

Apr/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 ORABONA, Francesco LONGOBUCCO, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Ignazio ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, Pietro MILAZZO, Raúl ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SETTI, Sebastiano Bruno CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

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

Redazione: Giuseppe FERLISI, Ilaria FERRARA

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

Denominazione della Rivista: **Cammino Diritto**

ISSN: 2421-7123

Codice CINECA: E243140

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

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

Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto

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

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

Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it

Recapito telefonico: 02 87188451

Indice dei contenuti

1 - IL CONTROLLO AGCOM SUGLI OPERATORI TELEFONICI: DIVIETO DI FATTURAZIONE OGNI 28 GIORNI

autore: **Ida Morelli**, pubblicazione lunedì 2 aprile 2018

2 - LA CLAUSOLA ROULETTE RUSSA NEL PATTO PARASOCIALE

autore: **Stefania Vizzino**, pubblicazione venerdì 6 aprile 2018

3 - QUANDO LA CONVIVENZA FINISCE GLI OGGETTI RESTANO A CHI NE È EFFETTIVO PROPRIETARIO

autore: **Federica Prato**, pubblicazione mercoledì 11 aprile 2018

4 - BASTA UNA TELEFONATA PER CONFIGURARE IL REATO DI MOLESTIE?

autore: **Alessandro Brogioni**, pubblicazione giovedì 12 aprile 2018

5 - SOCIETÀ INTERDISCIPLINARI: NEL MIRINO OGGETTO SOCIALE E MAGGIORANZA DI SOCI AVVOCATI

autore: **Valeria Lucia**, pubblicazione sabato 14 aprile 2018

6 - VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI ASSISTENZA FAMILIARE IN CASO DI SEPARAZIONE O DIVORZIO: IL NUOVO ART. 570-BIS C.P.

autore: **Laura Martinelli**, pubblicazione lunedì 16 aprile 2018

7 - LA DISCREZIONALITÀ TECNICA, IL VIZIO DI ECCESSO DI POTERE E L'AMPIEZZA DEL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

autore: **Elisa D'aveni**, pubblicazione martedì 17 aprile 2018

8 - LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEL MARCHIO NON REGISTRATO

autore: **Ilaria Mola**, pubblicazione mercoledì 18 aprile 2018

9 - DIVIETO DI ATTI EMULATIVI

autore: **Simona Rossi**, pubblicazione giovedì 19 aprile 2018

10 - LEGITTIMO SEQUESTARE IL TELEFONO CELLULARE A CHI SCATTA FOTOGRAFIE A TERZI DI NASCOSTO

autore: **Taccola Ilaria**, pubblicazione venerdì 20 aprile 2018

11 - O CONTROLO DE EMAILS VIOLA OS DIREITOS DOS TRABALHADORES

autore: **Salvatore Aromando**, pubblicazione sabato 21 aprile 2018

12 - "DASPO INTERNO": EN LA PRÓXIMA TEMPORADA, LOS CLUBES DE FÚTBOL PODRÁN NEGAR EL ACCESO A LOS AFICIONADOS REBELDES.

autore: **Anna Lapolla**, pubblicazione domenica 29 aprile 2018

IL CONTROLLO AGCOM SUGLI OPERATORI TELEFONICI: DIVIETO DI FATTURAZIONE OGNI 28 GIORNI

Attraverso la delibera 121-2017 CONS. del 15 marzo 2017, L'Autorità garante delle comunicazioni ha imposto che la fatturazione al cliente da parte degli operatori telefonici debba essere di natura mensile, ossia con cadenza ogni 30 giorni, determinando così pesanti sanzioni a carico degli operatori inadempienti.

Ida Morelli - Pubblicazione, lunedì 2 aprile 2018
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. Il ruolo dell'Agcom e la tutela dei consumatori; 2. Delibera 121/2017 CONS. sulla fatturazione mensile. Ricostruzione ontologica e regime sanzionatorio.

1. Il ruolo dell'Agcom e la tutela dei consumatori

L'AGCOM, ossia l'autorità garante delle comunicazioni, è una Autorità indipendente istituita con legge n. 249 del 1997 (1), la quale assume funzioni di controllo e vigilanza su qualunque operatore che si occupi del ramo comunicativo, al fine di garantire la corretta competizione degli operatori sul mercato delle telecomunicazioni.

L'AGCOM detiene, dunque, strumenti e funzioni di regolamentazione, vigilanza e risoluzione di controversie trasversali a tutti i settori delle comunicazioni: comunicazioni elettroniche, radiotelevisione ed editoria, anche a mezzo Internet. Infatti, pur essendovi un regime di libera concorrenza nel mercato, è necessario poter visionare il comportamento dei soggetti operanti, proprio per poter evitare *in toto* ogni tipologia di abuso, nonchè tutelare la trasparenza nelle operazioni commerciali.

Nel 1997, fu proprio l'intreccio di interessi pubblici e privati presenti nell'ambito delle comunicazioni, che al momento dell'approvazione della legge n. 249 erano sottoposte ancora al monopolio pubblico in vari settori, a comportare la necessità di sottrarre il governo delle comunicazioni al circuito politico partitico, affidandolo piuttosto ad un organismo indipendente ed imparziale, proprio sul modello delle *authorities* statunitensi e britanniche (2).

La nascita dell'autorità era necessaria proprio al fine di tutelare e garantire valori di rango primario nel settore delle comunicazioni, quali il pluralismo, l'obiettività, la completezza, nonché l'imparzialità dell'informazione. Proprio per questo ad oggi, nello svolgimento delle proprie funzioni, l'AGCOM si avvale di poteri e strumenti di diversa natura, come: il potere di regolazione dei mercati, poteri di ispezione e vigilanza, poteri sanzionatori, poteri di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche nonché tra operatori ed utenti, poteri di proposta e poteri di consultazione.

Ab origine, il compito principale dell'Autorità era quello di reprimere la pubblicità ingannevole, diffusa con qualsiasi mezzo, come tv, giornali, volantini e manifesti. Successivamente si è dedicata anche alla protezione generica delle comunicazioni. In particolare, infatti, con particolare riferimento al ruolo delle comunicazioni elettroniche, l'Acom ha contribuito in maniera significativa al processo di progressiva liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni, introducendo una copiosa disciplina regolamentare, vigilando costantemente sugli operatori del mercato, risolvendo le controversie fra gli operatori, ed infine applicando le sanzioni laddove ciò si rendeva opportuno.

Successivamente l'Autorità garante delle comunicazioni ha posto l'accento sulla tutela del consumatore, il quale spesso è "vittima" di abusi da parte del mercato. Valore fondamentale all'interno del mercato è la trasparenza delle informazioni, cosa non sempre garantita al cittadino: vige, infatti, una enorme asimmetria informativa tra imprese e cittadini, tali da generare abusi immediati nel mercato. Pertanto, attraverso il suo operato, l'AGCOM tende a colmare tali "vuoti di conoscenza", ossia garantire il cittadino da tali situazioni, *sic et simpliciter*.

L'Agcom, pertanto, si è posta come "paladina" del Codice del consumo, in relazione alle situazioni in cui vi sia poca trasparenza nel settore delle comunicazioni a danno del cliente. Vari sono stati gli ambiti di intervento dell'Autorità, tra i quali ricordiamo:

- l'art. 5- bis della delibera Agcom n. 538/01/CSP del 26 Luglio del 2001: con tale delibera l'Autorità è intervenuta in materia di televendite, affinché le stesse siano svolte a norma dell'art. 30 del Codice del Consumo (3), ossia assicurando la possibilità di svolgere attività di vendita attraverso i canali televisivi, ma senza pervenire ad un *modus procedendi* ingannevole per il consumatore (4) (5).
- la delibera AGCOM n. 664/06/CONS del 23 Novembre del 2006: attraverso tale delibera l'Autorità ha adottato il "*Regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza*", all'interno del quale vi sono una serie di regole concernenti il tipo di

informazioni precontrattuali che il professionista è tenuto a veicolare al consumatore prima della conclusione del contratto a distanza (art. 2 co.3), la forma di acquisizione del consenso del consumatore alla conclusione del contratto (art. 2, commi 5 e 6), le conseguenze sulle obbligazioni contrattuali in caso di fornitura non richiesta (art. 3), e l'esercizio del diritto di recesso (art. 5). Tale provvedimento prevede, inoltre, in capo all'Agcom il potere di irrogare una sanzione pecuniaria amministrativa in caso di trasgressione (6).

Pertanto, ad oggi, il fine ultimo e principale di tale Autorità è la tutela del cliente, il quale, in qualità di consumatore, deve vedere la piena protezione delle proprie libertà fondamentali in ogni tipologia di situazione. L'Autorità tende a svolgere una funzione di regolamentazione, *ex ante*, pro consumatori, ossia predeterminando i comportamenti che gli operatori dovranno tenere sul mercato, al fine di prevenire alcuni atteggiamenti abusivi all'interno del mare magnum dei mercati liberalizzati.

A tale tutela *ex ante* si contrappone una tutela *ex post*, posta in essere dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, definita anche Antitrust o AGCM, (7), la quale detiene compiti di vigilanza contro gli abusi di posizione dominante o contro intese e/o cartelli che possono risultare lesivi della concorrenza; ma anche di controllo sulle operazioni di concentrazione che superano un certo valore, o in merito a pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie, e alla pubblicità ingannevole, ossia a tutto ciò che attiene alla generale tutela del consumatore.

Lo stesso articolo 8 del Codice del Consumo qualifica come necessaria la collaborazione tra i regolatori nazionali, nel caso di specie tra AGCOM e AGCM, identificando come necessario lo scambio di informazioni e la conclusione di intese in tutte le materie di interesse comune, tra cui vi rientra l'analisi del mercato (così come richiamato dall'articolo 19 dello stesso Codice).

Tuttavia, è necessario sottolinearne la differenza nelle funzioni, in quanto: l'AGCOM interviene in particolar modo in via preventiva nella fase di apertura dei mercati alla concorrenza, ossia presupponendo che "*il mercato non vi sia*", o lo stesso non abbia ancora raggiunto condizioni stabili e soddisfacenti di concorrenzialità; l'AGCM, invece, opera in via residuale, successiva ed eventuale, ossia al fine di correggere risultati non desiderati come abusi di posizione dominante o pratiche anticompetitive in un mercato regolamentato (8).

La duplicità delle tutele permette al sistema di viaggiare su un doppio binario, dando

all'ordinamento una complementarietà nella repressione di fenomeni patologici valida ed estremamente sufficiente. Le due Autorità indipendenti collaborano pienamente al fine di tutelare il consumatore e le sue esigenze. A conferma di ciò, merita di essere ricordato anche un protocollo d'intesa stipulato tra l'AGCOM e l'Antitrust, ossia l'autorità garante della concorrenza e del mercato, finalizzato a tutelare i consumatori nei mercati delle comunicazioni elettroniche (9).

In base a questo, infatti, vi sono forme di coordinamento e collaborazione tra le due Autorità nel settore delle comunicazioni, in quanto prima di deliberare a conclusione di istruttorie relative a intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni, l'AGCM deve richiedere, sui progetti di provvedimento, un parere, non vincolante, all'AGCOM. A sua volta, quest'ultima è tenuta a chiedere all'AGCM un parere, non vincolante, sui provvedimenti regolamentari rientranti negli ambiti di sua competenza (ad esempio, in merito alla "forza di mercato" degli organismi di telecomunicazione, alle offerte di interconnessione, ecc.). L'AGCM deve richiedere un parere (non vincolante) all'AGCOM anche per i casi di pratiche commerciali scorrette o pubblicità ingannevole e comparativa illecita, qualora le pratiche o la pubblicità in questione siano diffuse a mezzo stampa o radiotelevisione o altro mezzo di telecomunicazione).

2. Delibera 121/2017 CONS. sulla fatturazione mensile. Ricostruzione ontologica e regime sanzionatorio

Al fine di tutelare al meglio le esigenze del consumatore, sia in relazione alla qualità della prestazione offerta, sia come quantum dei costi da sostenere per la stessa, l'AGCOM ha posto sempre come obiettivo primario nelle proprie delibere la tutela della trasparenza delle condizioni economiche applicate a qualunque tipologia di offerta al pubblico.

Orbene, varie e significative sono state le delibere dell'AGCOM, finalizzate soprattutto a regolamentare il settore delle telecomunicazioni, spesso soggetto ad abusi da parte degli operatori, i quali operano ancora oggi in regime di oligopolio (9).

Tra queste, emerge quella inerente al divieto di fatturazione ogni 28 giorni, che passeremo nel dettaglio ad analizzare.

Attraverso la delibera 121/2017/CONS., emanata a Roma il 15 marzo 2017, l'AGCOM ha modificato l'articolo 3 della delibera n.252/16, statuendo che "*Per la telefonia fissa la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione deve essere su base mensile o suoi*

multipli. Per la telefonia mobile la cadenza non può essere inferiore a quattro settimane. In caso di offerte convergenti con la telefonia fissa, prevale la cadenza relativa a quest'ultima"; ed inoltre, "Gli operatori di telefonia mobile che adottano una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione su base diversa da quella mensile, informano prontamente l'utente, tramite l'invio di un SMS, dell'avvenuto rinnovo dell'offerta".

Con tale delibera l'AGCOM ha imposto agli operatori di telefonia fissa ed ibrida (cioè fissa e mobile) l'applicazione una tipologia di fatturazione mensile e non a 28 giorni, prevedendo così un termine perentorio di 90 giorni per adeguarsi alla decisione stessa. Ciò nonostante, gli operatori telefonici principali (come Tim, Vodafone, ecc.) hanno continuato ad inviare fatture ogni 28 giorni, rendendo pertanto necessario l'intervento del Legislatore al fine di ottemperare al *dictum* dell'Autorità indipendente.

Così, attraverso apposito Decreto fiscale, convertito con la legge n. 172/2017 del 4 dicembre, è stato espressamente previsto il rinnovo mensile delle tariffe, concedendo però alle compagnie telefoniche un termine pari a 120 giorni dalla data di emanazione della legge, ossia entro il 4 aprile 2018, per eseguire il comando normativo (10).

Contemporaneamente l'AGCOM, il 19 dicembre 2017, applicava una sanzione di oltre un milione di euro a carico di Tim, Vodafone Italia, Wind Tre e Fastweb per la mancata osservanza della propria delibera in materia di carenza di rinnovo delle offerte e di fatturazione dei servizi, intimando inoltre agli operatori stessi di rimborsare le somme ingiustamente pagate dagli utenti a partire dal 23 giugno 2017, stornandole dalla prima fattura emessa con cadenza mensile.

Gli operatori telefonici però scelsero di non seguire le delibere dell'Authority, impugnando le stesse dinanzi al TAR per il Lazio, al fine di scongiurarne l'applicazione. Così, con l'Ordinanza n. 792 del 12 febbraio 2018 (11) il Tribunale amministrativo ha rigettato il ricorso delle società telefoniche, ritenendo corretta la sola fatturazione mensile, così come confermata della delibera AGCOM del 15 marzo 2017. Tuttavia ha sospeso in via cautelare, in attesa del successivo giudizio di merito, la Delibera AGCOM del 19 dicembre 2017, considerate le difficoltà per le aziende telefoniche «*di ripetere dai clienti le somme eventualmente corrisposte*».

Con tale pronuncia, confermata poi dal TAR, l'Autorità indipendente ha diligentemente tutelato i diritti dei consumatori, garantendo la ciclicità mensile delle fatturazioni in luogo di quella che avveniva ogni 28 giorni. Le reazioni da parte degli operatori

telefonici non sono state di certo positive, in quanto gli stessi rinuncerebbero ad una buona fetta di guadagno, dovendo passare da 13 canoni annuali a 12, percependone uno al mese. Al fine di bilanciare costi e ricavi, le compagnie telefoniche saranno propense a rincarare i canoni dei servizi offerti, e non avere così una perdita significativa.

L'evoluzione della vicenda interesserà vivamente i consumatori, a seguito degli effetti diretti che tali delibere avranno su loro.

Note e riferimenti bibliografici

(1) La legge del 31 Luglio 1997 n. 249 denominata "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", pubblicata nel supplemento ordinario n. 154/L alla G.U., serie generale, n. 177 del 31 Luglio 1997.

(2) ALLEGRI M.R., *Informazione e comunicazione nell'ordinamento giuridico italiano*, Giappichelli editore, 2012 Torino.

(3) Art. 30 del Dlg n. 206/2005 così recita "1. E' vietata la televendita che offenda la dignità umana, comporti discriminazioni di razza, sesso o nazionalità, offenda convinzioni religiose e politiche, induca a comportamenti pregiudizievole per la salute o la sicurezza o la protezione dell'ambiente. E' vietata la televendita di sigarette o di altri prodotti a base di tabacco; 2. Le televendite non devono contenere dichiarazioni o rappresentazioni che possono indurre in errore gli utenti o i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni, in particolare per ciò che riguarda le caratteristiche e gli effetti del servizio, il prezzo, le condizioni di vendita o di pagamento, le modalità della fornitura, gli eventuali premi, l'identità delle persone rappresentate".

(4) Tale delibera, infatti, indica che "Gli oggetti, i prodotti o i servizi cui si riferiscono le offerte al pubblico devono essere descritti in maniera chiara e precisa nei loro elementi quantitativi e qualitativi, e le immagini televisive devono rappresentare fedelmente ed integralmente gli oggetti, i prodotti o i servizi offerti, senza determinare ambiguità con riguardo alle loro caratteristiche. L'offerta deve essere chiara, accurata, e completa quanto ai suoi principali elementi quali il prezzo, le garanzie, i servizi post-vendita e le modalità della fornitura o della prestazione. L'offerta deve altresì rispettare gli obblighi informativi in materia di diritto di recesso di cui al Dlgs 15 gennaio 1992 n.50".

(5) Per approfondimenti, CATELANI, *Codice del consumo*, commento al D.Lgs. 6 settembre 2005 n.206, Giuffrè editore, 2006 Torino.

(6) ALCINI J., *Tutela del consumatore: novità sostanziali e procedurali*, tratto da *giustizia civile.com*, ed. Giuffrè.

