

Ago/2017



# CAMMINO DIRITTO

*Articoli Divulgativi*

ISSN 2421-7123  
Cammino Diritto (Periodico online)

---

Rivista  
**Giuridica**  
*online*

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

---

## **MENSILE ONLINE**

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

**Direttore Scientifico:** Alessio GIAQUINTO

**Comitato Scientifico:** Alessandra INCHINGOLO, Angela CUOFANO, Francesco ORABONA, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Luigi KALB, Marco NIGRO, Saverio SETTI, Valeria LUCIA

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

**Redazione:** Giuseppe FERLISI, Ilaria FERRARA, Salvatore AROMANDO

---

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: 2532-9871

Codice CINECA: E243140

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

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

Editore: CAMMINO DIRITTO di Arianna Rotella

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

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

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

Recapito telefonico: 02 87188451

# Indice dei contenuti

---

1 - RUBARE IL SAPONE IN AUTOGRILL O LE MATITE IKEA. QUALI CONSEGUENZE?

autore: **Fabio Giuseppe Squillaci**, pubblicazione mercoledì 2 agosto 2017

2 - IL DIRITTO PENALE E L'INFLUENZA DEL COMMON LAW

autore: **Giuseppe Ferlisi**, pubblicazione giovedì 3 agosto 2017

3 - GIOCO E SCOMMESSE, LEGITTIMA LA LIMITAZIONE DI ORARIO DEGLI APPARECCHI CON VINCITA IN DENARO

autore: **Simona Rossi**, pubblicazione venerdì 4 agosto 2017

4 - LIMITE DI VELOCITÀ: NON OPERA NEL SENSO OPPOSTO DI MARCIA

autore: **Simona Rossi**, pubblicazione sabato 5 agosto 2017

5 - LICENZIAMENTO: IL GIUSTIFICATO MOTIVO RICORRE ANCHE IN CASO DI RIASSETTO ORGANIZZATIVO

autore: **Alessandra Inchingolo**, pubblicazione domenica 6 agosto 2017

6 - EQUO COMPENSO PER GLI AVVOCATI, VIA LIBERA DAL CONSIGLIO DEI MINISTRI

autore: **La Redazione**, pubblicazione lunedì 7 agosto 2017

7 - I RIFLESSI PENALISTICI DELLA CIRCOLAZIONE DEI DERIVATI

autore: **Salvatore Coppola**, pubblicazione mercoledì 9 agosto 2017

8 - L'USURA SOPRAVVENUTA TRA ABUSO DEL DIRITTO E NULLITÀ. RIMESSA LA QUESTIONE ALLE SEZIONI UNITE.

autore: **Marcella Ricciardi**, pubblicazione giovedì 10 agosto 2017

9 - L'ATTITUDINE DEL CONIUGE AL LAVORO PER LA DETERMINAZIONE DELL'ASSEGNO DI MANTENIMENTO

autore: **Simona Rossi**, pubblicazione venerdì 11 agosto 2017

10 - DENEGACIÓN DE EMBARQUE Y NO POR OVERBOOKING: LA INDEMNIZACIÓN CORRESPONDE (CASI) SIEMPRE AL PASAJERO.

autore: **Enza Cubicciotti**, pubblicazione sabato 12 agosto 2017

11 - O FENÓMENO DO CROWDFUNDING: CENÁRIOS E CONTEXTOS ECONÓMICOS

autore: **Salvatore Aromando**, pubblicazione domenica 13 agosto 2017

12 - O RECONHECIMENTO CONVENCIONAL, CONSTITUCIONAL E LEGAL DO JUS SOLIS

autore: **Diogo Miceli Alves**, pubblicazione lunedì 14 agosto 2017

13 - IL RICONOSCIMENTO CONVENZIONALE, COSTITUZIONALE E LEGALE DELLO IUS SOLI

autore: **Diogo Miceli Alves**, pubblicazione lunedì 14 agosto 2017

14 - ASSEGNO DIVORZILE: È NECESSARIA LA PROVA CERTA DI NON AVERE MEZZI ADEGUATI

autore: **La Redazione**, pubblicazione venerdì 18 agosto 2017

15 - BIGLIETTI DEI MUSEI CON IL CREDITO TELEFONICO

autore: **La Redazione**, pubblicazione sabato 19 agosto 2017

16 - IL NUOVO REATO DI TORTURA: ANALISI E PROSPETTIVE

autore: **Antonella Storti**, pubblicazione mercoledì 23 agosto 2017

17 - OMISSIONE DELL'AVVISO DELLA FACOLTÀ DI FARSI ASSISTERE: ALCOL TEST NULLO.

