

Mar/2018



CAMMINO DIRITTO

Articoli Divulgativi

ISSN 2421-7123
Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE DIVULGATIVO -

MENSILE ONLINE

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

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

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

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

Redazione: Giuseppe FERLISI, Ilaria FERRARA

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

Denominazione della Rivista: **Cammino Diritto**

ISSN: 2421-7123

Codice CINECA: E243140

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

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

Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it

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

Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it

Recapito telefonico: 02 87188451

Indice dei contenuti

- 1 - GLI STRUMENTI ATTIVABILI PER LE DECISIONI NEL FINE VITA
autore: **Michele Chierici**, pubblicazione giovedì 1 marzo 2018
- 2 - ELEZIONI POLITICHE 2018, COME SI VOTA
autore: **Lucio Orlando**, pubblicazione venerdì 2 marzo 2018
- 3 - OMESSA COMUNICAZIONE ALL'INPS DEL DECESSO DEL GENITORE PERCETTORE DI PENSIONE: NON È TRUFFA AGGRAVATA
autore: **Taccola Ilaria**, pubblicazione sabato 3 marzo 2018
- 4 - LA DELIBERA ARERA SULL'AUMENTO DEI COSTI DELL'ENERGIA ELETTRICA
autore: **Emmanuel Luciano**, pubblicazione domenica 4 marzo 2018
- 5 - LA PRESCRIZIONE ALLA LUCE DELLA SENTENZA TARICCO BIS, TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
autore: **Elisa D'aveni**, pubblicazione mercoledì 7 marzo 2018
- 6 - IL PLAGIO E LE INFINITE DECLINAZIONI DELLA CREATIVITÀ
autore: **Annamaria Di Clemente**, pubblicazione giovedì 8 marzo 2018
- 7 - DOMICILIO DIGITALE, DIFENSORE DIGITALE, IDENTITÀ DIGITALE E IMPLEMENTAZIONE TRAMITE BLOCKCHAIN
autore: **Michele Chierici**, pubblicazione venerdì 9 marzo 2018
- 8 - DASPO INTERNO: DALLA PROSSIMA STAGIONE LE SOCIETÀ POTRANNO NEGARE L'ACCESSO AI TIFOSI INDISCIPLINATI
autore: **Lucio Orlando**, pubblicazione sabato 10 marzo 2018
- 9 - L'ASPETTO PATOLOGICO DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE
autore: **Giuseppe Mainas**, pubblicazione sabato 10 marzo 2018
- 10 - ALCOLTEST: NON È RIFIUTO IL NON VOLERSI SOTTOPORRE A VERIFICA A CAUSA DI UNA PATOLOGIA RESPIRATORIA
autore: **Raffaele Iannone**, pubblicazione lunedì 12 marzo 2018
- 11 - APPALTI PUBBLICI: LEGITTIMO L'AFFIDAMENTO DIRETTO A SOCIETÀ IN HOUSE SE PIÙ CONVENIENTE
autore: **Virginia Galasso**, pubblicazione martedì 13 marzo 2018
- 12 - IL NUOVO ART. 162-TER C.P. E IL REATO DI ATTI SESSUALI CON MINORENNE: RILIEVI CRITICI
autore: **Alessandro Brogioni**, pubblicazione mercoledì 14 marzo 2018
- 13 - LA PROVA NECESSARIA PER L'ACQUISTO DI UN IMMOBILE A TITOLO DI USUCAPIONE
autore: **Simona Rossi**, pubblicazione giovedì 15 marzo 2018
- 14 - ASSEGNO DI MANTENIMENTO IN FAVORE DEL CONIUGE SEPARATO: PRESUPPOSTI E CRITERI DI DETERMINAZIONE
autore: **Barbara Druda**, pubblicazione venerdì 16 marzo 2018
- 15 - LA DICHIARAZIONE DI ADOTTABILITÀ È REVOCABILE PER ERRORE DI FATTO
autore: **Valentina Pellegrino**, pubblicazione sabato 17 marzo 2018
- 16 - TESTAMENTO FALSO: L'ACCERTAMENTO IN SEDE PENALE RILEVA NEL GIUDIZIO CIVILE

autore: **Carlo Giaquinta**, pubblicazione lunedì 19 marzo 2018

17 - LA COSTRUZIONE ESEGUITA DAL COMPROPRIETARIO SUL SUOLO COMUNE DIVIENE DI PROPRIETÀ COMUNE AI COMPROPRIETARI DEL SUOLO

autore: **Stefania Vizzino**, pubblicazione martedì 20 marzo 2018

18 - VALUTAZIONE E RISULTATO DI SERVIZIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

autore: **Pietro Cucumile**, pubblicazione mercoledì 21 marzo 2018

19 - L'OVERRULING GIURISPRUDENZIALE NON AUTORIZZA LA REVOCA DELLA SENTENZA PASSATA IN GIUDICATO

autore: **Annamaria Di Clemente**, pubblicazione giovedì 22 marzo 2018

20 - LE NOVITÀ AL PROCESSO PENALE DELLA RIFORMA ORLANDO ED I CHIARIMENTI DELLA CASSAZIONE RISPETTO AI PROBLEMI INTERTEMPORALI

autore: **Giuseppe Ferlisi**, pubblicazione mercoledì 28 marzo 2018

21 - IL CONTRATTO DI DONAZIONE E LA DONAZIONE INDIRETTA DI BENI FUTURI

autore: **Luigi Rubino**, pubblicazione giovedì 29 marzo 2018

GLI STRUMENTI ATTIVABILI PER LE DECISIONI NEL FINE VITA

Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento alla luce della nuova legge sul biotestamento.

Michele Chierici - Pubblicazione, giovedì 1 marzo 2018
Redattore: **Emmanuel Luciano**

Sommario: 1. Inquadramento degli strumenti; 2. Il consenso informato nella nuova disciplina. 3. Le disposizioni anticipate di trattamento. 4. Conclusioni.

1. Inquadramento degli strumenti

Il c.d. fine vita è quella sfera temporale che attiene alla persona non ancora deceduta, pertanto tutti gli strumenti e gli atti giuridici posti in essere saranno classificati come *inter vivos*. Non deve confondere la dicitura fine vita poiché si tratta di atti *pre mortem*, quindi l'ambito è diametralmente opposto rispetto ai negozi *mortis causa*, quali ad esempio il testamento che regolano gli interessi di un soggetto non più in vita.

La dicitura fine vita in sintesi viene utilizzata per quel periodo che precede la morte, tutti gli strumenti analizzati comprendono le possibilità che ha un soggetto pienamente capace di determinare la propria causa di morte, seppur indirettamente, decidendo a quali terapie e trattamenti sanitari intende sottoporsi o viceversa a quali intende non sottoporsi. Questo concetto è desunto dal principio di libera autodeterminazione dell'individuo che, negli ultimi anni, ha assunto rilievo sempre maggiore fino a consentire alla persona di incidere sulla propria sfera anche nell'ambito sanitario.

Gli strumenti quindi si dividono a seconda del periodo in cui attivano i loro effetti. Bisogna distinguere due casi: se l'effetto è immediato oppure se rimane quiescente fino all'avverarsi di una determinata condizione. Anche dal punto di vista soggettivo del paziente è possibile fare una distinzione correlata all'efficacia dello strumento, in quanto la *ratio* di questa bipartizione non è altro che la risposta alla possibilità o meno dell'individuo nel porre in essere atti giuridici validi. Tale capacità, che possiamo indicare come capacità di agire, altro non è che la piena comprensione nonché facoltà mentale che gli permette di intendere e volere. Ora immaginiamo che un soggetto sia

perfettamente capace, questo potrà benissimo porre in essere la sua volontà, manifestandola sia per iscritto che oralmente. Tuttavia in questo ambito si incorre in situazioni particolari, quali ad esempio le malattie neurodegenerative oppure altri casi in cui la gravità della situazione va via via peggiorando seguendo una prognosi quasi certa. Queste situazioni non consentono al soggetto di esprimere una valida volontà contestualmente all'aggravamento delle condizioni, quindi occorrerà esprimersi con anticipo in previsione di ciò che sarà.

2. Il consenso informato nella nuova disciplina

Un primo strumento è il consenso informato, disciplinato all'art. 1 l. 219/2017 il quale nel rispetto della relazione umana tra paziente e medico attribuisce anche al paziente il diritto di poter decidere in materia di trattamenti sanitari, laddove un tempo era prerogativa unilaterale del medico alla quale il paziente doveva solamente adeguarsi.

Il consenso ha ad oggetto una serie di informazioni di varia natura. Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, le informazioni riguardano non solo la sfera presente ma anche i rischi futuri e addirittura le terapie alternative.

Rimane in ogni caso un diritto disponibile, ciò significa che può essere declinato o addirittura si può nominare un fiduciario ovvero un familiare come destinatario dell'informazione. Questi non solamente riceveranno le informazioni, ma potranno anche fare le veci dell'interessato dando loro stessi il consenso qualora il paziente lo permetta.

La norma così strutturata consente una umanizzazione del rapporto, laddove in precedenza il consenso era un mero modulo da compilare impersonale, ora assume dinamiche relazionali atte a mettere a suo agio il paziente. Infatti si presuppone che prima della compilazione vi sia stata una consultazione diretta con il medico e più in generale con l'equipe, i quali abbiano apportato informazioni puntuali e indispensabili per la scelta. Suddette informazioni poi non devono essere valutate nel *quantum* ma devono essere ragionate secondo criteri personali ed espresse in modalità idonee alla comprensione anche per individui privi di conoscenze tecniche.

Il legislatore pone dunque l'accento sulla consultazione, nonostante il medico funga da rappresentante, d'innanzi al paziente, durante tutta la procedura, anche l'equipe viene sollecitata a comunicare e a dare responso ai dubbi sollevati. Questa previsione è resa ancor più stringente se si pensa alla norma che impone alle strutture sanitarie di

potenziare i servizi di aggiornamento nei confronti di tutto il personale medico (art. 1 comma 10 l. 219/2017).

Per ciò che concerne l'attività del paziente invece fa da cardine l'art. 1 comma 5 l. 219/2017. Dopo aver ricevuto le informazioni la scelta spetta all'interessato salvo casi particolari. Il soggetto capace di agire può quindi manifestare la propria volontà circa la scelta di un trattamento terapeutico o viceversa dare risposta di segno negativo alle cure.

La forma attraverso la quale si manifesta di norma è scritta. Il legislatore comprendendo le difformi situazioni ha previsto anche la possibilità di utilizzare una videoregistrazione oppure altri strumenti qualora ve ne fosse necessità. Il tutto è stato programmato per andare incontro alle esigenze di quei malati che, in situazioni precarie, siano capaci di agire e nel pieno delle loro facoltà mentali ma debilitati fisicamente.

Il consenso così prestato può in ogni modo, con ogni forma e in ogni tempo, essere revocato. Il medico ancora una volta interviene nella relazione e prospetta al paziente le alternative e le conseguenze della sua revoca, allo stesso modo possono intervenire le persone di fiducia e i familiari qualora si espressamente voluto dal paziente. L'impronta umana della legge emerge ancora una volta prospettando l'ausilio di psicologi che diano assistenza e accompagnino l'individuo nella scelta.

3. Le disposizioni anticipate di trattamento

Le disposizioni anticipate di trattamento sono la grande novità della legge sul Biotestamento, che prevede al suo art. 4 di manifestare una volontà "ora per allora", cioè una volontà oggi che produca effetti differiti nel tempo. Al suo art. 4 permette ad un soggetto capace di agire, la possibilità di esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto di terapie o accertamenti diagnostici.

La libertà di autodeterminarsi in questo caso assume un connotato particolare perché l'efficacia non è immediata, di conseguenza era stata avanzata la critica che, passando il tempo, la volontà dell'individuo potesse mutare e non essere più conforme a quella manifestata. In realtà è da ravvisare una analogia, per lo meno sotto al profilo della revocabilità, con il testamento, entrambi infatti sono sempre liberamente revocabili, fino al momento della morte o della sopravvenuta incapacità come in questo caso.

La grande libertà di espressione per la disposizione anticipata di trattamento è riscontrabile anche nelle forme indicate dal legislatore. Sullo stesso piano infatti

abbiamo sia l'atto pubblico che la scrittura privata depositata presso l'Ufficio di Stato Civile del comune di residenza, ovvero la scrittura privata autenticata. Sono altrimenti previste, in casi speciali, la videoregistrazione o altri strumenti, specularmente al consenso informato, per facilitare individui con particolari disabilità. Sempre analogamente al consenso informato queste sono modificabili (quindi anche in modo parziale) o revocabili in qualsiasi tempo e con qualsiasi forma.

A tutela della volontà del dichiarante viene inoltre prevista la possibilità di nominare una persona di sua fiducia, detto fiduciario, il quale fa le veci dell'interessato nel momento del bisogno. Il fiduciante svolge un ruolo analogo all'esecutore testamentario, si opera per dare attuazione alle volontà di un soggetto che ora non è più in grado di provvedere a sé stesso.

Ricopre un ruolo di primissima importanza anche nel caso in cui, ai sensi dell'art. 4 comma 5, il medico stante l'evoluzione tecnologica o comunque l'inadeguatezza delle misure scelte, decida di non procedere al rispetto della volontà del dichiarante. Perché ciò avvenga è necessario il consulto e l'accettazione del fiduciario, che funge da ultimo garante delle volontà del disponente. In tutti gli altri casi il medico è tenuto a rispettare la volontà contenuta nelle disposizioni.

Allo stesso modo con cui si revoca o modifica la disposizione, è possibile per il dichiarante modificare la nomina del fiduciario, anche sostituendolo. In ogni caso il fiduciario deve accettare l'incarico e vi sono due alternative, o all'interno della stessa nomina, cioè sottoscrivendo la disposizione, o tramite atto separato.

4. Conclusioni

Il legislatore ha posto nelle mani degli interessati due strumenti che contemplano diverse esigenze. Questi sono attivabili sia che si tratti di una decisione con efficacia istantanea che differita nel tempo, ciò è stato fatto per permettere a persone con esigenze differenti di modulare le proprie scelte in base al proprio stato di salute e al tipo di infermità che potrebbe colpirli.

Il legislatore ha altresì previsto la figura speciale del fiduciario per far fronte a nuovi bisogni che nascono dall'applicazioni dell'istituto, il quale rappresenta il disponente nel momento di perdita di incapacità, d'innanzi al personale sanitario.

È interessante inoltre la peculiarità della libertà di forma, raramente concessa in casi di

disposizione di diritti di una certa rilevanza come quelli di natura costituzionale. Questa scelta è sicuramente uno dei punti forti di innovazione dal momento che viene incontro ai bisognosi consentendo praticamente a chiunque di poter disporre con il solo limite della piena capacità di agire. Invero la formula di chiusura non pone limiti, anzi segue, adeguandosi, i bisogni degli individui già in stato di infermità avanzata seppur ancora capaci di intendere e volere.

ELEZIONI POLITICHE 2018, COME SI VOTA

Una piccola e veloce guida alle votazioni del 4 marzo.

Lucio Orlando - Pubblicazione, venerdì 2 marzo 2018

Redattore: **Alessio Giaquinto**

Il prossimo 4 marzo in Italia si andrà al voto con il nuovo sistema elettorale cd. **Rosatellum**, approvato il 26 ottobre 2017.

Si tratta di un sistema di voto misto che prevede collegi uninominali per il 36% e collegi plurinominali per il resto delle poltrone. Per quello che attiene alla **Camera dei deputati** sono previsti 232 collegi uninominali, per i quali le coalizioni o i partiti che si sono presentati da soli propongono un solo nome. Il candidato che ottiene il maggior numero di preferenze, viene eletto. I restanti 386 seggi, invece, sono attribuiti con metodo proporzionale sulla base delle preferenze ottenute dalle singole liste nei collegi plurinominali. I collegi plurinominali assegnano un numero di seggi che varia proporzionalmente al numero di abitanti. Sono 12 i deputati eletti nelle circoscrizioni estere.

In relazione al **Senato** sono previsti, invece, 116 collegi uninominali, per i quali, alla stregua della Camera, le coalizioni o i partiti che si sono presentati da soli propongono un solo nome. Il candidato che ottiene il maggior numero di preferenze, viene eletto. I residui 193 seggi, invece, sono attribuiti con metodo proporzionale in base alle preferenze raccolte dalle singole liste nei collegi plurinominali. I collegi plurinominali assegnano un numero di seggi che varia proporzionalmente al numero di abitanti. La ripartizione dei seggi, per il Senato, avviene su base regionale. Sono 6 i senatori eletti nelle circoscrizioni estere.

Al momento di recarsi in cabina, quindi, l'elettore che avrà compiuto 18 anni avrà una scheda per la Camera, mentre l'elettore che avrà compiuto 25 anni avrà due schede, una per la Camera e una per il Senato. Su ognuna delle schede saranno indicati i candidati al singolo collegio uninominale e i partiti che lo sostengono. Inoltre, a lato del simbolo di ogni partito, c'è il listino di 3-4 nomi dei candidati nel collegio plurinomiale.

Il voto deve essere espresso barrando solo il simbolo del partito scelto, sostenendo così

sia il candidato al seggio uninominale sia il partito per ciò che attiene la parte proporzionale. Nel caso in cui venga barrato il nome del candidato uninominale, il voto è considerato valido ma per ciò che attiene la parte proporzionale, il voto sarà assegnato in quota parte alle liste che compongono la coalizione a sostegno del candidato uninominale. Il voto è considerato valido anche nel caso in cui venga apposta una doppia barratura sul nominativo del candidato uninominale e su uno dei partiti che lo sostiene. Non è previsto il voto disgiunto, ossia non si può esprimere la preferenza per un candidato uninominale e un partito non collegato a quel nome. In tal caso il voto viene considerato non valido.

Il *Rosatellum* consente che più liste sostengano gli stessi candidati uninominali. Inoltre, sono ammesse le pluricandidature, nel senso che il singolo candidato può essere presentato dal proprio partito in 5 collegi. Infine, il candidato proposto per il collegio uninominale può candidarsi anche in uno o più collegi plurinominali (*cd. Paracadute*). Tale sistema di voto non prevede un premio di maggioranza, ma una soglia di sbarramento del tre per cento sotto la quale una lista, a prescindere dalle coalizioni, non ha diritto di accesso in Parlamento. Nel caso in cui una lista candidata in una coalizione non raggiunga il tre per cento di sbarramento, ma riesca comunque a superare l'uno per cento, i suoi voti vengono divisi tra le altre liste della coalizioni. Sono, infine, disperse le preferenze fornite ad una lista non coalizzata o coalizzata che però non raggiunga l'uno per cento dei voti.

OMESSA COMUNICAZIONE ALL'INPS DEL DECESSO DEL GENITORE PERCETTORE DI PENSIONE: NON È TRUFFA AGGRAVATA

Commento alla recente sentenza della Corte di Cassazione sez. II, 13 dicembre 2017 n. 55525.

Taccola Ilaria - Pubblicazione, sabato 3 marzo 2018
Redattore: **Emmanuel Luciano**

Sommario: 1. Normativa di riferimento; 2. Il caso.

1. Normativa di riferimento

La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 316 ter c.p. punisce l'indebita percezione di erogazioni pubbliche conseguite mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute. La norma in esame è disciplinata nel Libro II, titolo II in materia di delitti contro la pubblica amministrazione.

Trattasi di un reato a forma vincolata realizzabile sia in forma commissiva che omissiva il cui elemento soggettivo è costituito dal dolo generico.

Il bene interesse protetto dalla norma è rappresentato dalla corretta gestione delle risorse pubbliche destinate ai fini di incentivazione economica.

In merito alla forma di manifestazione commissiva si deve precisare che quest'ultima si concretizza nell'utilizzo o nella presentazione di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere.

In particolare, l'utilizzo di dichiarazioni mendaci o di documenti falsi può risultare idoneo a integrare gli artifici e i raggiri richiesti dalla fattispecie di truffa ex art. 640 c.p. e pertanto a provocare l'induzione in errore dei pubblici funzionari.

Si ritiene, infatti, per orientamento consolidato^[1] che l'elemento distintivo tra la fattispecie di cui all'art. 316 ter c.p. e la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640 bis c.p. sia l'induzione in errore, mancante nel primo

caso e viceversa presente nel secondo.

Si deve precisare che per costante orientamento giurisprudenziale, la mera presentazione di dichiarazioni o documenti falsi integrerebbe gli estremi degli artifici e i raggiri richiesti dalla fattispecie di truffa ex art. 640 c.p., riducendo di conseguenza l'ambito di applicabilità dell'art. 316 ter c.p. al silenzio antidoveroso o a condotte che non inducano in errore la persona offesa.

Invero, si tratta di un'interpretazione estensiva del concetto di artifici e dei raggiri, non confacente al modello strutturale della truffa. Infatti, gli artifici e i raggiri devono essere idonei in concreto a provocare l'evento, ossia l'induzione in errore della vittima e di conseguenza l'atto di disposizione patrimoniale. Nella prassi, si sta prescindendo dalla prova dell'idoneità degli artifici e dei raggiri a cagionare l'evento richiesto dalla fattispecie, ossia l'errore della persona offesa e il conseguente atto di disposizione patrimoniale.

Inoltre, si deve aggiungere che in generale, nell'ambito del procedimento di erogazione delle pubbliche sovvenzioni, si prevede che il riconoscimento del contributo richiesto sia fondato sulla base del soggetto interessato, rimandando a una fase successiva le opportune verifiche. Pertanto, in tali casi l'erogazione non dipende da una falsa rappresentazione dei suoi presupposti da parte dell'erogatore e dunque si ritiene applicabile la norma di cui all'art. 316 ter c.p..

Al contrario, nel caso in cui venga in rilievo un'attività di tipo valutativo e non meramente ricognitiva dei presupposti legittimanti l'erogazione del contributo, l'utilizzo di documenti falsi integra la fattispecie di cui all'art. 640 bis c.p. e non quella più lieve prevista dall'art. 316 ter c.p.

Una parte della dottrina ritiene, infatti, che la norma avrebbe avuto maggiore spazio applicativo se fosse stata strutturata in maniera tale da anticipare la soglia di punibilità prima dell'effettivo conseguimento della sovvenzione pubblica, utilizzando quini, lo schema del reato di pericolo.^[2]

Per quanto concerne la condotta omissiva, si deve rilevare che la mancata comunicazione di informazioni dovute integra gli estremi della fattispecie incriminatrice in esame, nel caso sia violato un preesistente obbligo giuridico di informazione, previsto dalla normativa in merito alle erogazioni pubbliche.

2. Il caso

G.F. proponeva ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte di Appello di Roma conformante la decisione del Tribunale di Rieti che l'aveva dichiarato colpevole del delitto di truffa aggravata ai danni dell'Inpdap ex art. 640, comma 2 n. 1 c.p., condannandolo alla pena di mesi cinque, giorni dieci di reclusione ed euro 600,00 di multa.

Il ricorrente deduceva la falsa violazione di legge e il vizio di motivazione in merito alla ritenuta sussistenza del delitto di truffa aggravata in luogo della fattispecie di cui all'art. 316 ter c.p. Sostenendo, infatti, che la condotta tenuta dall'imputato si era concretizzata unicamente nell'omessa comunicazione all'Inpdap del decesso del genitore, e che quindi, tale omissione non era idonea a integrare gli estremi degli artifici e ei raggiri richiesti dall'art. 640 c.p.

La Corte di legittimità^[3], avvalorando le precedenti interpretazioni^[4], ha ritenuto che l'omessa dichiarazione del decesso del parente all'Ente previdenziale, da parte del cointestatario del medesimo conto corrente sui cui confluivano i ratei pensionistici e la conseguente indebita percezione di quest'ultimi, integra la fattispecie meno grave di cui all'art. 316 ter c.p., mancando, infatti, in quest'ultima gli artifici e i raggiri e di conseguenza l'induzione in errore.

La Corte ha altresì precisato in merito al rapporto tra le fattispecie di cui agli artt. 316 ter e le fattispecie di cui agli artt. 640 bis e 640 comma 2 n. 1 c.p., ritenendo che sussista tra loro un rapporto di sussidiarietà e non di specialità.

Difatti, la fattispecie di cui all'art. 316 ter c.p. prevede una clausola di sussidiarietà espressa a favore dell'art. 640 bis c.p. "Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640 bis c.p." Trattasi, infatti, di concorso apparente di norme, ovvero sia, quando prima facie più disposizioni incriminatrici appaiono applicabili alla medesima condotta. Pertanto, in base al criterio di sussidiarietà la norma principale esclude l'applicabilità della norma sussidiaria. Si definisce, infatti, norma sussidiaria la fattispecie che tutela un grado inferiore dell'identico bene protetto dalla norma principale.

Invero, l'art. 316 ter c.p. è una fattispecie residuale rispetto alle fattispecie di truffa aggravata ex artt. 640 bis e 640 comma 2 c.p., mancando, come si è precisato, gli artifici e i raggiri finalizzati all'induzione in errore.

Viceversa, nel caso del soggetto che in qualità di delegato alla riscossione della pensione dall'avente diritto, si sottoponeva abitualmente alla verifica e dichiarava falsamente l'esistenza in vita del parente all'INPS, percependo di conseguenza la pensione del deceduto, la Corte di Cassazione^[5] ha ritenuto sussistente la fattispecie di truffa aggravata. Nella vicenda in esame la Corte di legittimità ha ritenuto, in conformità a precedenti statuizioni, sussistente l'induzione in errore dell'Ente previdenziale, cagionata dalla condotta fraudolenta del soggetto, incidente dunque sull'attività valutativa del suddetto ente.

In altri termini, secondo un consolidato orientamento^[6], si riconosce sussistente l'induzione in errore e di conseguenza il delitto di truffa aggravata nel caso in cui la condotta fraudolenta dell'agente incida sull'attività di verifica e di valutazione dell'Ente in merito ai presupposti delle erogazioni. Al contrario si ritiene sussistente la fattispecie di cui all'art. 316 ter c.p. nel caso in cui l'attività dell'ente sia meramente ricognitiva dei presupposti, ossia si limiti a prendere atto dei documenti presentati dal richiedente, rimandando a un momento successivo la verifica dei requisiti richiesti ai fini dell'erogazione.