(7) Agcm è stata istituita con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato".

(8) In il codice delle comunicazioni elettroniche, in *Periodico quadrimestrale di approfondimento sul mondo della comunicazione*, diretto da Astolfo Di Amato, anno XIII, numero 2/2014.

(9) Infatti, la regolazione delle comunicazioni è intervenuta per disciplinare un oligopolio che si era formato nella (nella telefonia mobile) o si stava formando (nella telefonia fissa), in BASSAN F., *Diritto delle comunicazioni elettroniche, Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, ed. Giuffrè, 2010, Milano.

(10) Lo stop alla fatturazione delle bollette ogni 28 giorni riguarda la telefonia, le pay tv ed Internet, ma non vale per luce e gas.

(11) TAR, Lazio, sez. III, ordinanza 12/02/2018 n° 792.

LA CLAUSOLA ROULETTE RUSSA NEL PATTO PARASOCIALE

Il Tribunale di Roma, Sez. spec. imprese, con la sentenza n. 19708 del 2017 dopo aver esaminato il meccanismo di funzionamento della c.d. russian roulette clause inserita in un patto parasociale, si sofferma sulla sua validità come strumento per superare situazioni di stallo decisionale in cui possa ritrovarsi una società.

Stefania Vizzino - Pubblicazione, venerdì 6 aprile 2018
Redattore: **Emmanuel Luciano**

La società per azioni può essere costituita, come ogni altro tipo di società, per contratto o per atto unilaterale di un unico socio fondatore, ai sensi dell'art. 2328 comma 1 c.c., fermo restando la necessità, ai fini dell'efficacia dell'atto costitutivo, dell'iscrizione della società nel registro delle imprese.

Si ritiene, secondo una prassi che è ancora diffusa, che l'atto di formazione di società per azioni possa risultare da due documenti separati: l'atto costitutivo nel quale viene espressa la volontà di dare vita al rapporto sociale; lo statuto che contiene le regole di funzionamento della società.

Sebbene, si tratti di documenti formalmente separati, gli stessi compongono, tuttavia, un atto giuridico unitario così come espressamente specificato dall'art. 2328 co. 3 c.c.

Risulta ormai sopita l'antica disputa sulla natura dell'atto costitutivo e dello statuto che devono essere considerati come veri e propri contratti ed interpretati, pertanto, secondo i criteri di interpretazione previsti per i contratti in genere.

Giova precisare, tuttavia, che il contratto di società per azioni non crea un vincolo dotato di efficacia puramente interna così come previsto dal principio di relatività degli effetti del contratto, alla luce dell'art. 1372 co.1 c.c., ma viene fatto rientrare nel novero dei contratti che, ai sensi del comma secondo della medesima disposizione, produce effetti anche nei confronti dei terzi, nei termini e nei limiti dalla legge.

Affinchè le pattuizioni stipulate dai soci abbiano un'efficacia esterna è necessaria le stesse abbiano un'idoneità tale da partecipare all'efficacia dell'atto costitutivo o dello

statuto.

Il regime di pubblicità mediante l'iscrizione nel registro delle imprese è, infatti, condizione necessaria ma non sufficiente a determinare l'efficacia esterna dell'atto.

Qualora, poi, non dovesse sussistere tale idoneità, tali accordi potranno avere, semmai, natura di *patti parasociali*.

Con il termine "**patti parasociali**" si fa riferimento agli accordi separati che intercorrono tra i soci o fra gruppi di essi che servono a regolare il loro comportamento nella società o verso la stessa. In particolare l'essenza del patto parasociale risiede nella volontà dei soci di regolamentare l'esercizio di diritti che derivano loro dall'atto costitutivo, affinché si impegnino ad esercitarli in un modo predeterminato.

Trattandosi di veri e propri contratti di diritto privato, i patti parasociali hanno efficacia solo tra le parti che li sottoscrivono, con esclusione tanto dei successivi acquirenti delle azioni; tanto dei terzi o della società.

Tuttavia non è sempre agevole stabilire la natura sociale o parasociale di un accordo, sicché in dottrina e giurisprudenza sono emerse una serie di teorie al fine di facilitarne la qualificazione.

Una prima teoria, c.d. formalistica, dà rilievo all'integrazione o meno del patto all'interno dello statuto, pertanto se questo dovesse essere ricompreso, ciò costituirebbe prova della sua natura sociale.

Secondo un altro orientamento, occorre valorizzare quale criterio distintivo la volontà delle parti: solo i soci che hanno stipulato il patto possono chiarirne la portata vincolante solo interna, dal quale discende la qualificazione di patto come parasociale o, viceversa, esterna, riguardando anche i futuri soci e la società, assumendo, in tal caso, la natura di patto sociale.

La teoria avallata dalla giurisprudenza è, infine, quella c.d. oggettiva, che valorizza la portata degli obblighi che derivano da tale patto, sicché se si tratta di un accordo con il quale i soci prevedono dei vincoli limitati ai soli stipulanti si configura un mero contratto parasociale.

Nel contemplare l'esame della questione, occorre dare atto che la pratica conosce

un'infinita varietà di contratti parasociali, poichè si tratta di un fenomeno che può dirsi ormai esteso, dal momento che anche le realtà societarie di più piccole dimensioni ne sfruttano l'utilità.

Vi sono patti parasociali con i quali i soci si impegnano a deliberare, a scadenze predeterminate, aumenti di capitale di ammontare prestabilito; oppure si impegnano a ripartire gli utili con criteri diversi dal criterio legislativo.

Tra le ipotesi più importanti, si pongono senza dubbio *i sindacati azionari* nella duplice fattispecie dei: *sindacati di blocco* attraverso i quali tutti i soci o parte di essi si obbligano a non vendere le proprie azioni o a venderle a date condizioni; *sindacati di voto* che hanno, invece, per oggetto l'esercizio del voto in assemblea.

Occorre ribadire che i patti parasociali hanno efficacia solo tra le parti e la sola sanzione giuridica che assiste tali contratti è l'obbligazione di risarcimento del danno a carico di coloro che si sono resi inadempienti o la perdita della penale, qualora nel contratto parasociale sia stata inserita una clausola penale. Spesso, infatti, per conferire maggiore solidità al patto parasociale, è frequente la previsione di una somma predeterminata di denaro che deve versare, a titolo di penale, colui che risulterà responsabile della violazione dell'accordo.

Si esclude che in caso di inadempimento sia possibile ricorrere all'esecuzione in forma specifica, sebbene la giurisprudenza di merito in due pronunce, una del Tribunale di Genova e l'altra del Tribunale di Milano, hanno ammesso l'esperibilità del rimedio cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. e del rimedio ex art. 2932 c.c.

La riforma del 2003 ha introdotto per la prima volta nel codice civile un'espressa disciplina dei patti parasociali.

In passato la giurisprudenza li aveva riconosciuti come validi purchè non avessero un contenuto tale da pregiudicare l'interesse primario della società garantito da norme imperative.

Pertanto, erano ammessi, ad esempio, i sindacati di voto in quanto si riteneva che l'interesse del socio di formare il proprio voto in contraddittorio con gli altri soci nel corso dell'assemblea non fosse di carattere primario.

L'art. 2341 bis c.c. letto in combinato disposto con l'art. 1322 comma 2 c.c. offre un

chiaro **criterio di giudizio dei patti parasociali**, ritenendo che il patto in questione, affinché possa essere ritenuto valido deve essere diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela e tra questi, senza dubbio, assumono particolare rilevanza la stabilità e la governabilità della società.

Senonché l'art. 2341 bis c.c. chiarisce che non ogni patto che sia diretto a stabilizzare gli assetti e il governo della società deve essere considerato valido, ma solo quello che nel perseguire tale finalità regoli il voto in assemblea o limiti il trasferimento delle azioni o concerti il controllo societario, secondo le ipotesi espressamente enunciate dal Legislatore nel dato normativo in esame.

D'altra parte il Legislatore si è posto il problema di individuare il punto di equilibrio tra l'interesse alla stabilità degli assetti proprietari e del governo della società e le libertà che si sacrificano attraverso la previsione di tali patti, quali la libertà di voto o quella di circolazione e trasferimento delle azioni.

Sicché si è ritenuto che un giusto compromesso potesse essere la previsione di un limite temporale ai patti parasociali.

In particolare per le società non quotate, l'art.2341 bis co.1 c.c. prevede che i patti parasociali possono avere una durata massima di 5 anni; per le società quotate nei mercati regolamentati, l'art. 123 Testo unico dell'intermediazione finanziaria, fa riferimento ad un limite temporale di tre anni.

Nonostante i patti parasociali siano a tempo determinato, la legge ne consente il rinnovo a ciascuna scadenza, purché ciò non avvenga per un tempo eccedente quello previsto dalle norme di riferimento.

Dopo aver illustrato i tratti peculiari del patto parasociale, giova dare atto dei dubbi in dottrina e dei numerosi contrasti in giurisprudenza circa la possibilità di ammettere accordi tesi al superamento di eventuali situazioni di stallo gestionale.

Possono essere previsti meccanismi tali per cui in caso di stallo, prevale la volontà di una delle parti; o in alternativa meccanismi che prevedono l'intervento di un terzo che, designato come arbitratore, avrà un ruolo decisivo nell'ambito dei voti contrapposti dei soci principali.

Nel patto, infine, può essere inserita la clausola della "roulette russa" che può

definirsi – nel silenzio della legge – come una reciproca imposizione, in caso di soci paritetici, di vincoli d’acquisto delle altrui quote, in base alla quale ciascun socio può formulare un’offerta di acquisto ad un dato prezzo, della partecipazione dell’altro socio, mentre quest’ultimo godrà al contempo di due opzioni:

- cedere la propria partecipazione;

- acquisire quella di proprietà del socio che ha operato la determinazione del valore.

Nella prassi societaria non è infrequente che la presenza di due soci paritetici ovvero con parità di diritto di voto, sia circostanza idonea a porre significativamente a repentaglio, in caso di disaccordo tra gli stessi, la stessa sopravvivenza della società.

Ciò nondimeno a norma dell’art. 2484 c.c. tra le possibili cause di scioglimento rientrano “l’impossibilità di funzionamento” e “la continuata inattività dell’assemblea”.

Tale meccanismo, tuttavia, nasconde **un notevole rischio**.

In particolare qualora uno dei soci abbia una maggiore disponibilità finanziaria dell’altro e ne sia consapevole, vi sarà una buona possibilità che questi proponga un prezzo per lui conveniente e, allo stesso tempo, irraggiungibile per il *partner*.

Sicché il socio “debole” sarà costretto a vendere le sue quote e il socio “forte”, invece, potrebbe persino apprezzare un’eventuale ipotesi di stallo decisionale e contribuire in mala fede a determinarla.

Alla luce di tali considerazioni e tenendo conto dei principi generali in materia di contratti, una parte della dottrina civilistica ha considerato la suddetta clausola potenzialmente contraria ai principi di buona fede e correttezza contrattuale, specie nel caso in cui non venga determinato un prezzo minimo per la cessione delle azioni.

Di recente *il Tribunale di Roma, Terza Sezione Civile, con sentenza n.19708/2017*, ha affrontato in maniera approfondita e completa la tematica della validità e della meritevolezza della predetta clausola contenuta in un patto parasociale stipulato tra due soci paritari di una S.p.a.

Nel caso di specie, la vicenda ha visto contrapposte una S.r.l. e una S.p.a., socie di una terza società.

In base a un patto parasociale stipulato dalle parti in lite nel 2006, il rapporto sociale si sarebbe risolto in caso di inattività degli organi sociali o di mancato rinnovo dello stesso

patto dopo cinque anni.

Pertanto, ricorrendo una di queste situazioni, la S.p.a. avrebbe potuto determinare il prezzo del 50% del capitale sociale, mentre la S.r.l. avrebbe dovuto acquisire la partecipazione della S.p.a. a quel prezzo o, in alternativa, vendere alla socia la propria quota per lo stesso importo.

Nel 2011 la S.p.a., rilevato che non le era pervenuta la dichiarazione di rinnovo del patto, aveva stimato in 40milioni di euro il 50% del capitale sociale e aveva invitato la S.r.l. a scegliere tra le seguenti alternative: acquistare o cedere le azioni secondo l'accordo.

La S.r.l. ha convenuto in giudizio la S.p.a. al fine di accertare la nullità dei patti parasociali stipulati e chiedendo, in particolare, che fosse dichiarata nulla la *russian roulette clause* e che fossero riconosciuti i relativi effetti risarcitori.

La società convenuta, in difesa, ha domandato il rigetto della pretesa sostenendo che il contratto era stato concluso in condizioni di parità tra i contraenti.

Intervenendo sul punto, il Tribunale di Roma ha, in primo luogo, osservato che la ***clausola della roulette russa*** è un ***negozio legislativamente atipico***, del quale occorre verificare la validità, così come per ogni altro contratto, in termini di meritevolezze degli interessi perseguiti ai sensi dell'art. 1322 co.2 c.c.

Nel caso di specie, ad avviso del Collegio, la clausola in argomento si presta a risolvere la situazione di paralisi societaria determinata dalla circostanza che i soci detengono ciascuno una partecipazione pari alla metà del capitale sociale che, qualora, dovesse persistere potrebbe determinare lo scioglimento della società ai sensi dell'art. 2848 co.1 n.3 c.c.

Tale clausola svolge la funzione di selezionare quello fra i contraenti obbligato ad acquistare o a vendere la propria partecipazione e la parte che ha il potere di determinare il prezzo della compravendita.

Il soggetto “passivo” della procedura non potrebbe considerarsi svantaggiato dal potere della parte di determinare il corrispettivo per la compravendita, poichè è altrettanto vero che a lui è concessa la scelta tra cedere la propria partecipazione o acquisire quella del socio che ha operato la determinazione.

In tal modo, si andrebbe a configurare un meccanismo “intrinsecamente equilibrato”.

Altresì, i giudici di merito hanno sostenuto che la generalità delle norme di diritto societario, come concepite dal Legislatore, non imporrebbe in alcun modo una fissazione del valore delle azioni che sia intrinsecamente equo; tuttavia ciò, potrebbe desumersi, da una lettura analogica delle disposizioni in materia di recesso del socio e di riscatto azionario.

Da tale quadro normativo si esclude che i soci di maggioranza possano imporre una valutazione meramente arbitraria alla quota del socio uscente, ritenendo nullo qualsiasi patto che sia in grado di produrre una spoliazione forzata della partecipazione senza garantire a chi la subisce un prezzo congruo.

Inoltre, secondo il Tribunale di Roma, il valore che può essere preso a riferimento, per evitare il rischio di non garantire una equa valorizzazione della partecipazione sociale, dovrebbe essere costituito dal valore che il socio otterrebbe in sede di liquidazione della società.

Eventuali pattuizioni, tuttavia, potrebbero dirsi nulle solo a condizione che predispongano un meccanismo idoneo di per sé a comportare a priori una determinazione iniqua.

Inoltre in sentenza viene osservato che la clausola della roulette russa non implica, diversamente da quanto sostenuto dalla parte attrice, alcuna violazione del patto leonino, in considerazione del fatto che la *ratio* del divieto di cui all'art. 2265 c.c. è diversa dalle esigenze perseguite dalla clausola della roulette russa.

Il patto leonino prevede la totale esclusione del socio dalla partecipazione al rischio di impresa o dagli utili, pertanto se non c'è distribuzione degli utili tra tutti i soci, non può dirsi esistente la società.

La nullità del patto leonino è connessa allo scopo perseguito dalla società, ovvero il dividersi gli utili, ai sensi dell'art. 2247 c.c.

Viceversa le clausole antistallo, quale la clausola della roulette russa, hanno la funzione di risolvere uno stallo gestionale, sicché non sono idonee ad escludere un socio dalla responsabilità della gestione o consentire ad un socio di escludere l'altro.

Giova precisare che la facoltà di assumere l'iniziativa di attivare la procedura antistallo è vincolata al verificarsi di situazioni che determinano l'incapacità decisionale della

società o di scadenza del patto parasociale, espressamente indicate nella clausola stessa, ciò impedisce che tale meccanismo diventi lo strumento attraverso il quale la parte può arbitrariamente escludere, anche in momenti favorevoli, l'altro socio dalla partecipazione societaria conseguendo le utilità che sarebbero spettate a questi ed eludendo, in tal modo, il divieto di patto leonino.

In conclusione, ad avviso del Collegio, la clausola della roulette russa è legittima perchè:

1) è ragionevole considerare il mancato rinnovo dei patti parasociali come ipotesi di stallo gestionale;

2) la clausola non impedisce la modifica di quei patti e quindi la libertà delle parti di rinegoziarli con l'unico limite che, ove non si riesca a trovare un accordo, si verificherà un ipotesi di stallo;

3) la doppia opzione (acquistare o vendere) concessa al socio e, dunque, la reciprocità della facoltà impedisce di ravvisare una posizione di mera soggezione in capo al soggetto che, sebbene "subisca" la determinazione del prezzo, ha la facoltà di procedere alla vendita o all'acquisto.

QUANDO LA CONVIVENZA FINISCE GLI OGGETTI RESTANO A CHI NE È EFFETTIVO PROPRIETARIO

Una breve riflessione sul dibattito tema delle convivenze more uxorio, dando particolare rilievo all'evoluzione giurisprudenziale avuta in materia di separazione della coppia di fatto. Soprattutto saranno analizzati i diritti e gli obblighi degli ex-conviventi relativi alla restituzione dei beni in precedenza adibiti alla comunione di vita.

Federica Prato - Pubblicazione, mercoledì 11 aprile 2018
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Il tema della convivenza *more uxorio* è, senza dubbio, un argomento che, negli ultimi vent'anni, ha fatto particolarmente discutere dottrina e giurisprudenza.

Innegabilmente, grazie anche all'evoluzione sociale che ha aumentato la propensione verso la famiglia c.d. di fatto al posto di quella tradizionale fondata sul matrimonio, la questione assume maggiore rilevanza, per cui risulta necessario regolarne e stabilirne gli effetti giuridici.