autore: **Emmanuel Luciano**, pubblicazione venerdì 25 agosto 2017

18 - LA CONTESTAZIONE DIFFERITA DEVE ESSERE GIUSTIFICATA DALLA PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE

autore: **Simona Rossi**, pubblicazione giovedì 31 agosto 2017

## RUBARE IL SAPONE IN AUTOGRILL O LE MATITE IKEA. QUALI CONSEGUENZE?

---

*La Corte di Cassazione torna sul reato di furto affrontando un caso tanto singolare quanto diffuso confermando i recenti arresti. Infatti, nella sentenza n. 33869/2017 ha condannato per tentato furto un uomo sorpreso a caricare sulla propria auto materiale trafugato dai servizi igienici di una stazione di servizio.*

---

**Fabio Giuseppe Squillaci** - Pubblicazione, mercoledì 2 agosto 2017  
Redattore: **Lucio Orlando**

La Corte di Cassazione torna sul reato di furto affrontando un caso tanto singolare quanto diffuso, confermando i recenti arresti giurisprudenziali. Infatti, nella sentenza n. 33869/2017 ha **condannato** per tentato furto un uomo sorpreso a caricare sulla propria auto materiale trafugato dai servizi igienici di una stazione di servizio.

La Corte di Appello di Trieste confermava la sentenza con cui il Tribunale di Udine, decidendo in sede di giudizio abbreviato, aveva condannato C.F. in relazione al reato di cui agli artt. 56, 624 e 625, n. 7, C.P., per aver sottratto *dispenser* di sapone liquido, carta igienica e salviette asciugamani, di proprietà dell'impresa "Gruppi Servizi Associati", prelevandoli dai servizi igienici dell'area di sosta autostradale Santa Caterina. L'uomo veniva sorpreso da un dipendente di tale società, nell'atto di caricare i suddetti beni a bordo della propria autovettura.

E' stato proposto ricorso per Cassazione sulla base di due motivi: il primo fondato sulla non sussistenza del reato, atteso che i beni sottratti si trovavano in quel luogo espressamente perché altri ne fruissero, venendo pertanto a mancare la sottrazione della cosa al proprietario (requisito essenziale del reato di furto). Con il secondo motivo è stato criticato il mancato riconoscimento della causa di non punibilità ex art. 131-bis C.P., norma che esclude l'applicabilità della pena in presenza di fattispecie di lieve entità, i cui presupposti, a detta del ricorrente, sarebbero integrati nel caso di specie. La Cassazione ha rigettato il ricorso.

La pronuncia desta particolare interesse perché consente di tracciare alcuni punti fermi in relazione all'interpretazione dei **presupposti materiali del delitto di furto**. L'art. 624 C.P. descrive la fattispecie delittuosa, sotto il profilo schiettamente fenomenologico,

quale condotta apprensiva di una cosa mobile altrui. Plasticamente, il furto impone dunque un'indagine sull'altruità della *res* e sull'impossessamento della stessa da parte di un soggetto diverso dal suo proprietario.

Ne discende che la sottrazione non seguita dall'*interversio potestatis* non consente il perfezionamento del delitto che resta in uno stato di mero tentativo. Del pari la carenza del profilo dell'altruità sradica in nuce qualsivoglia sintomo di reità, venendo meno un presupposto logico prima ancora che giuridico della fattispecie incriminatrice. Come ha avuto modo di evidenziare, in passato, anche la giurisprudenza, il requisito dell'altruità è ravvisabile ogni volta in cui si possa individuare un soggetto, diverso dal soggetto agente, il quale, al momento del fatto, sia legato alla cosa da un'effettiva relazione di interesse (Cass. Pen., sez. IV, sentenza 18 marzo 1995, n. 229, in Cass. Pen., 1996, 2947).

