risulti un'espressa manifestazione di volontà in senso contrario dell'interessato, la nomina del difensore di fiducia è efficace non solo per il procedimento principale nel quale è intervenuta ma pure per quelli incidentali direttamente derivatine, ancorché di competenza di un ufficio giudiziario diverso, trova applicazione anche nel caso in cui il pubblico ministero, in fase di indagini, abbia separato i procedimenti ravvisando una diversa competenza territoriale per taluni dei reati oggetto di investigazione."

Cassazione penale, sez. I, 19/01/2017, n. 8824

"La nomina del difensore di fiducia, dalla quale discende la cessazione del difensore di ufficio dalle sue funzioni, secondo il disposto dell'art. 97, comma 6, c.p.p., può dirsi validamente effettuata solo al momento della sua comunicazione all'autorità giudiziaria, a prescindere dalla diversa data contenuta nell'atto di nomina."

Cassazione penale, sez. VI, 22/03/2017, n. 17930

"È inefficace la nomina di difensore di fiducia depositata, diversamente da quanto previsto dall'art. 96, comma secondo, cod. proc. pen., ad una autorità giudiziaria diversa da quella procedente, cosicché la notifica degli atti da parte dell'autorità procedente al difensore nominato d'ufficio non costituisce causa di nullità del successivo dibattimento e della sentenza." (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che il deposito di nomina di difensore di fiducia al G.i.p. in allegato all'istanza di ammissione al gratuito patrocinio nel corso delle indagini preliminari, non può ritenersi compiuto "all'autorità procedente", da identificarsi, invece, nel pubblico ministero, al quale il G.i.p. non è tenuto a trasmettere di propria iniziativa la predetta nomina).

Cassazione penale, sez. V, 27/04/2016, n. 24053

"Quando l'imputato revoca il difensore di fiducia e ne nomina uno nuovo che chiede un termine a difesa, il giudice può legittimamente rigettare la contestuale istanza di rinvio presentata dal fiduciario subentrante in ragione di un concomitante impegno professionale, e nominare per la celebrazione dell'udienza un difensore d'ufficio in sostituzione di quello originario non comparso, attesa la permanenza nell'incarico del primo difensore, il cui mandato mantiene efficacia fino alla decorrenza del termine a difesa, in forza di quanto previsto dagli artt. 107 e 108 cod. proc. pen."

In ogni caso l'utilizzo dei contenuti di Cammino Diritto, benché redatti con il massimo scrupolo e attenzione ai dettagli normativi, non può essere fonte di responsabilità per l'Editore o i suoi Autori.

Si raccomanda sempre di verificare che, dalla data di pubblicazione dei contenuti, soprattutto se trascorso molto tempo, non siano intervenute modifiche legislative o mutamenti giurisprudenziali tali da influire sulla loro validità o attualità.

SCHEMA DI ATTO DI CITAZIONE NEL PROCESSO CIVILE CON PROCURA ALLE LITI E RELATA DI NOTIFICA

Focus Esame Avvocato: lo schema di atto di citazione nel processo civile con procura alle liti e relata di notifica. Guida alla redazione.

Ugo Bisogno - Pubblicazione, domenica 26 novembre 2017
Redattore: **Raffaele Giaquinto**

*Si riporta di seguito un modello di atto di citazione utile per l'introduzione del giudizio di primo grado nel processo civile. Sono stati opportunamente inseriti in rosso le coordinate normative su cui si fondano le parti del testo inserite, mentre, in riquadri grigi, i suggerimenti per il completamento del modello e i principi processuali di riferimento.
Si ringrazia l'Avv. Ugo Bisogno del Foro di Salerno per la redazione del modello.*

TRIBUNALE CIVILE DI _____
(Art. 163 c.p.c. comma 3 n. 1)

Atto di citazione

Il sig. _____ (C.F.: _____), nato a _____ (____) il _____ e residente in _____ (____), alla Via _____, *(Art. 163 c.p.c. comma 3 n. 2)* rappresentato e difeso, anche disgiuntamente, in virtù di procura in calce al presente atto, dall'avvocato _____ (C.F. _____) del Foro di _____ *(Art. 163 c.p.c. comma 3 n. 6)*, con il quale elettivamente domicilia presso l'indirizzo PEC: _____ - fax: _____; *(Art. 125 c.p.c. comma 1)*

Fatto

Premesso che ... *(Art. 163 c.p.c. comma 3 n. 4)*

Inserire in questa parte dell'atto l'esposizione completa e concisa delle ragioni di fatto che sostengono gli elementi della domanda giudiziale.