Per dovere di completezza, prima di analizzare gli aspetti più controversi, si ritiene opportuno ridefinire, alla luce anche dei recenti interventi legislativi (come la legge Cirinnà n. 76 del 20 Maggio 2016), il fenomeno della convivenza *more uxorio* (tradotto letteralmente: 'secondo il costume matrimoniale') intendendo una coabitazione, basata su una relazione affettiva, stabile, tra due persone in assenza del vincolo matrimoniale.

La legge attribuisce ai conviventi una serie di diritti, doveri e obblighi e ciò rende sempre più sottile la linea di demarcazione tra questa forma di rapporto che si sostanzia in una comunione di vita e il legame tra due coniugi (nonostante la famiglia di fatto sia, ormai, tutelata anche a livello costituzionale, velatamente l'ordinamento esprime una preferenza per la famiglia c.d. legittima nata dal matrimonio).

I progressi in materia - per quanto favorevoli alla regolamentazione di queste unioni - creano delle zone d'ombra che rendono necessari interventi giurisprudenziali, soprattutto, per comprendere e stabilire le conseguenze giuridiche derivanti da eventi come, ad esempio, la separazione (con tale termine, in questo caso, non si allude alla

disciplina ex. artt. 150 ss. c.c. ma ci si riferisce alla mera cessazione della convivenza).

A tal proposito, si ricorda una questione particolarmente delicata affrontata dalla Corte di Cassazione, sezione civile, con la sentenza n. 4685 del 2017.

In tal caso, con il ricorso alla S.C. si chiedeva la cassazione di una sentenza emanata dalla Corte d'appello di Roma, che condannava la ex- convivente alla restituzione di una serie di beni - con esclusione di quelli funzionali al sostentamento dei figli ancora conviventi con la donna - al suo ex-compagno, dopo il trasferimento di quest'ultimo dalla loro abitazione.

I motivi adottati dalla parte ricorrente risultarono, però, aleatori, infondati e in parte contraddittori, tanto da indurre la S.C. a rigettare il ricorso con condanna al pagamento delle spese processuali.

In primis, si ricorreva sostenendo che il giudice di secondo grado non avesse specificato a dovere quali fossero i beni oggetto della restituzione e quali, invece, fossero adibiti al sostentamento della prole, creando quindi un'indeterminatezza. Quest'ultima risultava aggravata dal fatto che il giudice non si fosse pronunciato sull'eccezione volta a contestare la lista dei beni oggetto di domanda restitutoria.

In realtà nel momento in cui una domanda restitutoria viene accolta, è intrinseco l'avvenuto accertamento sulla titolarità del diritto di proprietà e per logica, l'omissione lamentata dalla ricorrente sull'eccezione suindicata, risulta essere un "implicito rigetto", dato che l'elenco dei beni è alla base dell'accoglimento della domanda restitutoria.

Inoltre, risultano infondate anche le censure relative alla prova del diritto di proprietà vantato dall'ex-coniuge, che risulta, secondo il giudice d'appello, debitamente provato da testimonianze e da dichiarazioni della stessa ricorrente; ciononostante in sede di legittimità, non sarebbe stato comunque possibile tornare su tale valutazione di merito.

È necessario soffermarsi, però, sulla questione principale, ovvero la presunta violazione delle norme sulla comunione dei beni lamentata dalla ricorrente.

La comunione dei beni è il regime che regola i rapporti economici e di spettanza dei beni nelle coppie unite in matrimonio (ex artt. 177 ss. c.c.), diversamente per le coppie di fatto, la comunione non risulta essere automatica (come in passato riteneva parte della dottrina) ma bensì è necessaria la stipula del c.d. contratto di convivenza; questo consiste

in un accordo attraverso il quale le parti regolano gli aspetti patrimoniali - anche nell'eventualità di cessazione della convivenza - e in alcuni casi anche personali, come ad esempio, la nomina dell'amministratore di sostegno.

In realtà, risulta inappropriato il riferimento alla comunione dei beni in questa circostanza per una serie di motivazioni storiche e culturali.

La giurisprudenza – concorde con la dottrina maggioritaria – già verso la fine del secolo scorso^[1], aveva stabilito che il regime di comunione non poteva applicarsi nelle ipotesi di mera convivenza perché nella nostra cultura giuridica e sociale il concetto di famiglia si basa sull'unione matrimoniale tra uomo e donna; da ciò consegue – come regola generale - che ciascuno dei conviventi potrà effettuare autonomamente acquisti, i quali rientreranno nella sfera patrimoniale del singolo, configurato come esclusivo proprietario (è opportuno, però citare una dottrina minoritaria, la quale sosteneva invece, l'applicabilità in via analogica della disciplina della comunione dei beni tra coniugi prevista nel codice civile. Tale tesi si basava sul principio costituzionale espresso all'art. 3 Cost. a tutela delle disuguaglianze, affermando che non fosse possibile creare discriminazioni in virtù della sola assenza del vincolo matrimoniale).

La stessa disciplina si applica a beni adibiti alla coabitazione, infatti, al momento dell'eventuale separazione, devono essere restituiti al convivente sempre che riesca a provarne la proprietà esclusiva^[2]; in caso contrario verrebbero attribuiti in misura pari al 50% ciascuno ai due ex-conviventi.

Inoltre, la restituzione è prevista anche per gli oggetti preziosi e somme di denaro; per i beni di valore, però, qualora si trattasse di regali non vale tale previsione.

Una questione che ha generato diverse perplessità è quella relativa all'abitazione dove si svolgeva la comunione di vita; nella sentenza oggetto d'esame, si statuisce l'infondatezza della presunta violazione della comunione legale anche perché sull'abitazione sorge **“un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente, che assume i connotati tipici di una detenzione qualificata”**^[3], alla base della quale, risulta esserci un titolo, costituito da un negozio giuridico di tipo familiare^[4].”

La giurisprudenza da anni, afferma che lo status del convivente non può essere assimilato a quello di mero ospite - contrariamente, in passato, la stessa giurisprudenza qualificava il convivente come mero ospite e di conseguenza qualsiasi pretesa, avanzata

dallo stesso, era irrilevante dal punto di vista giuridico, in virtù dell'irrilevanza del titolo di ospitalità - in quanto, godendo insieme all'altro convivente dell'immobile, lo status appropriato risulta essere quello di detentore, in tal caso, detentore qualificato.

Anche sul concetto di detenzione è necessaria qualche riflessione, anche perché non è rinvenibile alcuna definizione precisa e ciò ha generato posizioni contrastanti in dottrina; **“in generale si intende per detenzione la disponibilità materiale, fondata su un titolo giuridico, che un soggetto (detentore) ha di una cosa appartenente ad un altro soggetto.”**

Si distingue tra detenzione non qualificata e qualificata: nella prima ipotesi il detentore esercita il suo potere sulla cosa sotto il controllo diretto del possessore, il quale può ordinarne *sic et simpliciter* la restituzione; nella seconda il detentore è titolare di un vero e proprio diritto personale di godimento sul bene o comunque di un potere di gestione. Il detentore qualificato è ammesso ad esercitare l'azione di reintegrazione.^[5]

Dunque, in virtù della relazione affettiva tra i conviventi, – che per quanto non sia basata sul vincolo del matrimonio, ha acquisito i tratti di una vera e propria comunità familiare grazie al carattere stabile e duraturo - il coabitante non proprietario non essendo un ospite, non può essere estromesso dall'abitazione, avendo diritto ad un termine congruo per ricercare una sistemazione alternativa post-separazione, in caso inverso, egli avrà diritto a esperire un'azione di spoglio ex art. 1168 c.c.^[6]

L'orientamento giurisprudenziale attuale risulta frutto di un preciso e condivisibile iter logico, soprattutto perché la stabilità, la continuità e l'*affectio* - che caratterizzano la comunione di vita - generano un vero e proprio consorzio familiare, che merita, al pari della famiglia fondata sul matrimonio, rispetto e tutela in tutti gli ambiti; si nota, infatti, che in assenza di una disciplina organica in materia, il legislatore (con l'aiuto della giurisprudenza) ha cercato comunque di fornire una regolamentazione agli aspetti più delicati coinvolgenti la famiglia di fatto, in modo particolare, la tutela dei figli minori o maggiorenni conviventi non economicamente autonomi.

Nel caso di specie, era stato il giudice di merito ad assegnare l'abitazione alla ricorrente, in quanto genitore collocatario, ma oltre all'immobile, le erano stati attribuiti tutti quei beni “strettamente connessi alle necessità dei figli”^[7], quindi strumentali al loro sostentamento, consentendo di “usufruire dell'ambiente domestico ove è vissuto” per limitare il più possibile il disagio subito in seguito alla separazione dei genitori.^[8]

Come già accennato, la parte ricorrente aveva lamentato l'indeterminatezza di questa rosa di beni sottratti alla restituzione e quindi che il giudice d'appello non avesse colmato tale lacuna sorta in primo grado.

La questione, anche qui, è di natura assiologica – bisogna far sì che determinati valori ed interessi vengano in ogni caso salvaguardati - e di facile risoluzione perché la genericità risulta a tutela della prole.

Risultava, infatti, rimessa alle parti di comune accordo la determinazione dei beni necessari per la crescita dei figli, sulla base di una valutazione che tenesse conto delle variabili legate all'età, alle abitudini di vita degli stessi.

È utile, a tal punto, ricordare una pronuncia antecedente a quella in esame, con la quale la S.C. nel risolvere una questione simile, afferma che **l'ex-convivente affidatario dei figli e dunque della casa familiare, risulta titolare di un diritto di godimento sull'immobile, assimilando tale figura a quella del comodatario ex. art. 1809 c.c.^[9], tra l'altro, tale situazione risulterebbe, addirittura opponibile ai terzi a conoscenza della convivenza, anche in assenza di trascrizione del provvedimento giudiziale.**

Questa breve analisi, consente di affermare che gli effetti giuridici ricollegati ai fenomeni di convivenza *more uxorio* sono in continua evoluzione e soprattutto, in aumento, grazie agli interventi legislativi, seppur non organici e sporadici, e ai consolidati orientamenti giurisprudenziali degli ultimi anni.

Contemporaneamente, però, i vuoti normativi, possono diventare problematici e potrebbe non essere più sufficiente l'intervento giurisprudenziale, quindi è auspicabile una seria ed esaustiva disciplina positiva, al passo con i tempi e sradicata dalle tradizioni di matrice pseudo-religiosa che prediligono la famiglia fondata sul matrimonio.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Tra tutte, Tribunale di Pisa 20 gennaio 1988

[2] Si è espressa in tal senso la C. Cass. sent. n. 28718 del 30 dicembre 2013

[3] C. Cass. 4685/2017

[4] C. Cass. 7214/2013; C. Cass. 7/2014

[5] Definizione tratta da: *www.treccani.it*

[6] C. Cass. sent. n. 7214/2013, C. Cass. sent. n. 9786/2012

[7] C. Cass, sent. n. 4685/2017

[8] In tal senso, Tribunale di Firenze, sent. del 28/6/1998.

[9] C. Cass. sent. n. 17971/2015

BASTA UNA TELEFONATA PER CONFIGURARE IL REATO DI MOLESTIE?

Con la sentenza in commento (Cass., Sez. I Pen., n. 6064 del 2018), la Suprema Corte conferma la natura eventualmente abituale del reato di cui all'art. 660 c.p.: ai fini dell'integrazione è sufficiente una sola azione purché particolarmente sintomatica dei requisiti della fattispecie tipizzata.

Alessandro Brogioni - Pubblicazione, giovedì 12 aprile 2018
Redattore: Giuseppe Ferlisi

Il fatto

Con sentenza del 4 luglio 2016, il Tribunale di Treviso aveva condannato l'imputato per il reato di cui all'art. 660 c.p. per avere, con petulanza o biasimevole motivo, effettuato chiamate telefoniche mute o caratterizzate da riferimenti a persone conosciute dal denunciante e avere inviato sms diretti all'utenza intestata alla parte offesa.

L'imputato, a mezzo del difensore, proponeva appello (poi riqualficato come ricorso), deducendo, tra gli altri motivi, *mancaza di motivazione in ordine al giudizio di responsabilità*. In particolare, la difesa sosteneva che il reato di molestie non era stato integrato dall'imputato sotto un profilo oggettivo, in quanto avrebbe fatto difetto il requisito della petulanza e/o del biasimevole motivo^[1]. L'imputato, infatti, avrebbe effettuato solo due telefonate mute, circostanza tale da non poter essere considerata espressione di petulanza, dovendosi intendere per tale elemento *un atteggiamento di insistenza eccessiva e perciò fastidiosa, di arrogante invadenza e di intromissione continua e inopportuna nell'altrui sfera*. Sarebbe mancato, inoltre, il requisito dell'elemento soggettivo, avendo l'imputato agito, perché preoccupato per la situazione in cui era coinvolta la propria amica, moglie del denunciante, autore di violenze commesse in danno della stessa, come accertato da sentenza di condanna emessa nei confronti del denunciante medesimo.

Motivi della decisione

Gli Ermellini sottolineano come, in realtà, le condotte moleste non erano consistite nei soli tre contatti telefonici tra l'imputato e la persona offesa, ma anche in sms provenienti

dall'utenza in uso allo stesso imputato, il cui contenuto alludeva ad una relazione sentimentale della ex moglie del denunciante con lo stesso imputato o con altri uomini, argomento utilizzato al solo fine di infastidire e dileggiare il destinatario.

I giudici di legittimità ritengono, pertanto, sussistenti i tratti propri della petulanza *per l'insistente intromissione da parte dell'imputato nella sfera privata del denunciante, a nulla rilevando le pretese preoccupazioni per la situazione della moglie dello stesso, esposta ad imprecise violenze, che non avrebbero potuto essere impedito o rimate tramite i comportamenti intrusivi e molesti oggetto di imputazione.*

La sentenza, a questo punto, si sofferma sulla natura del reato di molestie o disturbo alle persone, sottolineando che non sia necessariamente abituale, potendo essere realizzato anche con una sola azione od omissione, purché particolarmente sintomatica dei requisiti della fattispecie tipizzata^[2]. *L'atto, a giudizio della Corte, per essere molesto, deve non soltanto risultare sgradito a chi lo riceve, ma deve essere anche ispirato da biasimevole, ossia riprovevole, motivo o rivestire il carattere della petulanza, che consiste in un modo di agire pressante ed indiscreto, tale da interferire sgradevolmente nella sfera privata di altri.*

Nel caso di specie, tuttavia, il reato veniva integrato da una pluralità di condotte, consistenti nelle tre telefonate e nei vari sms inviati al denunciante, tali da integrare il carattere tipico dell'abitudine (con la conseguenza che non era configurabile l'ipotesi del reato continuato^[3] così come affermato dalla sentenza impugnata, la quale veniva pertanto annullata senza rinvio, eliminando l'aumento di pena stabilito a tale titolo e pari ad € 100,00 di ammenda).

Note e riferimenti bibliografici

^[1] Cfr. *Commento all'art. 660*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G. L. Gatta, Milano, 2015, 1453 e seg.: "*Secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza per petulanza si intende un atteggiamento di arrogante invadenza e di intromissione continua e inopportuna nell'altrui sfera di libertà, un modo di agire insistente, pressante, ostinato, indiscreto, mantenuto dall'agente anche dopo essersi reso conto che la propria condotta non è gradita e per biasimevole motivo, invece, ogni altro movente che sia riprovevole in se stesso o in relazione alla qualità della persona molestata e che abbia praticamente su quest'ultima gli stessi effetti della petulanza. Discusso è anche il ruolo*

che i due elementi hanno nell'economia della fattispecie: secondo alcuni Autori, petulanza e biasimevole motivo atterrebbero all'elemento soggettivo, qualificando, perciò, la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. in termini di dolo specifico; secondo altri Autori e una parte della giurisprudenza più recente, petulanza e biasimevole motivo atterrebbero al piano della condotta, costituendo il parametro della rilevanza penale della molestia e del disturbo, con la conseguenza che andrebbero ad integrare gli estremi del reato di cui all'art. 660 c.p. soltanto quelle condotte attuate, appunto, con petulanza o connotate da biasimevole motivo. Quest'ultimo orientamento è forse da preferire, in quanto verrebbe rispettata la natura contravvenzionale del reato (che ex art. 42, co. 4 c.p., può essere imputato, indifferentemente a titolo di dolo o colpa, anche se difficilmente la fattispecie de qua è compatibile con un atteggiamento meramente colposo), senza che, ai fini dell'accertamento del reato, un ruolo fondamentale sia svolto dal semplice atteggiamento interiore del soggetto agente."

[2] Cfr. Cass., Sez. I, n. 29933 del 2010, Rv. 257960

[3] Cfr. Cass., Sez. I., n. 17787 del 2008, Rv. 239848, secondo cui *"Il reato di molestie o disturbo alle persone, pur non essendo per sua natura necessariamente abituale, in quanto può essere realizzato anche con una sola azione di disturbo o di molestia, può però assumere tale forma, incompatibile con la continuazione allorché non sia stata tanto la modalità delle condotte poste in essere, quanto la loro reiterazione assillante (nella specie numerose telefonate di tono offensivo) a determinare l'effetto pregiudizievole dell'interesse tutelato"*.

SOCIETÀ INTERDISCIPLINARI: NEL MIRINO OGGETTO SOCIALE E MAGGIORANZA DI SOCI AVVOCATI

Il COA di Milano, con parere del 7 febbraio 2018, ha evidenziato la differenza tra Associazioni e Società tra Avvocati, chiarendo i requisiti e le modalità di costituzione di queste ultime, a fronte di una richiesta di chiarimenti da parte del Presidente del Consiglio Notarile di Milano

Valeria Lucia - Pubblicazione, sabato 14 aprile 2018
Redattore: Giuseppe Ferlisi

Sommario: 1. La normativa di riferimento. 2. La richiesta di parere del Presidente del Consiglio Notarile di Milano. 3. Il parere del COA di Milano del 7 febbraio 2018.