Nel caso in esame, infatti, il soggetto aveva dichiarato falsamente l'esistenza in vita del parente all'INPS, e tale dichiarazione incide sull'attività accertativa e di controllo del suddetto Ente, al quale vengono comunicati periodicamente i decessi. Pertanto, la falsificazione di tale certificazione è idonea ad integrare l'attività fraudolenta tipica della truffa in quanto involge i presupposti dell'erogazione che sono sottoposti ad attività accertativa e non meramente ricognitiva, esulando dall'area delle mere 'prese d'atto' che viceversa integrano la più lieve fattispecie prevista dall'art. 316 ter c.p.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Sez. U, 19 aprile 2007 n. 16568

[2] Fiandaca – Musco Diritto penale parte speciale, volume I ed. 2012

[3] Cass. sez. II 13 dicembre 2017 n. 55525

[4] Cass. Sez. 2, 23 ottobre 2013 n. 48820, Cass. Sez. 2, 12 aprile 2016 n. 23163

[5] Cass. sez. II 4 settembre 2017 n. 40260

[6] Vedi nota n. 1

LA DELIBERA ARERA SULL'AUMENTO DEI COSTI DELL'ENERGIA ELETTRICA

La notizia che mette in allerta i clienti in regola con le bollette dell'energia continua a generare il panico tra i consumatori: è possibile che chi paga regolarmente debba farsi carico anche delle fatture non pagate dagli altri utenti morosi?

Emmanuel Luciano - Pubblicazione, domenica 4 marzo 2018
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Un certo scompiglio tra i consumatori ha creato la notizia, invero ripresa da diversi organi di stampa, in base alla quale i consumatori si dovranno fare carico anche delle bollette di luce e gas non pagate dagli utenti "morosi".

Ad accrescere il panico tra i consumatori è stato un messaggio che sta circolando nelle ultime ore su WhatsApp, che, sulla base di presunte informazioni rilasciate da Altroconsumo, invita i consumatori a "decurtare" dalla bolletta un ipotetico importo e pagare solo quanto presumibilmente dovuto. Ma sarà davvero così? Proviamo a fare un pò di chiarezza sul punto.

Il polverone è stato sollevato a seguito dell'emanazione della **delibera ARERA** (Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente) numero 50/2018 dello scorso 1° febbraio ([allegata all'articolo](#)).

Tale documento afferisce alle **relazioni tra fornitori** (le società venditrici, con le quali il consumatore stipula un contratto), distributori (i responsabili del trasporto dell'energia nelle abitazioni) e la CSEA e il GSE per i pagamenti degli oneri di sistema.

Nel momento in cui un consumatore non adempie all'onere di pagare la bolletta elettrica non genera solamente un buco nelle finanze del suo fornitore, bensì causa un danno anche al distributore, il quale ha già anticipato gli oneri di sistema alla CSEA e al GSE, oneri che spettano, tuttavia, al cliente. La delibera mette in piedi un meccanismo volto alla restituzione ai distributori di una quota degli oneri che hanno già versato, ma che non potranno mai più incassare dai fornitori divenuti insolventi perché in sofferenza economica (magari dovuta a vari motivi, tra cui la morosità dei loro clienti finali).

La delibera individua, poi, quali crediti debbano essere definiti irrecuperabili (sempre e solo relativi agli oneri di sistema), eliminando dal computo tutti quelli che in un modo o

nell'altro sono stati recuperati.

Gli **oneri di sistema** costituiscono una voce di costo che copre tutte le spese occorrenti ai fini del mantenimento dell'equilibrio del servizio elettrico o del gas e comprende, tra gli altri, anche l'importo versato da ogni singolo consumatore per finanziare la produzione di energia da fonti rinnovabili. Secondo l'ARERA, la delibera prevede che solo una parte limitata di questi oneri di sistema già versati dai distributori, ma non più recuperabili in altro modo, siano ammessi al meccanismo di recupero. L'Autorità ha affermato che nel medio periodo (non inferiore ad un anno) non verrà applicato alcun aumento sulla bolletta e, nel periodo successivo, gli eventuali aumenti saranno irrilevanti.

Risposta, dunque, al quesito: il cliente tempestivo nei pagamenti assume l'onere di accollarsi anche gli oneri del cattivo pagatore ?

Diverse associazioni di consumatori hanno puntato il dito contro Arera a causa dell'emanazione della delibera oggetto del presente articolo. Ad onore del vero, all'Autorità non è spettato ampio margine di scelta: il Consiglio di Stato, mediante la sentenza 2186/2016, ha infatti annullato la delibera di Arera che imponeva la copertura degli oneri non pagati dai morosi, ai venditori, e non ai clienti finali. Il Tar della Lombardia ha successivamente espresso tale principio in altre quattro sentenze, che richiamano, appunto, quanto statuito dal Consiglio di Stato. La delibera in commento non fa, quindi, altro che adeguarsi ad una giurisprudenza ormai consolidata in materia.

Il fenomeno della morosità all'interno del mercato dell'energia elettrica costituisce un problema molto serio per tutti gli operatori del settore. Secondo il rapporto Arera nel solo 2016 le richieste di sospensione per morosità hanno superato quota 1,2 milioni di clienti domestici: nel mercato libero trattasi del 6,4% dei consumatori, mentre per la maggior tutela il dato, più basso, è del 3,3%.

La delibera emanata dall'Autorità mira a sanare solamente i crediti inesigibili dei distributori, non afferendo a quelli direttamente generati dalla morosità dei clienti finali. Resta ancora l'indecisione in merito, infatti, alla modalità di recupero, da parte dei fornitori di energia, degli oneri di sistema dei clienti finali che, per difficoltà economiche, sono diventati morosi e si sono visti chiudere la fornitura di elettricità.

Contrariamente a quanto riportato da diversi organi di stampa o dai messaggi WhatsApp, non rientrerebbero in questo scenario i cosiddetti furbetti del "turismo energetico", ossia

quei consumatori i quali hanno l'abitudine di cambiare di frequente il proprio fornitore, lasciando in eredità ai vecchi fornitori bollette non pagate. In tali casi, infatti, il debito pregresso, mediante un meccanismo chiamato CMOR (corrispettivo di morosità) verrebbe trasferito sulla bolletta del nuovo fornitore, il quale è tenuto a richiederlo per poi passare l'importo al vecchio fornitore a cui spetta.

In conclusione, si ritiene opportuno che venga fatta ulteriormente chiarezza in merito al provvedimento oggetto del presente articolo, magari mediante l'indicazione di una stima, anche di massima, di quanto potrebbe riversarsi sulle bollette dei consumatori in futuro.

Fonti

- Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), [Delibera 01 febbraio 2018 50/2018/R/eel](#)
- Altroconsumo, www.altroconsumo.it

LA PRESCRIZIONE ALLA LUCE DELLA SENTENZA TARICCO BIS, TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Con la sentenza resa il 5 dicembre 2017 la Corte di Giustizia ha mostrato di condividere le perplessità e le preoccupazioni già espresse dalla Corte costituzionale nel rinvio pregiudiziale. Il riconoscimento della natura sostanziale della prescrizione nell'ordinamento italiano

Elisa D'aveni - Pubblicazione, mercoledì 7 marzo 2018
Redattore: Massimiliano Pace

Sommario: 1. Premessa; 2. La vicenda Taricco; 2.1. Le ricadute interne della sentenza Taricco; 2.2. La posizione della Corte costituzionale; 3. La sentenza Taricco bis e i relativi effetti sul regime interno della prescrizione.

1. Premessa.

In un ordinamento sempre più attento al rispetto degli obblighi internazionali, si pone, anche in ambito penale, il nodo dei rapporti tra il diritto interno e il diritto unionale.

Com'è noto, la competenza legislativa europea si basa sulla cessione di spazi di sovranità cui gli Stati membri hanno acconsentito nell'aderire ai trattati istitutivi. Quanto all'Italia, il fondamento costituzionale di tale cessione è da rinvenirsi nell'art. 11 Cost., il quale consente la limitazione della sovranità statale al fine di creare ordinamenti che promuovano la pace tra le nazioni.

Ebbene, l'Unione europea non possiede alcuna competenza legislativa in materia penale. Non esiste, difatti, alcuna norma che attribuisca alla stessa una competenza in siffatto settore, né la giurisprudenza europea ha mai mostrato una qualche apertura in merito, escludendo piuttosto che gli atti normativi comunitari possano direttamente sancire, oppure aggravare, la responsabilità penale dei singoli.

Tuttavia, il diritto unionale ben può influenzare il diritto penale degli Stati membri in modo indiretto, indirizzando cioè le scelte di politica criminale degli stessi verso l'adozione di sanzioni aventi natura penale fino a imporre, se del caso, l'adozione di siffatte misure afflittive. A tale esito si perviene valorizzando il principio di primazia del

diritto comunitario sul diritto interno, nonché l'obbligo di leale cooperazione che incombe sugli Stati ai sensi dell'art. 4 TUE. Ne deriva la produzione di effetti, sul piano interno, che a seconda dei casi espandono o restringono l'area del penalmente rilevante, incidendo sulla responsabilità penale di coloro che abbiano commesso reati.

In questo contesto, si colloca la vicenda Taricco.

2. La vicenda Taricco.

Nel settembre 2015, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato il contrasto tra la disciplina italiana della prescrizione, in specie in punto di interruzione della stessa, con l'art. 325 TFUE. Più precisamente, l'art. 325, par. 1, TFUE sancisce l'obbligo per gli Stati membri di adottare misure dissuasive ed efficaci contro le frodi e ogni altra attività illegale che possa ledere gli interessi finanziari dell'Unione; l'art. 325, par. 2, TFUE, invece, fissa il principio di assimilazione, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione al pari dei propri.

Nella sentenza in esame, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto incompatibile con l'art. 325 TFUE la disciplina italiana in materia di atti interruttivi della prescrizione di cui al combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, c.p. e 161, comma 2, c.p. Ciò in quanto la previsione di un limite massimo all'interruzione della prescrizione, pur in presenza di molteplici atti interruttivi, potrebbe comportare l'impunità di gravi frodi tributarie in materie di IVA in un numero considerevole di casi. Inoltre, si è osservato, le deroghe che il legislatore interno ha espressamente previsto a siffatta disciplina, che invero non trova applicazione per una serie di reati, segnerebbero un'inammissibile disparità di trattamento tra la tutela degli interessi finanziari nazionali e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, in favore dei primi e a discapito di questi ultimi.

Due, in sintesi, le ipotesi di incompatibilità degli artt. 160 e 161 c.p. con l'art. 325 TFUE: in primo luogo, gli artt. 160 e 161 c.p. contrastano con l'obbligo di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione nella misura in cui determinano l'impunità di gravi e numerose frodi IVA; in secondo luogo, non operando le norme in esame, per scelta del legislatore interno, con riguardo ad alcuni reati posti a presidio di interessi finanziari meramente interni, vi è violazione del principio di assimilazione.

I giudici di Lussemburgo hanno quindi interpretato l'art. 325 TFUE nel senso che lo stesso sancisce l'obbligo per il giudice nazionale, in presenza di ciascuna delle ipotesi suddette, di disapplicare la disciplina interna degli atti interruttivi della prescrizione

qualora ritenga che detta disciplina, nel fissare un limite massimo all'interruzione della prescrizione, impedisca allo Stato di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione europea.

2.1. Le ricadute interne della sentenza Taricco.

All'indomani della sentenza Taricco, parte della giurisprudenza interna ha ritenuto di non dover dare seguito alle statuizioni della Corte di giustizia dell'Unione europea. Piuttosto, si è ravvisata l'esigenza di rivolgersi alla Corte costituzionale affinché quest'ultima attivasse i cc.dd. controlimiti, impedendo così l'ingresso nel nostro ordinamento di una normativa comunitaria che, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia, lede i diritti inviolabili dell'uomo.

Più precisamente, la Corte di Appello di Milano e la Corte di cassazione hanno sollevato questione di legittimità costituzionale della legge di recepimento dei trattati per violazione dell'art. 25, comma 2, Cost.

L'art. 25, comma 2, Cost. sancisce il principio di legalità in materia penale. Trattasi di uno dei pilastri su cui poggia l'intero sistema penalistico, sostanziale e, di riflesso, processuale. Il principio di legalità, difatti, consente la restrizione della libertà personale dei consociati a una duplice condizione: che ciò avvenga in forza di una legge che consideri un determinato fatto come reato e che detta norma incriminatrice sia entrata in vigore prima della commissione del fatto stesso. Alla base, evidenti esigenze di natura garantista: il principio di legalità tutela i diritti inviolabili dell'uomo, in specie la libertà personale, da un possibile arbitrio del potere esecutivo o giudiziario, nonché l'autodeterminazione dei singoli, i quali, una volta resi edotti delle conseguenze penali delle proprie condotte, sono in grado di scegliere consapevolmente se determinarsi o meno nel senso del reato.

Il principio di legalità, poi, si atteggia, sul piano dell'efficacia della legge penale nel tempo, quale divieto di retroattività sfavorevole e si declina, sotto il profilo della formulazione del precetto penale, in termini di tassatività, determinatezza, precisione.

La necessità di un intervento della Corte costituzionale è sorta proprio in relazione ai sudetti corollari. Invero, ad avviso dei giudici rimettenti, la c.d. regola Taricco, che imporrebbe la disapplicazione della disciplina interna in tema di interruzione della prescrizione, si scontrerebbe, da un lato, con il principio di irretroattività sfavorevole e, dall'altro lato, con il principio di determinatezza della fattispecie penale.

Quanto al primo punto, si è osservato, si aggraverebbe in modo retroattivo la posizione penale degli imputati, i quali non potevano ragionevolmente prevedere, al momento della commissione del fatto, che non si sarebbe loro applicato il termine massimo di interruzione della prescrizione, con conseguente estensione, anziché estinzione, della pretesa punitiva dello Stato.

Quanto al secondo punto, invece, si è sostenuto che il dettato normativo europeo difetterebbe di sufficiente determinatezza, attribuendo così un'eccessiva discrezionalità al giudice nazionale, sul quale graverebbe il compito di individuare e selezionare le ipotesi in cui ci si trovi al cospetto di gravi frodi che potrebbero restare impunte in un numero considerevole di casi. Il rischio di incertezza e di arbitrio giudiziario sarebbe, allora, quanto mai elevato.

2.2. La posizione della Corte costituzionale.

Nel gennaio 2017, la Corte costituzionale ha optato per una soluzione conciliativa. Ha scelto, infatti, di promuovere il dialogo con i giudici europei e di non ricorrere, quantomeno in prima battuta, all'arma dei controlimiti, potenzialmente in grado di creare una frattura nei rapporti tra le Corti.

In particolare, la Consulta ha operato un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* alla Corte di giustizia dell'Unione europea chiedendo chiarimenti in ordine al corretto significato da attribuire all'art. 325 TFUE dopo la sentenza Taricco e, precisamente, se lo stesso debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice nazionale la disapplicazione della disciplina interna in tema di atti interruttivi della prescrizione anche quando ciò si ponga in contrasto con i principi fondamentali dell'ordine costituzionale e con i diritti inviolabili dell'uomo.

Tre i punti fermi ribaditi dalla Corte Costituzionale nella propria ordinanza: il primato del diritto europeo su quello interno, a condizione che venga rispettato l'ordine costituzionale italiano; il carattere supremo del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost.; la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione e il suo conseguente assoggettamento al predetto principio di legalità.

Muovendo da tali punti fermi, la Consulta si è interrogata sulla conformità della c.d. regola Taricco con il principio di legalità, nei suoi corollari di irretroattività sfavorevole e di tassatività.

La soluzione è stata, in entrambi i casi, negativa. Invero, si è osservato, la regola Taricco non può essere considerata rispettosa del divieto di retroattività sfavorevole, in quanto non era ragionevolmente prevedibile, al momento della commissione del fatto, che il diritto dell'Unione europea avrebbe imposto al giudice nazionale di disapplicare le norme interne sull'interruzione della prescrizione. Inoltre, la regola in esame contrasta inevitabilmente con la necessità a che il precetto penale sia sufficientemente determinato e preciso nel suo contenuto e nelle sue conseguenze, lasciandosi piuttosto stabilire al giudice quando le frodi siano gravi e quando le stesse restino impunte in un numero considerevole di casi.

Alla luce delle considerazioni suddette, la Corte costituzionale ha pertanto chiesto ai giudici europei conferma della lettura per cui la regola Taricco non debba essere applicata dal giudice nazionale, attesa l'incompatibilità della stessa, poiché non prevedibile, né sufficientemente determinata, con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano.

Ciò nonostante, non si è negata la responsabilità del legislatore italiano per violazione del diritto unionale.

3. La sentenza Taricco *bis* e i relativi effetti sul regime interno della prescrizione.

Nel dicembre 2017, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è nuovamente pronunciata sulla vicenda Taricco.

Questa volta, tuttavia, i giudici di Lussemburgo hanno optato per una lettura dell'art. 325 TFUE in senso più favorevole per l'ordinamento italiano, così come auspicato dalla Corte costituzionale stessa in sede di rinvio pregiudiziale. Difatti, pur confermando *in toto* la regola Taricco, si è precisato che l'art. 325 TFUE impone al giudice nazionale di disapplicare la disciplina interna in tema di atti interruttivi della prescrizione quando la stessa conduca all'impunità, in un numero considerevole di casi, di gravi frodi IVA, a meno che, però, tale disapplicazione comporti la violazione del principio di legalità dei reati e delle pene.

Due le ipotesi - si legge nel dispositivo - in cui il principio di legalità si considera violato: quando la disapplicazione della normativa interna determina la retroazione di un regime più severo rispetto a quello vigente al momento del fatto e altresì quando, nell'escludere l'operatività della disciplina nazionale di cui agli artt. 160 e 161 c.p., si registra un'insufficiente determinatezza della legge penale e, segnatamente, del regime

prescrizionale applicabile. In altri termini, la disapplicazione della disciplina interna non è ammessa ove ne derivi l'inosservanza del divieto di irretroattività sfavorevole o la trasgressione del principio di tassatività del precetto penale, i quali trovano, entrambi, il loro fondamento costituzionale all'art. 25, comma 2, Cost.

Spetta poi al giudice nazionale verificare se si versi nell'uno o nell'altro caso, sì da non procedere alla disapplicazione.

Ebbene, nella sentenza *Taricco-bis* la Corte di giustizia ha mostrato di condividere le perplessità e le preoccupazioni già espresse dalla Corte costituzionale in seno all'ordinanza di rinvio. Più precisamente, si è preso atto delle conseguenze che, sul piano interno, un'indiscriminata e non meglio precisata disapplicazione avrebbe comportato. E ciò alla luce di una peculiarità dell'ordinamento penalistico italiano, su cui faceva leva la Consulta, e che al contempo rappresenta un'anomalia se rapportata al panorama giuridico europeo. Detta anomalia consiste nella natura sostanziale che il diritto penale italiano attribuisce, e la giurisprudenza nazionale pacificamente riconosce, all'istituto della prescrizione. Generalmente, invece, negli ordinamenti degli altri Stati membri la prescrizione è vista come un istituto prettamente processuale, cui si ricollegano una serie di conseguenze rilevanti sul solo piano procedurale e non già, come invece stabilisce il codice Rocco, l'effetto di estinguere il reato.

Ad ogni modo, l'anomalia in esame è stata tenuta in debito conto e altresì accettata dai giudici europei, sebbene con alcune precisazioni. Al momento della prima sentenza *Taricco*, infatti, non era stato ancora avviato un processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea e di prescrizione degli stessi, il che è avvenuto, seppur in modo parziale, soltanto con l'emanazione della recente direttiva del 5 luglio 2017, il cui recepimento dovrà avvenire entro il 2019. Fino a quel momento, pertanto, secondo la Corte di Lussemburgo, il legislatore nazionale era libero di considerare in termini sostanziali l'istituto della prescrizione, data l'assenza di una disciplina europea sul punto relativamente ai predetti reati. Ne deriva la necessaria operatività dei principi di prevedibilità, irretroattività sfavorevole e tassatività agli illeciti penali commessi entro l'8 settembre 2015, con conseguente non necessità, per il giudice nazionale, di conformarsi all'obbligo di disapplicazione che in ipotesi l'art. 325 TFUE imporrebbe.

Chiarito ciò, i primi commentatori della sentenza *Taricco-bis* hanno tuttavia mostrato qualche perplessità con riguardo agli effetti immediati della sentenza *Taricco* nel caso in

cui l'incompatibilità della disciplina interna riguardi il secondo paragrafo dell'art. 325 TFUE. Si è osservato, infatti, che al principio di assimilazione non sia possibile opporre la violazione della garanzia di determinatezza, poiché il primo presenta un contenuto preciso e delle conseguenze ben definite, che non lasciano immaginare alcun contrasto con la seconda. Invero, l'applicazione del principio di equivalenza delle tutele non può che comportare l'estensione, a livello interno, dell'ambito di operatività della disciplina interna che deroga agli artt. 160 e 161 c.p. e che tutela gli interessi finanziari nazionali in modo più efficace rispetto a questi ultimi; è evidente, quindi, che detta disciplina derogatoria riguarderà anche le frodi che ledono gli interessi finanziari unionali e che nessun *deficit* di tassatività è ravvisabile a riguardo, a meno che la normativa derogatoria interna si ponga essa stessa in contrasto con il principio di determinatezza.

4. Conclusioni. Alla luce delle considerazioni fin qui esposte, la vicenda Taricco riveste un'importanza fondamentale nel dibattito giuridico attuale, in quanto spunto per riflettere sui rapporti tra il diritto interno e il diritto unionale in materia penale, nonché occasione di dialogo tra le Corti nazionali e sovranazionali.

Riferimenti giurisprudenziali

Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 settembre 2015, C-105/14.
Corte di giustizia dell'Unione europea, 5 dicembre 2017, C- 42/17.
Corte di appello di Milano, sez. III, ordinanza 18 settembre 2015, n. 6421.
Corte di cassazione, sez. III, ordinanza 30 marzo 2016, n. 28346.
Corte costituzionale, ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24.

Riferimenti bibliografici

C. Cupelli, *Ecce Taricco II: fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte dig*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 12/2017.
E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 1/2016.
E. Lupo, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 12/2017.
A. Martufi, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont. (web)*.
R. Garofoli, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Nel diritto editore, ult. ed.
R. Mastroianni, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. Pen. Cont. (web)*.

IL PLAGIO E LE INFINITE DECLINAZIONI DELLA CREATIVITÀ

Ancora un intervento della Suprema Corte, questa volta con precipuo riferimento all'arte informale, teso a tutelare dal plagio le svariate e molteplici espressioni artistiche a seconda della ricorrenza o meno del carattere della creatività quale prius logico giuridico.

Annamaria Di Clemente - Pubblicazione, giovedì 8 marzo 2018
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Sommario: 1. Definizione di "plagio"; 2. La normativa italiana; 3. Normativa sovranazionale; 4. Nozione di plagio alla luce della giurisprudenza di Cassazione.

1. Definizione di "plagio"

Il plagio artistico rappresenta uno dei temi di maggiore attualità che appassiona l'opinione pubblica per essere l'arte, in ogni sua forma espressiva e nella sua più ampia accezione, patrimonio universale, pur nel rispetto della normativa prevista per il diritto d'autore o altro diritto sull'opera.

Chiunque, tuttavia, si appresti a definire o, peggio, a circoscrivere esattamente e puntualmente il plagio partendo dai dati normativi non esaurirà in questi l'indagine, ma focalizzerà la propria attenzione sulla copiosa casistica offerta dalla giurisprudenza di merito e di legittimità.

Questo il modo in cui si articola la presente nota che, muovendo dai dati normativi, passerà in rassegna alcune significative pronunce prima di procedere ad una breve recensione del recente intervento della Cassazione che ha ravvisato, confermando la sentenza emessa in grado di appello, l'ipotesi di plagio di alcune opere appartenenti alla corrente artistica della c.d. *arte informale*.

2. La normativa italiana

Ai sensi dell'art. 2575 c.c. *"Formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia qualunque ne sia il modo*

o la forma di espressione".

L'acquisto del diritto, come previsto dal successivo art. 2576 c.c. è a titolo originario ed *"è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale".*

Inoltre, ai sensi dell'art. 2577 c.c. *"L'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera e di utilizzarla economicamente in ogni forma e modo, nei limiti e per gli effetti fissati dalla legge. L'autore, anche dopo la cessione dei diritti previsti dal comma precedente, può rivendicare la paternità dell'opera e può opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera stessa, che possa essere di pregiudizio al suo onore o reputazione".*

Il contenuto del diritto d'autore si articola, quindi, in diritto morale e diritto patrimoniale d'autore, disciplinati, più diffusamente dalla l. 633/1941 e successive modifiche e integrazioni.

L'art. 1 della suddetta legge così recita *"sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. Sono altresì protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con Legge 20 giugno 1978, n. 399, nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore".*

L'art. 2 della stessa legge contiene l'elencazione delle opere comprese nella protezione:

"1) le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale;

2) le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale;

3) le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti;

4) le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia;

5) i disegni e le opere dell'architettura;

6) le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice

- documentazione protetta ai sensi delle norme del capo quinto del titolo secondo;*
- 7) le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del capo V del titolo II;*
- 8) i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso;*
- 9) Le banche di dati di cui al secondo comma dell'articolo 1, intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo. La tutela delle banche di dati non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati diritti esistenti su tale contenuto;*
- 10) Le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico".*

Tale elencazione, tuttavia, alla luce dell'interpretazione offerta da dottrina e giurisprudenza, non rappresentando un *numerus clausus* consente di estendere la protezione a categorie di opere che, se pur non espressamente previste dal legislatore, presentino il carattere della creatività.

Tassativi, invece, sono i casi, previsti dagli artt. 65-71 della suddetta legge, in cui sono riconosciute ai terzi, a prescindere dall'autorizzazione del titolare della tutela, alcune libere utilizzazioni delle opere, appunto, tutelate; casi, questi, accomunati dall'esigenza di preservare interessi generali ed imprescindibili rappresentati, ad esempio, da finalità didattiche.

3. Normativa sovranazionale

La tutela dei diritti d'autore trova, infine, la sua fonte normativa anche in una serie di convenzioni internazionali tese a realizzare un regolamento uniforme in materia.

Si pensi a quella di Ginevra siglata da quaranta paesi il 6 settembre 1952, nel corso di una conferenza indetta dall'UNESCO, entrata in vigore il 16 settembre 1955, ratificata in Italia con l. 923/1956 ed entrata in vigore il 24 gennaio 1957. Si pensi, inoltre, alla convenzione internazionale per il diritto d'autore adottata a Parigi il 24 luglio 1971 e

ratificata con l. 306/ 1977, e, più di recente, alla convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche ratificata con l. 399/1978, come richiamata dal secondo comma dell'art. 1 della legge sul diritto d'autore di cui innanzi.

4. Nozione di plagio alla luce della giurisprudenza di Cassazione

Ciò che rileva al fine di accordare o meno all'opera la tutela dal plagio, è il carattere della creatività.

È chiaro che, attese le infinite declinazioni delle espressioni artistiche, definire esattamente ed aprioristicamente quale opera sia connotata dal carattere della creatività, così da escludere qualsivoglia ricorso ad un metodo, per così dire, empirico, si appalesa opera affatto semplice, se non ardua.

In tale prospettiva, giova svolgere una breve rassegna di alcune pronunce in tema.