L'esposizione deve essere chiara, non ripetitiva e deve contenere la descrizione dei fatti rilevanti ai fini delle ragioni giuridiche che si andranno a sostenere.

Diritto

Considerati i fatti, per come esposti, è opportuno valutare che in diritto ... (*Art. 163 c.p.c. comma 3 n. 4*)

Inserire in questa parte dell'atto l'esposizione completa e concisa delle ragioni di diritto che sostengono gli elementi della domanda giudiziale.

L'esposizione deve essere schematica, può essere divisa in capitoli o sezioni ciascuna pertinente all'eccezione o argomentazione giuridica che si intende sostenere.

È opportuno, nella sezione "diritto" dell'atto di citazione riportare altresì eventuali massime delle pronunce giurisprudenziali favorevoli.

* * *

Per tutto quanto sopra esposto, il sig. _____, come in epigrafe rappresentato, difeso e domiciliato,

Cita

(Art. 163 c.p.c. comma 3 n. 7)

Il _____ (C.F.: _____), residente in _____ alla via _____ n. ____ [oppure la società _____ (C.F. e/o P.Iva _____), con sede in _____, alla via _____ n. __, in persona del legale rappresentante *pro tempore*], a comparire innanzi al Tribunale di _____, orario di rito con il prosieguo indicato, soliti locali, all'udienza del _____ (*Artt. 163, comma 3, n. 4 e 163 bis, comma 1, c.p.c.*), dinanzi al Giudice che sarà designato ai sensi dell'art. 168 bis c.p.c., con invito a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza innanzi indicata, ai sensi e nelle forme previste dall'art. 166 c.p.c., con espressa avvertenza che la costituzione oltre i predetti termini implicherà le decadenze di cui all'art. 167 e 38 c.p.c. (*Art. 163 c.p.c. comma 3 n. 7*) che, non comparendo, la causa sarà trattata anche in sua contumacia (*Art. 171 c.p.c. comma 3*), per ivi accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

(Art. 163 c.p.c. comma 3 n. 3)

Voglia il Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza e richiesta,

- Accertare e dichiarare il diritto _____
- Condannare, per le ragioni esposte in premessa, _____

In ogni caso, con vittoria di spese, diritti ed onorari del presente giudizio, oltre accessori di legge.

Nelle conclusioni, dovrà esse specificato il petitum – sia mediato che immediato – della domanda giudiziale.

Le conclusioni dovranno essere formulate in relazione all'oggetto della domanda ed al tipo di sentenza richiesta (mero accertamento, condanna, costitutiva) e potranno essere articolate per priorità logica: saranno prima indicate, pertanto, le eventuali questioni pregiudiziali e preliminari, per poi entrare merito.

Segue sempre la richiesta di condanna al pagamento delle spese di lite ex art. 92 c.p.c.

In via istruttoria, si chiede, sin da ora l'ammissione del _____ (Art. 163 c.p.c. comma 3 n. 5)

Le richieste istruttorie devono essere inserite nell'atto di citazione, l'art. 164 c.p.c. però non dispone la nullità dell'atto di citazione per eventuale mancanza di tale indicazione, essendo facoltà delle parti richiedere ex art. 183 comma 6 le memorie istruttorie.

Tra i mezzi di prova che possono essere articolati si ricordano: l'interrogatorio formale del convenuto, la prova testi, l'ordine di esibizione, ecc.

A sostegno dei fatti di cui in premessa, si depositano i seguenti documenti: _____

Ai fini del contributo unificato si dichiara che il valore della presente controversia è pari ad € _____ e che, pertanto, l'importo del contributo unificato dovuto è pari ad €. _____. (Art. 13 comma 3 bis D.P.R. 115/2002)

Luogo e data

Avv. _____
(Art. 163 c.p.c. comma 4)

MANDATO

Avvocato _____, del Foro di _____, C.F. _____ con studio in _____ alla via _____ io sottoscritto _____ (C.F.: _____), residente in _____ (_____), Le conferisco ampio mandato di rappresentarmi e difendermi nel procedimento di cui al presente atto. Le accordo, ai sensi dell'art. 83 c.p.c., tutte le più ampie facoltà necessarie, ivi comprese quelle di transigere, di incassare somme, di rilasciare quietanze, di spiegare domanda riconvenzionale, di chiamare in causa terzi, di procedere esecutivamente, di rinunciare agli atti del giudizio e di accettare rinunce, di proporre opposizioni ed impugnazioni, addivenendo in proposito a tutti gli atti ed incumbenti opportuni sino alla finale esecuzione del mandato. La autorizzo, altresì, ai sensi del Testo Unico della Privacy (d.lgs. 196/03), ad utilizzare i miei dati personali, sensibili e giudiziari a Lei comunicati per la difesa dei miei diritti, ad organizzarli in modo che gli stessi risultino correlati all'incarico conferitoLe ed al perseguimento delle finalità di cui al mandato, a comunicare ai Suoi colleghi i dati con l'obbligo di rispettare il segreto professionale e di diffonderli, esclusivamente, nei limiti strettamente pertinenti all'incarico conferitoLe.