1. La normativa di riferimento.

La Legge 4 agosto 2017, n. 124, pubblicata in G.U. n. 189 del 14.8.2017, "al fine di garantire una maggiore concorrenzialità nell'ambito della professione forense", ha modificato la Legge n. 247 del 31 dicembre 2012 (c.d. *Legge professionale forense*), ai fini che qui rilevano, introducendo l'art. 4-bis, rubricato "esercizio della professione forense in forma societaria" e abrogando il successivo art. 5, in materia di "delega al Governo per la disciplina dell'esercizio della professione forense in forma societaria".

In particolare, la norma, collocata immediatamente dopo l'art. 4, dedicato alle classiche associazioni tra avvocati e interdisciplinari, ha introdotto la possibilità di esercitare la professione forense in forma societaria, condizionando tale modalità al ricorrere di determinati **requisiti e condizioni**, ovvero:

- a livello soggettivo, è consentito a società di persone, società di capitali o a società cooperative iscritte in un'apposita sezione speciale dell'albo dell'Ordine territoriale nella cui circoscrizione ha sede la stessa società (**comma 1**);
- i soci delle predette società devono essere, per almeno due terzi del capitale sociale e dei diritti di voto, avvocati iscritti all'albo, ovvero avvocati iscritti all'albo e professionisti iscritti in albi di altre professioni (**comma 2, lett. a**);

- la maggioranza dei membri dell'organo di gestione deve essere composta da avvocati (**comma 2, lett. b**);

- i componenti dell'organo di gestione non possono essere estranei alla compagine sociale e, inoltre, i soci professionisti possono rivestire la carica di amministratori (**comma 2, lett. c**).

Al **comma 3**, poi, è confermato il **principio della personalità della prestazione professionale**, nonostante l'esercizio in forma societaria. Ne discende che l'incarico può essere svolto solo dai soci in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione richiesta dal cliente e che, in termini di responsabilità professionale per l'incarico svolto, risponderanno sia la società e i soci che il singolo professionista incaricato (**comma 4**).

In caso di violazione della predetta disciplina, l'art. 4-*bis* ha previsto:

- **l'esclusione di diritto del socio**, qualora partecipi alla società tramite società fiduciare, trust o per interposta persona (**comma 1**) e in caso di sospensione, cancellazione o radiazione dall'Albo nel quale è iscritto (**comma 5**);

- **lo scioglimento e cancellazione della società dall'Albo**, in caso di violazione del comma 2, lett. a) e di mancato ripristino delle condizioni richieste entro il termine perentorio di sei mesi (**comma 2, lett. a**).

2. La richiesta di parere del Presidente del Consiglio Notarile di Milano.

A fronte delle modifiche appena illustrate, il Presidente del Consiglio Notarile di Milano ha richiesto al COA di Milano un parere sulle modalità dper procedere alla costituzione di una società di avvocati, con particolare riferimento alla interdisciplinarietà.

3. Il parere del COA di Milano del 7 febbraio 2018.

Il COA di Milano, all'esito della seduta del 2 febbraio 2018, ha riscontrato la richiesta del Presidente del Consiglio Notarile di Milano con delibera del 7 febbraio 2018.

In primis, relativamente alla interdisciplinarietà, il COA ha premesso che la stessa è prevista dalla *Legge professionale forense* sia all'art. 4, per le associazioni, che al nuovo art. 4-*bis*, per le società, potendo in entrambe i casi essere presenti, oltre agli avvocati, anche altri professionisti "*iscritti in albi di altre professioni*".

Ciò posto, due i **profili oggetto della delibera**:

- sulla corretta **individuazione dell'oggetto sociale**, il COA ha accolto positivamente quanto richiesto dal Presidente del Consiglio Notarile di Milano, ovvero che "*la società dichiari, nel proprio oggetto sociale, l'esercizio delle relative professioni oltre a quella forense*", riguardando l'attività svolta anche altra attività permessa dagli Statuti delle altre professioni;

- sulla **iscrizione della società nella Sezione Speciale dell'Albo degli Avvocati**, il COA ha evidenziato la necessità di attenersi a quanto previsto dall'art. 4-bis, comma 2, relativamente alla maggioranza dei membri dell'organo di gestione composta da soci avvocati.

E' proprio in merito a tale ultimo profilo che il COA evidenzia la differenza tra Associazione *ex art. 4* e Società *ex art. 4-bis* della *Legge professionale forense*. Ferma la possibilità di esercizio di attività interdisciplinare con entrambe, il requisito della maggioranza composta da avvocati è previsto solo per la società, essendo presente **la figura del socio di capitale**, che, invece, è ontologicamente incompatibile e, pertanto, assente, nelle Associazioni.

VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI ASSISTENZA FAMILIARE IN CASO DI SEPARAZIONE O DIVORZIO: IL NUOVO ART. 570-BIS C.P.

Con il d.lgs. 21 del 2018, il legislatore introduce nel codice penale l'art. 570-bis, che punisce chi si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi derivanti dall'affidamento condiviso dei figli.

Laura Martinelli - Pubblicazione, lunedì 16 aprile 2018
Redattore: Emmanuel Luciano

Sommario: 1. La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 570 c.p. 2. Rapporti tra art. 570 c.p. e art. 12-sexies della legge sul divorzio; 3. L'intervento del legislatore del 2018, nel rispetto della cd. "riserva di codice".

1. La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 570 c.p.

Il legislatore del 1930 ha introdotto l'art. 570, nell'impianto del codice penale, al fine di offrire una tutela rafforzata a situazioni che, altrimenti, avrebbero una loro rilevanza soltanto nell'ambito del diritto civile. Tale norma, infatti, si trova nel Titolo XI del Libro secondo del codice penale, dedicato ai "Delitti contro la famiglia" e, più nello specifico, all'interno del Capo dedicato ai "Delitti contro l'assistenza familiare".

È noto che il nostro ordinamento ricollega alla contrazione del matrimonio tutta una serie di obblighi discendenti in capo ai coniugi. L'art. 143 del codice civile elenca, specificamente, i reciproci diritti e doveri gravanti sui coniugi, quali "l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione". Nello specifico, per quel che qui interessa, l'obbligo di assistenza morale e materiale consiste non soltanto nell'obbligo di contribuire economicamente alle esigenze e ai bisogni di vita essenziali dell'altro coniuge, ma anche in un obbligo di assistenza, appunto, morale, da intendersi nel senso di una vicinanza affettiva e spirituale rispetto all'altro coniuge, che rappresenta la massima esplicitazione del vincolo solidaristico che si instaura con il matrimonio, nella creazione di una vera e propria famiglia.

Tuttavia, l'ordinamento civile appresta, già di per sé, strumenti efficaci per le ipotesi di violazione dei suddetti obblighi coniugali, da parte di uno dei due coniugi. In primo luogo, è lo stesso sistema del diritto di famiglia ad indicare la conseguenza diretta della violazione degli obblighi matrimoniali: tale strumento è la dichiarazione di addebito della separazione, da cui consegue la perdita di una serie di diritti, a carico del coniuge cui sia addebitata la separazione (a scopo esemplificativo, si ricorda la perdita del diritto al mantenimento, nonché la perdita dei diritti successori connessi allo *status* di coniuge, fatta eccezione per il diritto ad un assegno vitalizio, laddove il coniuge "colpevole" godesse, al momento dell'apertura della successione, di un assegno alimentare). Peraltro, accanto al classico e tipico strumento dell'addebito della separazione, la giurisprudenza, da alcuni decenni, mostra aperture rispetto alla possibilità che, dalla violazione degli obblighi coniugali, possano discendere, altresì, conseguenze di tipo risarcitorio. Gli argomenti dedotti dalla giurisprudenza di legittimità, a fondamento di tale orientamento, concernono la stretta interconnessione degli obblighi matrimoniali con diritti e prerogative costituzionalmente riconosciuti: ne discende, pertanto, che, laddove dalla violazione degli obblighi ex art. 143 c.c. (si pensi, ad esempio, proprio all'obbligo di mantenimento), discenda la lesione di un diritto inviolabile della persona, costituzionalmente garantito, il coniuge che abbia posto in essere tale violazione sarà tenuto a risarcire il danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 2059 c.c., nei confronti dell'altro coniuge (cfr., da ultimo, Cass. n. 18853/2011).

Gli obblighi coniugali, peraltro, non cessano di operare per il solo fatto della separazione, ovvero dello scioglimento del matrimonio. Il legislatore predispone un sistema di assistenza e mantenimento, anche a seguito del realizzarsi dei suddetti eventi, proprio in ragione del vincolo di solidarietà che caratterizza l'unione familiare. Nel caso della separazione, in particolare, è possibile imporre, ad uno dei due coniugi, il pagamento di un assegno di mantenimento, a favore dell'altro, laddove quest'ultimo non abbia "redditi propri" per provvedere all'espletamento dei bisogni di vita primari (e salvo il caso, come si è detto, in cui gli sia stata addebitata la separazione). Nel caso del divorzio, il giudice può imporre, ad uno dei due coniugi, il versamento di un assegno periodico a favore dell'altro, laddove quest'ultimo non abbia mezzi sufficienti per provvedere al proprio mantenimento, ovvero sussistano ragioni oggettive che gli impediscano di procurarseli. Anche per la violazione di tali obblighi, susseguenti all'ingresso del matrimonio in una fase patologica, l'ordinamento civile predispone appositi strumenti (come la possibilità di agire in giudizio, per ottenere l'esecuzione forzata dell'assegno di mantenimento). Ma, accanto agli strumenti civilistici, in funzione

di rafforzamento della tutela del coniuge debole, come vedremo, interviene anche lo strumento penalistico.

Accanto ai reciproci obblighi coniugali, meritano menzione, poi, gli obblighi gravanti sui genitori nei confronti dei figli. Tali obblighi, a differenza dei primi, prescindono completamente dalla sussistenza o meno del matrimonio, operando, in ogni caso, anche a seguito della separazione, ovvero dello scioglimento del matrimonio. Essi, infatti, trovano fondamento costituzionale nell'art. 30, che impone ai genitori il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, "anche se nati fuori dal matrimonio".

Ebbene, proprio la particolare rilevanza dell'istituto della famiglia, che oggi trova anche referenti normativi a livello costituzionale, ha spinto il legislatore penale ad intervenire, per rafforzarne la tutela, affiancando, agli ordinari strumenti civilistici di tutela, una peculiare fattispecie incriminatrice avente ad oggetto proprio la violazione degli obblighi gravanti, reciprocamente, sui coniugi, nonché sui genitori rispetto ai figli. Tale fattispecie incriminatrice, come si è detto, è riportata all'art. 570 c.p., che prevede, al suo interno, tre diverse condotte: la violazione degli obblighi di assistenza genitoriali o coniugali, mediante abbandono del domicilio domestico, ovvero tenendo una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie; la malversazione o dilapidazione dei beni del figlio minore o del coniuge; la violazione dell'obbligo di assistenza materiale, ovvero di mantenimento nei confronti dei discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, degli ascendenti, o del coniuge, non legalmente separato per sua colpa. In realtà, non vi è unanimità di vedute circa la qualificazione dell'art. 570 come "norma a più fattispecie", ovvero come "disposizione a più norme"; il dibattito, in particolare, concerne la possibilità di ritenere le diverse condotte come semplici modalità alternative per realizzare una fattispecie di reato unica (in tal senso, il secondo comma rappresenterebbe l'ipotesi aggravata del reato base di cui al primo comma), oppure come autonome fattispecie di reato. Secondo un primo orientamento, l'art. 570 si comporrebbe quantomeno di due autonomi e distinti titoli di reato, descritti rispettivamente nel primo e nel secondo comma della norma: infatti, secondo i sostenitori di tale orientamento, il primo comma descriverebbe condotte violative dell'obbligo di assistenza morale; mentre il secondo comma riguarderebbe la violazione dell'obbligo di assistenza materiale, ovvero sia dell'obbligo di mantenimento. Tuttavia, non sono mancati orientamenti minoritari, secondo cui l'art. 570 si sostanzierebbe in un unico titolo di reato, realizzabile con modalità e condotte differenti ed alternative. La giurisprudenza più recente sembra sposare la tesi che individua nell'art. 570 una pluralità di fattispecie di reato, tante quante

sono le condotte descritte all'interno di tale disposizione. In questo senso, deporrebbe anche il diverso trattamento sanzionatorio riservato, dal legislatore, per le diverse condotte descritte nella norma: mentre la condotta di cui al primo comma è punibile, alternativamente, o con la pena detentiva o con la pena pecuniaria; le condotte di cui al secondo comma sono punibili congiuntamente con la pena sia detentiva che pecuniaria.

Dal punto di vista del rispetto del principio di legalità, *sub specie* di precisione e determinatezza nella formulazione della disposizione normativa, vi è da sottolineare come il legislatore abbia preferito utilizzare, all'interno dell'art. 570, espressioni dal significato vago e generico. Si noti, ad esempio, nel primo comma della disposizione l'inciso "condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie"; è evidente che si tratti di termini ondivaghi, suscettibili di essere interpretati in modo differente a seconda della sensibilità del giudice. La scelta del legislatore di utilizzare espressioni così generiche, per quanto possa essere sospettata di violazione del principio costituzionale di legalità, sotto il profilo della determinatezza della fattispecie incriminatrice, potrebbe essere intesa, piuttosto, come volontà del legislatore stesso di offrire una norma incriminatrice resistente all'evoluzione socio-culturale dell'istituto della famiglia. Dottrina e giurisprudenza hanno, perciò, tentato di offrire un contenuto più determinato alle condotte descritte dalla norma in questione, ma sul punto non si registra univocità di vedute: secondo una prima opinione, tali condotte sarebbero integrate proprio dalla violazione degli obblighi coniugali e genitoriali descritti dal codice civile; secondo altra opinione, invece, servirebbe un *quid pluris*, riscontrabile, ad esempio, in condotte di incesto che non risultino, però, punibili ai sensi dell'art. 564 c.p., perché non integranti la condizione obiettiva di punibilità del "pubblico scandalo", richiesta da tale norma. Tra le due opinioni, appare preferibile la prima, proprio in ragione di quanto si è detto in precedenza: il legislatore penale interviene con una sanzione di tal fatta, proprio al fine di garantire una tutela più pervicace alla violazione di obblighi, che già sul piano del diritto civile trovano una specifica, ma talvolta insufficiente, tutela.

2. Rapporti tra art. 570 c.p. e art. 12-sexies della legge sul divorzio

Come si è già avuto modo di sottolineare, gli obblighi reciproci gravanti sui coniugi non vengono meno per il solo fatto della separazione o dello scioglimento del matrimonio; in presenza di taluni presupposti, infatti, continua a sussistere un rapporto di tipo prettamente patrimoniale che lega i coniugi, *sub specie* di obbligo di mantenimento, gravante su un coniuge a favore dell'altro, qualora quest'ultimo si trovi in condizioni

economiche di indigenza. Pertanto, il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire, specificamente, per tutelare sul piano penalistico, anche la violazione degli obblighi scaturenti dalla pronuncia giudiziale di separazione, ovvero di scioglimento del matrimonio. L'art. 12-sexies della legge 898/1970 (cd. Legge sul divorzio) interviene sul punto, sancendo che, in caso di omessa corresponsione dell'assegno divorzile, ovvero dell'assegno di mantenimento in favore del figlio (rispettivamente previsti dagli artt. 5 e 6 della medesima legge), "si applicano le pene previste dall'art. 570 c.p."

La disposizione di cui all'art. 12-sexies legge divorzio presenta diversi profili di criticità dal punto di vista del rispetto dei principi di tassatività, determinatezza e precisione, sotto il profilo, in particolare, del trattamento sanzionatorio. Infatti, si presenta come una norma di sostanziale rinvio; ciò appare piuttosto singolare nell'ambito del diritto penale, che si caratterizza (o dovrebbe caratterizzarsi) per una tecnica di redazione delle disposizioni normative piuttosto precisa e puntuale. La questione che, più nello specifico, ha posto tale norma è l'interpretazione da dare al rinvio operato rispetto alle "pene previste dall'art. 570 c.p.". Si è detto, in precedenza, di come l'art. 570 si componga, infatti, di due commi, contenenti tre diverse condotte integranti reato, puniti con diverso trattamento sanzionatorio: il primo comma prevede l'applicazione alternativa di pena detentiva e pena pecuniaria; il secondo comma prevede, invece, l'applicazione congiunta di tali pene. Orbene, poiché l'art. 12-sexies non specifica se il richiamo vada inteso come riferito al trattamento sanzionatorio di cui al primo comma, ovvero di cui al secondo comma, la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate sul punto.

Il primo orientamento che si era formato, sul punto, in seno alla Cassazione riteneva che tale richiamo dovesse intendersi come riferito al secondo comma dell'art. 570 c.p., con conseguente applicazione congiunta delle pene detentiva e pecuniaria, anche in relazione all'omesso versamento dell'assegno divorzile o di mantenimento del figlio. Tale orientamento, giova sottolinearlo, ebbe la sua fortuna nel periodo storico in cui era invalsa l'interpretazione dell'art. 570 come norma recante un'unica fattispecie di reato, e, di conseguenza, l'interpretazione del secondo comma di tale disposizione come una mera circostanza aggravante del medesimo titolo di reato. L'argomentazione principale posta a sostegno di tale orientamento atteneva alla sostanziale identità dell'elemento oggettivo tra la condotta descritta al secondo comma dell'art. 570 c.p. e quella descritta all'art. 12-sexies legge divorzio. Il primo comma della disposizione codicistica sarebbe diretta a sanzionare la violazione di obblighi assistenziali di carattere morale, gravanti

sui coniugi; il secondo comma, invece, sanzionerebbe la violazione di obblighi assistenziali di carattere patrimoniale e, più nello specifico, la violazione dell'obbligo di mantenimento. Appare evidente, in questa ottica, l'identità di tale violazione rispetto al reato omissivo proprio, descritto dall'art. 12-sexies: in entrambi i casi, emerge la violazione di un obbligo, di contenuto economico-patrimoniale, estrinsecantesi nel mantenimento del coniuge in posizione economica più debole.