Il diritto penale tutela le relazioni giuridiche di interesse non in sè stesse, ma in quanto strumentali alla garanzia del potere di fatto degli uomini sui beni della vita: se così è, soggetto passivo del furto (quale soggetto che si pone rispetto alla cosa in un rapporto di non altruità) sarà, coerentemente, definibile chi possiede la cosa per un titolo che implichi l'esercizio di un potere immediato di disposizione, di godimento o di uso della cosa (FIANDACA-MUSCO). Al tempo stesso la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere come oggetto di furto possano essere solo cose che siano valutabili economicamente, ovvero presentino un minimo valore scambio. E' necessario che la cosa mobile presenti un valore effettivo non solo in relazione al titolare del diritto che va ad incidere sulla medesima, evitando, in tal modo, che la tutela penale venga ad essere subordinata all'arbitrio dei singoli. Ne deriva che le cose che non presentino tale peculiarità, come un chicco d'uva o uno spillo arrugginito, per rimanere nella casistica tradizionale, **non possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 624 C.P.**

Emblematico è il caso delle **matite Ikea** per le quali è stata esclusa l'integrazione del furto in ragione del loro valore simbolico nonostante tali oggetti siano messi a disposizione del cliente per un uso specifico e spazialmente circoscritto all'interno della struttura. E' necessario che la cosa non sia disponibile in quantità illimitata (*res communis omnium*), in quanto un tale oggetto non necessita di alcuna tutela diretta a fare in modo che ne venga realizzato il pacifico godimento da parte dei singoli: di conseguenza l'aria che respiriamo non potrà essere, in linea di massima, oggetto di furto.

La riflessione scientifica sui fondamenti della penalità ha rimarcato l'esigenza che il fatto

di reato esprima, oltre ad un dato naturalistico, anche un momento di valore, un evento giuridico inteso come concreta offesa all'interesse delle vite tutelato dalla norma incriminatrice. Nel segno dell'offensività, il legislatore è vincolato ad elevare a reati solo fatti che siano concretamente offensivi di entità reali. L'interprete delle norme penali ha quindi l'obbligo di adattare alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi, offensivi in misura apprezzabile.

La tesi difensiva sviluppata nel primo motivo di impugnazione non può condividersi, in quanto i beni di cui l'imputato ha tentato di impadronirsi non erano qualificabili in termini di *res derelicta*, vale a dire di cosa abbandonata per volontà di chi esercita un diritto su di essa (cfr. Cass., sez. V, 15.5.2012, n. 30321, rv. 253314) ma, al contrario, erano beni sottoposti alla signoria del proprietario, destinati all'uso da parte degli utenti dei servizi igienici dell'area di servizio. Pertanto, con la sua condotta l'imputato ha tentato di sottrarre i beni in questione al loro legittimo proprietario, sostituendo la propria signoria a quella di quest'ultimo ed eliminando la destinazione indifferenziata di essi alle esigenze dei fruitori dei servizi igienici dell'area di servizio.

Sicché la Cassazione è giunta a condividere la puntuale affermazione della Corte territoriale, secondo cui *“tali beni, in dotazione ai servizi igienici presenti sulle aree di sosta autostradale, possono formare oggetto, da parte di chi usufruisce di siffatti servizi, di un consumo connesso ad esigenze strettamente personali e da effettuarsi rigorosamente sul posto e non di un accaparramento indiscriminato, destinato a consentire all'accaparratore di servirsene esclusivamente in proprio favore, in altro luogo, come avrebbe fatto l'imputato”*. Del pari inconferente l'argomento quantitativo pur sostenuto dalla difesa che ha confuso il piano dell'offensività con quello dell'esistenza. L'art. 624 C.P. nulla prescrive in ordine a presupposti o soglie quantitative essendo tale requisito figlio dell'approccio realistico sul reato. Ragionare diversamente significa introdurre arbitrariamente un parametro che la fattispecie non richiede in spregio al principio di stretta legalità ed al divieto di interpretazione analogica.

Infondato appare anche il secondo motivo di ricorso, in quanto il ricorrente non specifica le ragioni per cui, in relazione alle modalità della condotta ed ai parametri fissati dall'art. 131 bis, C.P., che involgono profili più ampi della mera entità del danno arrecato dalla condotta criminosa, il fatto debba considerarsi di particolare tenuità, nozione diversa, perché più radicale, di quella di "danno di entità modesta", cui ha fatto riferimento il giudice di primo grado. Anzi, a prescindere dalle considerazioni in seno alla storia

criminale dell'imputato che vantava già alcuni precedenti penali, le modalità esecutive non possono che far escludere la particolare tenuità del fatto. L'imputato è stato sorpreso dal dipendente della società nell'atto di caricare sulla propria autovettura "molteplici pacchetti di carta e altro materiale utilizzato per il servizio igienico", rivelando la volontà di accaparrarsi quanti più prodotti possibile da utilizzare in altro luogo e per esigenze personalissime.