Le dichiaro di essere stato informato, ai sensi dell'art. 4, co. 3, D.Lgs. n. 28/2010, della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto, nonché dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Le dichiaro di essere stato informato, ai sensi dell'art. 2, co. 7, D.L. n. 132/2014 della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati disciplinata dagli artt. 2 e ss. del suddetto decreto legge.

Le dichiaro di aver ricevuto il preventivo scritto relativo alla prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo tra oneri, spese, anche forfettarie e compenso professionale, nonché di esser stato informato circa l'importanza dell'incarico professionale, delle attività da espletare e della prevedibile durata del processo.

Le dichiaro, altresì, che mi sono stati resi noti gli estremi della Sua polizza assicurativa professionale.

Si ratifica, sin da ora il Suo operato e quello dei Suoi sostituti e degli altri da Lei nominati, eleggendo, altresì, domicilio presso il Suo studio in _____.

Luogo, data _____

È autentica

Avv. _____

RELATA DI NOTIFICA

Ad istanza dell'avv. _____ sig. _____, io sottoscritto Ufficiale Giudiziario addetto alle notifiche presso l'UNEP del Tribunale di _____ [o Corte d'Appello di _____] ho notificato l'atto di citazione che precede, perché ne abbia piena e legale conoscenza, a:

FACEBOOK: NON SI POSSONO PUBBLICARE FOTO DEI PROPRI FIGLI SENZA IL CONSENSO DELL'ALTRO GENITORE

Con questa pronuncia, il Tribunale di Mantova si è espresso circa la sempre più sentita questione della pubblicazione di immagini di soggetti minori su vari social network.

Angela Cuofano - Pubblicazione, lunedì 27 novembre 2017
Redattore: Massimiliano Pace

Sommario: 1. Premessa; 2. La vicenda; 3. La questione di diritto e il pensiero del giudice; 4. Conclusioni.

1. Premessa

Si tratta di un fenomeno dilagante, ormai.

Sarà l'età che avanza, ma aprendo Facebook si vedono frequentemente foto di bimbi, figli di compagni di scuola, i loro faccini sorridenti oppure la smorfia buffa d'ordinanza.

Al di là delle scelte dei genitori, la necessità di pubblicare, talvolta in maniera ossessiva, immagini dei propri figli online, sta diventando una vera e propria questione giudiziaria.

I diritti del bambino sono davvero tutelati? Non sarà pericoloso per l'incolumità di soggetti già deboli per la loro giovane età?

Sul punto si è espresso il Tribunale di Mantova, nella persona del Presidente Mauro Bernardi, che ha stabilito che le foto di minorenni su social network quali Instagram o lo stesso Facebook, vanno pubblicate previo consenso di entrambi i genitori.

2. La vicenda

Un padre ricorreva in giudizio ex art. 337 quinquies c.c. per veder modificate, inaudita altera parte, le condizioni di separazione che, specificamente, riguardavano i suoi rapporti con i due figli, alla luce dei comportamenti fortemente diseducativi posti in essere dalla madre.

In particolare, dalla lettura della sentenza emerge in maniera cristallina che, nonostante una precedente ordinanza che obbligava la madre a non pubblicare più immagini dei figli sui social e a rimuovere quelle già postate, la stessa non solo non aveva rimosso gli scatti presenti in bacheca, ma ne aveva addirittura aggiunti altri.

Da qui, la richiesta del ricorrente.

3. La questione di diritto e il pensiero del giudice

Il Presidente Bernardi, pur non ritenendo esistenti le condizioni per un affidamento esclusivo, ha in ogni caso giudicato disdicevole la condotta materna.

Il giudice ha infatti vietato alla giovane di continuare a postare immagini sui social, richiamandosi a quanto stabilito nel codice civile in merito di tutela di immagine, a varie Convenzioni internazionali - fra cui quella di New York del 20 novembre 1989 - e al regolamento UE n. 679/2016 del 27 aprile 2016, che entrerà in vigore nella primavera 2018.