In riferimento ad una caso di c.d. *sincronizzazione*, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 29811/2017, ha precisato che *"in tema di diritto d'autore, l'attività di "sincronizzazione" di un'opera musicale - intesa quale abbinamento od associazione permanente tra l'opera e le immagini (fisse o in movimento) - integra un abbinamento della stessa ad immagini, che dà luogo ad un prodotto diverso (un'opera cinematografica, audiovisiva, un filmato pubblicitario, un prodotto multimediale, uno sceneggiato televisivo e simili), attività che rientra nell'ambito delle facoltà esclusive dell'autore della composizione stessa, ai sensi dell'art. 12, secondo comma, LDA e laddove essa sia effettuata in difetto di preventivo consenso, costituisce violazione anche degli artt. 18 e 61 LDA"*.

Più in generale, con sentenza n. 23292/2015, la Cassazione si è soffermata sull'argomento citando alcuni suoi precedenti ed operando un distinguo tra l'aspetto oggettivo e quello soggettivo dell'opera creativa.

La Corte osserva, invero, come sia appena il caso di ricordare che *"la giurisprudenza di questa Corte ha già avuto occasione di chiarire che il concetto giuridico di creatività , cui fa riferimento la norma ex art. 1 della legge n. 633 del 1941, non coincide con quello di creazione, originalità e novità assoluta, riferendosi, per converso, alla personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della legge citata, di modo che un'opera dell'ingegno riceva protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo,*

suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore, con la conseguenza che la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia (Cass. 5089/04)".

Con la medesima motivazione, inoltre, la Suprema Corte precisa che la creatività di cui all'art. 1 della legge citata, *"non è costituita dall'idea di per sé, ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, di modo che la stessa idea può essere alla base di diverse opere d'autore, che sono o possono essere diverse per la creatività soggettiva che ciascuno degli autori spende, e che in quanto tale rileva per l'ottenimento della protezione"*.

Più risalente, se pur di poco, la sentenza n. 9854/2012 secondo cui *" il carattere creativo e la novità dell'opera sono elementi costitutivi del diritto d'autore sull'opera dell'ingegno; pertanto, prima ancora di verificare se un'opera possa costituire plagio di un'altra, il giudice del merito deve verificare se quest'ultima abbia o meno i requisiti per beneficiare della protezione richiesta, e ciò sia sotto il profilo della compiutezza espressiva, sia sotto il profilo della novità"*. Secondo altra interessante pronuncia *"non si tutela l'idea in sé, ma la forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, di modo che la stessa idea può essere alla base di diverse opere che sono o possono essere diverse per la creatività soggettiva che ciascuno degli autori spende e che, in quanto tale, rileva ai fini della protezione"*(Cass. 25173/2011).

In tale rassegna si inserisce il recente intervento della Cassazione che con **sentenza del 26 gennaio 2018 n. 2039** ha ravvisato la ricorrenza del plagio di opere appartenenti alla corrente artistica della c.d. arte informale che, se pur, appunto, informale, nella sua accezione propria, va, alla luce dell'interpretazione offerta, tutelata al pari di altre correnti artistiche.

La Suprema Corte, invero, si è pronunciata, rigettando il ricorso per cassazione proposto da una Galleria d'Arte avverso la sentenza pronunciata in sede d'appello, che aveva condannato la stessa al risarcimento dei danni in favore degli aventi diritto, attesa la ritenuta sussistenza dell'illecito di plagio di alcune opere appartenenti alla corrente artistica della c.d. arte informale.

La Corte, richiamando alcuni suoi precedenti, ha osservato, in premessa di ragionamento, che *"non si parla, dunque, di plagio con riguardo all'idea su cui l'opera si*

fonda, non proteggendo la disciplina sul diritto d'autore l'idea in sé (ottenibile anche fortuitamente, come autonomo risultato dell'attività intellettuale di soggetti diversi e indipendenti), trovando invece esso il presupposto nell'identità di «espressione», intesa come forma attraverso la quale si estrinseca il contenuto del prodotto intellettuale, meritevole di tutela allorché rivesta il carattere dell'originalità e della personalità: le idee per se stesse non ricevono protezione nel nostro ordinamento, ma è necessario che sia identico il modo in cui sono realizzate e cioè la forma esterna di rappresentazione".

Per altro verso, osserva, che l'opera plagiaria perché sia tale "deve, in sintesi, essere priva di un cd. scarto semantico, idoneo a conferirle rispetto all'altra un proprio e diverso significato artistico, in quanto abbia dall'opera plagiata mutuato il cd. nucleo individualizzante o creativo (cfr. Cass. 19 febbraio 2015, n. 3340); in sostanza, è necessario che l'autore del plagio si sia appropriato degli elementi creativi dell'opera altrui, ricalcando in modo pedissequo quanto da altri ideato ed espresso in forma determinata e identificabile; al contrario, è esclusa la sussistenza del plagio, allorché la nuova opera si fondi sì sulla stessa idea ispiratrice, ma si differenzi negli elementi essenziali che ne caratterizzano la forma espressiva".

Per quanto riguarda più propriamente la verifica, la Corte, richiamando altre sue precedenti pronunce, ha sottolineato come la stessa "va operata sulla base del riscontro delle difformità dalle caratteristiche essenziali, mentre non sono sufficienti originalità di mero dettaglio dell'opera plagiaria (Cass. 15 giugno 2012, n. 9854; 28 novembre 2011, n. 25173; 27 ottobre 2005, n. 20925; 10 marzo 1994, n. 2345; 10 maggio 1993, n. 5346): dunque, non sussiste il plagio qualora due opere, pur avendo in comune il cd. spunto o motivo ispiratore, differiscano quanto agli ulteriori elementi caratterizzanti ed essenziali, permanendo viceversa il plagio anche quando esso sia «camuffato» (o «mascherato») mediante varianti solo apparenti".

Alla luce di tali riaffermati principi ha precisato come sia "necessaria all'ipotesi di plagio l'identità di essenza rappresentativa tra le opere, premettendo proprio che il plagio resterebbe escluso nel caso di spunto comune tratto dal patrimonio di pensiero e di idee proprio di tutti, di cui nessuno può rivendicare la paternità, e sia nel caso di disuguaglianza di risultato espressivo".

Tale criterio, continua la motivazione, deve trovare applicazione anche con riguardo alla corrente artistica della c.d. arte informale laddove non può "predicarsi un diverso e più ampio criterio" tale da escludere, quindi, l'ipotesi del plagio, almeno al di fuori dei

suddetti parametri, per quella che sarebbe qualificabile radicalmente, come sostenuto dalla difesa della Galleria d'arte, come «non-arte» o «arte antiformale».

La Corte osserva, infatti, che *"concordi o no che siano gli esperti del settore con tali ulteriori definizioni, non si potrebbe non convenire nel senso che, pur quando l'idea artistica si esprima e si concreti mediante linee, segni o aree di macchie o colori, non immediatamente riproducitive di nessuna forma del reale così come questo risulterebbe da una fotografia, ma piuttosto trasfigurandolo ed interpretandolo in maniera affatto originale, resta che proprio la potenza di questa personalissima interpretazione e trasfigurazione va giuridicamente tutelata"*.

A ben vedere, tale conclusione, assolutamente condivisibile, coglie più che altrove quel lirismo, quella forza espressiva che riesce a connotare l'opera artistica nel suo esclusivo modo di atteggiarsi che ci sorprende e ci emoziona.

Il diverso modo di opinare, invero, condurrebbe all'assurda quanto aberrante conclusione di legittimare forme di discriminazione tra le varie espressioni artistiche, riconducibili, queste, all'inviolabile e, più generale, diritto di manifestazione del pensiero costituzionalmente garantito.

DOMICILIO DIGITALE, DIFENSORE DIGITALE, IDENTITÀ DIGITALE E IMPLEMENTAZIONE TRAMITE BLOCKCHAIN

Le novità del 2018 introdotte nel Codice dell'Amministrazione Digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

Michele Chierici - Pubblicazione, venerdì 9 marzo 2018
Redattore: **Emmanuel Luciano**

Sommario: 1. - Il concetto di cittadinanza digitale. 2. - Il domicilio digitale. 3. - Classificazione terminologica di Open Data. 4. - Strumenti di attivazione per una identità digitale. 5. - Nuove applicazioni del documento informatico. 6. - Garanzia per il rispetto della normativa sulla digitalizzazione e l'innovazione.

1. Il concetto di cittadinanza digitale.

La cittadinanza digitale è un concetto complesso che comprende più rami. Il suo scopo è essenzialmente quello di digitalizzare tutti i momenti di contatto tra pubblica amministrazione e cittadino, questo per il semplice fatto che vi sono incalcolabili vantaggi derivanti, tra i quali: la diminuzione della documentazione, con relativa tenuta e conservazione per anni; la celerità nelle comunicazioni; la possibilità di aprire un canale di dialogo diretto con la pubblica amministrazione senza bisogno di intermediari. Con queste nuove riforme al Codice dell'Amministrazione Digitale si vuole potenziare la struttura già esistente e dare uno strappo verso una definitiva digitalizzazione e abbandono della carta.

2. Il domicilio digitale.

L'art. 3 bis, capo I, sez. II, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, espone il concetto di domicilio digitale. Il domicilio digitale altro non è che la possibilità di indicare un proprio indirizzo PEC il quale viene inserito nell'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente, per essere messo a disposizione delle pubbliche amministrazioni. Ciò comporterà un deciso scarico di costi a favore di una velocità nelle comunicazioni da effettuarsi nei confronti del cittadino. Su impulso del cittadino che consegnerà ed eleggerà come proprio recapito ufficiale l'indirizzo PEC, l'anagrafe potrà effettuare valide comunicazioni mediante questo e senza l'intervento di alcun intermediario.

Tecnicamente per l'attivazione di un domicilio digitale occorre un indirizzo PEC, tuttavia sono altresì accettati altri canali purché rispettino i criteri di certificazione qualificati UE. Ancora non è stato deciso un termine ultimo entro il quale tutti dovranno dotarsi di questo. I professionisti già iscritti agli albi, che quindi dispongono di una PEC, vedranno questa trasformarsi nel loro domicilio digitale, che andrà iscritta presso l'Indice nazionale dei domicilia digitale ed automaticamente potrà essere utilizzata anche come domicilio digitale.

3. Classificazione terminologica di Open Data.

Quando si parla di open data occorre fare una distinzione tra documenti con formato aperto e dati di tipo aperto. Il documento con formato aperto è configurato come un supporto reso pubblico, mentre i dati contenuti sono solamente resi pubblici in via indiretta, in questo caso non importa la natura del documento quanto la sua finalità. Per dati aperti invece si intendono dati disponibili alla collettività in modo pieno o semiaperti se tramite licenza. Possono essere resi disponibili anche a fronte del pagamento di una cifra minima, per il mantenimento della struttura, ma presentano il grande vantaggio di essere fruibili anche dal privato in autonomia senza doversi recare in apposite strutture.

Il concetto di dati aperti tuttavia risulta vuoto se non viene anche apportata una strumentazione tecnica adeguata e una struttura in grado di poter essere raggiunta dai cittadini. A questo vengono ricollegate una serie di problematiche inerenti l'identità di chi ha accesso ai dati e alle verifiche che devono essere fatte su chi ne usufruisce, le quali possono essere risolte con gli strumenti che verranno a breve esaminati.

4. Strumenti di attivazione per una identità digitale.

Una delle novità del 2018 è appunto lo SPID (Sistema Pubblico per la gestione di Identità Digitale), il cui scopo è di accedere a tutti i servizi telematici della pubblica amministrazione mediante l'utilizzo di un pin unico (<https://www.spid.gov.it>). I servizi usufruibili in questo modo sono molteplici, basti pensare al frequente caso di domanda ad una pubblica amministrazione, oppure a una richiesta di informazioni, tutto ciò diviene possibile senza recarsi fisicamente, con relativa spendita di tempo, ma operando da pc.

In concreto SPID è un sistema di autenticazione. Questa, al pari di ogni altra configurazione *login*, viene effettuata tramite nome utente e password personalizzati e

rilasciati dalla pubblica amministrazione. Tutti possono richiederlo a condizione che siano maggiorenni, è sufficiente essere muniti di documento di identità e tessera sanitaria, oltre che di una e-mail. La richiesta deve essere effettuata presso alcuni soggetti erogatori del servizio che vengono analiticamente indicati sul sito governativo, la richiesta è totalmente gratuita.

Le potenzialità della SPID possono ulteriormente essere implementate ma già ora presentano notevoli vantaggi, sia per i cittadini che per i commercianti. Il cittadino, nell'ambito delle sue attività comuni giornaliere, può attraverso questo sistema prenotare visite in ospedale, effettuare l'iscrizione scolastica e accedere alle reti Wi-Fi pubbliche; per il cittadino nel frangente della sua attività lavorativa, vi sono altre funzionalità, come compilare e inviare le pratiche che variano a seconda del settore di attività (e quindi della pubblica amministrazione coinvolta). Si passa da usi più generici, come i contatti con INAIL e INPS, a servizi di anagrafe o fatturazione e certificazione documenti, sino a utilità più specifiche come le visure, il fascicolo sanitario elettronico, servizi di controllo sui pagamenti dei tributi e addirittura funzionalità in campo edile e ambientale.

SPID infine offre ampie possibilità anche per quanto riguarda la formazione di documenti informatici validi poiché consente che venga effettuato quel collegamento tra la dichiarazione e il soggetto tipico dei documenti elettronici. È necessario, per sfruttare appieno le potenzialità di questa struttura, che il documento sia reso sicuro e certo, nonché immodificabile. Il compito spetta all'Agenzia per l'Italia Digitale, la quale dovrà fornire i criteri tecnici di validità e, se questi saranno ritenuti idonei, potranno fungere da convalida per la paternità della dichiarazione.

Un'interessante passo avanti in ambito di nuove tecnologie, potrebbe essere fornito dalla struttura blockchain, che appare idonea a garantire certezza del collegamento tra dichiarante e dichiarato, nonché garantisce un certo grado di stabilità e non modificabilità richiesto a tal fine. Il soggetto dotato di chiave privata può sottoscrivere il documento allo stesso modo di una firma qualificata, già utilizzata oggi. In più è possibile divenire anche destinatari di informazioni sempre con la stessa tecnologia, in quanto fornendo la propria chiave pubblica, il soggetto può essere rintracciato dall'amministrazione e contattato in modo certo e sicuro. Così facendo si coglierebbero ben due opportunità, in primo luogo si procederebbe ad una digitalizzazione delle comunicazioni con conseguente risparmio per l'amministrazione e, in secondo luogo, si avrebbero scambi di informazioni tra cittadino e settore pubblico più rapidi e sicuri. La

immutabilità della dichiarazione è garantita dal fatto che la catena di blocchi presenta particolari incastri e, andando a modificare un pezzo già facente parte della catena, questo non risulterebbe più compatibile con il resto. In pratica, lo SPID fungerebbe da mero identificatore iniziale, poi la comunicazione verrebbe effettuata sfruttando le potenzialità della blockchain.

5. Nuove applicazioni del documento informatico.

Il decreto legislativo n. 217 del 13 dicembre 2017 introduce una novità all'art. 20, comma 1-bis, del Codice dell'Amministrazione Digitale, prevedendo anche per il documento informatico il medesimo requisito di validità della forma scritta. In sostanza, in concomitanza con l'art. 2702 c.c., questo varrà come piena prova al pari del documento cartaceo fino a querela di falso. Il documento informatico in sostanza viene equiparato ai documenti con firma elettronica qualificata o avanzata anche nel caso in cui venga garantita l'immodificabilità postuma del contenuto e sia identificato l'autore (o viceversa sia riconducibile in qualsiasi caso il contenuto all'autore medesimo).

È sufficiente una firma digitale o altro tipo di firma elettronica (qualificata o avanzata). L'identificazione dell'autore invece deve essere fornita con strumenti tecnici indicati dalla Agenzia per l'Italia Digitale all'art 71. In ogni caso comunque spetterà al giudice in ultima istanza valutare le prove, il valore probatorio di queste al pari delle altre è liberamente valutabile.

L'agenzia ha un termine di 30 giorni per effettuare le consultazioni e fornire le Linee guida che andranno rispettate ai fini di ottenere gli effetti giuridici sopramenzionati. Per l'efficacia delle Linee occorrerà attendere la pubblicazione sul sito dell'Agenzia e non in Gazzetta Ufficiale. Ciò permette una consultazione e una efficacia più celere soprattutto vista la velocità con cui i progressi tecnologici stanno mutando le comuni forme di dialogo.

6. Garanzia per il rispetto della normativa sulla digitalizzazione e l'innovazione.

Viene implementato all'art. 17 del Codice dell'Amministrazione Digitale l'istituto del difensore civico digitale, il cui ufficio è istituito presso l'Agenzia per l'Italia Digitale. Il difensore è soggetto terzo dotato di imparzialità e autonomia. All'art. 17, comma 1-quater, vengono indicate le modalità d'accesso dei cittadini ai servizi del difensore, chiunque infatti è legittimato a richiedere l'intervento del difensore attraverso il sito ufficiale dell'Agenzia. Lo scopo del difensore è intervenire nelle situazioni di violazione

del Codice e di tutte le altre norme circa la digitalizzazione e l'innovazione, in pratica funge da garante del rispetto e della continuità del procedimento di digitalizzazione del Paese.

Il difensore effettua una prima verifica di fondatezza, in cui come un filtro stabilisce in quali casi è opportuno intervenire. Qualora ravvisi la violazione, ammonisce il soggetto autore della violazione, e da un termine, di massimo 30 giorni, entro il quale questi deve ripristinare la situazione. Eventuali inadempienze vengono segnalate agli uffici della amministrazione competente.

Nel sito della Agenzia vengono infine rese pubbliche tutte le decisioni del difensore.

Possono essere inoltre indicati come soggetti violatori di norme del Codice anche le Pubbliche Amministrazioni dell'art. 1 comma 2, decreto legislativo n. 165/2001; le Autorità di garanzia e vigilanza; i gestori di servizi pubblici e le società di controllo pubblico.

DASPO INTERNO: DALLA PROSSIMA STAGIONE LE SOCIETÀ POTRANNO NEGARE L'ACCESSO AI TIFOSI INDISCIPLINATI

Il Commissario straordinario della FIGC ha imposto un sistema nuovo di gestione alle società che potranno "daspare" chi non rispetta le regole etiche.

Lucio Orlando - Pubblicazione, sabato 10 marzo 2018
Redattore: Giovanni Sicignano

Una novità epocale è stata introdotta nel mondo del calcio, della tifoseria e del rapporto società-tifosi, dal [Comunicato Ufficiale n. 15](#) del Commissario straordinario FIGC dello scorso 7 Marzo, con il quale è stato modificato l'art. 12 del Codice di Giustizia Sportiva, con l'introduzione del comma 10, come da allegato sub A).

La nuova disposizione - definibile come "*daspo interno*" - entrerà in vigore per le società professionistiche dalla stagione 2018/2019 e prevede tra le altre cose la possibilità da parte della società di applicare, nei confronti dei tifosi che non rispettino il Codice Etico, misure tali da comportare, tenuto conto della natura e gravità dei fatti, la sospensione temporanea del titolo di accesso, il suo ritiro definitivo, il divieto di acquisizione di un nuovo titolo.

In pratica le società sono obbligate, a pena di salate sanzioni pecuniarie, a fornirsi di un codice di regolamentazione per la vendita dei titoli di accesso e a vendere i titoli esclusivamente ai tifosi che accetteranno e si adegueranno a tale codice, improntato su concetti di rifiuto di ogni forma di violenza, discriminazione e di comportamenti in contrasto con i principi di correttezza e probità. Il codice dovrà prevedere, inoltre, in caso di sua violazione, delle misure afflittive, inerenti la possibilità di acquistare i titoli di accesso, che potranno culminare addirittura nel **divieto di acquisizione di un nuovo titolo**.

La nuova norma prevede delle pesanti sanzioni pecuniarie anche a carico della società che non applichi, nel caso concreto, le misure afflittive previste dal proprio codice.

Ecco il testo del **nuovo comma 10 dell'art. 12** del Codice di Giustizia Sportiva.

Le società professionistiche devono adottare un codice di regolamentazione della cessione dei titoli di accesso alle manifestazioni calcistiche che:

a) preveda, tra l'altro, il rifiuto di ogni forma di violenza, discriminazione e di comportamenti in contrasto con i principi di correttezza e probità;

b) subordini l'acquisizione dei medesimi titoli alla accettazione, da parte degli utenti, del medesimo codice;

c) preveda, in caso di sua violazione, la applicazione di misure tali da comportare, tenuto conto della natura e gravità dei fatti, la sospensione temporanea del titolo di accesso, il suo ritiro definitivo, il divieto di acquisizione di un nuovo titolo.

In caso di mancata adozione del codice di regolamentazione, prima dell'inizio della stagione sportiva, le società incorrono nella seguenti sanzioni:

– euro 200.000 per violazioni in ambito di Serie A;

– euro 100.000 per violazioni in ambito di Serie B;

– euro 50.000 per violazioni in ambito di Lega Pro.

In caso di mancata applicazione delle misure afflittive previste dal medesimo codice, le società incorrono nelle seguenti sanzioni:

- euro 20.000 per violazioni in ambito di Serie A;

- euro 10.000 per violazioni in ambito di Serie B;

- euro 5.000 per violazioni in ambito di Lega Pro.

L'ASPETTO PATOLOGICO DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

Il lato patologico del rapporto obbligatorio emerge nel caso di frustrazione del diritto del creditore e quindi nel caso di mancata cooperazione da parte del debitore.

Giuseppe Mainas - Pubblicazione, sabato 10 marzo 2018
Redattore: Ilaria Ferrara

Sommario: 1. Introduzione; 2. Azione di esatto adempimento; 3. Risarcimento del danno; 4. Risoluzione per inadempimento; 5. Elementi costitutivi della responsabilità contrattuale.

1. Introduzione

Tre premesse sono doverose prima di affrontare l'esame della tematica richiamata nel titolo: la prima riflessione è di carattere terminologico: **l'espressione "responsabilità contrattuale" è sbagliata**, perché presuppone la fonte contrattuale dell'obbligazione inadempita e quindi evoca una distinzione tra responsabilità da contratto e una non da contratto (aquiliana).

Non è importante che l'obbligazione inadempita sia riferibile ad un contratto, ma è essenziale che non derivi dall'inadempimento di un dovere generico di *neminem laedere*, bensì dalla violazione di una obbligazione tra soggetti determinati aventi ad oggetto una prestazione ben individuata.

Dovremmo quindi parlare di responsabilità da inadempimento di qualsiasi obbligazione, sia essa derivante da contratto, dalla legge o da qualsiasi atto o fatto idoneo a produrlo.

Ciò che conta affinché si configuri la responsabilità contrattuale è che il danno non derivi da doveri generici, ma da violazione di obblighi derivanti da un rapporto.

La seconda attiene alla **fattispecie dell'inadempimento**, questa, è estremamente complessa e variabile e vi rientrano molte tipologie, in particolare, possiamo classificarla in 5 criteri:

- a) inadempimento totale (ossia l'assenza totale di adempimento da parte del debitore) o inadempimento parziale (ossia l'inesatto adempimento);
- b) secondo criterio: interno al macrocosmo dell'inesatto adempimento che poi rappresenta il settore più ricco di casi pratici, è l'inesattezza di tipo diverso: di carattere qualitativo, quantitativo, soggettivo, territoriale (luogo dell'adempimento differente da

quello pattuito) o teleologico (adempimento non funzionale all'interesse del creditore);
c) terzo criterio: differenza tra inadempimento di obbligazioni di prestazione e inadempimento di obblighi di protezione, posti sia nei confronti della controparte sia nei confronti dei terzi in posizione di vicinanza al rapporto obbligatorio.

La linea di demarcazione tra la prestazione e la protezione è il tipo di interesse a cui è preordinato l'obbligo. Gli obblighi di prestazione sono preordinati al soddisfacimento dell'interesse dedotto nel contratto. Invece i doveri di protezione devono essere osservati principalmente dal debitore per evitare che la prestazione produca danno a quegli interessi, della controparte o del terzo, diversi da quelli dedotti dal contratto (ad es. interesse alla salute o all'integrità fisica).

L'occasione del contratto non può essere infatti occasione di danno.

d) Quarto criterio: quello che distingue le obbligazioni principali dai doveri accessori.

e) Quinto criterio: il criterio che distingue gli inadempimenti lievi da quelli gravi, ai sensi del 1955 c.c. solo quelli gravi giustificano la risoluzione del contratto. L'azzeramento del contratto è un evento così grave da richiedere un inadempimento di grave entità.

f) Sesto criterio: anche nei contratti in cui v'è obbligazione a carico di una sola parte, non è mai vero che il creditore è solo tale e il debitore è solo tale, perché alla luce della buona fede anche al creditore si impongono dei doveri di solidarietà tesi a salvaguardare la sfera giuridica del debitore.

g) E quindi come settimo criterio: l'inadempimento non riguarda solo il debitore ma anche il creditore.

Il terzo ed ultimo punto attiene alla responsabilità, in quanto, non è l'unica azione di tutela a favore del creditore che sia vittima del comportamento del debitore. Salvo le norme speciali e settoriali, ci sono **tre rimedi a tutela del creditore vittima dell'inadempimento**. Ci sono due rimedi generali, che riguardano tutti gli inadempimenti, uno è l'azione di esatto adempimento, l'altro è l'azione di risarcimento del danno da inadempimento e quindi la responsabilità contrattuale; ce n'è un altro che non è universale, perché non riguarda tutti gli inadempimenti, ma solo gli inadempimenti gravi nell'ambito solamente delle obbligazioni nascenti da contratti a prestazioni corrispettive: l'azione di risoluzione.

2. Azione di esatto adempimento

A questo punto occorre chiarire quali siano le caratteristiche di questi rimedi.

L'azione di esatto adempimento è lo strumento mediante il quale l'ordinamento consente una tutela specifica e qualitativa del diritto di credito, perseguendo una funzione di tipo reintegratorio e satisfattorio.

E' una tutela specifica perché mediante questa azione al creditore non viene riconosciuto un bene equipollente o consolatorio, ma gli viene riconosciuto il bene specifico che gli spetta e quindi la piena *utilitas* che gli sarebbe stata attribuita in caso di adempimento; quindi il conseguimento del bene oggetto del rapporto obbligatorio.

Anche nel processo amministrativo, ex art. 34 co. 1 c.p.a., è stata introdotta l'azione di esatto adempimento.