Il suddetto orientamento è stato, da ultimo, superato da una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 23866 del 2013), che ha sposato la tesi contraria, secondo cui il richiamo operato dall'art. 12-sexies all'art. 570 vada inteso esclusivamente *quoad poenam*, da riferirsi rigorosamente al primo comma della disposizione codicistica. La Suprema Corte sottolinea come l'art. 12-sexies richiami l'art. 570 esclusivamente ai fini della determinazione del trattamento sanzionatorio, individuando, invece, il contenuto oggettivo della fattispecie incriminatrice con riferimento ad elementi del tutto diversi rispetto a quelli indicati dalla disposizione del codice penale. L'art. 570, dal canto suo, individua, come si è già visto, una condotta di carattere estremamente generico, senza fare alcuno specifico riferimento all'omesso versamento di specifici assegni obbligatori per uno dei coniugi; l'art. 12-sexies, invece, determina il precetto penale proprio richiamandosi, *per relationem*, agli assegni obbligatori ai sensi degli artt. 5 e 6 della legge sul divorzio. È di palmare evidenza come si tratti di due norme che incriminano non soltanto condotte diverse, ma anche basate su diverse *rationes*: l'art. 570 si riferisce alla violazione di obblighi solidaristici gravanti sui coniugi, in quanto partecipi del vincolo familiare, in una fase ancora fisiologica dello stesso; l'art. 12-sexies, invece, riguarda la violazione di obblighi (di carattere, peraltro, eventuale) che sorgono soltanto in una fase patologica del vincolo coniugale, ovvero sia quello del suo scioglimento. La diversità oggettiva delle due fattispecie incriminatrici è desumibile anche da un'altra importante circostanza: l'art. 12-sexies è stato introdotto nella legge sul divorzio solo con un intervento riformatore del 1982, prima del quale la giurisprudenza e la dottrina si interrogavano sulla sanzionabilità penale della violazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile; l'orientamento dominante, sul punto, escludeva la possibilità di estendere l'operatività dell'art. 570 c.p. anche alla violazione dell'obbligo di versare l'assegno divorzile, stante il divieto di analogia *in malam partem*. Ed, in effetti, proprio di analogia di tal specie si tratterebbe, laddove si intendesse il richiamo effettuato dall'art. 12-sexies, come riferito al secondo comma della disposizione codicistica. Non soltanto: si violerebbe anche il principio del *favor rei*, che imporebbe, nel dubbio interpretativo, di accogliere l'interpretazione più favorevole al reo. Tale interpretazione

più favorevole, che qui si è imposta, è, pertanto, quella che intende il richiamo di cui all'art. 12-sexies come un richiamo esclusivamente *quoad poenam* (senza alcun riferimento all'oggetto della condotta incriminata, che è completamente differente da quella descritta dall'art. 570), riferito al primo comma di tale disposizione, il quale prevede il trattamento sanzionatorio più favorevole, recante l'applicazione alternativa, e non congiunta, della pena detentiva o della pena pecuniaria.

3. L'intervento del legislatore del 2018, nel rispetto della cd. "riserva di codice"

Con d.lgs. 21 del 2018, il legislatore è intervenuto sul punto, nell'ambito di una più ampia riforma, ispirata dall'intento di riordinare le fattispecie incriminatrici e di ricomprendere all'interno del codice penale. Infatti, la disposizione di apertura di tale decreto legislativo, entrato in vigore il 6 aprile del 2018, introduce nel codice penale l'art. 3-bis, rubricato "Principio della riserva di codice", in virtù del quale, laddove il legislatore intervenga creando nuove fattispecie incriminatrici, queste devono essere contenute nel codice penale, ovvero in leggi speciali che disciplinino organicamente la materia di riferimento. Appare un intervento quanto mai opportuno, in quanto il fenomeno di frammentazione del diritto penale, mediante la proliferazione di leggi speciali assolutamente slegate tra di loro, aveva reso assai difficoltoso il lavoro di ricostruzione dell'interprete, costretto a ricercare la norma concretamente applicabile, in un'infinità di leggi, spesso mal coordinate tra di loro.

Tale intento sembra essere stato perseguito dal legislatore anche in relazione alla questione sopra esposta, relativa alla violazione degli obblighi assistenziali gravanti sui coniugi. Infatti, sul punto, il decreto legislativo in questione ha abrogato l'art. 12-sexies della legge sul divorzio, che, come si è visto, sanciva l'applicazione delle pene previste all'art. 570 c.p. per le ipotesi di omesso versamento dell'assegno divorzile; nonché l'art. 3 della l. 54/2006, che, a sua volta, richiamava l'applicazione dell'art. 12-sexies per le ipotesi di omesso versamento dell'assegno di mantenimento a favore del figlio, in caso di separazione o di divorzio.

In conseguenza della suddetta abrogazione, nel pieno rispetto dello spirito della "riserva di codice", il recente decreto legislativo ha trasposto entrambe le fattispecie incriminatrici in una nuova norma codicistica, l'art. 570-bis, collocata immediatamente dopo l'art. 570. Il nuovo art. 570-bis sancisce che "le pene previste dall'art. 570 si applicano al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del

matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli”. Rispetto a tale disposizione sono tre le osservazioni che possono essere effettuate.

La prima osservazione attiene alla formulazione letterale della nuova disposizione, che appare ispirata dalla volontà del legislatore di farvi rientrare la violazione di ogni tipologia di obbligo gravante sull'ex-coniuge, a seguito della cessazione degli effetti del matrimonio, in conseguenza di una delle tre pronunce menzionate (scioglimento; cessazione degli effetti civili; nullità del matrimonio), senza richiamare espressamente, come faceva l'art. 12-sexies, le specifiche norme della legge sul divorzio che prevedono la corresponsione di tali assegni. Dal punto di vista delle conseguenze, ciò non muta la portata del precetto penale, rispetto alla precedente formulazione.

In secondo luogo, è possibile osservare come il legislatore non abbia inteso risolvere, con tale intervento di riforma, uno dei problemi sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nei decenni precedenti: la condotta di violazione dell'obbligo di mantenimento del figlio, da parte del genitore non sposato, può essere egualmente sussunta nelle fattispecie incriminatrici qui in esame? Sul punto, infatti, a fronte di un granitico orientamento negativo della giurisprudenza, che aveva fermamente ritenuto legittima la limitazione della tutela penale alle sole ipotesi di omesso mantenimento del figlio, da parte del genitore coniugato; si registra un recente intervento della Cassazione (n. 14732 del 2018), che ha, invece, ritenuto un'irragionevole disparità di trattamento, come tale contraria all'art. 3 Cost., la limitazione della tutela penalistica alle sole ipotesi di omesso versamento dell'assegno di mantenimento al figlio, da parte del genitore coniugato, a fronte di un obbligo costituzionalmente garantito di mantenimento dei figli, che grava sui genitori, indipendentemente dalla circostanza che il figlio sia nato o meno in costanza di matrimonio. Ciononostante, il legislatore del 2018 non sembra aver preso posizione in questo secondo senso, stante l'utilizzo del termine “coniuge”, per indicare il soggetto attivo del reato in questione. Bisognerebbe, piuttosto, comprendere se l'estensione del precetto penale anche al genitore non coniugato possa intendersi come mera interpretazione estensiva, come tale ammessa, ovvero come interpretazione analogica, assolutamente vietata nel nostro ordinamento.

Ultima osservazione da svolgere, proprio alla luce di quanto si è detto in precedenza rispetto ai rapporti tra art. 12-sexies e art. 570, attiene alla scelta operata dal legislatore relativamente al trattamento sanzionatorio applicabile al reato di “nuovo conio” (o

meglio, di nuova trasposizione nel codice penale). Il problema principale, come si è visto, atteneva proprio al rinvio secco operato dall'art. 12-sexies alle "pene previste dall'art. 570 c.p.", senza che fosse specificato se tale rinvio dovesse intendersi come riferito al primo o al secondo comma della suddetta norma. Auspicabile, in tal senso, sarebbe stato un chiarimento del legislatore che, intervenendo espressamente sul punto, indicasse specificamente il trattamento sanzionatorio applicabile al reato di omesso versamento dell'assegno divorzile, ovvero dell'assegno di mantenimento a favore del figlio. Tuttavia, tale chiarimento non è intervenuto con il decreto legislativo qui in commento; il legislatore, piuttosto, ha preferito utilizzare nuovamente una tecnica di rinvio ("Le pene previste dall'art. 570 si applicano..."), analoga a quella utilizzata nell'art. 12-sexies, lasciando tuttora nel dubbio la riferibilità di tale rinvio al primo o al secondo comma della disposizione codicistica.

Ciononostante, e sebbene sia opportuno attendere le prime applicazioni giudiziali della nuova disposizione introdotta, si può ritenere il problema risolvibile mediante gli esiti interpretativi già raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità, in riferimento all'art. 12-sexies. Si è detto, infatti, di come le Sezioni Unite della Cassazione abbiano operato un netto revirement nel 2013, rispetto all'orientamento tradizionale sviluppatosi sul punto, sottolineando come il reato di cui all'art. 12-sexies debba essere punito secondo il trattamento sanzionatorio previsto al primo comma dell'art. 570 c.p., ovvero sia mediante l'applicazione alternativa della pena pecuniaria ovvero della pena detentiva. Tale interpretazione offerta dalla Cassazione appare assolutamente compatibile con la formulazione, pressoché riproduttiva della lettera dell'art. 12-sexies, del nuovo art. 570-bis. Pertanto, anche in relazione a tale innovazione legislativa, si può ritenere il rinvio operato come riferibile al primo comma dell'art. 570: dunque, la violazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di divorzio (o di ogni altro assegno discendente da una pronuncia di cessazione del matrimonio, ovvero di nullità), ovvero degli obblighi di mantenimento dei coniugi in caso di separazione o di affidamento congiunto dei figli sarà punibile, alternativamente, con la reclusione fino a un anno, o con la multa da 103 a 1032 €.

LA DISCREZIONALITÀ TECNICA, IL VIZIO DI ECCESSO DI POTERE E L'AMPIEZZA DEL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Breve analisi sulla discrezionalità della pubblica amministrazione quale oggetto di sindacato da parte del giudice amministrativo

Elisa D'aveni - Pubblicazione, martedì 17 aprile 2018
Redattore: Massimiliano Pace

Sommario: 1. Legalità, discrezionalità e merito amministrativo; 2. Tipologie di discrezionalità; 2.1. Discrezionalità tecnica e raffronto con altri istituti; 3. Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica; 4. Conclusioni.

1. Legalità, discrezionalità e merito amministrativo.

In omaggio al principio di legalità, la pubblica amministrazione pone in essere un'attività di cura concreta degli interessi pubblici individuati dalla legge. A tal fine, infatti, la legge conferisce all'amministrazione il potere pubblicistico da esercitare nel rispetto dei contenuti e dei limiti fissati dalla stessa norma attributiva, insieme a quelli ricavabili dai principi generali che sorreggono l'azione amministrativa. Il potere amministrativo, quindi, non è mai totalmente libero; all'opposto, l'amministrazione è tenuta, da un lato, a mantenere la propria attività nei confini della legalità e, dall'altro lato, a non distogliere il proprio operato dal fine per il quale il potere è stato conferito. È evidente, quindi, la differenza con l'autonomia negoziale dei privati, le cui scelte sono certamente più libere se e in quanto prive di vizi e provenienti da un soggetto capace.

Al contempo, però, l'azione amministrativa presenta di norma una componente di merito. Più precisamente, per merito amministrativo si intende il margine di scelta di cui la pubblica amministrazione gode nell'esercitare il potere pubblicistico. La cura concreta dell'interesse pubblico, difatti, si risolve nella scelta della soluzione migliore per il caso specifico, la quale inevitabilmente tiene conto delle peculiarità della situazione su cui l'amministrazione intende intervenire. In altri termini, l'eterogeneità delle situazioni rende necessaria una certa adattabilità delle soluzioni, il che, secondo autorevole dottrina, lungi dal contrapporsi al principio di legalità nella sua accezione sostanziale, rappresenta l'essenza stessa dell'amministrare.

Ebbene, il concetto di merito è strettamente collegato al carattere discrezionale dell'attività amministrativa. Più l'attività è discrezionale, più ampia sarà l'area del merito; diversamente, in presenza cioè di un potere vincolato, il merito si restringe, sino eventualmente ad annullarsi ove il potere risulti integralmente soggetto a vincoli normativi.

A ciò si ricollegano delle ricadute pratiche di non poco conto: il merito amministrativo, infatti, non è sindacabile da parte del giudice amministrativo, il quale - salvi i casi eccezionali di giurisdizione estesa per l'appunto al merito ex art. 134 c.p.a. - può pronunciarsi soltanto sulla legittimità o meno dell'agere pubblicistico e dunque sul rispetto da parte dell'amministrazione titolare del potere delle regole di legittimità poste dalla norma attributiva e dai principi generali del diritto amministrativo. Non è quindi ammesso un sindacato di tipo sostitutivo da parte del giudice sul margine di scelta che la legge, in misura più o meno ampia, riserva alla pubblica amministrazione, pena la realizzazione di un eccesso di potere giurisdizionale censurabile ex art. 111, comma 8, Cost., nell'interpretazione datane dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite.

Sintetizzando i termini del discorso, la discrezionalità amministrativa si risolve nell'adozione di soluzioni dettate da ragioni di convenienza e opportunità e implica, sotto il profilo della tutela giurisdizionale del privato, l'insindacabilità delle scelte così effettuate. Tra tutte le soluzioni astrattamente possibili, ragionevoli e rispettose del dato normativo, infatti, la pubblica amministrazione individua la modalità che ritiene essere la più adatta per soddisfare l'interesse pubblico tutelato. Ciò avviene all'esito di un'attenta ponderazione degli interessi in gioco, sia pubblici (primari e secondari), sia privati e nel rispetto del principio del minor sacrificio possibile di questi ultimi. L'esercizio del potere discrezionale avviene pertanto nel rispetto di regole, oltre che di legittimità, anche di merito e attua il principio di legalità nella misura in cui si traduce in scelte ragionevoli e adeguate a soddisfare l'interesse pubblico primario perseguito.

2. Tipologie di discrezionalità.

Chiarita la nozione di discrezionalità amministrativa e il rapporto intercorrente tra la stessa e il principio di legalità da un lato, e il merito amministrativo dall'altro, è bene adesso soffermarsi su alcune distinzioni che caratterizzano la materia oggetto di esame.

In primo luogo, la discrezionalità amministrativa può essere tale in astratto, ma non anche in concreto. Talvolta, infatti, accade che il margine di scelta riservato all'amministrazione dalla norma attributiva del potere si riduca in conseguenza

dell'attività istruttoria posta in essere. In particolare, ciò si verifica quando, acquisiti tutti gli elementi rilevanti per il caso di specie e ponderati gli interessi in gioco, residui una sola soluzione passibile di scelta poiché l'unica possibile in termini di legalità, ragionevolezza e opportunità. Si parla, al riguardo, di discrezionalità in astratto e di vincolatezza in concreto.

Inoltre, il venir meno della discrezionalità può essere dovuto anche a un autovincolo che la pubblica amministrazione stessa si impone.

In secondo luogo, la discrezionalità amministrativa si divide in pura e tecnica. Si ha discrezionalità amministrativa pura quando la norma attributiva del potere pubblicistico riserva in capo all'amministrazione un certo margine di scelta, che, a seconda dei casi, può riguardare l'*an*, il *quid*, il *quomodo* o il *quando* dell'azione amministrativa. Trattasi della definizione che normalmente si dà di discrezionalità amministrativa.

Diversamente, si ha discrezionalità c.d. tecnica nel caso in cui la pubblica amministrazione è chiamata ad accertare e a qualificare dei fatti sulla base di criteri tecnico-scientifici, cui la norma attributiva del potere rinvia. Per vero, in dottrina si è aspramente criticato l'utilizzo del termine discrezionalità in relazione a siffatte ipotesi; ciò in quanto la discrezionalità tecnica non implica un potere di scelta tra più soluzioni possibili, traducendosi piuttosto nella semplice verifica, da condurre alla stregua di parametri tecnici, che in concreto sussistano i presupposti legislativi per l'adozione di una certa decisione. Più propriamente, quindi, la discrezionalità tecnica rappresenta una valutazione tecnica che la pubblica amministrazione è chiamata a effettuare in forza di una norma contenente concetti giuridici indeterminati e che faccia rinvio a regole scientifiche per applicarli. Tuttavia, si è osservato, l'utilizzo del termine discrezionalità storicamente si giustifica alla luce dell'esigenza di escludere un sindacato esterno in capo al giudice anche in relazione a siffatte ipotesi, e poggia sull'assunto per cui le predette tipologie di discrezionalità si differenzino soltanto in punto di oggetto: scelta di opportunità da un lato e scelta in applicazione di parametri tecnici dall'altro.

2.1. Discrezionalità tecnica e raffronto con altri istituti.

Ciò che caratterizza la discrezionalità tecnica è, a tutta evidenza, il ricorso da parte dell'amministrazione titolare del potere, a regole tecnico-scientifiche dai risultati non certi e non univoci. Così, nell'applicare siffatte regole, l'attività amministrativa giunge a esiti opinabili, più che opportuni o inopportuni, e si caratterizza per un'inevitabile

soggettività della decisione finale, la quale può essere vagliata esclusivamente in termini di attendibilità.

In quest'ottica, la discrezionalità tecnica va tenuta distinta non solo dalla discrezionalità amministrativa pura, ma altresì dai cc.dd. *meri accertamenti tecnici*, nell'ambito dei quali si procede all'applicazione di regole tratte da scienze esatte e che dunque consentono di giungere a risultati certi, oggettivi, ripetibili. Ne deriva la piena sindacabilità da parte del giudice (ordinario, secondo i più) degli accertamenti in esame, senza invasione degli spazi riservati alla pubblica amministrazione.

È bene ricordare, infine, che il carattere puro e quello tecnico della discrezionalità amministrativa possono coesistere. Si parla, a tal proposito, di discrezionalità mista, al contempo cioè amministrativa e tecnica. Alla base di tale assunto, la considerazione per cui le distinte componenti in esame siano destinate a operare in momenti diversi: una volta effettuata la verifica tecnica, infatti, si rimette alla pubblica amministrazione la scelta della misura più idonea a soddisfare l'interesse pubblico primario tra quelle che in concreto residuino. Così, la discrezionalità è in un primo momento tecnica, per poi atteggiarsi a pura all'atto della decisione finale.

3. Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica.

Da sempre si discute circa l'ampiezza da riconoscere al sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità di tipo tecnico. Al riguardo, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è sviluppato lungo due opposti filoni, l'uno più risalente, l'altro più moderno.

Una premessa è d'obbligo. Con riferimento alla discrezionalità pura, la questione del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere discrezionale ha risentito dell'evoluzione del processo amministrativo, a sua volta dipesa dall'acquisita connotazione sostanziale dell'interesse legittimo.

In origine, infatti, il processo amministrativo aveva natura essenzialmente impugnatoria: l'unica tutela esperibile innanzi al giudice amministrativo era l'azione di un annullamento dell'atto amministrativo poiché l'interesse legittimo del privato si sostanziava nell'interesse alla legalità dell'azione amministrativa. Tale interesse poteva essere soddisfatto soltanto attraverso la verifica della legittimità dell'atto e l'eventuale caducazione di quest'ultimo, ove affetto da vizi, in specie da incompetenza e da violazione di legge. Così, la giurisprudenza amministrativa raramente ricorreva al vizio

dell'eccesso di potere.

L'acquisita connotazione sostanziale dell'interesse legittimo, tuttavia, ha determinato una radicale trasformazione del giudizio amministrativo. Oggi, l'interesse legittimo si identifica con l'interesse a conservare o a ottenere un bene della vita che è al contempo oggetto di potere pubblicistico. Trattasi, più precisamente, di una posizione giuridica soggettiva facente capo al privato e meritevole di tutela diretta da parte dell'ordinamento, al pari del diritto soggettivo.

Pertanto, a fronte dell'esigenza di offrire una tutela giurisdizionale effettiva anche all'interesse legittimo, l'ordinamento ha accolto il principio di pluralità e atipicità delle tutele esperibili innanzi al giudice amministrativo. Quanto ai vizi da far valere in sede di annullamento, poi, la giurisprudenza ha iniziato a valorizzare sempre più il ricorso all'eccesso di potere, divenuto uno strumento di fondamentale importanza per contestare la violazione dei limiti inerenti all'attività discrezionale, nonostante l'assenza di norme positive che li consacrassero.

L'elaborazione di numerose figure sintomatiche di eccesso di potere ha quindi permesso di sindacare l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, sì da tutelare in modo effettivo le pretese sostanziali del privato. In quest'ottica, si è assistito all'ampliamento dell'area di legittimità scrutinabile dal giudice attraverso la verifica della presenza di eventuali vizi logici o di incongruenze riconducibili alle figure sintomatiche di eccesso di potere; al contempo, però, il merito è rimasto insindacabile, non essendovi alcun motivo per preferire una valutazione di opportunità (quella del giudice), ad un'altra, ovvero quella iniziale dell'amministrazione.

Analoghe considerazioni sono state svolte in relazione alla discrezionalità tecnica, che, come anticipato, pur non essendo una discrezionalità vera e propria, storicamente è stata definita tale nel preciso intento di sottrarla al sindacato del giudice amministrativo.

Con specifico riferimento alla discrezionalità tecnica, però, il dibattito sull'ampiezza del sindacato giurisdizionale è andato oltre. Ci si è interrogati, infatti, sulla possibilità per il giudice amministrativo di vagliare o meno la correttezza dei criteri utilizzati dall'amministrazione e del metodo applicativo seguito, se del caso sostituendo il proprio giudizio tecnico a quello della pubblica amministrazione. Sono stati così affrontati due principali problemi: il primo riguardante l'ampiezza da riconoscere al sindacato del giudice; il secondo concernente l'intensità del sindacato stesso.

Quanto al primo problema, l'evoluzione giurisprudenziale ha conosciuto essenzialmente due fasi.

In un primo momento, si è ritenuto che il sindacato giurisprudenziale sulla discrezionalità tecnica potesse essere soltanto estrinseco, al pari di quello ammesso sulla discrezionalità pura. Alla base, il già ricordato assunto per cui discrezionalità pura e discrezionalità tecnica si distinguessero soltanto in punto di oggetto, presupponendo entrambe una scelta propria dell'amministrazione. Di conseguenza, il giudice amministrativo, cui non era consentito entrare nel merito di tale scelta, tecnica o di opportunità che fosse, poteva pronunciarsi soltanto sulla legittimità, sulla logicità e sulla formale congruenza rispetto al fine perseguito dalla soluzione dell'amministrazione. Si parlava, a tal proposito, di sindacato solo estrinseco del giudice amministrativo.

Successivamente, tuttavia, si è assistito a un importante mutamento di prospettiva. Nel 1999, infatti, per la prima volta la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto al giudice amministrativo un sindacato più penetrante sulla valutazione tecnica operata dalla pubblica amministrazione. A sostegno, l'idea per cui l'apprezzamento di tutti gli elementi posti a fondamento della decisione, tra cui rientrano anche le valutazioni tecniche, fosse attinente alla legittimità, e non al merito, del provvedimento amministrativo; se, per contro, i suddetti elementi esulassero dallo scrutinio giurisdizionale, si assisterebbe a una palese violazione dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di parità processuale delle parti *ex art. 111 Cost.*

L'opinione prevalente è oggi nel senso di sposare quest'ultima impostazione. Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica, pertanto, non è più soltanto estrinseco, limitato cioè alla logicità e alla congruenza dell'esercizio del potere, ma si spinge sino a valutare la decisione medesima in termini di attendibilità. Nel far ciò, il giudice verifica il corretto utilizzo dei parametri tecnico-scientifici cui la norma attributiva del potere fa rinvio e il procedimento applicativo seguito dall'amministrazione; a tal fine, ci si serve dello strumento processuale della consulenza tecnica, già ammessa con L. 205/2000 e oggi prevista dall'art. 67 c.p.a., sebbene alla stessa possa farsi ricorso nei soli casi in cui risulti indispensabile.

Posto che il giudice può sindacare l'applicazione dei parametri tecnico-scientifici, dottrina e giurisprudenza hanno infine affrontato l'ulteriore problema dell'intensità da riconoscere al suddetto sindacato, sotto il profilo di una sua eventuale sostituzione alle determinazioni della pubblica amministrazione.

Al riguardo, si sono contrapposti due orientamenti.

Secondo un primo orientamento, il sindacato intrinseco avrebbe natura forte, sì da consentire al giudice amministrativo di ripetere la valutazione tecnica operata dalla pubblica amministrazione e di pronunciare, all'esito di siffatta ripetizione, una sentenza che si sostituisca al provvedimento impugnato.

Per altra impostazione, invece, il giudice non sarebbe titolare di un potere sostitutivo e, pertanto, non potrebbe sostituire la propria valutazione tecnica a quella dell'amministrazione, poiché entrambe ugualmente opinabili. In questo senso, il suo sindacato sarebbe solo debole.

Oggi, dottrina e giurisprudenza si mostrano concordi nel ritenere che il sindacato del giudice amministrativo, sebbene intrinseco, abbia natura necessariamente debole. In particolare, il tema è stato a più riprese affrontato in relazione agli atti emessi dalle autorità amministrative indipendenti, e da ultimo approfondito da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione nel 2014, le quali hanno in proposito evidenziato che la verifica dei fatti posti a fondamento della decisione - benché si estenda anche ai profili tecnici - non può tuttavia spingersi sino a sostituire l'apprezzamento del giudice a quello dell'Autorità ove quest'ultima, nell'effettuare le proprie valutazioni tecniche, non abbia esorbitato i margini di opinabilità che connotano la decisione tecnica stessa.

4. Conclusioni.

In conclusione, la valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, che trova fondamento in Costituzione e che è stato indubbiamente accolto dal codice del processo amministrativo, ha portato, nel tempo, a rendere più penetrante il sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'amministrazione frutto di discrezionalità tecnica.

Invero, la valutazione tecnica non implica alcun potere di scelta; essa si sostanzia, piuttosto, nell'accertamento di fatti, i quali, essendo posti a fondamento della decisione, attengono alla legittimità del provvedimento e non al merito dello stesso, il che giustifica un sindacato del giudice in termini di attendibilità del risultato scientifico cui l'amministrazione è pervenuta.

Riferimenti giurisprudenziali

Cons. Stato, sent. n. 601/1999
Cons. Stato, sent. n. 3900/2013
Cons. Stato, sent. n. 1673/2014
Cons. Stato, sent. n. 2302/2014
Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 2312/2012
Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 1013/2014

LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEL MARCHIO NON REGISTRATO

Il marchio di fatto è proprietà industriale e le relative controversie rientrano nella competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa (Cass., Sez. VI Civ., ord. 12 febbraio 2018, n. 3399)

Ilaria Mola - Pubblicazione, mercoledì 18 aprile 2018
Redattore: **Emmanuel Luciano**

Sommario: 1. Premessa; 2. Il marchio di fatto nel codice della proprietà industriale; 3. Conclusioni

1. Premessa

La Sezione Sesta Civile della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 3399 del 12 febbraio 2018^[1], ha affermato che il marchio di fatto, anche se specificamente disciplinato con riferimento alla rilevanza del preuso, gode di una tutela giurisdizionale non diversa da quella del marchio registrato e le relative controversie rientrano, pertanto, nella competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.

Come si precisa nella pronuncia in commento, la formulazione generalissima dell'art. 1 c.p.i.^[2], che nell'espressione "proprietà industriale"^[3] ricomprende "marchi ed altri segni distintivi", consente di estendere la tutela ai marchi di fatto. Ancor più espressamente, l'art. 2 c.p.i. stabilisce che sono protetti "i segni distintivi diversi dal marchio registrato", ricorrendone i presupposti di legge^[4]. Ne consegue che anche le controversie relative ai marchi non registrati devono essere attribuite alle sezioni specializzate in materia di impresa^[5], ai sensi dell'art. 134 c.p.i. competenti per i procedimenti in materia di proprietà industriale e concorrenza sleale, "con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono, neppure indirettamente, con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale"^[6].

Conviene chiarire che la "non interferenza", criterio attributivo della competenza *ex art.* 134 c.p.i., deve essere valutata in modo restrittivo e va affermata nei soli casi in cui, in base alle prospettazioni o alle difese delle parti, non risulti esserci alcuna sovrapposizione tra la fattispecie legale concorrenziale dedotta in giudizio e l'eventuale pretesa di diritti esclusivi^[7]. In sostanza, l'interferenza ci sarà ogni volta che la domanda

di concorrenza sleale sia accessoria a quella di tutela della proprietà industriale ed altresì qualora debba per forza verificarsi se sia pregiudicato un diritto di esclusiva^[8]: sono, ad esempio, le ipotesi di concorrenza sleale per imitazione servile o appropriazione di pregi^[9]. Restano, invece, attribuite alla cognizione del giudice ordinario le fattispecie di concorrenza sleale c.d. pura, vale a dire quei casi in cui la denunciata condotta non richieda nemmeno indirettamente l'accertamento dell'esistenza di un diritto di privativa^[10].

Dunque, il marchio non registrato può trovare tutela nel codice della proprietà industriale, che appresta garanzie reali rinforzate da uno speciale assetto processuale e sanzionatorio. C'è, tuttavia, da domandarsi in quale misura la mancanza di formalità possa incidere sulle concrete *chances* di difendere efficacemente l'esclusiva.

2. Il marchio di fatto nel codice della proprietà industriale

Valga qui come premessa che, ai sensi dell'art. 2569 comma 1 c.c., chi ha registrato nelle forme stabilite dalla legge un nuovo marchio, dotato di originalità e capacità distintiva, ha “diritto di valersene in modo esclusivo” per contrassegnare i prodotti o servizi in relazione ai quali la registrazione è stata effettuata. Per le ipotesi di mancanza di registrazione, il comma 2 della norma rinvia all'art. 2571 c.c., in base al quale chi ha fatto uso di marchio non registrato ha la “facoltà di continuare ad usarne”, nei limiti del preuso, nonostante la registrazione da altri successivamente ottenuta.

Con riferimento alla disciplina tipica della proprietà industriale, l'art. 15 c.p.i. stabilisce che “i diritti esclusivi (...) sono conferiti con la registrazione”. E anche l'art. 20 c.p.i. sembra garantire soltanto al titolare di marchio registrato “l'uso esclusivo”, con “diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso”, di usare un segno identico o simile per prodotti uguali o affini, oppure anche non affini se contrassegnati da marchio celebre^[11].

Secondo l'opinione per la quale l'utente di fatto non disporrebbe di un diritto esclusivo pari a quello sul marchio registrato^[12], la protezione potrebbe soltanto essere indiretta in funzione della tutela dell'attività d'impresa^[13] ai sensi dell'art. 2598 n. 1 c.c., a fronte di atti di concorrenza sleale per uso confusorio di segno distintivo uguale o simile^[14]. Nelle ipotesi di violazione di marchio registrato, invece, il titolare potrà esperire la speciale azione di contraffazione: ai fini della tutela, basterebbe il mero fatto dell'illecita adozione del segno, a prescindere da una relazione di concorrenza^[15].

Ad ogni modo, al marchio di fatto possono senz'altro estendersi le norme del codice della proprietà industriale che non prevedono la registrazione come presupposto applicativo espresso, facendo invece riferimento generico ai diritti di proprietà industriale: in sintesi, le disposizioni sulla giurisdizione e sulla competenza, la tutela cautelare speciale e le sanzioni tipiche. Perciò, oltre alla tutela *ex artt.* 2598, 2599 e 2600 c.c., saranno applicabili anche in via cautelare le misure della descrizione e sequestro (artt. 129 e 130 c.p.i.) e dell'inibitoria (art. 131 c.p.i.), nonché gli strumenti d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c. Il titolare di marchio di fatto potrà poi ottenere la dichiarazione di nullità del marchio posteriore (art. 122 c.p.i.), l'ordine di ritiro dal commercio e gli altri provvedimenti sanzionatori speciali (artt. da 124 a 127 c.p.i.).

Ciò detto, l'art. 12 comma 1 c.p.i.[\[16\]](#) afferma che “non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni che alla data del deposito della domanda siano identici o simili ad altro segno già noto come marchio o segno distintivo di prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell'identità o somiglianza tra i segni e dell'identità o affinità fra i prodotti o servizi possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione”. In particolare, “si considera noto il marchio che ai sensi dell'art. 6bis della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale (...) sia notoriamente conosciuto presso il pubblico interessato”, anche in forza della notorietà acquisita nello Stato attraverso l'attività promozionale. Invece, “l'uso precedente del segno, quando non importi notorietà di esso o importi notorietà puramente locale, non toglie la novità, ma il terzo preutente ha diritto di continuare nell'uso del marchio, anche ai fini della pubblicità, nei limiti della diffusione locale”, nonostante la registrazione successiva altrui.

Per quanto concerne la rilevanza giuridica del preuso, elemento costitutivo del diritto sul marchio di fatto[\[17\]](#), la giurisprudenza sostiene che l'uso deve essere “ampio, costante ed esteso a tutto il territorio nazionale”[\[18\]](#). Invero, “la tutela del marchio non registrato (...) trova fondamento nella funzione distintiva che esso assolve in concreto, per effetto della notorietà presso il pubblico, e pertanto presuppone la sua utilizzazione effettiva”[\[19\]](#).

Dunque, questo significa che soltanto il preuso di un marchio di fatto con notorietà generale comporta tanto il diritto all'uso esclusivo del segno distintivo da parte del preutente, quanto l'invalidità del marchio successivamente registrato ad opera di terzi, “venendo in tal caso a mancare (...) il carattere della novità, che costituisce condizione

per ottenere validamente la registrazione”[20]. Al contrario, il preuso locale di un marchio di fatto attribuisce al preutente la facoltà di continuare ad usarlo nel medesimo ambito territoriale, ma non anche il diritto di vietare al successivo registrante l’utilizzazione dello stesso marchio[21].

Sul piano processuale, può risultare poco agevole la prova del preuso, non soccorrendo alcuna presunzione di valida costituzione del marchio non registrato[22]. Invero, è il preteso titolare che deve dimostrare la validità del segno[23], provando di averne fatto un uso attuale, effettivo ed ininterrotto[24]. E provare l’uso del segno non basta, essendo peraltro necessario dimostrarne la notorietà sul mercato, vale a dire la forza distintiva ed attrattiva[25]: in particolare, la giurisprudenza prevalente richiede una diffusione ultralocale degli affari, tale da far presumere la conoscenza del marchio da una porzione non trascurabile di consumatori[26].

Il riscontro del preuso e della notorietà generale potrà essere fornito mediante testimonianze[27], documenti (soprattutto fatture[28], ma anche cataloghi e listini[29], pubblicità su riviste non locali, fotografie, spot televisivi e ricerche di mercato[30]), presunzioni[31]. Occorrerà insomma determinare chiaramente, attraverso qualsiasi mezzo, la collocazione temporale e territoriale dell’uso di fatto. Se tale certezza non dovesse essere raggiunta, il dubbio si risolverà a svantaggio del preteso titolare.

3. Conclusioni

Volendo tirare le somme, anche il marchio di fatto costituisce “proprietà industriale”[32]. La registrazione non è d’altronde obbligatoriamente richiesta dall’ordinamento, potendo l’imprenditore costituire validamente il proprio marchio attraverso l’uso fattuale del segno distintivo e magari registrarlo in un secondo momento.

L’esclusiva sul marchio di fatto resta tuttavia circoscritta al preuso e alla notorietà generale del segno, il perfezionamento dei quali deve essere dimostrato dal preteso titolare del diritto, nei termini che si sono detti. È quindi innegabile che la protezione risulti più estesa ed intensa per il marchio registrato, anche in ragione della maggiore certezza probatoria che la formalità innegabilmente conferisce.