L'art. 10 c.c. è rubricato abuso dell'immagine altrui e tutela l'interesse del soggetto a che la sua immagine non venga diffusa pubblicamente. Si collega a quanto statuito dagli art. 96 e 97 della legge n. 633/1941 (cd. legge sul diritto d'autore).

L'art. 96 vieta la divulgazione nel senso più ampio - comprese esposizione, pubblicazione e messa in commercio - di immagini senza il consenso della persona interessata. Il primo limite è quindi rappresentato dalla volontà del soggetto tutelato. L'art. 97, invece, da una parte permette la divulgazione senza consenso quando la circostanza sia giustificata dalla notorietà del soggetto ritratto o da necessità di giustizia e polizia, da scopi scientifici, didattici e culturali ovvero da collegamenti a fatti, avvenimenti e cerimonie di interesse pubblico o svoltasi in pubblico; dall'altra, impedisce espressamente la circolazione di materiale che possa recare pregiudizio all'onore, alla reputazione e al decoro della persona.

Il diritto all'immagine è, dunque, un aspetto del più ampio bene della riservatezza personale, ed è una specificazione del diritto all'identità personale, ossia del diritto di ciascun individuo ad essere riconosciuto come sé medesimo anche socialmente.

La Relazione al codice civile chiarisce altresì che la disposizione in esame si colloca nel disegno già tracciato dalla legge speciale, dato che accorda l'azione di tutela in due casi

distinti: nel caso in cui l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei limiti stabiliti dalla legge speciale, e nel caso in cui l'esposizione o la pubblicazione avvenga con offesa al decoro o alla reputazione della persona ritrattata. In considerazione del carattere morale del diritto è stata eliminata la restrizione risultante dal testo precedente, secondo cui i figli, dovevano essere in età minore.

La Convenzione di New York, altrimenti detta Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, è stata approvata in data 20 novembre 1989. Entrata in vigore il 2 settembre dell'anno successivo, in base a quanto previsto dall'art. 49, è stata ratificata in Italia con legge 27 maggio 1991 n.176. Nel documento in esame, si evidenzia la necessità di fornire una protezione speciale e cure particolari al bambino, proprio in virtù della sua mancanza di maturità, tanto fisica quanto intellettuale.

Dato che la Convenzione presta un'attenzione alquanto peculiare allo sviluppo armonioso del fanciullo, risulta particolarmente utile per argomentare il caso di specie.

L'art. 16, infatti, si sofferma a lungo sui diritti concernenti la personalità del minore, che non possono in alcun modo essere oggetto di interferenze, anche per quanto concerne la vita privata, la famiglia o la reputazione, precisando nel secondo comma che la legge è obbligata a fornire tutela processuale contro tali atti di ingerenza.

Ciò posto, questa disciplina fortemente garantista va integrata con quanto statuito dal regolamento UE sopra richiamato, il quale ha precisato che l'immagine fotografica dei figli deve essere considerata dato personale, ai sensi del d.lgs. 196/2003 e quindi la sua diffusione costituisce, senza alcuna ombra di dubbio, una interferenza nella vita privata.

Passando ora al dato squisitamente penale, non può essere sottaciuta la pericolosità della condotta della donna, anche per quanto riguarda le sempre più frequenti ipotesi di pedopornografia online. La diffusione di immagini di bimbi espone infatti al rischio concreto che possano divenire oggetto di attenzioni da parte di soggetti pericolosi. Dopo aver salvato il materiale, essi potrebbero procedere ad operazioni di fotomontaggio atte a far diventare quella che prima era una normale foto, materiale pedopornografico da far circolare fra gli interessati. Il fenomeno è stato anche più volte denunciato dagli organi di polizia.

4. Conclusioni

Per tutte queste ragioni, è di palese evidenza che, considerata anche l'età dei bimbi - uno di tre anni e mezzo e l'altro di appena uno e mezzo -, la pubblicazione tramite Facebook o altre "pubbliche piazze" di fotografie che li ritraggono deve essere, ai fini di una maggiore tutela, autorizzata da entrambi i genitori.

Sussistendo nel caso di specie il consenso della sola madre, la donna dovrà procedere all'eliminazione dei contenuti pericolosi già postati, nonchè astenersi dal pubblicarne altre, a meno che il padre non presti la sua approvazione.