Volendo distinguere l'azione di esatto adempimento da un'altra azione in forma specifica, come può essere il risarcimento in forma specifica, deve tenersi conto che in entrambi i casi si raggiunge un obiettivo identico: la ricostituzione dello *status quo ante* e successivamente l'eliminazione di tutte le conseguenze negative prodotte nell'inadempimento. Nel caso di esatto adempimento il soddisfacimento viene garantito attraverso una pronuncia che obbliga il debitore ad eseguire la medesima prestazione prevista dalla fonte dell'obbligazione; il precetto stabilito dalla sentenza ha il medesimo contenuto del precetto obbligatorio rimasto inadempito. Di qui la tutela specifica che non presuppone un danno né una differenza tra il precetto imposto e quello originario.

Nel risarcimento in forma specifica, invece, anche se il fine è la tutela specifica, si presuppone che ci sia un danno, e soprattutto si impone un comportamento riparatorio, sostitutivo, e in questo senso diverso da quello rimasto inadempito. **Si presuppone quindi che per riparare alle conseguenze dannose create è necessario obbligare il debitore non solo al comportamento ordinario, ma obbligarlo al comportamento riparatorio** - diverso - che elida le conseguenze negative prodotte dall'inadempimento.

La peculiarità dell'azione di esatto adempimento è la perfetta simmetria tra l'obbligo contenuto nel precetto giudiziario e quello previsto dall'obbligazione rimasta inadempita. Per questa ragione l'azione di esatto adempimento è l'azione maggiormente satisfattoria, nonostante la legge non la preveda in modo esplicito, ma solo indiretto attraverso l'articolo 1453 c.c. e solo nei contratti ad obbligazioni corrispettive; d'altronde nei sistemi di *civil law* vige il principio *ubi ius ibi remedium* e, quindi, se l'ordinamento tutela un diritto di credito devono esistere anche gli strumenti necessari alla tutela dello stesso credito.

Definendo questa prima azione che, come detto, non ha una base normativa diretta, ma trova fondamento indiretto nell'art. 1453 c.c. ed all' interno delle norme settoriali ex art.

130 co. 7 del codice del consumo, per la vendita di beni di consumo, di cui agli artt. 1515 e 1516 c.c. che disciplinano la vendita in generale e nell'appalto.

A questo punto occorre tracciare il discrimen che c'è tra azione di adempimento in natura e l'azione di risarcimento in natura. Innanzitutto Giova fare un esempio che ha trovato riscontro in dottrina, ossia il caso del giardiniere che non abbia adempiuto all'obbligo di tagliare le siepi e mantenere il giardino. E' chiaro che in questo caso, se l'inadempimento dura per un giorno, ben potrà il creditore richiedere una sentenza – attraverso azione di esatto adempimento – affinché il giardiniere esegua la prestazione che in questo caso sarà identica a quella oggetto dell'obbligazione.

Ma se l'inadempimento del giardiniere dura per un anno, non sarà possibile soddisfare il creditore solo attraverso l'esecuzione della prestazione originaria da parte del creditore, perché servirà una straordinaria manutenzione, quindi, una prestazione succedanea e differente da quella oggetto dell'originario rapporto, proprio per elidere le conseguenze negative dell'inadempimento.

3. Risarcimento del danno

La seconda azione da trattare a tal proposito è il risarcimento del danno che si suddivide in: azione di risarcimento per equivalente (1123 c.c.) e risarcimento in forma specifica (2058 c.c.) il quale è previsto solo per la tutela aquiliana ma è estensibile ai casi di responsabilità da inadempimento.

Quanto al risarcimento per equivalente l'azione mira ad una tutela quantitativa e non qualitativa, valoristica e non specifica. Mira a consentire al creditore di ottenere un valore economico che lo consoli dell'inadempimento e che reintegri quantitativamente il patrimonio leso dall'inadempimento. E' una azione che mira ad un fine compensativo/riparatorio e non ad un fine reintegratorio/satisfattorio. Il risarcimento del danno viene tutelato attraverso la teoria differenziale, in base alla quale occorre garantire al creditore insoddisfatto che elida tutte le conseguenze negative che nel patrimonio sono state create grazie all'inadempimento. Si basa su una prognosi, ossia "in che condizioni oggi si troverebbe il patrimonio se non vi fossero state le conseguenze negative dell'inadempimento"; una volta identificate le conseguenze, si devono riparare le stesse.

In nessun ordinamento del mondo però la teoria differenziale viene applicata in modo integrale, ma si tende a distinguere all'interno del danno materiale, qual è il danno normativo, ossia qual è il danno giuridicamente apprezzabile; se si applicasse la teoria

differenziale in modo puro si andrebbero a risarcire danni illogici e imprevedibili. Tutti gli ordinamenti riducono l'area del danno prodotto e stabiliscono qual è l'area del danno risarcibile, è il criterio anglosassone che mira ad evitare il risarcimento di quei danni "too far", ossia troppo lontani dall'inadempimento.

Nel nostro sistema i danni giuridici risarcibili sono i danni caratterizzati da tre requisiti, previsti rispettivamente dall'art. 1223 c.c. a tenore del quale sono risarcibili solo i danni di conseguenza immediata e diretta, danni da conseguenza normale e non anomala in base ad un giudizio ex ante, l'art. 1225 c.c., afferma che sono risarcibili i danni prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione e non anche quelli imprevedibili, tranne nel caso di dolo; l'art. 1227 co 2. c.c. mediante il quale il legislatore ha statuito che non sono risarcibili solo i danni inevitabili, e non vi rientrano invece quei danni che il creditore avrebbe potuto evitare utilizzando l'ordinaria diligenza.

Per quanto riguarda la quantificazione del danno per equivalente, infine, la teoria differenziale si basa su una "fictio iuris", ovvero, su una mera ipotesi: ad esempio, nel caso in cui l'illecito non si sia verificato, occorrerebbe valutare come sarebbe il patrimonio e si attua una differenza. Ma la determinazione del danno deve evitare la locupletazione, cioè deve evitare che il danneggiato si arricchisca, perché il risarcimento ha solo una funzione riparatoria. Nel caso quindi che il fatto illecito sia produttivo anche di un vantaggio, oltre che di un danno, va effettuato uno storno, quest'ultima è la famosa **teoria dei benefici collaterali**, che prevede il riconoscimento di quegli effetti benefici causati dall'illecito che senza di esso non ci sarebbero stati. Un esempio molto semplice che chiarirebbe quanto appena affermato è il seguente: se il lavoratore viene licenziato e il giorno dopo trova un altro lavoro, non si può risarcire tutta la retribuzione mancata, ma si devono defalcare quei proventi derivanti dall'altro lavoro trovato. L'azione risarcitoria mira ad una tutela quantitativa/riparatoria grazie alla corresponsione di una somma di denaro che – mediante la teoria differenziale - elida tutte le conseguenze negative derivanti dall'inadempimento. L'elisione deve essere però valutata considerando anche le conseguenze positive dell'illecito.

Per ciò che attiene al risarcimento in forma specifica, esso non è previsto dal codice civile in materia di responsabilità per inadempimento, ma solo per la tutela aquiliana ex art. 2058 c.c.. L'assenza di riferimenti non esclude l'operatività della stessa in campo contrattuale, per cui tutte le volte in cui l'azione di esatto adempimento non sia utile a ripristinare lo status quo non può che soccorrere l'azione di risarcimento in forma

specifica; il codice non prevede tale azione perché prevede che – in materia di responsabilità contrattuale – non ci sia bisogno di tale azione al fine di tutelare al meglio la posizione del creditore, visto che esiste già l'azione di esatto adempimento.

Ci sono però due casi in cui l'azione di esatto adempimento non è possibile ed è necessaria l'azione di risarcimento in forma specifica.

La prima ipotesi riguarda il caso in cui l'inadempimento abbia prodotto delle conseguenze per le quali non sia possibile elidere i danni attraverso l'esecuzione della prestazione originariamente prevista nel rapporto obbligatorio, ma è necessaria una prestazione diversa, più significativa, un surplus.

Il secondo caso attiene all'inadempimento delle obbligazioni negative che presuppongono un'astensione da parte dell'obbligato, come per esempio l'obbligo di non costruire, in tal caso è evidente come le conseguenze dell'inadempimento non sono più eliminabili attraverso l'imposizione del comportamento originario, ma è necessaria una prestazione differente che elida le conseguenze negative generate dall'inadempimento dell'obbligazione negativa.

4. Risoluzione per inadempimento

L'ultima azione riguarda la risoluzione per inadempimento.

Tale rimedio ha carattere speciale ed è consentito nei casi di rapporti contrattuali a obbligazioni corrispettive **solo nel caso d'inadempimento grave**. Le finalità perseguite dal rimedio in oggetto sono di carattere liberatorio, restitutorio, ripristinatorio. **Liberatorio** perché libera il debitore della obbligazione, **restitutorio** in quanto permette la restituzione delle prestazioni, infine, **ripristinatorio** dato che permette l'elisione di tutte le conseguenze negative che si sono prodotti nella sfera giuridica del creditore a causa dell'inadempimento.

Ai sensi dell'art. 1458 c.c. ha efficacia ex tunc, tranne nei confronti dei terzi in cui la risoluzione opera solo ex nunc.

Questi tre rimedi sono rimedi per i quali l'ordinamento italiano offre una tutela ampia nei confronti creditore e non si caratterizza per la gerarchizzazione, il creditore è cioè libero di scegliere l'azione più idonea al suo interesse.

Lo stesso risarcimento può essere non solo autonomo ma anche dipendente alle due

azioni.

A questo punto della discussione è necessario un esame sull'art. 1453 c.c. su cui c'è un'importante pronuncia, SS. UU. n. 8510/14 ed è la seconda pronuncia che si occupa dell' art. 1453 c.c. dopo la sentenza n. 553/2009. L'art. 1453 c.c. si occupa dei rapporti tra azione di risoluzione ed azione di esatto adempimento e stabilisce due precetti, uno che vieta la *variatio* della domanda in corso di giudizio e l'altro che ammette la *variatio* in corso di giudizio.

Il primo precetto stabilisce che il creditore, il quale ha deciso di intraprendere l'azione di risoluzione non può proporre l'azione di esatto adempimento, invece, è ammessa la *variatio* contraria, ossia che proposta la domanda di esatto adempimento venga successivamente proposta domanda di risoluzione del contratto.

La ratio è molto chiara: quando il debitore viene a sapere che il creditore chiede la risoluzione del contratto, egli confida nel fatto che il creditore non ha più interesse alla prestazione e allora l'ordinamento onde evitare che il debitore rimanga condizionato ai capricci del creditore, ritiene tutelabile l'affidamento del debitore circa la non reversibilità della manifestazione di disinteresse all'attuazione del credito, che non è più compatibile con una successiva azione di esatto adempimento.

E' possibile che il creditore - dopo che si siano verificati fatti risolutivi di diritto del rapporto obbligatorio o dopo che sia stata adottata una sentenza che abbia comportato la risoluzione del contratto - abbia interesse a rinunciare alla risoluzione per ottenere la prestazione oppure che la risoluzione già avvenuta per fatto giuridico verificatosi o per una sentenza sia rinunciabile da parte del creditore. A tal proposito le Sezioni Unite con la sentenza n. 553/2009 chiariscono che se il sistema tutela l'affidamento del debitore con riguardo al disinteresse del creditore all'adempimento manifestato con la proposizione di azione di risoluzione, a maggior ragione dovrebbe tutelarsi l'affidamento del debitore quando non ci sia stata solo la domanda, ma addirittura la risoluzione sia avvenuta con una sentenza o con una causa di diritto prevista dall'ordinamento. Il consolidamento dell'affidamento del debitore, quindi, fa sì che la risoluzione non è rinunciabile. L'art. 1453 c.c. quindi pone un concetto - quello che impedisce la proposizione della domanda di esatto adempimento quando sia stata presentata domanda di risoluzione - che per *analogia iuris* a vale per tutti i fatti che abbiano prodotto la risoluzione e non solo alla domanda.

Il secondo precetto è l'ammissibilità della variatio opposta: la ragione è data dal fatto che chi chiede la risoluzione manifesta un disinteresse al contratto, non è vero l'opposto, ossia che chiede l'adempimento non ha interesse alla risoluzione. Se infatti in pendenza della domanda si aggrava l'inadempimento, il creditore bene può avere interesse alla risoluzione soprattutto quando i tempi del processo possano pregiudicare la propria posizione. La ratio della variatio opposta è quella per cui il creditore non ha necessariamente interesse ad ottenere la prestazione e quindi merita tutela l'eventuale volontà di far sciogliere il vincolo che sia avvenuta in via successiva all'azione di adempimento proposta in precedenza.

Alle SS. UU. è stato posto il seguente quesito: se per esempio è stata proposta una azione di esatto adempimento senza chiedere il risarcimento del danno e successivamente intervenga la variatio e magari in appello venga convertita la domanda. A questo punto oltre alla domanda, occorre valutare se può essere richiesto il risarcimento e la restituzione congiuntamente. In merito a tale quesito c'è chi nega tale possibilità, perché l' art. 1453 c.c. è una norma eccezionale che prevede una mutatio libelli e non una emendatio libelli ai sensi dell'art. 183 c.p.c.. Essendo quindi una norma eccezionale che consente una mutatio con conseguente diverso petitum è una norma interpretabile restrittivamente, consentendo quindi solo l'eventuale proposizione della risoluzione e non degli altri rimedi come il risarcimento del danno o la restituzione.

Diversa invece la posizione delle SS UU che invece ritengano la variatio comprensiva anche dei due sottomedi, perché in primo luogo viene tutelata l'economia dei mezzi giuridici, in secondo luogo c'è identità della causa petendi perché l'inadempimento è lo stesso; ma la ragione principale è la terza, ossia l'argomento teleologico: qual è il fine della variatio? La tutela del creditore, che in ogni momento può decidere di liberarsi dal contratto evitando tutti i pregiudizi derivanti dal mantenimento del contratto. Ma questa finalità presuppone che non solo si ottenga la liberazione e quindi la risoluzione, ma anche la restituzione e si ottenga anche la riparazione del pregiudizio economico sofferto con l'inadempimento. In questo senso appare importante anche l'inciso "in ogni caso" dell'art. 1453 c.c. con cui la legge prevede un modello unitario di tutela, quello di risoluzione, di cui la domanda di restituzione e di risarcimento sono componenti accessori. La risoluzione deve essere quindi prodotta con gli effetti tripli che essa ha: la risoluzione del contratto, la restituzione delle prestazioni e la riparazione delle conseguenze cagionate dall'inadempimento. Altrimenti opinando non avrebbe senso la variatio, perché il creditore potrebbe opporre un'eccezione di inadempimento. Questa

sentenza si inserisce in un filone teso ad allargare la variazione delle domande in corso di giudizio, sostenendo che una sentenza molto importante che in via generale chiarisce il confine tra mutatio ed emendatio, confine che rispetto al passato viene modificato. In passato, infatti, il confine tra mutatio vietata ed emendatio ammessa erano gli elementi costitutivi della domanda. Ogni qual volta si modificava il petitum o la causa petendi c'era inammissibilità della variatio.

Ora, invece, la Cassazione sancisce che non è importante che si modifichino il petitum o la causa petendi, purché non si verifichi la mutazione dell'elemento sostanziale, ossia del rapporto controverso. Quindi se il lato soggettivo e oggettivo del rapporto è lo stesso, la variazione del petitum o della causa petendi non ostacolano la variatio.

Il caso di specie riguardava le parti di un presunto preliminare inadempito e una delle parti aveva proposto domanda ex art. 2932 c.c. e quindi una azione in forma specifica finalizzata ad ottenere una sentenza costitutiva che sostituisca il contratto definitivo non concluso dalle parti. In corso di giudizio le parti reinterpretano il preliminare arrivando a dire che esso non è un preliminare ma è già un contratto definitivo, per cui convertendo la prima domanda propongono non più una domanda mirata ad ottenere una sentenza costitutiva, ma una sentenza di accertamento che chiarisca come sia già avvenuto il trasferimento di proprietà (quindi una sentenza non costitutiva, ma dichiarativa). La Cassazione, verificato che il rapporto controverso è lo stesso, che le parti sono le stesse, che il fine è l'ultimo è lo stesso, perché mirato ad avere un titolo di trasferimento della proprietà e conclude per l'ammissibilità della variatio della domanda.

5. Elementi costitutivi della responsabilità contrattuale

È d'uopo a questo punto, in relazione alla responsabilità da inadempimento, capire quali sono i tre elementi costitutivi della responsabilità contrattuale e da chi devono essere provati in corso di giudizio.

Primo elemento: la fonte. Il creditore deve provare il credito, dimostrare i fatti costitutivi della propria pretesa, provare il contratto, il contatto, il fatto, l'atto o il rapporto da cui deriva il credito insoddisfatto.

Secondo elemento: l'inadempimento. Il creditore deve provare l'inadempimento; cioè dimostrare il fatto storico dell'inadempimento, a prescindere dalla colpa; egli dovrà dimostrare che la prestazione non è stata eseguita o che non è stata eseguita in modo esatto.

Terzo elemento: il danno conseguenza. Il danno risarcibile nell'ordinamento italiano è solo quello che è stato prodotto come **conseguenza** della lesione di una posizione soggettiva. Non è la lesione in sé a dover essere riparata, ma le conseguenze negative che tale lesione crea nella sfera giuridica del soggetto, riparazione che viene effettuata ai sensi dell' art. 1223 c.c..

La lesione del diritto non è di per sé risarcibile, ma valuta le conseguenze dannose dell'illecito e quindi il terzo indefettibile elemento del risarcimento del danno è che la lesione di una posizione abbia provocato una conseguenza dannosa patrimoniale o non patrimoniale che viene risarcita ai sensi dell'art. 1223 c.c..

Per aversi responsabilità contrattuale sono questi tre elementi ad essere cumulativamente necessari: ci deve essere il credito, l'inadempimento nella propria tripartizione:oggettivo, soggettivo e causale e il danno conseguenza, mentre per quanto riguarda l'*onus probandi* dei tre elementi suddetti il codice non si occupa della disciplina contrattuale, nella responsabilità aquiliana invece il danneggiato deve provare – anche in via presuntiva – tutti gli elementi necessari.

Nel campo contrattuale, invece, il danneggiato deve dimostrare solo l'elemento del credito e il danno conseguenza, ma solo allegare l'inadempimento nella triplice partizione.

Chi agisce in giudizio deve provare di essere creditore per la semplice ragione che chi fa valere il diritto deve dimostrare di essere titolare del diritto, deve quindi provare i fatti costitutivi del diritto, si applica quindi l'art. 2697 c.c. che impone a chi agisce di dimostrare i fatti costitutivi del proprio diritto. A prescindere dall'art. 2697 c.c., vige poi il principio di vicinanza della prova. La prova dei fatti deve infatti essere fornita da chi è nella possibilità di provare i fatti che intende come esistenti, e nessuno meglio del creditore può provare la fonte da cui deriva il proprio credito. Costui, infatti, deve provare di essere diventato tale, perché nel nostro ordinamento vige il principio per il quale i diritti una volta entrati nella sfera del soggetto si presumono ancora esistenti. Anche l'art. 2697 c.c. al secondo comma sancisce che spetta al convenuto dimostrare i fatti estintivi del diritto altrui. Quindi il creditore non deve dimostrare che oggi è ancora creditore, ma che ieri è nato il suo credito e sulla base di tale dimostrazione si presume che il diritto non si sia ancora estinto. Questo onere probatorio viene invertito in tutti i casi eccezionali in cui la legge attribuisce una diversa distribuzione dell'*onus probandi*,

ad esempio nel caso dell' art. 1988 c.c., norma che fa riferimento alla ricognizione del debito e alla promessa di pagamento e afferma che se il creditore ha ricevuto da debitore una promessa di pagamento o una ricognizione di debito egli è dispensato dall'onere della prova del fatto da cui nasce il credito; sarà il debitore in questo caso a dover dimostrare l'inesistenza del rapporto che si presume esistente in quanto è lo stesso debitore ad aver affermato di essere tale. L' art. 1988 c.c., quindi, dispensa il creditore *dall'onus probandi* allorquando ci sia una dichiarazione con cui il debitore ha dichiarato di essere stato tale.

Per ragioni di completezza espositiva occorre analizzare quale sia la natura giuridica dell'atto con cui un debitore afferma di dover eseguire una prestazione nei confronti di un soggetto oppure promette di eseguire una prestazione nei confronti di un soggetto, poichè se fossero negozi giuridici potrebbero essere impugnati per vizi di volontà, mentre se fossero dichiarazioni di scienza potrebbe essere smentiti dal creditore il quale potrebbe affermare la non veridicità di tali fatti, senza impugnare le stesse dichiarazioni per vizi di volontà.

Una prima tesi afferma che si tratta di negozi giuridici: all'interno di tale macro-tesi ci sono due orientamenti, uno che ritiene tali dichiarazioni come negozi ad effetti obbligatori, secondo un altro orientamento sarebbero dei negozi che avrebbe come unico effetto la dispensa dall'onere della prova, quindi con una natura probatoria/processuale, ed infine secondo l' ultimo orientamento sarebbe un negozio di accertamento di una situazione controversa. Queste tre tesi non sembrano accettabili alla luce del fatto che nella prima sotto-tesi, innanzitutto, l'effetto obbligatorio non è prodotto dalla dichiarazione, ma è prodotto dal rapporto sotteso ed è precedente alla dichiarazione; non c'è la produzione o la modifica o l'estinzione di una obbligazione, manca quindi l'effetto obbligatorio.

Non è neanche affermabile che è un negozio che ha un effetto sull'onus probandi; a questo punto anche la confessione sarebbe un negozio, dato che i negozi non producono effetti dal punto di vista probatorio/ processuale.

Non è neppure un negozio di accertamento: innanzitutto i negozi di accertamento sono una categoria discussa, perché i negozi che si limitano ad accertare e non innovare non sarebbero tali. Ma non si può affermare con certezza che un negozio di accertamento non produca una innovazione o un precetto al quale le parti debbono omologarsi dato che il negozio di accertamento ha, al pari dell'azione di accertamento, un presupposto

essenziale, la res dubbia. Il negozio di accertamento ha come causa essenziale il chiarimento in merito ad una situazione dubbia. Non si può accertare ciò che non necessita di accertamento perché è già chiaro. L'atto con cui, ad esempio, si ripete l'esistenza di una situazione chiara non è un negozio, ma una dichiarazione di scienza, il negozio di accertamento ha senso solo se c'è un contratto inizialmente poco chiaro. Ma se la causa del negozio di accertamento è la dissoluzione di un dubbio ermeneutico, non è possibile anche affermare che il negozio di accertamento non ha effetto innovativo o obbligatorio perché il negozio che accerta la situazione controversa pone un vincolo, ed il precetto deriva dal chiarimento imposto. Ad esempio, se è controverso il prezzo stabilito in un iniziale contratto, con il negozio di accertamento si chiarisce quale sia il prezzo e le parti non possono più discostarsi da quanto sancito nel negozio di accertamento. Il negozio di accertamento, quindi, preclude l'interpretazione del contratto o della situazione iniziale che esso va a chiarire. Il negozio di accertamento della res dubbia è quindi un negozio che produce un vincolo comportamentale **coerente con il contenuto dell'accertamento** e quindi è esso stesso obbligatorio. È questa la differenza con la promessa di pagamento e la ricognizione di debito, queste ultime non presumono che vi sia un'incertezza e quindi non hanno carattere negoziale ma hanno carattere di **mera dichiarazione di scienza** e quindi non soggiacciono al rimedio dell'impugnazioni negoziale ma soggiacciono al rimedio della dimostrazione in giudizio della non veridicità dei fatti.

Se non si tratta di un negozio obbligatorio perché il rapporto obbligatorio è preesistente, se non è un negozio probatorio/processuale perché i negozi hanno effetti sostanziali e non processuali e se non è un negozio di accertamento perché manca la res dubbia, allora è evidente che non si tratta di negozi, ma queste due dichiarazioni (ricognizione di debito e promessa di pagamento) sono due dichiarazioni di scienza, cioè atti giuridici in senso stretto che non hanno carattere negoziale, ma che hanno effetti probatori/processuali; sono confessioni stragiudiziali, peculiari perché hanno per oggetto fatti complessi, cioè rapporti giuridici e non meri fatti storici.

Il terzo problema riguarda il meccanismo probatorio che tali dichiarazioni innescano. La norma non è chiara, perché prevede che tali atti vanno contrastati con la prova contraria, si presume quindi che il fatto generatore del credito ci sia a meno che il debitore non dimostri l'inesistenza, nonostante la sua dichiarazioni, del rapporto da cui genera il credito. Per quanto riguarda le modalità in cui la prova nel caso delle dichiarazioni di scienza debba essere provata occorre fare una distinzione tra la dichiarazione c.d.pura o

astratta che nulla dice sulle origini del credito e quindi del debito e la dichiarazione c.d. causale o titolata, in cui un certo soggetto non solo dice di dovere una somma, ma dice anche il perché, ossia la fonte di tale debito.

La dichiarazione totalmente pura o astratta in cui si menziona solo l'oggetto del credito ma non la causa e quella c.d. causale, in cui non solo si riporta l'oggetto del credito, ma anche la sua causa addirittura in senso giuridico, cronologico, etc. pongono problemi differenti in tema di prova liberatoria. Ovviamente più il fatto da confutare è specifico più la confutazione è facile, perché basta provare la non veridicità di una delle componenti del fatto specifico; più il fatto è generico più la prova è essa stessa generica e difficile.

La confutazione di un atto dichiarativo di tipo totalmente generico anche se risulterebbe più difficile, può avvenire o con la dimostrazione di un fatto positivo contrario e quindi incompatibile con l'altro fatto evinto nella dichiarazione (dimostrando che il debito dichiarato è incompatibile con una situazione positiva); oppure – più facilmente – ci si potrà avvalere della specificazione nel fatto del giudizio. Per esempio, se nel giudizio l'attore specifica determinati fatti e allora il convenuto può opporre la non veridicità di quei fatti. O, ancora, laddove la specificazione avvenga per mano del convenuto e i fatti specificati non siano contestati dall'attore, ad esempio: “è vero che ti devo cento euro, ma è vero anche che quei cento euro te li ho dati il giorno dopo”, dimostrando come alcune sentenze consentono una spiegazione della non veridicità della dichiarazione senza entrare nella specifica confutazione di tutti i fatti.

Infine, il terzo tema d'attenzione posto dall' art. 1988 c.c. concerne l'ambito di applicazione dello stesso. È stato precedentemente affermato che la norma nella propria genericità è applicabile sia alle dichiarazioni pure che a quelle titolate.

In secondo luogo la tesi prevalente sostiene che l' art.1988 c.c. si applica solo alle dichiarazioni recettizie – secondo il dato letterale dichiarazione “a favore del quale” - per cui è dispensato solo il creditore in favore del quale è fatta tale dichiarazione.