Alla fine dei conti, un marchio non registrato può rivelarsi molto meno competitivo sul mercato, con conseguente riduzione della sua capacità di produrre reddito[33]. Non va però taciuto che ciò che induce l’imprenditore ad omettere la registrazione potrebbe essere proprio un calcolo di convenienza economica: i costi non sono irrisori. Tanto più

oggi che le infinite possibilità di comunicazione e connessione – il web, i social networks, i canali dedicati – offrono una larghissima, per non dire praticamente globale, diffusione e riconoscibilità.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cass., Sez. VI Civ., ord. 12/2/2018 (ud. 16/1/2018), n. 3399, Pres. Scaldaferrì, Rel. Dolmetta.

[2] Codice della proprietà industriale (d. lgs. 10/2/2005, n. 30, modificato dal d. lgs. 13/8/2010, n. 131).

[3] Nell'interpretazione data da Cons. Stato, Ad. Gen., parere 25/10/2004, punto 17, il riferimento è a tutti "i diritti di proprietà aventi contenuto intellettuale, natura immateriale, nonché attitudine ad essere sfruttati industrialmente". La previsione appare senz'altro conforme all'Accordo TRIPS (= *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, firmato a Marrakech il 15/4/1994 e ratificato dall'Italia con l. 29/12/1994, n. 747), che impone agli Stati aderenti di garantire livelli minimi di tutela. Ma l'ampiezza della formulazione è criticata da L.C. Ubertazzi, *Osservazioni preliminari sul codice della proprietà industriale*, in *Contratto e impresa*, 2, 2004, p. 823.

[4] Il marchio di fatto deve possedere carattere distintivo e tutti i requisiti di novità, originalità e liceità richiesti per il marchio registrato: da ultimo, Cass., Sez. I Civ., 1/2/2018, n. 2499. Come scrive M.S. Spolidoro, *La registrazione e il rinnovo del marchio*, Torino, 1998, p. 133, "non può dar luogo ad un diritto di esclusiva l'uso di fatto di un segno distintivo che non potrebbe essere validamente registrato da chi lo impiega nella sua attività imprenditoriale".

[5] I tribunali delle imprese, istituiti per effetto dell'art. 2 d. l. 24/1/2012, n. 1 (convertito, con modificazioni, in l. 24/3/2012, n. 27), hanno sostituito le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale di cui al d. lgs. 27/6/2003, n. 168, competenti – tra l'altro – per le controversie aventi ad oggetto marchi (nazionali, internazionali e comunitari), nonché per le fattispecie di concorrenza sleale interferenti con i diritti di esclusiva industriale. Per un approfondimento, P. Celentano, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*, in *Le società*, 7, 2012, p. 805.

[6] Ai sensi dell'art. 134 c.p.i., rientrano altresì nella competenza dei tribunali delle imprese le controversie in materia di illeciti afferenti all'esercizio dei diritti di proprietà industriale ai sensi della l. n. 287/1990 e degli artt. 81 e 82 del Trattato istitutivo della Comunità Europea nonché, in generale, le controversie in "materie che presentano ragioni di connessione, anche impropria, con quelle di competenza delle sezioni specializzate".

[7] Cass., Sez. I Civ., ord. 14/6/2010, n. 14251.

[8] Così Cass., Sez. I Civ., ord. 9/4/2008, n. 9167.

[9] *Ex plurimis*, Trib. Napoli, 1/7/2007.

[10] Ancora Cass., Sez. I Civ., ord. 9/4/2008, n. 9167 e, similmente, Cass., Sez. I Civ., 18/5/2010, n. 12153. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Bologna, 14/5/2004.

[11] La particolare protezione del marchio celebre è giustificata in ragione della maggiore capacità attrattiva esercitata dalla rinomanza, che può facilmente spingere all'imitazione e all'appropriazione. L'associazione tra marchi può in effetti condizionare le preferenze del pubblico, tendente a ricollegare al marchio celebre un prodotto di qualità e convincendosi così all'acquisto: Cass., Sez. I Civ., 27/5/2013, n. 13090. Secondo Cass., Sez. I Civ., 21/10/1988, n. 5716, deve escludersi la configurabilità di atti di concorrenza sleale o contraffazione se il marchio celebre è utilizzato in un settore merceologico ben distinto, perché ad esempio "un consumatore di media avvedutezza percepisce immediatamente che le sigarette Mercedes non

possono provenire dalla medesima fonte produttiva che fabbrica automobili”.

[12] Per tutti, V. Mangini, *Il marchio e gli altri segni distintivi*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1982, p. 80, che osserva “il legislatore menziona i diritti di esclusiva soltanto in relazione all’ipotesi di marchio brevettato, mentre, con riferimento al marchio di fatto e nell’eventualità di notorietà puramente locale, non va oltre il riconoscimento, a favore del preutente, della facoltà di continuare l’uso nei limiti della diffusione precedente” e pure nei casi di notorietà generale viene concessa al preutente la “facoltà di chiedere la nullità, per mancanza di novità, della registrazione concessa ad un terzo sullo stesso marchio per merci uguali o simili (...) senza che sia mai stata fatta menzione della nascita di un diritto di esclusiva”.

[13] Secondo M. Ammendola, *Considerazioni sulla tutela concorrenziale del c.d. “diritto” sul marchio non registrato*, in *Riv. dir. ind.*, 1977, p. 345 ss., il marchio di fatto non avrebbe alcuna rilevanza giuridica in sé, essendo “protetto in via ‘incidentale’ alla stregua di una qualsiasi componente dell’aspetto esteriore del prodotto”.

[14] Ai sensi dell’art. 10bis della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, costituisce concorrenza sleale “ogni atto contrario agli usi onesti in materia industriale o commerciale” e devono intendersi vietati, in particolare, “tutti i fatti di natura tale da ingenerare confusione, qualunque ne sia il mezzo, con lo stabilimento, i prodotti o l’attività industriale o commerciale di un concorrente”. Atti di confusione sono cioè quelli idonei a confondere il pubblico sulle caratteristiche merceologiche dei prodotti o servizi offerti: *ex plurimis*, Cass., Sez. I Civ., 4/11/1998, n. 11047. Così, ricorre un’ipotesi di concorrenza sleale per confusione qualora i servizi o prodotti siano assimilabili a quelli forniti dal titolare del marchio: Trib. Roma, 2/8/1997. Ad esempio, anche l’appropriazione del marchio celebre altrui come nome a dominio rappresenta una fattispecie di concorrenza sleale, in violazione delle norme che impongono agli imprenditori la correttezza e la lealtà dei comportamenti: Trib. Viterbo, 24/1/2000; *contra* Trib. Cagliari, 28/2/2000, secondo cui l’uso di un rinomato marchio di fatto altrui come nome a dominio integra gli estremi della contraffazione.

[15] Così Trib. Trento, 15/1/2013, per cui “ai fini della tutela speciale (l’azione di contraffazione) sarà sufficiente l’astratta confondibilità derivante dall’affinità tra i prodotti”, mentre la concorrenza sleale richiede un “pericolo confusorio concreto”. Contrariamente, per A. Vanzetti – V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2012, p. 243, entrambe le azioni (di contraffazione e di concorrenza sleale) richiedono l’identità o l’affinità merceologica, quindi la confondibilità concreta.

[16] Pedissequamente al disposto degli artt. 9 e 17 della legge marchi.

[17] Trib. Torino, 5/11/2011: “la fattispecie costitutiva del diritto sul marchio di fatto non comprende l’invenzione o l’ideazione o la scelta del segno distintivo, ma esclusivamente l’uso”.

[18] *Ex plurimis*, Trib. Torino, 22/4/2016.

[19] Ne consegue che “la tutela medesima non è esperibile in rapporto a segni distintivi di un’attività d’impresa mai (o da lungo tempo non) esercitata dal preteso titolare”: Cass., Sez. I Civ., 13/5/2016, n. 9889.

[20] Cass., Sez. I Civ., 20/5/2016, n. 10519 e, analogamente, Cass., Sez. I Civ., 2/11/2015, n. 22350.

[21] Così, Cass., Sez. I Civ., 15/6/2015, n. 12326.

[22] Il marchio registrato, invece, si presume validamente esistente dalla data di deposito della domanda di registrazione *ex art.* 15 comma 2 c.p.i. e l’uso è soltanto condizione per il mantenimento del diritto.

[23] Tra le tante, App. Torino, 5/2/1992.

[24] Presupposto essenziale della fattispecie costitutiva del marchio di fatto è la dimostrazione della “utilizzo concreta ed effettiva” del segno, tale da escludere il carattere della novità del marchio registrato dopo: Cass., Sez. I Civ., 1/4/1994, n. 3224. Una volta assolto tale onere, spetterà alla controparte allegare le prove dell’interruzione dell’utilizzo, in quanto l’intermedia

prosecuzione si presume: Trib. Milano, 3/2/2005.

[25] Così A. Vanzetti – V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 188: “la fattispecie costitutiva del diritto consisterà nell’uso del segno”, accompagnato dal “raggiungimento della notorietà qualificata”. Per V. Mangini, *Il marchio non registrato*, Padova, 1964, p. 15 ss. “presupposto della tutela del marchio non registrato è l’uso effettivo (...) da cui deve risultare l’intenzione di utilizzare il segno come marchio (...) e quell’associazione ideale tra segno distintivo e prodotto contrassegnato, indice dell’acquisita notorietà”. Secondo T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 464 ss., basterebbe invece l’uso.

[26] *Ex plurimis*, Trib. Bologna, 28/6/2010.

[27] Trib. Milano, 28/4/2000: “possono costituire prova chiara ed univoca di un asserito preuso del marchio con notorietà non puramente locale dichiarazioni testimoniali, non accompagnate da prove documentali, secondo le quali prodotti recanti tale segno sarebbero stati venduti in un’ampia zona”. Richiede, invece, il supporto della prova documentale App. Milano, 11/4/1995: “non costituisce prova sufficiente della utilizzazione effettiva di un marchio su tutto il territorio nazionale e della notorietà di tale utilizzo la generica dichiarazione di un teste che il prodotto recante il marchio è stato venduto su tutto il territorio nazionale, specificata soltanto con riferimento al nome di due clienti residenti nella medesima città e non accompagnata dalla produzione di documenti contabili, fatture di fornitori, listini prezzi, stampati pubblicitari e fatture di vendita”.

[28] App. Milano, 8/5/2001: “l’emissione di fatture, incidendo sui presupposti delle obbligazioni tributarie, fa presumere, in difetto di prova contraria, l’esistenza dei sottostanti rapporti di cessione di beni o prestazioni di servizi contrassegnati dal marchio”.

[29] Trib. Milano, 3/2/2005 ha ritenuto che un catalogo tradotto anche in inglese dimostri la diffusione internazionale, quindi la notorietà non strettamente locale.

[30] Ha affermato la rilevanza probatoria delle indagini demoscopiche Trib. Napoli, 5/11/1998.

[31] In questo senso, Trib. Forlì, 8/2/1999. Le considera insufficienti Cass., Sez. I Civ., 22/8/2008, n. 4531.

[32] Per M.S. Spolidoro, *La registrazione e il rinnovo del marchio*, cit., p. 132, anche “i marchi non registrati sono beni o, comunque, possono essere riguardati come tali”.

[33] Secondo L. Mansani, *Le disposizioni in materia di marchi nella bozza di codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Il Codice della proprietà industriale*, a cura di L.C. Ubetazzi, Milano, 2004, p. 70, “le imprese italiane, per essere maggiormente competitive nel confronto internazionale, devono essere incentivate a registrare (...) i loro marchi e non, al contrario, ad usarli solo di fatto, confidando in un apparato sanzionatorio identico a quello che assiste chi ha assolto gli oneri della registrazione”.

DIVIETO DI ATTI EMULATIVI

La tutela del godimento della proprietà nei limiti previsti dall'ordinamento: divieto di abuso del proprio diritto.

Simona Rossi - Pubblicazione, giovedì 19 aprile 2018
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Sommario: 1. Introduzione ; 2. La previsione del divieto ad opera dell'art. 833 c.c.; 3. La ratio della norma e la sua portata; 4. Confronti con le previsioni degli altri ordinamenti; 5. Osservazioni.

1. Introduzione.

“*La libertà finisce dove inizia la libertà dell'altro*” diceva Martin Luther King e si potrebbe dire che tale “espressione” sintetizzi il principio che si pone alla base della previsione dell'articolo 833 del nostro codice civile con cui viene posto il divieto di porre in essere i cc.dd. *atti emulativi*. Difatti, fermo restando la previsione di cui all'art. 832 che definisce il contenuto del diritto, sono vietati gli atti che il proprietario di un bene compie, senza avervi alcun interesse od utilità, ma col solo obiettivo di muovere ovvero recare fastidio o molestia ad altri.

2. La previsione del divieto ad opera dell'art. 833 c.c.

Gli atti posti in essere dal proprietario di un bene al solo scopo di arrecare molestie ad altri sono vietati dal nostro ordinamento in quanto configurano un **abuso di diritto**. La nozione di “abuso di diritto” si riferisce alla circostanza in cui un soggetto faccia un “*uso anormale*” di un proprio diritto.

Si può osservare come nel nostro impianto codicistico manchi una norma di portata generale a tal proposito: la motivazione di tale mancanza va riscontrata in riferimento al periodo storico in cui il nostro codice viene emanato. Difatti fu considerato che negli anni '30 l'abuso del diritto era considerato soltanto da un punto di vista etico e morale e non da un punto di vista giuridico, pertanto, pur ritenendo che simili comportamenti non fossero giustificabili, invero, non si ritenne di dover prevedere una norma generale cui corrispondesse una previsione sanzionatoria.

Alla luce di ciò si giustifica l'assenza di una disposizione di carattere generale ma, comunque, sono presenti norme *ad hoc* che sanzionano l'abuso di diritto, tra le quali vi è, indubbiamente, la fattispecie di cui in esame.

L'art. 833 c.c. che pone il divieto degli atti emulativi fa riferimento al diritto di proprietà sebbene sia considerata una norma avente una portata molto più ampia in quanto riferibile a qualsivoglia diritto reale.

L'atto emulativo, così come delineato dal codice, si compone da due elementi: un elemento oggettivo consistente nella mancanza di utilità del proprietario e l'altro soggettivo rappresentato dal c.d. *animus nocendi* ossia esclusivo scopo di nuocere o molestare i terzi senza proprio reale vantaggio,

Ad esempio, prendendo in considerazione un caso sottoposto all'esame del Tribunale di Genova, è considerato atto emulativo stendere dei panni sul balcone oscurando la finestra dell'appartamento inferiore qualora vi siano valide alternative che consentano di non oscurare le finestre sottostanti (Trib. Genova, sez. III civile, n. 656/2015).

Pertanto, perché si possa concretizzare un atto emulativo solo qualora sia priva di utilità per chi lo compie nonché, allo stesso tempo, posto in essere allo scopo esclusivo di recare molestia ad altri.

Non a caso la giurisprudenza ritiene che *“affinché determinati atti possano essere ritenuti emulativi, è necessario che questi, vietati ai sensi dell'art. 833 c.c., siano stati posti in essere allo scopo esclusivo di nuocere o di recare pregiudizio ad altri, in assenza di una qualsiasi utilità per il proprietario, non essendo riconducibili a tale categoria quell'atto che sia comunque rispondente ad un interesse del proprietario, per cui il giudice non è tenuto a compiere una valutazione comparativa discrezionale fra gli interessi in gioco, né a formulare un giudizio di meritevolezza e prevalenza fra gli stessi.”* (App. Venezia, sez. IV, 15/03/2017).

La fattispecie *de quo* si caratterizza, quindi, per l'esercizio di un diritto posto in essere senza che vi sia alcuna utilità per il soggetto stesso bensì con l'intenzione di recare danno ad altri.

Inoltre, la giurisprudenza ha escluso la configurabilità di un “atto emulativo omissivo” precisando, invece, che perché questo si possa configurare è necessario una **condotta positiva** in quanto non può configurarsi l'*inutilità* di una mera omissione mentre una

condotta positiva, richiedendo il porre in essere di un'attività, può essere valutata come inutile (Cass. Civ. Sez. II, 10250/97).

3. La ratio della norma e la sua portata.

Come si è già avuto modo di porre in evidenza, la *ratio* della previsione normativa *de quo* consiste nella necessità di porre dei limiti all'esercizio del proprio diritto (ossia evitare ogni abuso) al fine di tutelare l'interesse altrui e della collettività.

Infatti, sebbene l'art. 832 c.c. con cui viene definito il "contenuto del diritto" stabilisce che il proprietario può godere e disporre della cosa in modo pieno ed esclusivo, è la stessa norma a fissare dei "paletti" (è previsto che tale diritto sia esercitato "*entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*"): è lo stesso ordinamento a sancire la reale ampiezza del diritto di proprietà che, pertanto, subisce delle limitazioni nell'interesse dei privati e della collettività.

Del resto, suddetta impostazione si concilia con la previsione di cui all'art. 42 della nostra carta fondamentale con cui si stabilisce che "*la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*", riconoscendo una funzione sociale in capo al diritto di proprietà privata.

E' evidente quindi che alla luce di ciò si renda necessario un contemperamento dei diversi interessi in gioco: da un lato la libertà di godere e disporre pienamente del proprio bene e dall'altro la tutela della collettività. Appare lampante che il limite individuato nell'impedire l'abuso di suddetto diritto consenta di tutelare l'interesse altrui pur confermando in capo all'individuo la pienezza del proprio diritto purché non se ne abusino (sono, infatti, vietati gli atti posti in essere inutilmente ma al solo fine di recare molestia).

Va, inoltre, tenuto conto che una simile norma si spiega anche in osservanza alla generale previsione di cui all'art. 2 della Costituzione che pone un generale dovere di solidarietà come base per la convivenza civile nonché della generale previsione di cui all'art. 1175 del codice civile con cui è previsto un generale obbligo di tenere un comportamento corretto (clausola generale di correttezza).

In ogni caso, bisogna tener conto che la portata dell'art. 833 c.c. è *residuale* in quanto è invocabile soltanto qualora non sia possibile esperire un altro rimedio. Si ponga

l'esempio di una siepe posta a distanza non legale che rechi danno al vicino, in tale ipotesi andrà esperita la richiesta di eliminazione per mancato rispetto delle distanze; qualora invece tale siepe sia stata posta senza violare le distanze ma senza che rechi alcuna utilità al proprietario ma abbia il solo scopo di oscurare la visuale del vicino, si è in presenza di un atto emulativo.