Bibliografia

- Andrea Torrente, Piero Schlesinger, Manuale di diritto privato, Giuffrè Editore, 2017;
- Francesco Caringella, Luca Buffoni, Manuale di diritto civile, Dike Giuridica Editore, 2015;
- Maurizio Santise, Coordinate ermeneutiche di diritto civile, terza edizione, Giappichelli Editore, 2017;
- Roberto Garofoli, Manuale di diritto penale, parte generale, NelDiritto Editore, 2015;
- Roberto Garofoli, Manuale di diritto penale, parte speciale, Nel diritto Editore, 2017.

PARERE DI DIRITTO CIVILE: LA COMPENSAZIONE LEGALE DEL CREDITO SUB IUDICE

Focus Esame Avvocato: svolgimento del parere e, in allegato, la sentenza della Suprema Corte che ha risolto la questione.

Claudia Carioti - Pubblicazione, martedì 28 novembre 2017
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Traccia

In data 17 novembre 2017, Caio aveva notificato un precetto a Tizio, sulla base di un titolo esecutivo rappresentato da una sentenza della Corte di Cassazione, che aveva condannato Tizio al pagamento delle spese processuali di un pregresso giudizio di legittimità tra i due per l'importo di Euro 1.500,00.

Tizio aveva proposto opposizione avverso l'esecuzione minacciata da Caio, nella quale aveva dedotto che il credito di Caio si era estinto a titolo di compensazione con un proprio maggior controcredito di Euro 6.800,00, discendente da un decreto ingiuntivo, emesso il 15 dicembre 2016 dal Tribunale di Alfa e dichiarato provvisoriamente esecutivo, ma riguardo al quale pendeva il giudizio di opposizione.

Il Tribunale di X aveva rigettato l'opposizione proposta di Tizio avverso l'esecuzione di Caio sulla scorta dell'incertezza del controcredito dedotto in compensazione, stante la pendenza del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo.

Tizio, per nulla convinto dalle motivazioni della sentenza di primo grado, si rivolge ad un avvocato. Il candidato, assunte le vesti del legale rappresentante di Tizio, rediga motivato parere.

Svolgimento

Al parere richiesto è sottesa la questione se sia ammissibile la compensazione legale del credito *sub iudice*.

Nel caso proposto, il Tribunale di X ha rigettato l'opposizione proposta da Tizio avverso

un precetto, ritenendo il controcredito dedotto in compensazione da Tizio incerto, stante la pendenza di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

Al fine di un corretto inquadramento della vicenda, merita preliminarmente svolgere brevi considerazioni sull'istituto della compensazione.

La compensazione, disciplinata dagli artt. 1241 e seguenti del Codice civile, si realizza quando i debiti di due soggetti, obbligati l'uno verso l'altro, si estinguono per la quantità corrispondente.

Tra i modi di estinzione dell'obbligazione, la compensazione è catalogata tra quelli satisfattori in quanto ciascun creditore, pur senza l'attuazione dell'obbligo da parte del debitore, consegue l'interesse ad essere liberato dal proprio debito.

Il fondamento dell'istituto della compensazione va ricercato in un'esigenza di economia degli atti giuridici e nella garanzia di realizzazione del credito. Ciò consente ad un soggetto, che riveste al contempo la qualità di creditore e di debitore verso la medesima persona, di non eseguire la prestazione alla quale si è obbligato e di avvalersi della compensazione, nel caso in cui tema un inadempimento futuro. Se, infatti, il debitore non potesse opporre la compensazione al creditore, potrebbe essere costretto a pagare il debito, anche qualora il creditore fosse inadempiente nei suoi confronti.

La compensazione può essere legale, giudiziaria e volontaria, a seconda che operi in forza di legge, di provvedimento del giudice o per volontà delle parti.

Presupposti della compensazione legale, disciplinata ai sensi dell'articolo 1243 cod. civ., sono l'omogeneità, la fungibilità, la liquidità (deve trattarsi di crediti risultanti dal titolo e determinati nel loro ammontare), la certezza (i crediti non devono essere contestati) e l'esigibilità dei rispettivi crediti (i crediti non devono essere sottoposti a termine).

In riferimento al requisito della certezza del controcredito da opporre in contestazione, è sorta la questione se sia possibile dar luogo a compensazione legale ove il controcredito opposto in compensazione sia *sub iudice*.

Secondo un orientamento più rigoroso, tra i presupposti di operatività della compensazione vi è quello della certezza dei debiti che, pur non essendo espressamente previsto dall'art. 1243 cod. civ., che contempla come presupposti la liquidità e l'esigibilità, è indefettibile, non potendo operare quando il credito è condizionato o

incerto per quanto riguarda l'oggetto. Si deve, infatti, trattare di debiti accertati giudizialmente in via definitiva; qualora, invece, sia in corso un accertamento giudiziale sull'esistenza del debito e questo sia contenuto in una sentenza non ancora passata in giudicato, la situazione di coesistenza è ancora suscettibile di modificazione, potendo il titolo giudiziale essere ancora caducato o modificato.