Ancora, in ultimo, una tesi propende per l'applicabilità dell' art. 1988 c.c. anche alle dichiarazioni verbali (con la necessità, però, di provare che tali dichiarazioni ci siano state), altra tesi invece propende per una necessaria formalità delle dichiarazioni, sia in virtù della recettizietà delle dichiarazioni che sembra invocare una forma nella quale le dichiarazioni devono concretizzarsi, sia per la ratio della norma che è la facilitazione

della prova ed è chiaro che una dichiarazione orale creerebbe ulteriori problemi scontrandosi con la finalità della norma.

Infine, la natura della norma occorre chiedersi se la natura della norma abbia carattere eccezionale o meno: i fautori della tesi tradizionale reputano che la norma sia eccezionale, si ritiene non estensibile ai diritti diversi da quelli di credito, come quelli reali, mentre coloro i quali la ritengono principio generale, sostengono che sia applicabile anche alle ricognizioni dei diritti reali e non solo dei diritti di credito.

In sostanza, la prima prova che il creditore deve fornire è quella dell'esistenza del credito, questa prova compete, in base all' art. 2697 c.c. e al principio di vicinanza della prova, al creditore; a meno che non sussista un caso di astrazione processuale dipinte dall'art. 1988 c.c. o altre norme speciali; l' art. 1988 c.c. che prevede forme di dichiarazioni di scienza e non negozi, e che pone una prova liberatoria che si articola diversamente a seconda se una dichiarazione è titolata o meno e che in quanto all'ambito applicativo è recettizia, a forma scritta e forse estensibile anche ai diritti reali.

Riferimenti bibliografici

- ANTOLISEI, Il rapporto di causalità nel diritto penale, Torino, 1960
- BIANCA, Diritto civile, Milano, V, 1994
- GAUDINO, Torino, Comm.cod.civ.dir.da Cendon, IV, 1999
- GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, 2006
- GORLA, Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze, Riv.dir.comm., I, 1951
- MAINAS, La prestazione sanitaria tra idoneità dei mezzi ed obbligo di risultato, UniversItalia, Roma, 2017
- PATTI, Danno patrimoniale, Torino, Dig.disc.priv., V, 1989
- VISINTINI, L'inadempimento delle obbligazioni, Trattato di dir.priv. diretto da Rescigno, IX, 1984
- VISINTINI, Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale, Milano, 1984

ALCOLTEST: NON È RIFIUTO IL NON VOLERSI SOTTOPORRE A VERIFICA A CAUSA DI UNA PATOLOGIA RESPIRATORIA

Le condizioni psicofisiche alterate come scriminanti del reato di cui all' art 186, comma 7, del Codice della Strada.

Raffaele Iannone - Pubblicazione, lunedì 12 marzo 2018
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Cos'è l'alcol test?

L'Alcoltest è uno strumento attraverso il quale si determina il valore di alcool presente nel sangue di un soggetto al fine di verificare se esso ecceda o meno i limiti fissati dalla legge per potersi mettere alla guida di un veicolo in condizioni di lucidità e con la necessaria prontezza di riflessi.

L'accertamento di misurazione del livello di alcool può essere attuato con diverse modalità pratiche, ovvero: sia mediante prelievo ematico, da effettuarsi presso strutture sanitarie mobili o fisse come ad esempio gli ospedali e sia mediante apparecchio portatile noto comunemente come etilometro.

Purtroppo, nel linguaggio quotidiano, quando si parla di alcoltest ci si riferisce impropriamente all'accertamento tecnico praticato mediante etilometro dalle forze di polizia e non anche all'atto tecnico ed irripetibile consistente nel prelievo ematico. L'etilometro si basa sul rapporto tra concentrazione di alcool nel sangue e nell'aria espirata fornendo così una proporzione che deve rientrare, per essere lecita, nei valori stabiliti dal Ministero della Salute e dal Codice della strada.

Varie sono le tipologie di misuratore alcolico in uso, ad esempio vi è l'etilometro chimico, ovverosia quello composto da un palloncino con il quale si incamera una certa quantità di aria espirata e da una fiala all'interno dove è contenuto un preparato che reagisce in un determinato modo in relazione al quantitativo di etanolo contenuto nell'espirato; l'etilometro elettronico costituito da un boccaglio nel quale soffiare, un display ed una macchina che include dei sensori di gas capaci di rilevare la presenza e le quantità di alcool; ed in ultimo l'etilometro salivare costituito da un tampone con il quale

viene raccolta la saliva e da una striscia chimica reattiva.

La normativa italiana

La normativa vigente che disciplina le concentrazioni di alcool nel sangue, le modalità di rilevazione e le sanzioni da applicare è il Codice della Strada (D. Lgs. 285/92) agli art 186 e 186 bis. Nel dettaglio è possibile riassumere così lo schema normativo:

LIMITE LEGALE

- tra 0,00 g/l e 0,50 g/l: nessuna sanzione prevista

SANZIONE AMMINISTRATIVA:

- tra 0,5 g/l e 0,8 g/l: sanzione amministrativa ordinaria da Euro 532 a Euro 2.127 ed accessoria della sospensione della patente di guida da tre a sei mesi;

SANZIONE PENALE:

- tra 0,8 g/l e 1,5 g/l: ammenda da Euro 800 a Euro 3.200, arresto fino a sei mesi e sanzione accessoria della sospensione della patente di guida da sei mesi a un anno;

- superiore a 1,5 g/l: ammenda da Euro 1.500 a Euro 6.000, arresto da sei mesi a un anno, sanzione accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni (o da due a quattro anni se il veicolo appartiene a persona estranea al reato) e sequestro preventivo del veicolo e sua confisca (salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato).

Tutte le sanzioni indicate sono raddoppiate nel caso in cui il conducente che versi in stato di ebbrezza provocasse un incidente stradale, tale circostanza comporta anche il fermo amministrativo del veicolo per centottanta giorni, salvo che lo stesso appartenga a persona estranea all'illecito.

Appare, dunque, evidente che le sanzioni in cui si incorre nell'ipotesi di rilevazione del tasso alcolemico sono notevolmente consistenti specie se si pensi che il legislatore, salvo casi particolari, non abbia contemplato in sede normativa la possibilità, quale esimente, del rifiuto a sottoporsi ad esame alcolico.

Il rifiuto del test

Il rifiuto di sottoporsi ad alcoltest è punito, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, con l'ammenda da euro 1.500 a euro 6.000 e con l'arresto da sei mesi ad un anno.

È inoltre prevista la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente

di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo, salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione.

Tuttavia, stando al tenore letterale della norma *de qua*, nessuno potrebbe scampare al pericolo di sottoporsi test alcolico in quanto penalmente sanzionabile in caso di rifiuto. Appare evidente, però, che si porrebbe, in alcune circostanze, un problema di compatibilità tra esigenze di esecuzione dell'atto di rilevazione alcolica e lo **stato di salute di un soggetto**.

A tal proposito, la sentenza della **Corte di Cassazione, Sezione IV Penale, del 21 settembre 2017, n. 43501** (allegata sulla destra dell'articolo), ha ritenuto fondato il ricorso proposto dalla difesa attraverso una ricostruzione logico giuridica che consente di valutare il bilanciamento degli interessi legittimi e di tutela al diritto alla salute.

La difesa dell'imputato affetto da patologie respiratorie dipese da ernia iatale, ricorre in Cassazione per erronea valutazione nel merito dei fatti e dunque erronea applicazione della legge penale, lamentando tra le doglianze principalmente la mancata valutazione dello stato psicofisico impeditivo dell'assistito al momento del controllo e dunque il nesso di causalità tra il rifiuto e la sanzione penale ex art. 186, comma 7, del Codice della Strada.

Dunque, stante il ragionamento del difensore, che merita una piena condivisione, non solo vi sarebbe mancanza del nesso causale tra il rifiuto di sottoporsi al test alcolico e la sanzione - in quanto l'assistito non avrebbe operato un vero e proprio rifiuto di sottoporsi al test - ma ha semplicemente evitato che lo sforzo fisico di emettere ingenti quantità di aria gli avrebbe potuto determinare un peggioramento dello stato di salute già precario.

In conclusione la Corte di Cassazione, accogliendo il ricorso ed annullando la sentenza della Corte di Appello di Bologna senza rinvio, afferma che laddove il rifiuto, a patto che vi sia, si concretizzi in una implicita azione di tutela della propria salute personale, come in tal caso, non può essere contestato alcun addebito in sede penale in quanto l'alcool test è una prova che potrebbe risultare dannosa per chi soffre di determinate patologie che colpiscono anche l'apparato respiratorio; e l'emotività potrebbe così giocare un ruolo fondamentale quale scriminante per giungere ad una sentenza di assoluzione con formula piena.

APPALTI PUBBLICI: LEGITTIMO L'AFFIDAMENTO DIRETTO A SOCIETÀ IN HOUSE SE PIÙ CONVENIENTE

Con sentenza n. 5437 del 22 novembre 2017 il Consiglio di Stato, Sez. V, ha stabilito che le amministrazioni pubbliche possono affidare in house a una propria società la gestione di un servizio precedentemente affidato a un operatore economico con gara se è dimostrato che c'è una maggiore convenienza economica rispetto al precedente affidamento.

Virginia Galasso - Pubblicazione, martedì 13 marzo 2018
Redattore: **Massimiliano Pace**

Sommario: 1. La questione affrontata dal T.a.r. Napoli; 2. L'in house providing; La motivazione del Consiglio di Stato.

1. La questione affrontata dal T.a.r. Napoli.

Il caso de quo ha a oggetto l'affidamento del servizio di gestione dell'impianto di depurazione di Napoli Est da parte della Regione Campania.

Il predetto impianto veniva realizzato dal Consorzio Fu.G.I.S.T. giusta contratto sottoscritto il 21.7.1982 con la Cassa per il Mezzogiorno (al quale subentrò l'Agensud e poi la Regione Campania) e gestito - fin dalla sua entrata in esercizio - dallo stesso Consorzio. Tale gestione proseguiva senza soluzione di continuità fino al D.G.R. n. 4618/2001 con il quale veniva individuato il termine di scadenza delle prestazioni gestorie nella data di aggiudicazione della gara che sarebbe stata indetta per l'individuazione mediante procedura ad evidenza pubblica dell'operatore economico cui affidare la gestione dell'impianto stesso.

Orbene, suddetta gara non veniva espletata a causa di interventi legislativi e, in particolare, della L. Reg. Campania n. 15 del 2015 che individuava i criteri per l'individuazione del gestore del servizio idrico integrato per l'ambito distrettuale di competenza.

Il rapporto tra la Regione e il Consorzio Fu.g.i.s.t. proseguiva fino all'adozione del decreto dirigenziale 1.7.2016, n. 414 con il quale, si stabiliva di affidare (a decorrere da

tale data) la gestione del depuratore di Napoli Est alla società regionale *in house providing* S.M.A Campania S.p.a.

Senonché, il Consorzio Fu.g.i.s.t, che tramite la propria consorziata T.M.E Termomeccanica Ecologica s.p.a., aveva gestito sino a quel momento il servizio, impugnava tale provvedimento dinanzi il Tribunale regionale amministrativo di Napoli.

Con sentenza n. 5509 del 28.11.2016 i Giudici di primo grado dichiaravano il ricorso inammissibile rilevando, tra l'altro, che nessuna censura era *"stata dedotta avverso la motivazione sostanziale che ha indotto l'Amministrazione regionale ad optare per la gestione in house providing del servizio afferente il depuratore di Napoli est ed incentrata, come si desume dalle premesse del decreto gravato, nella contrazione delle spese generali che la gestione del depuratore e dei collettori de quibus comportato rispetto al 15% riconosciuto al Consorzio Fugist nonché nell'elisione dell'utile di impresa riconosciuto, nella misura del 10%, al predetto Consorzio ricorrente fino al 30.6.2016. Sul punto, infatti, il ricorrente ha genericamente contestato unicamente la carenza di requisiti di esperienza e professionalità in capo alla S.M.A. Campania nella gestione di impianti depuratori, ma non ha spiegato censure avverso l'addotto risparmio di risorse che deriverebbe, secondo il decreto impugnato, dall'affidamento in house della gestione dell'impianto di depurazione di Napoli Est"*.

Avverso predetta pronuncia il Consorzio interponeva appello, insistendo per l'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

Con sentenza n. 5437 del 22.11.2017 i Giudici del Consiglio di Stato confermano la sentenza di primo grado.

2. L'in house providing.

Prima di esaminare la decisione del Consiglio di Stato si rende necessaria una breve ricostruzione istituzionale delle società in house providing.

Con l'espressione in commento si indica la situazione in cui, un'Amministrazione pubblica - al fine di realizzazione opere pubbliche o nella gestione di servizi pubblici - deroghi alle regole della concorrenza per il mercato provvedendovi in proprio, ossia avvalendosi di una società esterna che però presenti delle caratteristiche tali da poter essere considerato alla stregua di una *longa manus* dell'Amministrazione stessa.

Trattasi, quindi, di un modello organizzativo in cui, la pubblica amministrazione si avvale di propri organismi appartenenti all'organizzazione amministrativa che fa loro capo.

Il modello dell'“*in house providing*” ha trovato la sua prima affermazione nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, con la nota “*sentenza Teckal*” del 18 novembre 1999 (procedimento C-107/98).

È stata, infatti, la giurisprudenza comunitaria a individuare i due requisiti necessari per l'affidamento in house, ovvero:

a.) Il "controllo analogo". A tal fine è necessario che l'Amministrazione, socio al 100%, abbia l'effettiva possibilità di influenzarne sia le decisioni importanti sia, di conseguenza, gli obiettivi strategici della società controllata (Corte di Giustizia UE, 13 ottobre 2005, C-458/03, caso Parking Brixen).

b.) La prevalenza dell'attività svolta dalla società a favore dell'Ente pubblico controllante. Con il concetto di attività prevalente si fa riferimento alla necessità che le prestazioni della società siano destinate in via principale all'Amministrazione e che, viceversa, ogni altra attività d'impresa abbia solo un mero carattere marginale (Corte di Giustizia UE, 13 novembre 2008, C-340/04, caso Carbotermo).

Nonostante ciò, la società in house deve essere considerata come una vera e propria società di natura privata dotata di una sua autonoma soggettività giuridica.

Tale impostazione trova una corrispondenza nel D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici ed in cui il legislatore, recependo le Direttive n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE, disciplina anche l'istituto dell'in house providing.

In particolare il Codice dei contratti pubblici, all'art. 5^[1] - riprendendo l'articolo 12 della Direttiva n. 2014/24/UE in materia di appalti pubblici - individua le condizioni affinché si possa procedere all'affidamento in house.

Infine, il Codice all'art. 192^[2] stabilisce l'istituzione presso l'ANAC di un elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli Enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house. L'iscrizione avviene a domanda dell'amministrazione, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti di cui all'articolo 5, ed è sufficiente la presentazione della domanda di iscrizione per consentire alle Amministrazioni di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale.

La norma de qua richiede una preventiva valutazione della congruità economica dell'offerta del soggetto in house, sennonché dei benefici per la collettività.

3. La motivazione del Consiglio di Stato.

Con la sentenza n. 5437/2017 i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato la legittimità della scelta della Regione Campania.

Tale scelta è giustificata dall'economicità della gestione del servizio affidato direttamente a una società controllata e dall'evidente riduzione delle spese generali rispetto al modulo con gara. Le condizioni meno onerose rispetto al modulo gestionale, derivante dall'affidamento con gara, costituiscono motivo adeguato per fare ricorso all'in house (l'esplicitazione di tali condizioni è peraltro obbligatoria in base a quanto previsto dal citato articolo 192, comma 2 del Dlgs 50/2016). Ma vi è di più.

La sentenza evidenzia come, nell'ordinamento nazionale ed eurounitario, l'in house providing rappresenta un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi selezionati mediante gara a evidenza pubblica, che si giustifica per il fatto che, in presenza delle condizioni enucleate dalla giurisprudenza (e, oggi, dal legislatore: articolo 5 del Dlgs 50/2016; articolo 16 del Dlgs 175/2016), tra l'ente pubblico affidante e l'operatore in house non è ravvisabile un rapporto contrattuale intersoggettivo, essendosi piuttosto in presenza di un modello organizzativo qualificabile in termini di delegazione interorganica.

Orbene, in conclusione, i Giudici di secondo grado hanno integralmente respinto l'appello, confermando la legittimità del ricorso all'in house.

Note

[1] *Art. 5 Codice dei Contratti pubblici* - 1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o

potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

2. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

3. Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle legislazioni nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

4. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche in caso di controllo congiunto.

5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;

b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;

c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

7. Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.

8. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile.

9. Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la

realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica.

[2] *Art. 192 Codice dei Contratti pubblici* - 1. E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3.

2. Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

3. Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162.

IL NUOVO ART. 162-TER C.P. E IL REATO DI ATTI SESSUALI CON MINORENNE: RILIEVI CRITICI

Commento alla sentenza della Cassazione, Sez. III Penale, 16.01.18, n. 1580, che affronta l'ipotesi dell'applicabilità della nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie alla fattispecie di cui all'art. 609-quater c.p.

Alessandro Brogioni - Pubblicazione, mercoledì 14 marzo 2018
Redattore: Giuseppe Ferlisi

La sentenza n. 1580 del 16.01.18 della Sezione III della Cassazione è una delle prime pronunce di legittimità relative alla nuova causa di estinzione dei reati prevista dall'art. 162-ter c.p.

Tale norma è stata introdotta dalla l. 23 giugno 2017 n. 103, che ha apportato numerose modifiche ai codici penale e di procedura penale.

Il neo art. 162-ter c.p. prevede una nuova causa di estinzione dei reati per condotta riparatoria. In particolare il comma 1 dispone che: *“Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi dell'art. 1208 del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo”*.

Ora, il fatto di reato oggetto della sentenza in commento riguarda un'ipotesi di atti sessuali con minore di anni quattordici (art. 609 quater, comma 1 c.p.). Per tale tipo di delitto l'art. 609 septies c.p. prevede la procedibilità a querela di parte che, ai sensi del comma 3 dello stesso articolo, è irrevocabile. Conseguentemente gli Ermellini hanno escluso l'applicabilità dell'art. 162-ter c.p. al caso di specie.

Profili intertemporali

La pronuncia in analisi affronta anche la questione relativa all'applicabilità della nuova causa di estinzione del reato al giudizio di legittimità. Infatti, il neo art. 162-ter c.p. prevede che, affinché il reato possa essere dichiarato estinto dal giudice, la riparazione del danno debba avvenire prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. L'art. 1, comma 2 l. 103/2017 prevede, però, che la nuova disposizione si applichi anche ai processi in corso alla data di entrata in vigore della stessa legge 103/2017 e che, pertanto, l'estinzione possa essere dichiarata anche quando le condotte riparatorie siano state compiute oltre il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Il comma 3 dell'art. 1 l. cit. precisa, infatti, che l'imputato, nella prima udienza successiva all'entrata in vigore della legge, possa chiedere la fissazione di un termine, non superiore a sessanta giorni, entro cui provvedere alle restituzioni, al risarcimento del danno e all'eliminazione, ove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

Lo stesso comma 3 dell'art. 1 l. cit. esclude espressamente, però, che la nuova causa di estinzione del reato possa trovare applicazione nei giudizi di legittimità in corso all'entrata in vigore della l. 103/2017 (*“L'imputato, nella prima udienza, fatta eccezione per quella del giudizio di legittimità [...]”*). La stessa pronuncia in analisi sottolinea, infatti, la problematica compatibilità con il giudizio di legittimità del procedimento previsto dall'art. 162-ter c.p. che, richiedendo che vengano sentite le parti e la persona offesa, imporrebbe alla Corte di Cassazione compiti estranei alle attribuzioni sue proprie.

Rilievi critici

L'art. 162-ter c.p. rientra in un progetto legislativo volto, così come si legge nella Relazione tecnica di accompagnamento alla l. 103/2017, a *“deflazionare il numero di procedimenti penali e comunque a realizzare una rapida definizione degli stessi, determinando effetti di risparmio in termini di spese processuali e di impiego di risorse umane”*. Nell'ottica del legislatore, pertanto, l'operatività della nuova causa di estinzione dovrà essere limitata a quei soli reati che «realizzano un'offesa ad interessi individuali nella disponibilità del titolare del bene giuridico lesa»^[1] e che sono, generalmente, procedibili a querela di parte, soggetta a remissione. In tal senso, ha suscitato notevoli polemiche una pronuncia del Tribunale di Torino che ha dichiarato estinto il reato di stalking, avendo l'imputato pagato un risarcimento di € 1.500, pur se rifiutato dalla vittima, ma ritenuto comunque adeguato dal giudice.

Numerosi rimangono tuttavia i casi in cui il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice è sostanzialmente coincidente con quello individuale, ma la procedibilità rimane d'ufficio, con la conseguenza che non potrà operare il procedimento di cui all'art. 162-ter c.p. Si pensi ad es. ad alcune ipotesi di furto aggravato, in cui si potrebbe pacificamente abdicare all'istanza punitiva, in caso di riparazione integrale del danno[2]. E lo stesso dicasi per alcune ipotesi di reato, procedibili a querela di parte ma non soggetta a remissione[3].

Da evidenziare, inoltre, come il procedimento di cui all'art. 162-ter c.p. possa prescindere da un effettivo coinvolgimento della persona offesa. Il comma 1, infatti, prevede che, sebbene il giudice decida, sentite le parti e la persona offesa, laddove ritenga comunque congrua la somma offerta dall'imputato a titolo di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1208 c.c., il reato viene dichiarato estinto. Tale circostanza potrebbe frustrare, e non poco, le istanze di giustizia sostanziale della vittima[4]. La norma, inoltre, non specifica i criteri a cui l'organo giudicante dovrà attenersi nel valutare l'idoneità della condotta riparatoria, con la conseguenza di attribuire allo stesso un potere molto ampio, che potrebbe sconfinare quasi nell'arbitrio[5].

Infine, innegabile è la disparità di trattamento su base censitaria che l'art. 162-ter c.p. rischia di introdurre. Infatti, solo chi potrà permettersi di pagare il risarcimento del danno, potrà beneficiare della nuova fattispecie di estinzione del reato, altrimenti dovrà affrontare l'intero iter processuale (con relativi costi) e vedersi destinatario di una pronuncia di condanna. A poco rileva la previsione del comma 2, in base alla quale *“Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento”*: se entro tale termine l'imputato non riesce comunque a corrispondere quanto dovuto a titolo di risarcimento, il reato non potrà essere dichiarato estinto e si avrà pronuncia di condanna[6].

Forse, come sottolineato in dottrina, sarebbe il caso di agire sul versante processualistico per rendere più snelli e celeri i procedimenti penali, oltre che incrementare l'organico di magistrati e funzionari, piuttosto che introdurre strumenti che hanno come unica ratio quella di alleviare il carico giudiziario a scapito, però, delle garanzie dei cittadini.

[1] D. N. Cascini, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di “restorative justice” o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *Archivio Penale*, 2, 2017.

[2] *Ibidem*.

[3] Maruotti, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all’art. 162-ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in www.questionegiustizia.it, in D. N. Cascini, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di “restorative justice” o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, cit. prende ad esempio la fattispecie di cui all’art. 609-bis comma 3 c.p., dove «il risarcimento del danno avvenuto prima del giudizio dimostra, in molteplici casi, come il processo penale diventi un inutile orpello».

[4] G. Vagli, *Brevi considerazioni sul nuovo articolo 162-ter c.p. (estinzione del reato per condotte riparatorie)*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 10.

[5] D. N. Cascini, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di “restorative justice” o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, cit.

[6] G. Vagli, *Brevi considerazioni sul nuovo articolo 162-ter c.p. (estinzione del reato per condotte riparatorie)*, cit.

LA PROVA NECESSARIA PER L'ACQUISTO DI UN IMMOBILE A TITOLO DI USUCAPIONE

Analisi del regime probatorio previsto per dimostrare l'avvenuto acquisto di un immobile a titolo di usucapione alla luce degli spunti innovativi in tema di apprezzamento delle prove forniti dalla recente pronuncia del Tribunale di Como del 10.01.2018.

Simona Rossi - Pubblicazione, giovedì 15 marzo 2018
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

1. Breve panoramica.

La proprietà di un bene può acquistarsi sia a titolo derivativo (es. contratto di compravendita) che a titolo originario come nel caso dell'usucapione. Difatti, l'usucapione consente l'acquisto del bene col possesso continuato (ed in particolare, nel caso dei beni immobili con un possesso continuato per un periodo pari almeno a 20 anni). Premesso che *sine possessione usucapio contingere non potest*, va precisato che non si tratta soltanto di un possesso continuato bensì è necessario che sia un possesso pacifico continuato caratterizzato dall'intenzione di esercitare tutti i diritti di proprietà riconnessi a tale bene (cd. *animus possidendi*).

L'acquisto della proprietà per usucapione dei beni immobili si fonda, dunque, su una situazione di fatto caratterizzata dal mancato esercizio del diritto da parte del proprietario e dalla prolungata signoria di fatto sulla cosa da parte di chi si sostituisce a lui nella utilizzazione di essa (*possessione uti dominus*).

L'ordinamento stabilisce che la prova dell'avvenuto usucapione deve essere rigorosa, del resto è necessario vi sia una prova certa per consentire la legittimazione al sacrificio delle regioni del diritto di proprietà (ad. es. la giurisprudenza ha chiarito che non basta dire che il possesso si protrae da "tempo immemorabile" bensì è necessario fornire prova certa della data di inizio del possesso). La prova dei requisiti necessari per la determinazione dell'avvenuto usucapione può essere fornita con tutti i mezzi di prova previsti dal nostro ordinamento tuttavia il mezzo più utilizzato risulta essere la testimonianza insieme alla prova documentale (es. contratti di locazione con terzi; fattura emessa da ditta edilizia; ricevute del pagamento delle spese condominiali, etc.).

2. Il caso *de quo*.

Nel caso sottoposto al vaglio del Tribunale di Como, parte attrice evocava in giudizio il Fallimento X s.r.l. al fine di far accertare il possesso pacifico ed incontestato ultraventennale in relazione a taluni appezzamenti di terreno. A sostegno della propria domanda deduceva, in particolare, che l'area di proprietà attorea risultava collegata con gli appezzamenti di terreno oggetto di causa, e che, per tale motivo, erano sempre stati considerati dagli attori parte integrante della striscia di terra di loro proprietà, soprattutto in considerazione della conformazione naturale dei luoghi ed, altresì che in virtù di ciò, l'area oggetto di causa veniva utilizzata, in maniera continuativa, indisturbata e pacifica dagli attori per parcheggiare le proprie autovetture e depositare materiale vario, provvedendo altresì alla sua cura e manutenzione.

Il convenuto si costituiva chiedendo il rigetto delle domande attorea per carenza dell'*animus possidendi* e del *corpus possessionis*, evidenziando che nel 2013 gli attori avevano stipulato con la società fallita un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto la medesima area interessata dal presente giudizio, con il quale parte attrice aveva riconosciuto espressamente che la proprietà di tali beni immobili fosse in capo alla società stessa.