Qualora si abbia, dunque, la violazione dell'art. 833 c.c., l'ordinamento determina in capo al danneggiato la facoltà di chiedere la *restitutio in integrum* e, qualora si tratti di comportamento antiggiuridico, il risarcimento del danno ai sensi degli artt. 2043 e 2058 c.c. Per cui la tutela prevista si compone innanzitutto della possibilità di richiedere la rimozione della molestia ovvero demolizione dell'opera nonché della richiesta di risarcimento dei danni subiti ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Sul punto, si osservi, la dottrina ritiene si possa far ricorso anche alla tutela cauterale inibitoria ai sensi dell'art. 700 c.p.c. (se vi siano i requisiti di *fumus boni iuris* e di *periculum in mora*) per chiedere l'immediata cessazione: tale applicazione è possibile specialmente nei casi di fenomeni immissivi che non solo causino molestia ma siano pericolosi per la salute e che, conseguentemente, richiedano la necessità di un intervento celere.

Per quanto concerne, poi, l'*onus probandi* ai sensi dell'art. 2697 c.c., si può evincere che vi sia una notevole difficoltà dovendosi provare non solo la mancanza di utilità per il proprietario ma anche l'*animus nocendi*. La dottrina ha, pertanto, ritenuto che non sia necessario provare il dolo specifico (ossia l'intenzione di ledere) la quale si può considerata provata come mera presunzione, basterebbe provare il pregiudizio e l'inutilità per il proprietario; dunque, basterebbe provare la mera consapevolezza di recare molestia ad altri. In tal modo, ossia con una visione più elastica e facendo sì che gli elementi costitutivi della fattispecie possano essere provati anche per presunzioni, la prova dell'atto emulativo risulta meno rigorosa.

4. Confronti con le previsioni degli altri ordinamenti.

Si è già avuto modo di evidenziare come nel nostro ordinamento, e per quali ragioni, manchi una norma generale che sanzioni l'abuso di diritto mentre nella maggior parte dei sistemi europei è presente (seppur mostrandosi delle differenze tra un ordinamento e l'altro). In ogni caso, l'idea di sanzionare l'abuso di diritto non è frutto delle moderne legislature bensì altro non è che la rielaborazione di una figura del diritto romano: la c.d.

aemulatio (che, si badi bene, non corrisponde propriamente agli atti emulativi vietati dal nostro codice!) con cui si proibiva al privato di edificare un *opus novum* qualora tale opera potesse suscitare invidia e rivalità tra le città^[1].

Dunque, inizialmente, era una figura di diritto pubblico e solo successivamente si estese anche ad i rapporti di vicinato, cambiando connotazione ed affermandosi la convinzione che la *ratio* di tale divieto andasse ricercata nell'inutilità dell'atto e nel pregiudizio recato ad altri, ponendo così un limite alla proprietà privata.

Suddetto divieto non venne però recepito nel *Code Napoleon* nonostante tale nozione fosse stata oggetto di approfonditi studi in Francia; negli altri ordinamenti si ebbero invece norme generali per sanzionare l'abuso di diritto che non erano riferite precipuamente alla proprietà privata anzi, muovendosi dalle riflessioni della giurisprudenza francese, furono emanate norme di portata generale.

E' interessante evidenziare proprio questo aspetto per cui mentre nell'ordinamento francese, nonostante molti studiosi si interessarono all'argomento, manca una previsione generale, in altri ordinamenti le riflessioni degli studiosi francesi portarono all'emanazione di una norma in tal senso. Nell'ordinamento tedesco, ad esempio, fu previsto un generale divieto di atti emulativi nonché una norma generale per i casi di abuso di diritto (previsioni che ispirarono poi anche altri ordinamenti come quello greco e spagnolo).

Nei paesi di *common law*, invece, i giuristi apparivano titubanti nel porre certe limitazioni se non nei casi in cui vi fossero gli estremi per integrare un illecito; tuttavia nei rapporti di vicinato si denota un diverso orientamento, per tali ipotesi infatti la giurisprudenza è porsa meno cauta nell'evidenziare il divieto di porre in essere certi atti qualora si fosse ravvisata l'intenzione di nuocere al vicino^[2].

5. Osservazioni.

E' indubbio quale sia l'importanza rivestita da questa figura nel nostro ordinamento, soprattutto in considerazione della mancanza di una norma generale che sanzioni l'abuso di diritto. Eppure, va osservato come invero, nella prassi, risulti essere uno strumento inefficace; spesso viene infatti "disapplicato" preferendo il ricorso ad altre figure (come ad es. all'art. 840 c.c. che stabilisce l'estensione della proprietà puntualizzando, altresì, che "*il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino*"). Senza dubbio ciò è dovuta ad una limitazione della portata applicativa derivante

dall'analisi dell'elemento dell'*inutilità*: difatti questa non è più considerata come la sproporzione tra utilità per il proprietario e danno al terzo bensì viene intesa come “utilità economica”, con la conseguenza che colui che pone in essere il comportamento può sostenere di averne avuto un vantaggio anche solo morale che giustifichi la condotta!

Per cui se da un lato si è avuto l'ampliamento della norma riconducendola non solo al diritto di proprietà bensì dapprima ai diritti reali in genere e successivamente, quasi per analogia, anche ai diritti della persona ed ai diritti di credito, dandole una connotazione di carattere generale; dall'altra parte i caratteri costitutivi dell'atto emulativo in sé fanno sì che nel concreto la norma risulti applicata in maniera ristretta (anche tenuto conto della natura residuale di questa norma che fa sì che, pertanto, che se ne faccia ricorso quale *extrema ratio*, preferendo, qualora sia possibile, di ricorrere a norme specifiche).

Note e riferimenti bibliografici

[1] G.Grossi, *Atti emulativi (d.romano)*, in Enc. Dir. IV, Milano, 1959, pp. 27 e ss.

[2] M. Chimenti, V.F. Denavellis, *Atti emulativi e abuso di diritto: l'esperienza italiana e profili di comparazione*, in Diritto.it, 15.01.2016

LEGITTIMO SEQUESTRARE IL TELEFONO CELLULARE A CHI SCATTA FOTOGRAFIE A TERZI DI NASCOSTO

Nota a Corte di Cassazione, Sez. I Pen., sentenza del 24 maggio 2017, n. 9446, in tema di sequestro di telefono cellulare a seguito di fotografie eseguite di nascosto.

Taccola Ilaria - Pubblicazione, venerdì 20 aprile 2018
Redattore: **Massimiliano Pace**

Sommario: 1. Il reato di molestie ex art. 660 c.p.; 2. Il caso concreto.

1. Il reato di molestie ex art. 660 c.p.

Il reato di molestie ex art. 660 c.p. punisce chiunque rechi molestia o disturbo anche col mezzo del telefono per petulanza o per altro biasimevole motivo in un luogo pubblico o aperto al pubblico.

Trattasi di una fattispecie plurioffensiva che tutela, oltre alla tranquillità del privato, anche l'ordine pubblico. Infatti, la norma in questione è volta a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l'offesa alla quiete privata. Invero, la relativa contravvenzione è procedibile di ufficio.

In merito all'elemento oggettivo, il concetto di molestia è stato ritenuto carente di precisione, determinatezza e tassatività, essendo rimandata all'interprete la decodificazione in concreto di tale termine.

Infatti, in vari precedenti della Corte di Cassazione si è ritenuto integrato il reato di molestia nell'ipotesi in cui l'agente inviò due sms dal contenuto offensivo, ritenendo che nel caso di specie, la condotta attestante un presunto tradimento da parte del marito ai danni della persona offesa, poneva la vittima in una condizione di forte disagio, alterandone in modo significativo le normali condizioni di tranquillità personale e familiare^[1].

Al contrario, in un altro precedente si è statuito che con riferimento al mezzo del telefono “*non può intendersi comprensivo, in via di interpretazione estensiva, delle*

comunicazioni telematiche non foniche, effettuate mediante elaboratore elettronico attraverso la rete di internet” [2].

Ai fini dell’integrazione del reato di molestia o disturbo alle persone è necessaria la sussistenza della petulanza. Tale concetto è stato definito dalla giurisprudenza come “un atteggiamento di insistenza eccessiva e perciò di fastidiosa, arrogante invadenza e di intromissione continua e inopportuna nell’altrui sfera”. [3] Invero, nel caso di specie si era stabilito che il requisito della petulanza non era stato integrato, essendo penalmente irrilevanti l’effettuazione di due soli contatti telefonici.

Inoltre, in una recente sentenza della Corte di Cassazione è stato stabilito che un paio di foto scattate all’improvviso dalla finestra o dal balcone in una sola occasione non sono sufficienti ad affermare la penale responsabilità dell’imputato.

In relazione all’elemento soggettivo, la fattispecie in esame presuppone il dolo specifico, richiedendo, infatti, che l’agente mosso da petulanza o da altro biasimevole motivo agisca al fine di interferire nell’altrui sfera di libertà.

2. Il caso concreto

L’indagato proponeva ricorso per cassazione avverso l’ordinanza del Tribunale di Palermo in sede di riesame che confermava il decreto di convalida del sequestro probatorio del telefono cellulare dell’indagato, chiedendone l’annullamento.

Il ricorrente a mezzo del difensore denunciava la violazione di legge in relazione agli artt. 660 c.p., 355 e 324 c.p.p. affermando che la condotta dell’indagato, concretizzatasi nel seguire prima la persona offesa all’interno di un centro commerciale e in seguito nella ripresa di quest’ultima con il proprio telefono cellulare non integrava la contravvenzione contestata.

L’indagato, infatti, non avrebbe invaso la libera determinazione della persona, non essendoci stata nessuna molestia o alcun disturbo, visto che la persona offesa non si era accorta di nulla. Invero, la denuncia era stata sporta sulla base di quanto riportato dagli addetti alla vigilanza. Infatti, sempre secondo il ricorrente, alcuni scatti fotografici non integravano la fattispecie di cui all’art. 660 c.p., non essendo stata lesa la libera tranquillità della persona offesa.

Nel caso in esame, la Corte rigettava il ricorso adducendo che la condotta dell’indagato

integrava la fattispecie di cui all'art. 660 c.p., affermando in linea con numerosi precedenti la natura plurioffensiva della detta contravvenzione. Difatti, il reato di molestia o disturbo ex art. 660 c.p. tutela la tranquillità pubblica, messa in pericolo dalla turbativa dell'interesse privato che riceve una protezione indiretta in tale caso. Di conseguenza, la contravvenzione in esame viene perseguita anche senza la volontà della persona offesa. Inoltre, si afferma nella sentenza in esame, in maniera conforme a molti precedenti che “ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 660 c.p., la molestia o il disturbo devono essere valutati con riferimento alla psicologia normale media, in relazione cioè al modo di sentire e di vivere comune, cosicché nell'ipotesi in cui il fatto sia oggettivamente molesto o disturbatore, è del tutto irrilevante che la persona offesa non abbia risentito alcun fastidio”^[4].

Pertanto, la circostanza che la persona offesa non si sia accorta della condotta dell'indagato non è rilevante ai fini dell'integrazione della detta contravvenzione.

Note e riferimenti giurisprudenziali

^[1] Cass. 13 dicembre 2012 n. 2597

^[2] Cass. 21 gennaio 2012 n. 24670

^[3] Cass. 27 novembre 2007 n. 40748

^[4] Cass. 2 aprile 2014 n. 18145

Si veda anche, in questa Rivista, [A. BROGIONI, "Basta una telefonata per configurare il reato di molestie?", 4, 2018.](#)

O CONTROLO DE EMAILS VIOLA OS DIREITOS DOS TRABALHADORES

O controlo de emails de funcionários, por parte do empregador, é uma violação da privacidade, nos termos do art. 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, estabelecida pela Grande Câmara do Tribunal Europeu, em Estrasburgo.

Salvatore Aromando - Pubblicazione, sabato 21 aprile 2018
Redattore: **Raffaele Giaquinto**

Com tal julgamento, a Corte fixa os pólos relativos à capacidade indiscriminada do empregador em interferir na correspondência de seus trabalhadores através de uma violação de privacidade, isto é, a do artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que regula o direito ao respeito pela vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência.

Portanto, o direito ao respeito pela vida privada e da privacidade de correspondência continua a existir, **mesmo nos casos em que são previstas restrições sobre o trabalho.**

A decisão baseia-se no caso de *Bogdan Mihai Barbulescu*, engenheiro romeno, empregado em uma empresa privada. O homem, a pedido expresso do seu empregador, havia criado uma conta de Yahoo Messenger para responder às solicitações dos clientes.

Em 3 de Julho de 2007, a empresa havia divulgado um aviso entre os funcionários, comunicando que o uso da internet, do telefone e da fotocopadora, por motivos pessoais, podia constituir uma demissão por motivos disciplinares.

Dez dias depois, Mr. Barbulescu foi convocado pelo seu empregador, que o acusou de ter usado Yahoo Messenger por razões pessoais (comunicação com seu irmão e namorada) e, por esta razão, ele foi demitido.

A decisão da demissão foi impugnada por Barbulescu mas, em Dezembro de 2007, um tribunal de Bucareste rejeitou o seu apelo, com a sentença definitiva do Tribunal de Recurso, de 17 de Junho de 2008.

Após isso, o homem virou-se para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em Estrasburgo, invocando o artigo 8 da Convenção, mas seu recurso foi novamente

rejeitado com a decisão de 12 de Janeiro de 2016. Ao invés, a Grande Câmara do Tribunal Europeu de Estrasburgo, anulou a decisão, confirmando a violação do artigo 8. Na verdade, de acordo com o Tribunal de Estrasburgo, *as comunicações no local de trabalho, ou seja, as que se referem ao conceito de "vida privada" e "correspondência"*, são tuteladas com o artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Os juizes decidiram que *"o empregador não pode reduzir a zero a vida social privada de um empregado"*, o Tribunal observou que *"o direito ao respeito pela vida privada e a privacidade de correspondência continua a existir, mesmo quando sejam previstas restrições no local de trabalho"*.

A este respeito, o Tribunal condenou a Roménia por não ter suficientemente defendido os direitos do trabalhador demitido, principalmente, porque a privacidade do trabalhador deveria ser protegida contra eventuais abusos por parte dos empregadores, quer sob o perfil da informação prévia ao trabalhador no que cerne os controlos, quer sob o perfil das modalidades dos controlos que deveriam ser menos intrusivos. Além disso, para esse perfil em matéria de controlo, deveria ter existido um aviso prévio aos trabalhadores, relativo ao acesso não autorizado aos conteúdos de correspondência.

”DASPO INTERNO”: EN LA PRÓXIMA TEMPORADA, LOS CLUBES DE FÚTBOL PODRÁN NEGAR EL ACCESO A LOS AFICIONADOS REBELDES.

El Comisario Extraordinario de la FIGC ha impuesto un nuevo sistema de gestión a los clubes, que podrán ”daspar” los que no respetarán las reglas éticas.

Anna Lapolla - Pubblicazione, domenica 29 aprile 2018
Redattore: **Salvatore Aromando**

Una novedad ha sido introducida en el mundo del fútbol, de los aficionados y de la relación club-aficionados, a través de la declaración oficial n° 15 del **Comisario Extraordinario FIGC** del 7 marzo de 2018, con la cual, fue cambiado el art. 12 del Código de Justicia Deportiva, con la introducción del apartado 10 (como adjunto sub. A).

La nueva disposición - definible como "*daspo interno*" - entrará en vigor para los clubes profesionales de la temporada 2018/19 y prevé, entre otras cosas, la posibilidad, por el club, de aplicar tales medidas a los aficionados que no respetan el código ético, las cuales implican, en vista de la naturaleza y seriedad de los hechos, la suspensión temporal del título de acceso, su retiro definitivo y la **prohibición de adquirir un nuevo título**.

En la práctica, los clubes están obligados, bajo pena de costosas multas pecuniarias, a dotarse de un código reglamentario para las ventas de títulos de admisión y a vender los títulos exclusivamente a los aficionados que aceptarán y se adaptarán a este código, basado en los conceptos de rechazo de todas las formas de violencia, discriminación y de comportamiento, en contraste con los principios de corrección y probidad. El código, además, tiene que prever, en caso de su violación, medidas desalentadoras, sobre la posibilidad de comprar los títulos de acceso, que podrán acabar incluso con la prohibición de adquirir un nuevo título.

La nueva norma prevé fuertes penalizaciones pecuniarias también a cargo del club que no aplique, en el caso específico, las medidas desalentadoras esperadas por su Código.

Aquí el texto del **nuevo apartado 10 del artículo 12** del Código de Justicia Deportiva.

Los clubes profesionales tienen que adoptar un código de regulación de la transferencia de títulos de acceso a eventos de fútbol:

- *a) incluye, entre otras cosas, el rechazo de cada forma de violencia, discriminación y de comportamientos, en contraste con los principios de corrección y probidad;*
- *b) que subordine la adquisición de los mismos títulos hasta la aceptación, por parte de los usuarios del mismo código;*
- *c) que incluye, en caso de su violación, la aplicación de medidas, teniendo en cuenta la naturaleza y la gravedad de los hechos, la suspensión temporaria del título de acceso, su retiro final, la prohibición de adquirir un nuevo título.*

En caso de que no se adopte el código reglamentario, antes del comienzo de la temporada deportiva, los clubes incurren en las siguientes sanciones:

- *€ 200.000 para violaciones en la liga de Serie A;*
- *€ 100.000 para violaciones en la liga de Serie B;*
- *€ 50.000 para violaciones en la Lega Pro.*

En caso de no aplicación de las medidas desalentadoras previstas por el mismo código, los clubes incurrirán en las siguientes sanciones:

- *€ 20.000 para violaciones en la liga de Serie A;*
- *€ 10.000 para violaciones en la liga Serie B;*
- *€ 5.000 para violaciones en la Lega Pro.*