Ne discende l'incertezza del credito che sia *sub iudice*, anche quando la sentenza revocabile che ha accertato l'esistenza del controcredito (oppure risolto la contestazione) sia provvisoriamente esecutiva.

Ciò ha trovato conferma nella sentenza della Corte di Cassazione n. 8329 del 2011, che ha affermato che la provvisoria esecutività rende il credito esigibile, ma non ancora certo.

Tali principi, ribaditi in più occasioni dalla giurisprudenza di legittimità, sono stati revocati in dubbio dalla sentenza n. 23537 del 2013 della Suprema Corte, che ha ravvisato la possibilità di dedurre un credito *sub iudice* qualora risultino integrate le condizioni di omogeneità e di coesistenza del credito.

Tale orientamento si è fondato sulla lettura dell'articolo 1243 cod. civ., in combinato disposto con l'articolo 35 cod. proc. civ., che disciplina l'eccezione di compensazione del credito, in forza del quale nel caso di credito dedotto in altro giudizio, se il giudizio sul controcredito tende dinanzi al medesimo ufficio giudiziario, può essere disposta la riunione del procedimento più recente a quello iscritto a ruolo per primo *ex art. 274 cod. proc. civ.*; qualora, invece, la riunione non fosse stata possibile, il giudice avrebbe dovuto emettere una sentenza di condanna sul credito principale, con riserva all'esito della decisione sul controcredito opposto in compensazione, disponendo la sospensione della causa sino alla definizione del giudizio di accertamento sul controcredito.

Questo in quanto, secondo i giudici di legittimità, l'impossibilità di eccepire il credito in compensazione, oltre a determinare una lesione del diritto di difesa, rappresenta una disciplina irragionevole di diritto sostanziale, essendo previsti nell'ordinamento dei meccanismi idonei a gestire l'ipotesi di eccezione di un controcredito in compensazione.

La presenza di un contrasto in siffatta materia ha, dunque, motivato la rimessione alle Sezioni Unite di Cassazione della questione della compensazione legale del credito *sub iudice*, con l'ordinanza interlocutoria n. 18001 del 2015.

Con sentenza n. 23225 del 2016, la Suprema Corte, nella sua massima composizione, ha ritenuto ammissibile la compensazione del credito *sub iudice* solo qualora il credito dedotto non sia più controvertibile, vale a dire che l'accertamento del credito non sia più modificabile a seguito di impugnazione, tanto nella sua esattezza quanto nella sua esistenza.

Secondo tale orientamento, il requisito della certezza, pur non essendo espressamente previsto dall'art. 1243 cod. civ., va ritenuto elemento intrinseco della liquidità: si tratta di un credito determinato nel suo ammontare in forza di un titolo costitutivo. Con la conseguenza che se il credito è controverso, viene meno la finalità dell'istituto della compensazione, quale modo di estinzione dell'obbligazione a carattere satisfattorio.

Tanto premesso, nel caso in esame, la pendenza di un procedimento dinanzi ad altro ufficio giudiziario rende il credito incerto in quanto la sua esistenza dipende dal passaggio in giudicato della sentenza, provvedimento giurisdizionale che al momento non risulta ancora intervenuto.

Alla stregua di quanto esposto, si consiglia a Tizio di proporre appello avverso la sentenza del Tribunale di X.

L'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA

Arricchimento ingiusto o ingiustificato? Commento all'articolo 2041 del codice civile.

Chiara Anna Pia Giordano - Pubblicazione, mercoledì 29 novembre 2017
Redattore: **Saverio Setti**

“Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale.

Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda”. Tanto dispone l'art. 2041 c.c.

L'arricchimento consiste in qualsiasi vantaggio suscettibile di valutazione economica; quindi anche un risparmio di spesa, oppure una perdita evitata^[1]. Deve essere effettivo, ed è quindi escluso un arricchimento futuro o anche solo eventuale e deve essere sussistente al momento in cui viene proposta la domanda. Se, però, l'arricchimento non sussiste per una causa imputabile all'arricchito, l'azione sarà ugualmente esperibile.

L'impovertimento, invece, consiste nel danno patrimoniale arrecato al soggetto che agisce; tale danno può consistere nella perdita di un bene, nella mancata utilizzazione di esso, o nella mancata remunerazione di una prestazione resa ad altri. Non rientra nel concetto di impoverimento il mancato guadagno (cfr. Trabucchi).