In ragione dell'esistenza di tale preliminare di compravendita immobiliare con la società fallita, avente ad oggetto proprio i terreni interessati dall'odierno giudizio, il Giudice ha ritenuto che nel caso di specie non potesse ritenersi sussistente alcun possesso ventennale, continuo e non interrotto sull'area oggetto di causa in capo all'attrice. Difatti, nel corpo del contratto preliminare parte attrice riconosceva con effetto confessorio che la proprietà dei beni immobili oggetto di causa fosse in capo alla suddetta società, che ne avrebbe mantenuto il possesso sino alla data di sottoscrizione del suddetto atto obbligatorio.

Gli attori, pertanto, non possono vantare alcun possesso continuo e non interrotto anche tenuto conto della circostanza da essi addotta in merito ad un utilizzo dei beni oggetto della domanda come parcheggio saltuario in quanto ciò risulta pienamente compatibile con un atteggiamento di mera tolleranza da parte della società poi fallita, è inidoneo a determinare quella "*signoria di fatto che costituisce il presupposto dell'acquisto a titolo originario domandato*".

Alla luce del contratto preliminare con cui gli attori avevano, dunque, espressamente

riconosciuto che la società convenuta fosse proprietaria dei terreni oggetto di causa, il giudice ha rigettato la domanda di acquisto per usucapione.

3. Analisi della pronuncia.

Come si è premesso, la prova in materia di usucapione può essere fornita con qualsiasi mezzo previsto dall'ordinamento (seppur nella maggioranza dei casi si faccia ricorso alla testimonianza!). Nel caso *de quo*, il Giudice ha tenuto conto della presenza di un contratto preliminare ed in particolare ha ritenuto che rappresentasse il riconoscimento del diritto di proprietà in capo alla convenuta estromessa, stabilendo, altresì, il valore confessorio di tale scrittura. Trattasi, difatti, di un caso di confessione stragiudiziale resa alla parte, come disciplinato dall'art. 2735 c.c., che ha valore di prova legale vincolante.

Il Giudice, invero, non si è discostato dall'orientamento espresso dalla S.C. secondo la quale la confessione stragiudiziale nei confronti della parte, *"una volta provata (con qualsiasi mezzo, ivi compresa la confessione, valendo in tal caso le ordinarie regole probatorie), ha il medesimo valore di prova legale della confessione giudiziale, ed è dotata di efficacia vincolante sia nei confronti della parte che l'ha resa falla quale non è riconosciuta alcuna facoltà di prova contraria), sia nei confronti del giudice, che, a sua volta, non può valutare liberamente la prova, ne' accertare diversamente il fatto confessato"* (cfr. Cass. 10581/2000).

Invero l'On. Giudice adito ha specificato come *"nel procedimento per usucapione, il riconoscimento del diritto di proprietà presente nel corpo del contratto preliminare di compravendita sottoscritto dalle parti, ha valore confessorio ed, in particolare, integra un caso di confessione stragiudiziale resa alla parte disciplinato dell'art. 2735 c.c., che ha valore di prova legale vincolante, quanto agli effetti, per il Giudice"*. Sul punto, è interessante anche rammentare che con la sentenza n. 23673/2015, la Corte di Cassazione aveva stabilito che, in osservanza a quanto già enunciato dalle SS.UU., *"la cosiddetta "immissione in possesso" all'atto del preliminare di vendita di immobile (immobile, la cui proprietà ed il connesso pieno possesso si trasferisce compiutamente solo con l'atto definitivo traslativo) non può costituire - di per sé - titolo idoneo abilitativo al fine di una eventuale usucapione del bene."*: pertanto il bene acquisito sulla base di un contratto preliminare non può essere usucapito in quanto tale possesso non è *"uti dominus"* bensì trattasi, piuttosto, di detenzione.

In ogni caso, stante quanto stabilito dal Tribunale di Como, la sottoscrizione di un contratto preliminare di vendita non consente il verificarsi dell'acquisto per usucapione in quanto si ha il riconoscimento (come si è visto, con confessione stragiudiziale che ha valore di prova legale vincolante) della proprietà in capo alla controparte.

4. I mezzi probatori ammessi per l'usucapione di un bene immobile.

Come si è avuto modo di accennare, la prova dell'usucapione può avvenire con qualsiasi mezzo eppure è bene evidenziare come il ricorso maggiore sia alla prova testimoniale. A tal proposito, è bene evidenziare che, stante la necessità di una prova rigorosa e certa, la giurisprudenza ha ritenuto di dover precisare che, qualora vi siano legami di amicizia ovvero inimicizia tra le parti, la testimonianza non potrà essere presa in considerazione. Soprattutto la giurisprudenza di merito si è, infatti, espressa circa la necessità di valutare con “la massima cautela le prove di natura orale” (in particolare il Trib. Milano con la pronuncia n. 2433/2009 aveva addirittura ritenuto si dovesse escludere la valutazione della testimonianza orale!). Ration per cui, la prova testimoniale in tema di usucapione dovrebbe avvenire da parte di terzi estranei alla vicenda ed ai soggetti coinvolti. La *ratio* del consolidarsi di un simile orientamento nella prassi giurisprudenziale è quello di garantire che la violazione di diritto riconosciuto dalla nostra carta fondamentale quale il diritto alla proprietà privata che si avrebbe con l'applicazione dell'usucapione si abbia soltanto in presenza di prove assolutamente certe, Ration per cui, l'orientamento giurisprudenza maggioritario ha ritenuto che, pur potendosi ammettere la prova per testi, questa debba essere valutata con una certa “cautela”. Inoltre, si tenga ben presente, che l'usucapione non può essere provato a mezzo di consulenza tecnica in quanto avrebbe finalità esclusivamente esplorativa, ossia perseguirebbe unicamente lo scopo di supplire alla deficienza di allegazioni e di prove, ed è granitico l'orientamento della giurisprudenza che vieta tale tipo di consulenza tecnica d'ufficio. Difatti, è pacifico che la finalità della CTU sia esclusivamente di coadiuvare il Giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni particolari che necessitino di specifiche conoscenze e non di sopperire all'onere probatorio che risiede invero in capo alle parti (Cass. n. 3130/2011; Cass. n. 27621/2017).

ASSEGNO DI MANTENIMENTO IN FAVORE DEL CONIUGE SEPARATO: PRESUPPOSTI E CRITERI DI DETERMINAZIONE

La Cassazione con l'ordinanza n. 3709 del 15.02.2018 ha ribadito che ai fini della quantificazione dell'assegno di mantenimento rilevano non solo i redditi delle parti ma, più genericamente, tutte le circostanze economicamente apprezzabili tra le quali la mancata produzione di aggiornate dichiarazioni dei redditi.

Barbara Druda - Pubblicazione, venerdì 16 marzo 2018
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Sommario: 1. Premessa: effetti della separazione personale tra coniugi; 2. Assegno di mantenimento: presupposti e criteri di determinazione; 3. Conclusioni.

1. Premessa: effetti della separazione personale tra coniugi

La separazione personale tra i coniugi produce effetti sia sul piano dei rapporti personali che sul piano dei rapporti patrimoniali, tuttavia, a differenza del divorzio, non determina la cessazione degli effetti derivanti dal matrimonio ma solo la sospensione o la modifica di alcuni obblighi.

Sul piano dei rapporti personali si producono conseguenze quali, ad esempio, la sospensione dell'obbligo di coabitazione e di assistenza morale. Invece, tra gli effetti patrimoniali si annoverano l'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento, lo scioglimento della comunione legale nonché, in presenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti, l'assegnazione della casa familiare. Inoltre, laddove non si tratti di una separazione giudiziale con addebito, vi è il diritto all'ottenimento di una quota della pensione di reversibilità dell'altro coniuge oltre che la conservazione dei diritti successori.

2. Assegno di mantenimento: presupposti e criteri di determinazione

L'art. 156, 1° comma c.c. dispone che «*il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non*

abbia adeguati redditi propri». Ecco allora che se l'obbligo di assistenza *morale* viene sospeso in seguito alla separazione personale, lo stesso non può dirsi con riguardo all'obbligo di assistenza *materiale*. In particolare, dato che con la separazione personale il vincolo coniugale rimane in essere, il legislatore ha voluto evitare che il coniuge economicamente più debole subisse un peggioramento della propria condizione di vita come conseguenza della separazione[1].

La corresponsione dell'assegno è disposta con la sentenza che statuisce la separazione oppure, come avviene più frequentemente, con i provvedimenti presidenziali temporanei ed urgenti; tuttavia, affinché l'Autorità Giudiziaria disponga in tal senso è necessaria la sussistenza di alcuni presupposti.

Anzitutto il coniuge avente diritto deve inserire una specifica richiesta all'interno della domanda di separazione, non potendo il Giudice statuire *ex officio* sul punto.

In secondo luogo è necessario che il coniuge richiedente «*non abbia adeguati redditi propri*», ossia versi in una condizione economica tale da non consentirgli di beneficiare dello stesso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. Quindi, a differenza di quanto accade in caso di divorzio, per l'ottenimento dell'assegno non è necessario che i redditi del coniuge richiedente siano tali da non consentirgli di provvedere al proprio sostentamento, ma è sufficiente che siano inidonei a farlo beneficiare del tenore di vita matrimoniale[2], cioè di quelle stesse potenzialità economiche di cui godeva in precedenza[3].

Inoltre, al coniuge richiedente non deve essere stata addebitata la separazione, cosa che accade laddove lo stesso con il proprio comportamento abbia violato i doveri coniugali così causando l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza.

Infine, è necessario che il coniuge obbligato disponga di mezzi economici idonei.

Verificata la sussistenza di tutti i suddetti presupposti, e quindi accertato l'*an debeat*, l'organo giudicante potrà passare allo step successivo avente ad oggetto la determinazione del *quantum debeat*.

Sui parametri utili alla quantificazione del mantenimento si è formata una vasta giurisprudenza la quale ha precisato che non si debba tenere conto solo ed esclusivamente dei redditi delle parti ma che, più genericamente, rilevino tutte le circostanze valutabili in termini economici. In particolare, sul criterio rappresentato dalle

“*altre circostanze*” la Suprema Corte si è espressa più volte, da ultimo con l’**ordinanza n. 3709 del 15.02.2018**. Nel provvedimento *de quo* gli Ermellini hanno specificato che gli elementi diversi dal reddito siano da identificarsi in tutti quegli elementi fattuali apprezzabili economicamente, precisando altresì che degli stessi non sia necessaria una determinazione in via aprioristica essendo sufficiente, per la loro rilevanza, l’idoneità ad incidere sulle condizioni economiche delle parti[4]. La Cassazione si è poi premurata di chiarire che non sia essenziale l’accertamento del loro esatto ammontare essendo sufficiente una ricostruzione affidabile e verosimile che può essere effettuata anche tramite presunzioni semplici. Ad esempio, nell’ordinanza *de qua* la Corte ha statuito che tra le circostanze diverse dal reddito rilevanti per la quantificazione dell’assegno vi rientri anche la mancata produzione di aggiornate dichiarazioni dei redditi.

3. Conclusioni

In conclusione, una volta verificata la sussistenza dei presupposti necessari per la concretizzazione del diritto alla percezione dell’assegno di mantenimento, il Giudice deve procedere alla determinazione del *quantum* e a tal fine deve prendere in esame sia il reddito delle parti che tutte le altre circostanze apprezzabili in termini economici, tra le quali vi rientra la mancata produzione di dichiarazioni dei redditi aggiornate.

[1] U. BRECCIA *et al.*, Diritto Privato, Tomo III, Utet Giuridica, 2010, p. 1130.

[2] Prima della rivoluzionaria sentenza n. 11504 pronunciata dalla Cassazione il 10.05.2017, anche per l’assegno divorzile *an e quantum debeatur* venivano determinati avendo riguardo al tenore di vita matrimoniale. Invece, con la suddetta pronuncia la Corte ha adottato un’interpretazione maggiormente rispettosa del dato normativo prevedendo che il diritto all’assegno sorga solo nel caso in cui il coniuge economicamente più debole non abbia redditi adeguati a provvedere al proprio sostentamento.

[3] Cfr. U. BRECCIA *et al.*, *op. cit.*, p. 1130.

[4] Nell’ordinanza in esame si richiamano altresì Cass., sent. 17199 del 11.07.2013, Cass., sent. 605 del 12.01.2017.

LA DICHIARAZIONE DI ADOTTABILITÀ È REVOCABILE PER ERRORE DI FATTO

Con l'ordinanza n. 13435 del 2016, la Corte di legittimità ha accolto un ricorso per revocazione di una sentenza della Corte di Appello di Torino, la quale aveva dichiarato l'adottabilità della figlia minore dei ricorrenti.

Valentina Pellegrino - Pubblicazione, sabato 17 marzo 2018
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Attraverso l'ordinanza n. 13435 del 2016, la Corte di legittimità ha accolto il ricorso per revocazione della sentenza della Corte di Appello di Torino, la quale aveva dichiarato l'adottabilità della figlia minore dei ricorrenti.

La Suprema Corte ha statuito che la dichiarazione di adottabilità era fondata su una circostanza di fatto decisiva, ma non corrispondente alla realtà dei fatti. Non sussistendo lo stato di abbandono morale e materiale della minore, viene quindi meno il presupposto fondamentale per la dichiarazione di adottabilità.

Sotto il profilo rescissorio, si è concluso con il rinvio della pronuncia della Corte di Appello affinché venisse compiuto un nuovo controllo circa la situazione di abbandono morale e materiale della minore. La Corte di Appello di Torino ha confermato tale dichiarazione e ha evidenziato che la condizione attuale di abbandono morale e materiale della minore è consequenziale al fatto che la minore da mesi non frequentava, non aveva rapporti significativi né esperienze di vita con i ricorrenti.

A tal proposito, i consulenti tecnici di ufficio hanno rilevato che la rottura del legame tra la minore e gli attuali genitori adottivi avrebbe comportato un evento traumatico e che un rientro presso i genitori biologici sarebbe stato molto controproducente in quanto avrebbe determinato un disagio evolutivo grave della minore.

A fronte di ciò, è utile ricordare che la CEDU stabilisce, nel suo art. 8, che il diritto alla vita familiare da salvaguardare nel suo interesse consiste nella conservazione della situazione stabile e positiva di cui gode.

Fin dalla nascita, la relazione genitoriale aveva presentato criticità tali da evidenziare, in una relazione dei servizi territoriali, che *"non si coglieva un immaginario materno che*

comprendesse un impegno di accudimento oltre che pratico, anche emotivo-affettivo". Veniva, pertanto, aperta una procedura di volontaria giurisdizione su impulso del p.m. a tutela della minore.

La consulenza d'ufficio svolta in primo grado è stata vivacemente criticata dagli appellanti ma è pervenuta a conclusioni coerenti con quella di secondo grado, infatti dagli accertamenti svolti è emersa una valutazione negativa sulla capacità genitoriale degli appellanti. Il padre ha dimostrato di non rendersi pienamente conto anche da un punto di vista pratico, delle complessive esigenze di una bambina in tenera età e di essere totalmente dipendente ed acritico rispetto alle aspettative genitoriali della moglie. Quest'ultima ha evidenziato un ferreo controllo delle emozioni, un sistema difensivo fortissimo, la negazione di qualsiasi problema, mancanza di consapevolezza in ordine alle difficoltà costantemente dimostrate sull'accudimento concreto della minore, la quale ha evidenziato negli incontri grande fatica e il bisogno di chiudere in fretta una situazione pesante.

I consulenti hanno altresì evidenziato che la bambina ha vissuto un trauma significativo sul piano relazionale ma ha comunque raggiunto le tappe evolutive tipiche ed è adeguata sia sul piano cognitivo che emotivo-relazionale. Gli affidatari e i servizi territoriali hanno riferito di acute crisi d'angoscia manifestate prima e dopo gli incontri con i genitori. I consulenti di parte degli appellanti hanno valutato positivamente la metodologia seguita nelle operazioni peritali pur non concordando sulle conclusioni, riconoscendo tratti narcisistici ed istrionici nella madre biologica.

L'accertamento svolto non ha alla base l'interesse della minore ad avere una famiglia migliore ma quello a vedersi assicurata una crescita sana ed un'assistenza adeguata oltre che una stabilità affettiva. Dunque, lo stato di abbandono si è fondato su carenze genitoriali gravi riscontrate e non emendabili in tempi consoni con la crescita della minore. È stato riscontrato che, nel lungo periodo degli incontri, non si è realizzato un legame funzionale al benessere della minore e, nonostante la collaborazione degli appellanti ed il sostegno dei tecnici interpellati non si è prospettata l'ipotesi di un concreto margine di cambiamento.

In conclusione, secondo la Corte d'Appello deve essere confermata la dichiarazione di adottabilità.

La Corte ha accolto i primi due motivi di ricorso nei quali si deduceva la violazione della

L. n. 184 del 1983, articoli 1 e 8 per essere stato dato rilievo preminente se non esclusivo al profilo dell'età dei ricorrenti oltre che all'episodio dell'abbandono rivelatosi non vero e per essere stato dichiarato l'abbandono sulla base di enunciazioni generiche.

Nella fattispecie, la cassazione della sentenza della Corte d'Appello si è fondata sulla dichiarazione di abbandono che giustifica l'adottabilità e costituisce un'ingerenza particolarmente incisiva del diritto alla vita familiare così come declinato dalla Corte EDU e può giustificarsi soltanto se fondata su un'esigenza primaria e se proporzionata agli effetti determinati da essa.

L'esame compiuto sulla loro idoneità si è fondato soltanto sull'età, ovvero su un criterio palesemente illegittimo, senza evidenziare fattori concreti che potevano ritenersi idonei ad integrare la fattispecie di abbandono morale e materiale posto a base dell'articolo. L'oggetto del rinvio è l'esame delle condizioni e dei requisiti per l'accertamento della situazione di abbandono e per la dichiarazione di adottabilità nel rispetto dei parametri normativi, così come desumibili dalla giurisprudenza EDU.

Tra i fatti esaminati, la Corte ha dato rilievo alla circostanza in base alla quale la minore non si è trovata in stato di pericolo, ma da un punto di vista materiale la sequenza accertata dei comportamenti dei ricorrenti non può essere ritenuta irrilevante unitamente alle altre emergenze istruttorie riscontrate, evidenziando un profilo di grave inadeguatezza.

Ad onor del vero, la sentenza in esame non ha violato i principi cui doveva attenersi in sede di rinvio, compiendo una valutazione dei fatti non centrata esclusivamente sul binomio episodio abbandono - età dei ricorrenti ma arricchendo l'indagine svolta e l'accertamento finale di numerosi ulteriori elementi e ciò costituisce il nucleo incensurabile del sindacato del giudice di merito.

TESTAMENTO FALSO: L'ACCERTAMENTO IN SEDE PENALE RILEVA NEL GIUDIZIO CIVILE

Per la Corte di Cassazione deve necessariamente tenersi conto del giudicato formatosi in sede penale con riferimento alle medesime parti e circostanze fattuali.

Carlo Giaquinta - Pubblicazione, lunedì 19 marzo 2018
Redattore: Giovanni Sicignano

Sommario: 1. Le forme testamentarie previste dal codice civile; 2. La falsità del testamento olografo; 3. Il rapporto tra querela di falso civile e penale ed il caso esaminato dalla Corte.

1. Le forme testamentarie previste dal codice civile

La Corte di Cassazione, con la recente ordinanza n. 4318, depositata il 22 Febbraio 2018, ha affrontato un tema di vivace interesse per ciò che riguarda la materia delle successioni, vale a dire quello della **falsità del testamento olografo**.

Come è noto, quest'ultimo rappresenta una delle forme stabilite dall'ordinamento per consentire al *de cuius* di rendere manifeste le sue ultime volontà patrimoniali.

Il testamento infatti, è un negozio solenne, per la validità del quale occorre il rispetto delle forme espressamente previste dal legislatore.

L'art. 601 cod. civ., per quanto riguarda le forme del testamento, ne suddivide essenzialmente due categorie : il testamento *olografo* (art. 602 c.c.), e il testamento *per atto del notaio*, quest'ultimo, a sua volta, può essere redatto in forma pubblica (603 c.c.) o segreta (art. 604 c.c.)

Quando non vi è l'intervento del notaio, il testamento, dunque, si definisce *olografo*, cioè scritto per intero, datato e sottoscritto dal testatore.

Il testamento notarile invece è *pubblico* quando il testatore, in presenza di almeno due testimoni, dichiara le proprie ultime volontà al pubblico ufficiale, che lo redige per iscritto, né da lettura al testatore e ai testimoni, dopodiché esso viene sottoscritto dallo stesso testatore, dai testimoni e dal notaio.

Il testamento segreto (art 604 c.c.), sottoscritto dal testatore, è sigillato e dal testatore consegnato al notaio, in presenza dei testimoni. A differenza di quello pubblico il testamento viene quindi conservato dal notaio, dal quale il testatore potrà in ogni tempo ritirarlo.

2. La falsità del testamento olografo.

Prima di scendere nel dettaglio del caso esaminato dalla Suprema Corte, è opportuno evidenziare come solo di recente, con la pronuncia delle Sezioni Unite n. 12307/2015, la giurisprudenza di legittimità abbia risolto il contrasto formatosi in riferimento alle modalità di contestazione del testamento olografo.

Con tale decisione, i Giudici delle SS.UU. hanno infatti chiarito che *“la parte che contesti l'autenticità di un testamento olografo deve proporre domanda di accertamento negativo della provenienza della scrittura, gravando su di essa l'onere della relativa prova, secondo i principi generali dettati in tema di accertamento negativo”*.

Inadeguati, invece, ai fini della contestazione della falsità, gli istituti del disconoscimento e della querela di falso, in quanto tali istituti mal si conciliano con la posizione delle parti nel giudizio civile nel quale del testamento si controverte.

Ora, l'aver riconosciuto alla parte che contesti l'autenticità del testamento di disporre unicamente dell'azione di accertamento negativo consente di mantenere il testamento olografo nell'alveo della categoria delle *scritture private* e di evitare, da un lato, che la valenza probatoria del testamento possa assumere intensità così elevata da poter essere superata solamente attraverso la proposizione della querela di falso, dall'altro, di evitare che il semplice disconoscimento renda troppo gravosa la posizione processuale dell'attore che si professi erede, riversando su di lui l'intero onere probatorio del processo su di un atto *“innegabilmente caratterizzato da una sua intrinseca forza dimostrativa”* (Cass. Civ. sent. n. 1995/2016).

In conclusione, chi intenda contestare la falsità di un testamento ha l'onere di agire in giudizio con una domanda di accertamento negativo, secondo le regole sul riparto dell'onere della prova tipiche di quel giudizio.

3. Il rapporto tra querela di falso civile e penale ed il caso esaminato dalla Corte.

Fatte queste premesse, la fattispecie sottoposta al vaglio della Cassazione prende spunto

dalla domanda di accertamento, in sede civile, della falsità del testamento che alcuni eredi avevano proposto nei confronti di altra coerede, accusata di aver falsificato il documento.

Parallelamente all'azione civile di accertamento negativo, gli attori sporgevano querela in sede penale contro la stessa coerede per il reato di falsità in scrittura privata, punito, proprio in relazione al testamento, dall' art. 491 c.p.

All'uopo è necessario evidenziare le differenze ontologiche che intercorrono tra il procedimento, incidentale, che si apre a seguito della presentazione della querela di falso in sede civile (le cui modalità e termini di presentazione sono disciplinate dall'art. 221 c.p.c.) e il procedimento penale per il perseguimento del reato di falso.

Se il giudizio civile, dove è sempre obbligatoria la presenza del Pubblico Ministero, è finalizzato all'accertamento autonomo della falsità o meno del documento avente fede privilegiata (qual è, appunto, il testamento) l'analogo processo penale è finalizzato invece all'individuazione del soggetto che di quella falsità si è reso autore, assoggettandolo alle sanzioni stabilite dal codice penale.

In astratto, comunque, i due procedimenti godono di piena autonomia, non ricorrendo infatti nessuna ipotesi di pregiudizialità tra il giudizio di accertamento di falsità dell'atto e quello penale di falsificazione, e ciò costituisce un approdo pacifico nella giurisprudenza di legittimità (si cita, *ex multis*, Cass. 12399/2007)

Epperò, come statuisce la pronuncia in commento, è innegabile una stretta correlazione tra le due azioni qualora si controverta essenzialmente sugli stessi fatti.

Tornando alla vicenda dei coeredi, era accaduto che in sede penale fosse stata accertata, con sentenza poi passata in giudicato, ed attraverso una perizia grafologica, la responsabilità dell'incolpata coerede per la falsificazione materiale del testamento olografo.

Tuttavia, nel giudizio civile di secondo grado, la Corte d'Appello di Catania, muovendo proprio dall'autonomia dei due giudizi, aveva invece concluso per il rigetto della domanda sull'accertamento della falsità dell'atto, ciò in quanto veniva rilevata una non tempestiva proposizione della querela di falso nel giudizio civile, e soprattutto veniva rigettata l'eccezione di giudicato, a nulla rilevando il giudicato formatosi in sede penale e che al contrario aveva acclarato la responsabilità penale della coerede per la

falsificazione del testamento.

L'assunto, tuttavia, non superò il vaglio dei Giudici di Cassazione.

In maniera netta, con l'ordinanza n. 4318/18, i Supremi Giudici ritengono che *“erronea è la tesi dell'irrelevanza in sede civile – in cui si controverta della falsità di un atto, opponibile solo con la querela di falso – della sentenza penale di condanna per la falsificazione del medesimo atto, facente leva sulla differenza ontologica tra querela di falso civile e per querela per il reato di falsità in scrittura privata.*

Ciò in quanto, continua la Corte, *“la relativa autonomia tra giudizio civile e quello penale non arriva al punto da far negare rilevanza in sede civile agli accertamenti effettuati in sede penale sui medesimi fatti materiali e coinvolgenti le medesime parti”.*

Alla stregua di tale ragionamento, la Cassazione provvedeva a cassare senza rinvio la statuizione dei giudici di merito, accogliendo la domanda dei ricorrenti e dichiarando **la nullità del testamento** da questi impugnato.

In conclusione, proviene dalla Suprema Corte il principio secondo cui l'autonomia dei giudizi civile e penale non può in ogni caso tradursi in un illogico contrasto di giudicati qualora, come nel caso di specie, i procedimenti riguardino gli stessi fatti e le stesse parti.

Nell'ipotesi di falsità del testamento olografo, dunque, la sentenza penale passata in giudicato non può che far stato anche nel parallelo giudizio civile.

LA COSTRUZIONE ESEGUITA DAL COMPROPRIETARIO SUL SUOLO COMUNE DIVIENE DI PROPRIETÀ COMUNE AI COMPROPRIETARI DEL SUOLO

La Corte di Cassazione civile a Sezioni Unite, con la sentenza n. 3873 del 2018, ha risolto il contrasto giurisprudenziale in merito alla possibilità che la fattispecie dell'accessione, ex art. 934 c.c., operi nell'ipotesi in cui la proprietà del suolo sia in comunione a più soggetti e solo uno abbia edificato sul suolo comune.

Stefania Vizzino - Pubblicazione, martedì 20 marzo 2018
Redattore: Emmanuel Luciano

Le Sezioni Unite si sono pronunciate sul tema dell'applicabilità dell'istituto dell'**accessione** al caso in cui la proprietà del suolo sia in comproprietà a più soggetti ed uno solo di essi (o alcuni) abbia proceduto a realizzare la costruzione sul suolo comune.

A tale questione, la più recente e prevalente giurisprudenza ha risposto ritenendo applicabile la fattispecie dell'accessione, di cui all'art. 934 c.c., solo qualora le costruzioni o le opere siano eseguite su terreno altrui, presupponendo, in tal modo, che il costruttore sia un soggetto "terzo" rispetto i proprietari del suolo. Qualora, invece, il costruttore sia anche uno dei comproprietari, si riteneva di dover fare riferimento alle norme in materia di comunione.

In tal caso, infatti, la proprietà della costruzione dell'opera è di tutti i comunisti solo se questa è stata eseguita conformemente alle disposizioni della comunione di cui agli artt. 1100 e ss. c.c., ed in particolare nel rispetto dei limiti fissati dall'art. 1102 c.c. che prevede l'obbligo per ciascun comunista di servirsi della cosa comune senza alterarne la destinazione e senza impedire agli altri di farne uso secondo il loro diritto.

Viceversa, la costruzione sarebbe di proprietà esclusiva del comproprietario costruttore se eseguita in violazione di tali norme.

In senso opposto si è collocato l'orientamento giurisprudenziale più risalente, che ha concluso per l'applicabilità del principio dell'accessione e dell'articolo 934 c.c. anche nel caso di comunione e nello specifico per la costruzione realizzata sul suolo di proprietà

comune a più soggetti.

Cosicchè la nuova costruzione diverrebbe, per accessione, di proprietà di tutti i comproprietari del fondo, salvo un contrario accordo scritto e il conseguente rimborso dovuto al costruttore per le spese sostenute.

Il contrasto giurisprudenziale è stato risolto dalla Suprema Corte a Sezione Unite con la pronuncia del 16 febbraio 2018 n. 3873.

Le Sezioni Unite, procedendo, preliminarmente, ad una disamina dell'istituto dell'accessione e della disciplina della comunione, ritengono di doversi discostare dal più recente orientamento giurisprudenziale.

Innanzitutto chiariscono che l'art. 934 c.c. non contiene alcun riferimento alla circostanza soggettiva che il costruttore debba essere "terzo" rispetto al proprietario del suolo, posto che nelle ipotesi in cui vi sia alterità soggettiva tra proprietario e costruttore, il codice civile fa rientrare espressamente tali fattispecie nelle disposizioni seguenti ovvero gli artt. 936 e 937 c.c. (opere fatte da un terzo).

Quindi tanto l'interpretazione letterale del dato normativo che quella sistematica del complesso di disposizioni relative all'accessione, conducono i giudici di legittimità a ritenere che esula dai presupposti dell'istituto di cui all'art. 934 c.c., la necessità che il costruttore sia "terzo" rispetto al proprietario del suolo.

In secondo luogo, i giudici della Suprema Corte chiariscono che tra accessione e comunione non vi è alcun rapporto di genere a specie per cui la disciplina della comunione costituisca, in quanto speciale, una deroga all'accessione.

L'art. 934 c.c. detta la regola generale in materia di accessione: il proprietario del suolo diviene automaticamente proprietario di qualunque costruzione o piantagione costruita sopra o sotto il suolo, sicchè il proprietario della "cosa principale" diviene proprietario della "cosa accessoria" la quale è stabilmente coniugata alla prima.

L'acquisto della proprietà a titolo originario avviene automaticamente e per effetto dell'incorporazione (c.d. "attrazione reale") di una cosa con l'altra. L'incorporazione rileva come fatto giuridico in senso stretto e non è, pertanto, necessaria la volontà dell'uomo.

La regola dell'accessione costituisce, da un lato, lo strumento giuridico di salvaguardia e

sicurezza per la circolazione della proprietà; dall'altro, è un limite per lo stesso potere del proprietario del suolo, il quale non può alienare il terreno separatamente rispetto alla costruzione ma può solo costituire un diritto reale di superficie, nel rispetto degli artt. 1350 e 2643 c.c.

La disciplina della comunione, contenuta negli artt. 1100 e ss. c.c., regola i rapporti che si instaurano tra più soggetti quando questi sono contitolari del diritto di proprietà o di altro diritto reale su un determinato bene e non anche i modi di acquisto della proprietà.

D'altra parte escludendo l'applicabilità del principio di accessione in caso di comunione, si giunge ad una conclusione che risulta carente di base legale: si dovrebbe infatti ritenere che il singolo costruttore o tutti comproprietari del fondo acquistano la proprietà sulla base di una fattispecie di acquisto a titolo originario di creazione pretoria, priva di fondamento normativo.

Si tratta di un risultato che non può essere condiviso poichè in contrasto con il principio generale e assoluto per cui la proprietà si può acquistare solo nei modi previsti dal legislatore, così come espressamente previsto dall'art. 922 c.c.

Statuita, dunque, la piena operatività della regola dell'accessione per le ragioni suesposte, giova precisare che l'art. 934 c.c. ammette delle deroghe all'operatività dell'istituto, che devono essere espressamente individuate dalla legge o dal titolo. Quindi, in mancanza di una espressa deroga legislativa e di un titolo negoziale valido ed idoneo ad escludere l'operatività dell'accessione, **qualunque costruzione edificata sul suolo comune da terzi** (con conseguente riferibilità delle fattispecie agli artt. 936 e 937 c.c.), **o da uno dei comproprietari, diviene**, per effetto del mero fatto giuridico dell'incorporazione, **di proprietà comune di tutti in proporzione alle rispettive quote**.

Le Sezioni Unite, infine, si soffermano sul regime giuridico che deve disciplinare i rapporti tra il comproprietario costruttore e gli altri comunisti che, divengono, per accessione, comproprietari della costruzione.

L'art. 934 c.c. non dispone nulla in merito. Tuttavia, trattandosi di un ipotesi di comproprietà della cosa, il Collegio ritiene di dover fare riferimento alla disciplina giuridica in materia di comunione.

La costruzione sul suolo comune, in quanto innovazione, ai sensi dell'art. 1108 c.c., purchè non si pregiudichi il godimento della cosa comune da parte dei partecipanti, deve

essere deliberata dalla maggioranza dei condomini.

Nel caso in cui la costruzione sia stata edificata in violazione dei limiti e degli obblighi di cui all'art. 1108 c.c., il comproprietario leso, oltre alle ordinarie azioni possessorie e all'azione di rivendicazione, può esercitare lo *"ius tollendi"* e **pretendere, in tal modo, la demolizione dell'opera, attraverso la tutela in forma specifica ex art. 2933 c.c.**

Occorre precisare che lo *"ius tollendi"* deve essere escluso qualora vi sia stato, da parte del comproprietario non costruttore, il consenso esplicito alla costruzione o anche meramente implicito, attraverso, ad esempio, la mera tolleranza.

Inoltre, qualora lo *"ius tollendi"* non venga esercitato o sia impossibile agire attraverso tale azione, in capo al comproprietario costruttore sorge un diritto di credito nei confronti degli altri comunisti divenuti comproprietari dell'opera, ai sensi dell'art. 934 c.c.

Si tratta di un rapporto obbligatorio in forza del quale i comproprietari non costruttori devono rimborsare, in proporzione alle rispettive quote, le spese sostenute dal comproprietario costruttore per l'edificazione dell'opera.

Applicando le predette coordinate ermeneutiche al caso in esame, la Corte di Cassazione ha rilevato l'errore in cui sono incorsi i giudici di merito nell'escludere la riferibilità dell'art. 934 c.c. alla vicenda in questione, considerando, in forza di accordi non chiari, quale unica proprietaria della costruzione realizzata sul suolo comune, la società costruttrice.

D'altra parte, è opportuno precisare che l'art. 1350 c.c. impone che i contratti traslativi di proprietà di beni immobili e di diritti reali immobiliari abbiano il requisito della forma scritta *ad substantiam*, sicché gli atti aventi ad oggetto il trasferimento di beni immobili o di diritti reali su beni immobili sono validi solo qualora sia rispettato tale vincolo di forma.

Pertanto la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata con rinvio al giudice di merito, individuando i seguenti principi di diritto:

La costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accessione, ai sensi dell'art. 934 c.c., di proprietà comune agli altri comproprietari del suolo, salvo contrario accordo, traslativo della proprietà del suolo o costitutivo di un diritto reale su di esso, che deve rivestire la forma scritta ad substantiam;

Il consenso alla costruzione manifestato dal comproprietario non costruttore, pur non essendo idoneo a costituire un diritto di superficie o altro diritto reale, vale a precludergli l'esercizio dello ius tollendi;

Ove lo ius tollendi non venga o non possa essere esercitato, i comproprietari del suolo sono tenuti a rimborsare al comproprietario costruttore, in proporzione alle rispettive quote di proprietà, le spese sopportate per l'edificazione dell'opera.

VALUTAZIONE E RISULTATO DI SERVIZIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Il riempimento degli spazi operativi della dirigenza ed il ruolo degli organismi interni di valutazione. Gli ultimi interventi normativi dalla legge 7 agosto 2015 n. 124 al d.lgs. n. 74 del 25 maggio 2017.

Pietro Cucumile - Pubblicazione, mercoledì 21 marzo 2018
Redattore: **Massimiliano Pace**

L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni ha avuto impresa una nuova traiettoria di percorso, con l'individuazione di "altri vincoli di scopo" tendenti a garantire la qualità della *performance*, l'etica dei comportamenti, la necessità di dare conto ai cittadini; non si tratta di assicurare solo l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa ma di integrare, ad esempio, anche nuovi attori nella valutazione, ovvero i cittadini, conferendo il giusto peso alla loro voce.

Ripercorrendo la normativa vigente, l'attuale assetto della disciplina in materia di valutazione del personale, così come inciso dal Decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 74 recante "*Modifiche al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, in attuazione dell'articolo 17, comma 1, lettera r), della legge 7 agosto 2015, n. 124*" (pubblicato sulla G.U. Serie generale n.130 del 07-06-2015 con entrata in vigore il 22/06/2017), prefigura la *performance* organizzativa come attinente all'attuazione di politiche e al conseguimento di obiettivi collegati ai bisogni ed alle esigenze della collettività nonché all'attuazione di piani e programmi, ovvero alla misurazione dell'effettivo grado di attuazione dei medesimi, nel **rispetto delle fasi e dei tempi previsti**, degli *standard* qualitativi e quantitativi definiti, del livello previsto di assorbimento delle risorse; inoltre, la *performance* attiene alla rilevazione del grado di soddisfazione dei destinatari delle attività e dei servizi anche attraverso modalità interattive e alla modernizzazione e al miglioramento qualitativo dell'organizzazione e delle competenze professionali e la capacità di attuazione di piani e programmi.

Inoltre, schematizzando, la *performance* organizzativa coinvolge anche i seguenti profili:

- lo sviluppo qualitativo e quantitativo delle relazioni con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti e i destinatari dei servizi, anche attraverso lo sviluppo di

forme di partecipazione e collaborazione;

- l'efficienza nell'impiego delle risorse, con particolare riferimento al contenimento ed alla riduzione dei costi, nonché all'ottimizzazione dei tempi dei procedimenti amministrativi;
- la qualità e la quantità delle prestazioni e dei servizi erogati;
- il raggiungimento degli obiettivi di promozione delle pari opportunità.

Inoltre, l'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 150/09 (*Ambiti di misurazione e valutazione della performance individuale*), nella versione modificata dal d.lgs. n. 74 del 2017, specifica che la valutazione dei dirigenti e del personale responsabile di una unità organizzativa in posizione di autonomia e responsabilità avviene con riferimento a:

- agli indicatori di *performance* relativi all'ambito organizzativo di diretta responsabilità, **ai quali è attribuito un peso prevalente nella valutazione complessiva**;
- al raggiungimento di specifici obiettivi individuali;
- alla qualità del contributo assicurato alla *performance* generale della struttura;
- a competenze professionali e manageriali dimostrate, **nonché ai comportamenti organizzativi richiesti per il più efficace svolgimento delle funzioni assegnate**;
- **alla capacità di valutazione dei propri collaboratori, dimostrata tramite una significativa differenziazione dei giudizi.**

Inoltre, secondo l'art. 9, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 150 del 2009, così come inciso dal d.lgs. n. 74 del 2017 *1-bis*: “*La misurazione e valutazione della performance individuale dei dirigenti titolari degli incarichi di cui all'articolo 19, commi 3 e 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, è collegata altresì al raggiungimento degli obiettivi individuati nella direttiva generale per l'azione amministrativa e la gestione e nel Piano della performance, nonché di quelli specifici definiti nel contratto individuale*”.

Continuando, poi, dal punto di vista dell'esegesi normativa, secondo l'art. 8, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 150 del 2009, le valutazioni della *performance* organizzativa sono predisposte sulla base di **appositi modelli definiti dal Dipartimento della funzione pubblica**, tenendo conto anche delle esperienze di valutazione svolte da agenzie esterne di valutazione, ove previste, e degli esiti del confronto tra i soggetti appartenenti alla rete nazionale per la valutazione delle amministrazioni pubbliche, di cui al decreto emanato in attuazione dell'articolo 19 del *decreto-legge n. 90 del 2014*.

L'ANAC, non molto tempo addietro, segnalava, poi, che: *“A seguito all’entrata in vigore del d.l. 90/2014 e al trasferimento al DFP del parere sulla nomina degli OIV, non risultano modificati i compiti degli OIV già previsti in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza, indicati nel PNA e nell’art. 14, co. 4 lett. g) del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 sull’attestazione dell’assolvimento degli obblighi di trasparenza. Occorre dare, nei PTPC, adeguato riconoscimento agli OIV, o organismi con funzioni analoghe, considerando che il loro ruolo è di rilievo anche per la verifica della coerenza tra gli obiettivi di performance organizzativa e individuale e l’attuazione delle misure di prevenzione della corruzione”*.

Ciò detto, a seguito della modifica introdotta con il d.lgs. n. 126 del 2014, dal punto di vista degli enti territoriali, il piano esecutivo di gestione è deliberato in coerenza con il bilancio di previsione e con il documento unico di programmazione; inoltre, il P.E.G. è allegato il prospetto concernente la ripartizione delle tipologie in categorie e dei programmi in macroaggregati, secondo lo schema di cui all'allegato n. 8 al decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni; il piano dettagliato degli obiettivi di cui all'art. 108, comma 1, del testo unico e il piano della *performance* di cui all'art. 10 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, sono, quindi, unificati organicamente nel P.E.G. Infatti, la disciplina normativa aggiunge, poi, che, secondo l'art. 169, comma 3 *bis*, T.U.O.EE.LL., il piano dettagliato degli obiettivi, ex art. 197, comma 2, lett. *a*) ed il piano della *performance* di cui all'art. 10, d.lgs. n. 150/09 **sono unificati organicamente nel piano esecutivo di gestione, P.E.G.** Non è superfluo ricordare che già nelle linee guida A.N.C.I. per l’attuazione del d.lgs. n. 150/09 si disponeva che il collegamento profondo tra P.E.G. e P.D.O. faceva sì che fosse opportuno predisporre un documento unico suddiviso in più sezioni, articolate in livelli.

Per i comuni che non abbiano l’obbligo di predisporre il P.E.G., il modello può essere ugualmente adottato utilizzando come “contenitore” il Documento Unico di Programmazione, D.U.P. (anche in riferimento alla versione semplificata per i comuni con meno di 5000 abitanti).

Il tema è particolarmente delicato in quanto si tratta di spazi in cui diventa possibile esprimere uno stile e una logica decisionali inediti nell’amministrazione perché legati alla “managerialità” intesa come flessibilità nelle scelte alla luce dell’esigenza di garantire **efficaci** risultati operativi, anche attraverso un governo efficiente ed economico delle risorse a disposizione. Le leve su cui agire sono l’azione pubblica, l’organizzazione

e la gestione del personale.

Appare utile evidenziare che valutare è un'attività necessaria per:

- assicurare alla politica che la **dirigenza impiegherà gli spazi operativi ad essa riservati per il raggiungimento degli obiettivi**;
- garantire al dirigente il legame fra capacità e carriera;
- spingere il dirigente ad impiegare risorse e capacità non solo per realizzare adempimenti puntuali (legalità) ma anche per imprimere al funzionamento dell'amministrazione una "spinta" operativa che massimizzi il **risultato di servizio**.

Perché il dirigente si concepisca non come garante della prassi burocratica, ma come l'attore di un'amministrazione che scommette su una legalità efficiente e sostanziale, occorre che la valutazione eserciti una effettiva pressione a che ciascuno metta in campo le proprie risorse e capacità personali, la sua sensibilità e persino la sua creatività, tutti aspetti che, altrimenti, resterebbero fuori dall'amministrazione.

La valutazione, quindi, rompe lo schema tradizionale dell'organizzazione amministrativa come "macchina burocratica" e serve a rilevare le differenze, a valorizzare le diverse capacità, riconoscendo all'individuo ed al contributo personale, specifico e infungibile che esso può dare all'amministrazione, una definitiva cittadinanza nel panorama giuridico dell'amministrazione. La valutazione serve anche a retribuire in modo differente, come segno tangibile del fatto che non tutti i dirigenti sono "uguali".

La disciplina della valutazione passa per l'iniziale investimento su un ruolo chiave della contrattazione e sulla rilegificazione della riforma "Brunetta", transitando dalla valorizzazione dell'autonomia (contrattuale e territoriale) all'accentramento, dalla flessibilità all'irrigidimento dei modelli.

Nell'ambito di questo quadro, si è riscontrato il "tradimento" della funzione della valutazione e l'effetto diretto sulla retribuzione di risultato, prefigurando:

- la "colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli *standard* quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione" (art. 41 c. 1 lett. a), d.lgs. n. 150/2009);
- l'omissione dell'obbligo di pubblicare informazioni in materia di procedimenti amministrativi (art. 1, c. 33, l. n° 190/2012);

- l'adozione tardiva del provvedimento amministrativo (art. 2, c. 9 l. n. 241/1990);
- l'omissione di pubblicazione di moduli e formulari per l'avvio di procedimenti (art. 57, comma 2, d. lgs. n. 82/2005);
- la trasmissione di documenti senza impiego della posta elettronica tra amministrazioni pubbliche (art. 47, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 82/2005);
- la mancata comunicazione degli elementi necessari al completamento ed all'aggiornamento dell'indice degli indirizzi delle pubbliche amministrazioni (art. 57 *bis*, c. 3, C.A.D.).

Una nuova riforma per la valutazione è passata per la delega di cui alla legge n° 124/2015, art. 17, c. 1, lett.r) nella ricerca di una:

- semplificazione delle norme in materia di valutazione dei dipendenti pubblici, di riconoscimento del merito e di premialità;
- razionalizzazione e integrazione dei sistemi di valutazione, anche al fine della migliore valutazione delle politiche;
- sviluppo di sistemi distinti per la misurazione dei risultati raggiunti dall'organizzazione e dei risultati raggiunti dai singoli dipendenti;
- potenziamento dei processi di valutazione indipendente del livello di efficienza e qualità dei servizi e delle attività delle amministrazioni pubbliche e degli impatti da queste prodotti, anche mediante il ricorso a standard di riferimento e confronti;
- riduzione degli adempimenti in materia di programmazione anche attraverso una maggiore integrazione con il ciclo di bilancio;
- coordinamento della disciplina in materia di valutazione e controlli interni;
- previsione di forme di semplificazione specifiche per i diversi settori della pubblica amministrazione.

Il punto critico di tale assetto normativo è che si individuano rimedi alla debolezza del sistema di valutazione dovuta alla difficoltà della politica nella definizione di risultati attesi e di indicatori efficaci, non si investe sulla effettiva garanzia di un margine di gestione funzionale ad incidere sul funzionamento dell'amministrazione e contribuire al raggiungimento del risultato; inoltre, non si inverte la tendenza a spostare sulla responsabilità da risultato l'effetto del mancato adempimento di precetti puntuali (la valutazione e il licenziamento disciplinare) e non si inverte la tendenza all'irrigidimento del processo valutativo.

Nei confronti delle autonomie territoriali si percepisce, poi, una sfiducia mal celata, fatti

salvati alcuni segnali quali il solo apparente recupero di un ruolo della contrattazione *ex art. 19* (la quota delle risorse destinate a remunerare la *performance* organizzativa e individuale e i criteri idonei a garantire che alla differenziazione dei giudizi corrisponda la diversificazione dei trattamenti economici correlati)

Inoltre, forti sono i richiami alla “nuova” limitazione dell’autonomia politica (art. 5):

- gli obiettivi generali (in coerenza con le politiche pubbliche **nazionali** nel quadro del programma di Governo) determinati con apposite linee guida adottate su base triennale con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri; per gli enti territoriali previa intesa in sede di Conferenza unificata;
- gli obiettivi specifici definiti in coerenza con la normativa economica e finanziaria applicabile a regioni ed enti locali.

Una nuova riforma per la valutazione passa che per una diversa e rafforzata disciplina degli O.I.V. i quali dovrebbero assicurare, nonostante l’incertezza nel ruolo ed il rischio di una sovraesposizione:

- la funzione di garanzia della correttezza del processo valutativo;
- la funzione di verifica degli adempimenti in materia di anticorruzione e trasparenza;
- la funzione di supporto all’indirizzo politico, soprattutto in ordine al controllo strategico;
- la funzione di interlocuzione con i cittadini e gli utenti; non si dimentichi che i cittadini, anche in forma associata, partecipano al processo di misurazione delle *performance* organizzative, anche comunicando direttamente all’Organismo indipendente di valutazione il proprio grado di soddisfazione per le attività e per i servizi erogati.

Alcuni tasselli mancanti del sistema di valutazione dovrebbero comunque passare per un investimento sullo spazio gestionale riservato al dirigente, un rafforzamento della dirigenza come “corpo”, un sostegno “tecnico” alla politica, una effettiva relazione fra valutazione e carriera, un serio ripensamento delle politiche sul personale.

Non può non accennarsi, poi, al contenuto dell’art. 2 del Decreto del presidente della repubblica 9 maggio 2016, n. 105, secondo cui:

“Art. 2. Promozione e coordinamento delle attività di misurazione e valutazione della

performance

1. Il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri (di seguito «Dipartimento») promuove e **coordina le attività di valutazione e misurazione della performance** delle amministrazioni pubbliche in conformità con i seguenti criteri:

- a) ridurre gli oneri informativi a carico delle amministrazioni pubbliche;
- b) promuovere la progressiva integrazione del ciclo della performance e del ciclo di programmazione economico finanziaria;
- c) supportare l'uso di indicatori nei processi di misurazione e valutazione;
- d) garantire l'accessibilità e la comparabilità dei sistemi di misurazione;
- e) introdurre progressivamente elementi di valutazione anche su un orizzonte temporale pluriennale e promuovere il progressivo avvicinamento dei sistemi di misurazione per amministrazioni operanti nei medesimi settori;
- f) differenziare i requisiti relativi al ciclo della performance in ragione della dimensione, del tipo di amministrazione e della natura delle attività delle diverse amministrazioni ed introdurre regimi semplificati;
- g) **migliorare il raccordo tra ciclo della performance e il sistema dei controlli interni, incluso il controllo di gestione, e gli indirizzi espressi dall'Autorità nazionale anticorruzione in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione;**
- h) accrescere l'indipendenza della valutazione della performance.

Infine, le linee di indirizzo del nuovo sistema di valutazione appaiono ben definite dal nuovo comma 3 *bis* dell'art. 40 del d.lgs. n° 165/2001 che si esprime sulla funzione della contrattazione integrativa e sulla valorizzazione della *performance*:

“La contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance, destinandovi, per l'ottimale perseguimento degli obiettivi organizzativi ed individuali, una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti economici accessori comunque denominati ai sensi dell'articolo 45, comma 3. La predetta quota è collegata alle risorse variabili determinate per l'anno di riferimento”.

Non sembri, inoltre, scontato come ogni approfondimento sulla *performance* appare mero esercizio accademico qualora non sia chiaro a cosa sia diretta la valutazione:

- è condizione giuridica per l'erogazione di premi e poste retributive correlate ai risultati e alla progressione economica (nuovo art. 23 del d.lgs.n° 150/2009);
- è condizione giuridica per il conferimento di nuovi incarichi;
- è condizione giuridica per l'addebito della responsabilità dirigenziale;
- è condizione giuridica per la revoca delle pp.OO.;
- è fattore di responsabilizzazione fisiologica di dirigenza e personale.

Infine, si è accennato che l'art. 3, comma 4, del d.lgs. n° 150/2009 così recita: “*Le amministrazioni pubbliche adottano metodi e strumenti idonei a misurare, valutare e premiare la performance individuale e quella organizzativa, secondo criteri strettamente connessi al soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi e degli interventi*”; **personalmente, chi scrive crede che il futuro della valutazione stia proprio nell'aspetto *bottom up*.**

L'OVERRULING GIURISPRUDENZIALE NON AUTORIZZA LA REVOCA DELLA SENTENZA PASSATA IN GIUDICATO

La Suprema Corte ha riaffermato il principio in base al quale, in tema di esecuzione, la sentenza di condanna passata in giudicato non può essere revocata ex art. 673 c.p.c., nell'ipotesi in cui, in assenza di innovazione legislativa ovvero di declaratoria di incostituzionalità, si verifichi un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale

Annamaria Di Clemente - Pubblicazione, giovedì 22 marzo 2018
Redattore: **Angela Cuofano**

Sommario: 1. Introduzione; 2. Nota alla sentenza della Cassazione penale n. 6990/2018

1. Introduzione.

Il principio di certezza del diritto che informa il nostro sistema normativo sostanziale e processuale non impone alcun vincolo in capo al giudice, chiamato a decidere il caso concreto e, quindi, ad applicare la norma di legge, di conformarsi, nella sua attività interpretativa, ai precedenti giurisprudenziali; precedenti, questi, che possono, quindi, subire, sotto il profilo del criterio interpretativo seguito, modifiche fino a giungere ad un nuovo ed opposto orientamento, definito anche come overruling o revirement.