Ciò premesso, prima di addentrarsi in tale tematica, occorre, in via del tutto preliminare, andare a precisare quanto disposto dagli artt. 1321 ss. c.c.

Ai sensi dell'art. 1321 c.c. il contratto è l'accordo con cui due o più parti costituiscono, modificano o estinguono rapporti giuridici di natura patrimoniale. Il seguente art. 1325 c.c. ne individua come elementi essenziali l'accordo tra le parti, la causa, l'oggetto, la forma se prescritta dalla legge a pena di nullità.

In questa sede interessa approfondire il concetto di causa, del quale, a ben vedere, non c'è alcuna definizione nel dettato codicistico, se non la sua essenzialità tant'è che l'art. 1418 c.c. sanziona con la nullità il contratto privo della stessa.

In assenza di definizioni, si può configurare la causa come la ragione giuridico-socio-economica giustificativa del contratto, è il *quid* di quest'ultimo. Da non confondere con i motivi, i quali rappresentano le ragioni individuali che spingono il singolo a contrarre.

Un esempio può essere d'aiuto: Tizio compra un vaso presso Caio, proprietario di un negozio di accessori per casa. La causa sarà: vaso contro denaro, il motivo è da rinvenire nella passione di Tizio per la collezione di vasi.

Ciò premesso, si può ora affrontare l'argomento in questione. Se, come si è rilevato, la causa è da considerarsi come ragione giustificatrice del contratto, qualsiasi tipo di prestazione patrimoniale adempiuta in modo ingiustificato è, pertanto, illegittima. Si tratta, dunque, di un arricchimento ingiustificato o senza causa.

La *ratio* è da rinvenire nel non ammettere un vantaggio a favore di un soggetto a danno di altri senza che ciò sia sorretto da una causa di giustificazione. Quindi, quando avviene che qualcuno si arricchisce – o, viceversa, si impoverisce – senza che vi sia una giustificazione, l'ordinamento interviene per restaurare l'equilibrio patrimoniale tra le parti.

Inoltre, affinché si possa configurare la fattispecie in esame occorre anche che vi sia un danno per un altro soggetto^[2]. Stando a ciò, c'è chi ritiene che l'arricchimento si configurerebbe, oltre come ingiustificato, anche come ingiusto.

Tra arricchimento e danno deve esserci, poi, nesso di causalità. Quando si parla di nesso di causalità si vuole indicare che tra l'arricchimento e il depauperamento deve esserci questa relazione: a) l'arricchimento di una parte deve essere causato direttamente dal depauperamento dell'altra; b) il fatto che ha causato l'arricchimento ingiusto deve essere unico, non è ammesso, cioè, che possano esserci più cause concorrenti.

Avendo carattere indennitario e non risarcitorio, al verificarsi di tale situazione, va da sé che l'indennizzo debba avere la stessa entità, né maggiore né minore, del depauperamento subito.

Tale principio è alla base anche della *condictio indebiti*, ma non solo di essa, in quanto numerose altre norme del codice civile costituiscono un'applicazione particolare dello stesso principio^[3].

La *condictio*, inoltre, è collocata nel codice prima dell'azione di arricchimento, perché quest'ultima ha carattere sussidiario, cioè sarebbe esperibile solo allorquando non esistano altre azioni esperibili da colui che si è impoverito a vantaggio di un altro; tale norma è stata definita da molti una norma di chiusura dell'ordinamento.

L'azione di arricchimento ingiustificato ha natura personale, esperibile, cioè, solo tra i soggetti che sono parte del rapporto che ha causato lo spostamento patrimoniale, inoltre dottrina e giurisprudenza ne affermano costantemente il carattere sussidiario. Ciò è perfettamente esplicitato dall'art. 2042 c.c. rubricato "Sussidiarietà dell'azione" che recita: "L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare dal pregiudizio subito".

La sussidiarietà viene intesa da dottrina maggioritaria e da unanime giurisprudenza, nel senso che se l'ordinamento già appresta – in astratto - un'altra azione per poter rimediare al pregiudizio patrimoniale, l'azione di arricchimento non è esperibile. Dunque, il legislatore fa salve le singole specifiche ipotesi considerando la loro specialità, ma si preoccupa anche di dettare una norma che disciplina i casi residuali non contemplati altrove.