Il nostro ordinamento non prevede, invero, la regola dello *stare decisis*, propria dei sistemi del *common law*, per il cui effetto il giudice è obbligato a conformarsi alla decisione adottata in una precedente sentenza relativa ad una fattispecie identica sottoposta al suo giudizio, e, per converso, non è obbligato a conformarsi quando la fattispecie abbia solo un'apparente similarità (c.d. *distinguishing*).

In tale sistema i precedenti rappresentati dalle sentenze emesse anteriormente operano come fonti del diritto a cui si attribuisce negli ordinamenti, appunto, del *common law* la produzione di una considerevole parte delle norme.

E' appena il caso di osservare, inoltre, che secondo il principio dello *stare decisis*, l'efficacia vincolante del precedente, è limitata alla *ratio decidendi*, ossia alle argomentazioni essenziali su cui si fonda la decisione laddove quelle che non rivestono tale carattere costituiscono i c.d. *obiter dicta* (valutazioni incidentali) ai quali, viceversa, è riconosciuta una mera efficacia persuasiva.

Inoltre, si distingue uno *stare decisis* orizzontale che ricorre nel caso in cui il giudice è vincolato ad uniformarsi ad una precedente pronuncia emessa dall'ufficio a cui lo stesso appartiene ed uno *stare decisis* verticale che ricorre nel caso in cui il giudice è vincolato ad uniformarsi ad una precedente pronuncia emessa da un giudice a lui superiore per funzione o competenza.

Le regola dello *stare decisis*, in ogni caso, non esclude la revoca adeguatamente motivata e, quindi, l'*overruling*, del precedente da parte di un giudice superiore e, conseguentemente, la sua sostituzione, con effetto retroattivo.

Nel nostro ordinamento, invece, non esistendo la regola dello *stare decisis*, i precedenti giurisprudenziali, se pure frutto della interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione nomofilattica, lasciano a ciascun giudice la facoltà di uniformarsi o meno.

Tale facoltà di non uniformarsi è riconosciuta al giudice rimettente pure in presenza di un orientamento giurisprudenziale che abbia acquisito i caratteri del «diritto vivente» (Corte Costituzionale, sentenza 12 marzo 2004 n. 91).

Riguardo alla natura dei precedenti giurisprudenziali, come fonti del diritto, con particolare riferimento al diritto penale, la Corte Costituzionale ha reiteratamente puntualizzato come nell'ordinamento italiano sia di centrale rilevanza il principio della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost., che "demanda il potere di normazione in materia penale - in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale - all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento - quello legislativo - che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione" (sentenza 12 ottobre 2012 n. 230).

2. Nota alla sentenza della Corte di Cassazione n. 6990/2018

Svolta la superiore e breve premessa, si passa in rassegna il recente intervento della Suprema Corte in tema, appunto, di *overruling* giurisprudenziale in riferimento alla sentenza penale passata in giudicato.

Il caso trae origine dal ricorso per cassazione proposto dagli interessati avverso l'ordinanza pronunciata dal Tribunale, quale giudice dell'esecuzione, tesa ad ottenere la declaratoria di ineseguitabilità della sentenza di condanna alla pena di quattro mesi di

reclusione, emessa nei loro confronti dallo stesso Tribunale, quale giudice di appello, in riforma della sentenza assolutoria emessa dal Giudice di pace, divenuta irrevocabile.

La Corte di Cassazione nel decidere il suddetto caso, sulla premessa che il sindacato del giudice dell'esecuzione è limitato al controllo dell'esistenza e della legittimità del titolo esecutivo, non potendosi parlare di illegalità della pena in caso di "un mero *revirement* giurisprudenziale", ha riaffermato, citando una precedente pronuncia della stessa Corte, il principio di diritto in base al quale " in tema di esecuzione, la sentenza di condanna passata in giudicato non può essere revocata, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., nell'ipotesi in cui, in assenza di innovazione legislativa ovvero di declaratoria di incostituzionalità, si verifichi un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale di una disposizione rimasta invariata, in quanto tale mutamento - anche se sancito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - non determina alcun effetto abrogativo della disposizione interpretata" (Cass. n. 11076/2016).

Con la motivazione in esame, nel rafforzare il suddetto principio, la Corte ha richiamato, altresì, la pronuncia mediante la quale la Corte Costituzionale "ha tenuto ben distinto il mutamento legislativo dal mutamento di indirizzo giurisprudenziale escludendo la possibilità di estendere il procedimento di revoca del giudicato in *executivis* ex art. 673 cod. proc. pen. per i casi di *abolitio criminis* all'ipotesi di *overruling* favorevole" (sentenza n. 230/2012, cit.).

Si evidenzia, oltre ai precedenti richiamati nella sentenza in rassegna, una pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione secondo cui "in riferimento al solo caso di *abolitio criminis* (sia pure riconosciuta come tale da un intervento giurisprudenziale successivo) che il giudice dell'esecuzione può revocare, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen. , una sentenza di condanna pronunciata dopo l'entrata in vigore della legge che ha abrogato la norma incriminatrice, allorchè l'evenienza di detta *abolitio criminis* non sia stata rilevata nè apprezzata dal giudice della cognizione (atteso che in caso diverso ci si trova di fronte ad errore di diritto, emendabile solo in sede di impugnazione), precisando, altresì, che la revocabilità della sentenza deve invece essere esclusa, nella diversa ipotesi in cui, in assenza di interventi del legislatore, si verifichi un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale di una disposizione rimasta invariata, in quanto tale mutamento - anche se sancito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - non determina alcun effetto abrogativo della disposizione interpretata (S.U. sentenza 29 ottobre 2015 n. 26259).

In conclusione, si precisa che a riaffermare il suddetto principio è stato un altro recente intervento della Cassazione secondo cui il "mutamento di interpretazione giurisprudenziale, ove verificatosi in epoca posteriore rispetto alla formazione del

giudicato, pur se potenzialmente favorevole, non rientra in alcuna delle ipotesi di revocabilità della sentenza ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., nè rappresenta la possibile ragione di un intervento da parte del giudice della esecuzione in punto di rivedibilità post-giudicato della sola entità della sanzione" (Cass. n. 11076/2017).

LE NOVITÀ AL PROCESSO PENALE DELLA RIFORMA ORLANDO ED I CHIARIMENTI DELLA CASSAZIONE RISPETTO AI PROBLEMI INTERTEMPORALI

In questo articolo sono trattati le maggiori novità introdotte dalla L. 103 del 2017, con una particolare attenzione ai problemi scaturenti dalle nuove norme per i processi in corso o con udienze già fissate.

Giuseppe Ferlisi - Pubblicazione, mercoledì 28 marzo 2018
Redattore: Alessio Giaquinto

Sommario: 1. Il principio *tempus regit actum*; 2. L'archiviazione e l'udienza preliminare; 3. Procedimenti su ricorsi per misure cautelari; 4. Le impugnazioni; 5. Sanzioni pecuniarie nei casi di inammissibilità; 6. Inammissibilità *de plano*; 7. Il limitato potere di ricorso per cassazione del P.M. in caso di "doppia-conforme"; 8. Condotte riparatorie.

1. Il principio *tempus regit actum*

Con l'entrata in vigore della riforma del processo penale, nota come "Riforma Orlando", sono sorti molteplici problemi in ordine al regime da applicarsi ai processi in corso.

A tal riguardo, è intervenuta la relazione dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario del Settore Penale, su richiesta del Primo Presidente.

Innanzitutto, in tale relazione è stata **riaffermata la non retroattività della nuova legge procedurale e la sua immediata efficacia** per tutti i fatti ed atti successivi rispetto all'entrata in vigore della stessa, oltre che la continuata vivificazione per le norme procedurali abrogati da applicarsi ai processi iniziati pre-riforma.

Tali principi sono riassunti nel brocardo latino "*tempus regit actum*", già riaffermato più volte sia dalla Suprema Corte di Cassazione (S.U. n. 27614/2007; S.U. n. 4265/1998), sia dalla Corte Costituzionale (sent. n. 265/2010).

Ciò premesso, tuttavia, i maggiori problemi sorgono riguardo gli atti pendenti al momento della successione delle due leggi procedurali, in particolari quelli che hanno struttura complessa e che non sono ancora perfettamente integrati.

2. L'archiviazione e l'udienza preliminare

La legge n. 103/2017 ha inciso profondamente sul procedimento di archiviazione, nel tentativo di contemperare gli interessi contrapposti della persona offesa e dell'indagato.

Difatti, per raggiungere questo obiettivo, è stata rivisitata soprattutto l'invalidità del processo di archiviazione ed al correlato controllo giurisdizionale sulla scelta operata dal giudice: tale gravame è stato spostato dalla competenza della Suprema Corte di Cassazione al Tribunale in composizione monocratica cui la parte che intende proporre reclamo può rivolgersi entro 15 giorni dalla conoscenza del provvedimento.

Tale novità è contenuta nel nuovo art. 410 *bis* c.p.p., comma 3, il quale statuisce, peraltro, la non impugnabilità del provvedimento decisorio.

La succitata legge ha poi reintrodotto, dopo l'abolizione intervenuta con la "legge Pecorella" del 2006, l'appello nei confronti della sentenza di non luogo a procedere, impugnabile precedentemente solo con ricorso per cassazione.

Tale gravame può essere oggi proposto dal Procuratore della Repubblica, dalla persona offesa e dall'imputato, con l'eccezione per quest'ultimo di non potervi ricorrere allorquando sia stato prosciolto perchè il fatto non sussiste o per non aver commesso il fatto.

E' stato quindi riaperta la possibilità di un controllo nel merito di ciò che viene deciso in udienza preliminare, con la sua definizione in camera di consiglio.

Nel caso il gravame sia proposto dall'imputato, il giudice d'appello potrà solo operare una sentenza più favorevole (ovviamente); se a proporlo è la parte civile, l'accoglimento postula la nullità della sentenza e la riformulazione dell'udienza preliminare.

Il dubbio, riguardo entrambe le impugnazioni, attiene a quali categorie di atti si applicheranno ancora le norme previgenti ed a quali quelle sopravvenute.

A tale quesito, il già citato ufficio della Suprema Corte di Cassazione ha ipotizzato l'applicazione dei principi già affermati dalla medesima Corte in relazione alla sentenza "Lista" (n. 27614/2007), così prefigurando una soluzione che tenga conto della data del provvedimento impugnato: quelli emessi prima della Riforma Orlando saranno impugnabili secondo le norme previgenti, viceversa, quelli successivi alla Riforma troveranno proprio sbocco di gravame nei nuovi procedimenti.

3. Procedimenti su ricorsi per misure cautelari

Il riformato art. 325 comma 3 c.p.p., con il richiamo all'art. 311 c.p.p., ha introdotto l'applicazione del rito camerale partecipato - in luogo di quello non partecipato - per i ricorsi per cassazione in materia di misure reali.

La questione attiene alla formula procedimentale da applicare ai ricorsi per cassazione già proposti prima della Riforma con udienza ancora da fissare.

In tali casi, sempre sulla scorta di sentenze della Corte di legittimità precedenti, l'Ufficio del Massimario ha proposto - tra quelle discusse in seno agli Uffici di Presidenza - la soluzione per la quale i procedimenti con gli avvisi di fissazione di udienza di trattazione siano stati emessi pre-riforma, dovranno essere trattati secondo il rito non partecipato sebbene saranno (o siano stati) celebrati *post* riforma.

4. Le impugnazioni

Le modifiche della novella del 2017 hanno eliminato la *chances* per l'imputato di sottoscrivere personalmente il ricorso per cassazione, sancendo per quest'ipotesi la grave sanzione dell'inammissibilità.

Oltre a tale modifica, il legislatore ha introdotto la specificità dell'enunciazione dei contenuti del ricorso al fine di rafforzare i motivi dell'impugnazione e meglio definire l'oggetto della stessa.

Per i ricorsi pendenti, rispettando ancora una volta il principio *tempus regit actum*, anche in tale caso troverà conforto l'orientamento interpretativo già affermatosi con la "sentenza Lista", per la quale troverà applicazione - a prescindere dal momento di proposizione del ricorso - la norma vigente al momento dell'emissione del provvedimento che si intende impugnare.

Tale soluzione, sebbene porterà ad un ritardo nell'applicazione delle nuove norme in tema di inammissibilità, garantisce al meglio l'uniformità di applicazione del *novum*.

5. Sanzioni pecuniare nei casi di inammissibilità

La Riforma Orlando si caratterizza per un generale inasprimento della sanzione pecuniaria, destinata alla Cassa delle ammende, per quei ricorsi colpiti da inammissibilità.

Tale decisione del legislatore ha dato seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 186/2000, con cui i giudici costituzionali avevano indicato la necessità di collegare la sanzione ad un profilo colposo del ricorso, che in tal caso è il grave vizio.

Tale aspetto pecuniario viene applicato anche a quei ricorsi presentati prima dell'entrata in vigore della l. 103/2017, pur se riferiti ad una udienza fissata dopo detto momento.

6. Inammissibilità *de plano*

All'interno della generale rivisitazione della procedura penale, il Parlamento (ed i decreti attuativi ministeriali susseguenti) ha, inoltre, modificato la disciplina di rito per l'inammissibilità, la quale è notoriamente trattata da una sezione *ad hoc* della Suprema Corte di Cassazione, chiamata impropriamente "sezione-filtro".

Ciò detto, è **stata normata la possibilità di trattare i ricorsi affetti dal già richiamato vizio di inammissibilità** attraverso una dichiarazione "senza formalità", quindi in assenza di contraddittorio, **nei casi tassativamente elencati**.

Questi sono:

- a) difetto di legittimazione;
- b) ricorsi contro la sentenza di patteggiamento;
- c) ricorsi contro la sentenza pronunciata sul concordato sui motivi di appello (reintrodotto dalla Riforma).

Avverso tale provvedimento è prevista la possibilità del ricorso straordinario.

La soluzione prospettata rispetto ai procedimenti in corso dall'Ufficio del Ruolo e del Massimario è quella di applicare immediatamente a tutti i ricorsi tale cesoia, sebbene limitatamente a quelli per cui ancora deve essere fissata l'udienza di trattazione, conservando il vecchio regime normativo per le udienze già fissate.

7. Il limitato potere di ricorso per cassazione del P.M. in caso di "doppia-conforme".

All'interno delle modifiche, particolare rilevanza è quella che limita la possibilità di ricorso per cassazione da parte del Pubblico Ministero nei casi in cui vi sia stata, sia in primo grado che in appello, sentenza di proscioglimento.

Si evidenzia che tale divieto, lungi dall'essere generale, impedisce al P.M. solo il ricorso per mancata assunzione di una prova decisiva (art. 606 c.p.p.) e per eventuali vizi della sentenza d'appello.

Anche in tale caso troveranno applicazione i principi della "sentenza Lista" ed il più generale principio del *tempus regit actum*.

8. Condotte riparatorie

L'altra importante novità, di fianco a quelle legate al regime prescrittivo, attiene ad una generale tendenza - da parte del Legislatore - a privilegiare le condotte riparatorie rispetto a quelle punitive, designando una **causa di estinzione del reato nei casi di integrale eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli derivate dall'illecito**.

Tale novità - introdotta con l'art. 162 *ter* c.p. - **ha natura sostanziale** e pertanto sottoposta al regime del trattamento più favorevole nel caso di successione di leggi nel tempo ex art. 2 c.p.

Tale estinzione ha il sicuro pregio di intaccare quei procedimenti penali portati avanti solo dall'immotivata volontà da parte della persona offesa (o della parte civile) di non accettare una equa riparazione del danno; ciò viene fatto attraverso la valutazione del giudice di fronte ad una offerta reale, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa.

Tale offerta può essere presentata fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, salvo la concessione da parte del giudice - su richiesta dell'imputato - di ulteriore termine, nel massimo di sei mesi, per provvedere al pagamento; in tale termine il giudice dichiarerà la sospensione del procedimento penale.

Per i processi in corso, la novellata riforma ha introdotto una disciplina transitoria *ad hoc* per consentire la riparabilità anche di quei procedimenti ove è già intervenuta condotta riparatoria, consentendo solo per questi la presentazione dell'offerta reale alla prima udienza utile dopo l'entrata in vigore della riforma *de quo*.

IL CONTRATTO DI DONAZIONE E LA DONAZIONE INDIRETTA DI BENI FUTURI

Una breve riflessione su un tema spesso assente nella casistica giurisprudenziale, affrontato mediante il ricorso alle recenti evoluzioni del concetto di causa del contratto.

Luigi Rubino - Pubblicazione, giovedì 29 marzo 2018
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Per definire il contratto di donazione non può prescindersi dal dato normativo e, più precisamente, dall'art. 769 c.c. secondo il quale “per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione”.

Emerge chiaramente dalla disposizione che l'essenza della donazione è scolpito nell'effetto di liberalità per cui una parte decide di depauperare spontaneamente la propria sfera giuridica – disponendo di un suo diritto o assumendo un'obbligazione – a vantaggio del beneficiario, il quale ne risulta arricchito. Trattasi dunque di un contratto gratuito e animato dall'intento di liberalità, elemento quest'ultimo non sempre sovrapponibile con la gratuità, atteso che, se per un verso, tutte le liberalità sono negozi gratuiti, sovente invece non accade il contrario; la gratuità infatti inerisce al profilo del rapporto contrattuale (basti pensare al mutuo senza la pattuizione di interessi), la liberalità invece alla causa del negozio, che dunque produce quell'effetto duplice poc'anzi descritto: impoverimento e locupletazione.

La donazione è contratto unilaterale, modellato sulla schema ex art. 1333 c.c., essendo le obbligazioni poste a carico del solo donante; consensuale, poiché si perfeziona normalmente con il consenso delle parti legittimamente manifestato (salvo il caso della donazione di modico valore, qualificata come contratto reale); ad effetti reali oppure obbligatori, a seconda che l'intento prodigale venga attuato mediante la disposizione di un proprio diritto – donazione reale traslativa – oppure l'assunzione di un'obbligazione, nel qual caso si discorre di donazione obbligatoria. Trattasi infine di contratto formale, in quanto non soltanto è prescritto sempre l'atto pubblico sia per i beni mobili che per gli immobili, ma anche la presenza di due testimoni, come prescritto dalla legge notarile.

Da quanto appena descritto è possibile individuare agevolmente i requisiti strutturali della donazione, così come enunciati nell'art. 1325 c.c.: l'accordo delle parti, imprescindibile per il perfezionamento del negozio; la causa, individuata nello spirito di liberalità che anima il comportamento del disponente e determina il duplice effetto summenzionato; la forma, prescritta "ad substantiam" a pena di nullità ed infine l'oggetto, sul quale occorre soffermarsi più approfonditamente.

Giova innanzitutto precisare che, come afferma autorevole dottrina, può distinguersi l'oggetto immediato da quello mediato del contratto. Se il primo infatti riguarda le prestazioni a cui è tenuto il donante, il secondo è individuato nella "res" oggetto della liberalità.

Non v'è dubbio che suscettibili di donazione siano i diritti reali immobiliari, tra i quali la proprietà e tutti gli altri diritti reali minori di godimento, quali esemplificativamente l'usufrutto o la servitù. È altresì possibile donare l'universalità di mobili, l'eredità nel suo complesso, beni mobili o immobili presenti nel patrimonio del donante, nonché partecipazioni sociali di società.

L'art. 771 c.c. assume una fondamentale importanza con riguardo all'oggetto del contratto, perché vieta categoricamente che l'atto di liberalità sia rappresentato da beni futuri. Il veto del legislatore risiede nell'intento di porre un argine alla prodigalità del disponente, il quale potrebbe non avere reale contezza del valore delle "res" donate e, dunque, sperperare il proprio patrimonio. L'espressione "beni futuri", lungi dal rappresentare un concetto dalla semantica chiara e ben definita, ha dato vita ad un acceso contrasto in dottrina e giurisprudenza, culminato poi nella sentenza resa dalla Cassazione a Sezioni Unite n. 5068/2016.

Alla base delle incertezze ermeneutiche degli ultimi anni si è posto il concetto di futurità, da alcuni inteso in senso oggettivo e da altri – soprattutto in tempi più recenti – in termini soggettivi. I sostenitori della prima impostazione ritengono infatti che il dettato della norma non lasci alcuno spazio per l'interpretazione e che, pertanto, il divieto di alienazione contenuto nell'art. 771 c.c. si riferisca a tutti i beni non venuti ancora ad esistenza nella realtà fenomenica. Essi sarebbero in altri termini oggettivamente inesistenti, sicché un eventuale atto dispositivo a titolo gratuito sarebbe affetto da nullità.

Secondo l'interpretazione più evoluta, invece, la futurità attiene non soltanto ai beni non esistenti in natura, ma anche a quelle "res" che, seppur presenti nella realtà materiale,

non possono essere alienate perché non appartenenti al donante al momento dell'atto di disposizione; esse costituirebbero beni futuri sotto il profilo esclusivamente soggettivo, stante la loro mancata presenza nella sfera giuridica del disponente.

Siffatta opzione ermeneutica è stata fatta propria dal Supremo Consesso della Corte di Cassazione, la quale si è trovata ad affrontare anche la correlativa tematica – irrilevante ai nostri fini – del decorso del termine dell'usucapione consequenziale all'aver posseduto ininterrottamente il bene per un certo numero di anni. A prescindere da ciò, la pronuncia delle Sezioni Unite è rilevante in quanto se, da un lato, sancisce la nullità della donazione di cosa altrui tutte le volte in cui il donante non sia a conoscenza dell'altruità del bene donato, dall'altro invece ritiene di salvare siffatta operazione allorché il disponente sia conscio della terzietà della “res” e si impegni a procurarsene la titolarità.

La soluzione adottata nel primo caso, tuttavia, non discende dall'applicazione dell'art. 771 c.c. alla donazione di beni altrui, ma prende le mosse dal disposto dell'art. 769 c.c., a tenore del quale il donante può compiere la liberalità “disponendo di un suo diritto”; soltanto l'appartenenza del bene alla propria sfera giuridica consentirebbe la produzione del duplice effetto di arricchimento e, soprattutto, impoverimento richiesto dal contratto di donazione. La causa di tale negozio giuridico consiste infatti proprio nell'attribuzione effettuata a scopo di liberalità, con la conseguenza che giammai la donazione di un bene altrui realizzerebbe la relativa funzione prevista dalla legge; il contratto sarebbe dunque nullo per mancanza di causa.

Diversa la situazione in cui il disponente conosca l'altruità del bene gratuitamente alienato. La giurisprudenza reputa indispensabile tale condizione per la validità del negozio posto in essere, con la conseguenza che il depauperamento economico del donante non si verifica nell'immediato, bensì in un momento successivo, ossia al momento dell'acquisto del bene dal terzo.

Quanto appena detto vale naturalmente per le donazioni dirette, ossia tutte quelle operazioni negoziali che si avvalgono dello schema previsto dall'art. 769 c.c. per realizzare lo scopo tipico della liberalità. Nel nostro ordinamento, tuttavia, allo stesso risultato può pervenirsi mediante il ricorso a strumenti diversi da quello legalmente previsto: si discorre in questi casi di donazioni indirette, istituto caratterizzato dalla divergenza tra lo scopo di liberalità perseguito dalle parti e lo schema negoziale da queste adoperato. In siffatte ipotesi il fine resta lo stesso della donazione – impoverimento e arricchimento – sebbene si faccia ricorso a svariati mezzi giuridici che

vengono, pertanto, “piegati” alla funzione in concreto voluta dalle parti.

Il prevalente orientamento giurisprudenziale sostiene la riconducibilità della donazione indiretta nell’ampio “genus” del negozio indiretto, istituto non espressamente disciplinato dal codice civile ma sovente utilizzato nella prassi contrattuale per gli evidenti vantaggi relativi alla obliterazione delle formalità richieste per la donazione. Invero, anziché ricorrere a quest’ultima e ai correlativi oneri di forma dell’atto pubblico e dei testimoni, il medesimo risultato può raggiungersi attraverso un tipo negoziale più snello e per il quale la legge non richiede prescrizioni di forma; è notorio, infatti, che nel negozio indiretto – caratterizzato da un negozio mezzo e un negozio fine – la forma richiesta è quella relativa al primo (ad esempio, nel nostro caso, una cessione del credito gratuita) e non certamente al secondo (liberalità donativa).

Orbene, nel silenzio della legge, è discussa l’applicabilità dell’art. 771 c.c. alla donazione indiretta di beni futuri, cioè il compimento di atti di disposizione, diversi appunto dalla donazione, aventi ad oggetto “res” non esistenti nella realtà oppure cose non rientranti nella titolarità del disponente al momento dell’atto. L’interrogativo potrebbe trovare risposte diverse a seconda delle prospettive dalle quali si analizza la questione.

L’art. 771 c.c. non fa alcuna menzione, né tantomeno differenzia la disciplina applicabile alle due tipologie di liberalità (donative e non), tanto che parte della dottrina sostiene che, ove il legislatore avesse previsto un differente regime per le donazioni indirette di beni futuri, lo avrebbe esplicitamente previsto in ossequio al brocardo “ubi lex voluit, dixit”.

Di diverso parere un’altra corrente dottrinale, secondo cui l’articolo in esame si riferisce solo ed esclusivamente alle donazioni dirette, in quanto norma non suscettibile di applicazione analogica e, dunque, non riferibile anche agli atti di prodigalità attuati con mezzi diversi dallo schema donativo tipico.

A parere di chi scrive, sembra preferibile la prima soluzione anche e soprattutto in virtù della moderna impostazione della causa in concreto affermatasi nel panorama giurisprudenziale dell’ultimo decennio. Occorre infatti sottolineare che, in virtù di questa nuova teoria, la causa del contratto costituisce la c.d. sintesi degli effetti essenziali del negozio giuridico concluso, restando oramai sullo sfondo la concezione della causa in astratto quale funzione economico sociale individuata a monte dal legislatore attraverso

la predisposizione di determinati modelli negoziali.

Se è dunque necessario accertare in concreto la destinazione teleologica del negozio, non può non fornirsi risposta positiva al quesito relativo alla riconducibilità della donazione indiretta nell'alveo dell'art. 771 c.c., quantomeno quella avente ad oggetto beni oggettivamente futuri, ossia beni ancora non presenti *in rerum natura*. Sia pure con mezzi alternativi allo schema tipico, le parti vogliono l'arricchimento e l'impoverimento mediante atti dispositivi di beni futuri; per tale ragione, anche in siffatte ipotesi, troverà applicazione il divieto di alienazione rivolto a frenare la prodigalità del disponente.

Per ciò che concerne infine i beni soggettivamente futuri, cioè le cose indirettamente donate senza esserne titolari, giova richiamare quanto statuito dalle Sezioni Unite nella succitata sentenza 5068/2016. Sarà pertanto valida la donazione indiretta di beni altrui allorquando la terzietà della "res" sia ben nota al donante ed egli faccia in modo di procurarsene l'acquisto, così da dare il crisma della definitività ad una fattispecie in via di formazione.