Secondo Barbero, invece, tale visione, nonostante sia accolta sia dalla dottrina prevalente che dalla giurisprudenza della Cassazione, è errata; sussidiarietà, infatti, è un termine che indica che tale azione è sussidiaria (cioè si aggiunge) alle altre. Sussidiarietà, cioè, non è sinonimo di residualità. Il che significa che l'azione di arricchimento potrebbe essere esercitata anche quando l'ordinamento prevede in astratto altra azione, che non è stata esercitata per ragioni pratiche.

Un argomento testuale a favore della tesi può ricavarsi leggendo lo stesso art. 2041 c.c., nella parte in cui sancisce che "l'azione di arricchimento non è esercitabile quando il danneggiato può esercitare altra azione", e non è specificato che l'impossibilità debba essere intesa in senso astratto. Un esempio eclatante dei risultati cui si vuole giungere con l'applicazione di questa teoria si ha in tema di prescrizione: se l'azione di ripetizione dell'indebitto - o altra azione esercitabile dall'attore - fosse prescritta, il creditore potrà ancora esperire l'azione di arricchimento, se anche questa non si è a sua volta prescritta.

Contro tale tesi, può replicarsi, però, che appare abbastanza evidente che se esiste nel nostro ordinamento un'azione che in astratto è esperibile, ma che in concreto non lo è più perché il creditore colposamente non ha esercitato l'azione e ha lasciato che decorresse la

prescrizione, non si può più parlare di un arricchimento "ingiustificato" (al di là di quale significato si voglia attribuire al termine giusta causa, su cui esistono un'infinità di teorie e che vedremo tra poco): qui la giustificazione valida per l'ordinamento giuridico c'è, ed è, appunto, la prescrizione dell'azione.

Secondo Bianca, poi, la regola secondo cui l'azione di arricchimento sarebbe esperibile solo ove non vi fossero altre azioni, si giustifica anche con l'esigenza di evitare che questa diventi strumento per eludere le preclusioni e i limiti afferenti ad altri rimedi (come, appunto, la prescrizione). Vedasi, in tal senso Cass. n. 18502/2003 e n. 6205/2013.

La prescrizione è decennale.

In ultimo, occorre indicare, seppur brevemente, le modalità di calcolo dell'indennizzo. Esso deve essere effettuato, secondo dottrina prevalente, al momento dell'emanazione della sentenza.

Se l'arricchimento consiste in una cosa determinata l'obbligo è quello di restituzione (o di pagarne il valore se la cosa è perita). Qualora la cosa non sia perita, ma sia deteriorata, si ritiene che il debitore debba restituire la cosa, oltre a corrispondere una somma ulteriore a titolo di indennizzo, in applicazione dei principi di cui gli articoli 2037 e 2038 c.c.^[4]

Note e riferimenti bibliografici

[1] È escluso, quindi, il vantaggio morale.

[2] Si pensi, ad esempio, al proprietario di un bene che, a causa dell'uso altrui, non ha potuto fruirne.

[3] In materia di proprietà sono espressione del principio di arricchimento gli artt. 935 comma 1, 936 comma 2, 937 comma 3, 939 comma 2 e 940; il possessore che ha riparato o migliorato la cosa del proprietario, ha il diritto di agire contro costui nei limiti dell'arricchimento (art. 1150 c.c.); il debitore che paga anticipatamente il creditore ha diritto di ottenere dal creditore ciò di cui quest'ultimo si è arricchito per effetto del pagamento anticipato (art. 1185 c.c.); il depositante può ottenere dal depositario il rimborso di quanto sia andato a proprio vantaggio in conseguenza del deposito (art. 1769 c.c.).

[4] Art. 2037, I comma c.c.: "Chi ha ricevuto indebitamente una cosa determinata è tenuto a restituirla".

Art. 2038 c.c.: "Chi, avendo ricevuto la cosa in buona fede, l'ha alienata prima di conoscere l'obbligo di restituirla è tenuto a restituire il corrispettivo conseguito. Se questo è ancora dovuto, colui che ha pagato l'indebito subentra nel diritto dell'alienante. Nel caso di alienazione a titolo gratuito, il terzo acquirente è obbligato, nei limiti del suo arricchimento, verso colui che ha pagato l'indebito.

Chi ha alienato la cosa ricevuta in mala fede, o dopo aver conosciuto l'obbligo di restituirla, è obbligato a restituirla in natura o a corrisponderne il valore. Colui che ha pagato l'indebito può però esigere il corrispettivo dell'alienazione e può anche agire direttamente per conseguirlo. Se l'alienazione è stata fatta a titolo gratuito, l'acquirente, qualora l'alienante sia stato inutilmente escusso, è obbligato, nei limiti dell'arricchimento, verso colui che ha pagato l'indebito”.