La pronuncia, tuttavia, sembra presentare talune **criticità** che meritano di essere segnalate. Innanzitutto sul contestato tentativo occorre precisare che l'impostazione argomentativa entra in crisi con riferimento ai luoghi di scambio, quali parcheggi esterni, aree di sosta. In altre parole la Cassazione ha ritenuto applicabile nella specie le medesime riflessioni avanzate rispetto agli episodi di furto in supermercato valorizzando lo iato tra sottrazione ed altrui impossessamento. Vero è che nella specie è stato un dipendente a fermare l'uomo venendo in rilievo una situazione sussumibile nel concetto della persistenza della signoria sulla cosa da parte del proprietario, ma il più delle volte non è così. Se l'altrui impossessamento consegue alla perdita di qualsiasi potere sulla cosa da parte del legittimo proprietario in aree così ampie, affollate a flusso continuo, può concludersi che l'eventuale condotta di sottrazione di materiale da parte di chi è in procinto di risalire in auto integra gli estremi del delitto di furto consumato. Infatti il controllo continuativo sulla *res* anche da parte della vigilanza ricorre quando questo è effettivo, realizzandosi nelle ipotesi di signoria incerta o ad intermittenza quell'*interversio potestatis* fondamentale ai fini del 624 C.P.



# IL DIRITTO PENALE E L'INFLUENZA DEL COMMON LAW

---

*I possibili sviluppi dell'ordinamento penale interno rispetto agli ultimi arresti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, le cui pronunce pongono le basi per un sistema mediano tra il common law anglosassone ed il civil law dell'ordinamento indoeuropeo.*

---

**Giuseppe Ferlisi** - Pubblicazione, giovedì 3 agosto 2017  
Redattore: **Andrea Senatore**

Il nostro ordinamento, così come la maggior parte di quelli europei di matrice romanistica e diretta emanazione della Scuola di Bologna, appartiene alla macrofamiglia del **civil law**.

Tale sistema - a cui sono dedicate fiumi di ricerche, scritti e considerazioni certamente più autorevoli di chi scrive - è caratterizzato da sistematicità ed organicità, determinate dal **principio della riserva di legge**.

Tale principio, soffermandoci al diritto penale, viene descritto comunemente attraverso l'espressione *nulla crimen sine lege*.

Negli ultimi tempi, tuttavia, tutto il panorama giurisprudenziale si pone il problema di un diritto che non riesce, molto spesso, a stare al passo con i tempi e con l'evoluzione criminologica; ciò sfocia, molto spesso, in una tendenza sempre crescente da parte delle Corti, di esplorare nuove forme di diritto lontane dal principio normativo.

Tale fenomeno porta con se numerosi problemi, come quello del rapporto giudice - legge, della separazione dei poteri e della stessa dogmatica della scienza del diritto penale, messa in ombra dall'invasione delle Corti sotto la spinta della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

## **Le basi storiche del nostro modello**

L'ordinamento penale moderno trae origine dalla derivazione ed **impostazione illuministica del diritto**: garanzia per l'individuo attraverso norme scritte e separazione dei tre poteri costituzionalmente previsti.

Tale impostazione è alla base della nostra Carta Costituzionale: il giudice è soggetto alla legge, alla quale è riservata ogni pretesa punitiva ed a esso spetta solamente il compito di farla rispettare; alla magistratura spetta un ruolo neutro, subordinato rispetto alla legge

ed al legislatore, il quale scrive la norma sulla base di un incarico elettivo.

Da tali postulati derivarono alcuni assiomi oggi impensabili : l'esistenza di codici, sistematizzazione del diritto, organizzazione delle fonti in un ordinamento, giudice come "*notaio della legge*".

Dal punto di vista storico questo ragionamento prende le mosse dalla cultura sociale alla base dell'Illuminismo, ossia che l'*ancient regime* doveva parte del proprio demerito proprio all'indifferenza complice dei giudicanti.

Addirittura per **Voltaire** non era concepito alcuno spazio alla "giurisprudenza" o all'interpretazione e lo stesso **Beccaria** nei "*Dei delitti e delle pene*" sosteneva che solo le leggi potevano decretare le pene stesse e che tale autorità spettava in maniera esclusiva al legislatore, che rappresenta tutta la società per contratto sociale.

Da qui prese le mosse il c.d. **positivismo giuridico**, che ne esasperò sicuramente la riduzione del giudice a mero esecutore.

### **L'ordinamento italiano**

Il nostro ordinamento e la nostra Costituzione, come prima ricordato, è figlia di questa impostazione e pertanto ne porta i segni tangibili. Non volendo ripetersi, basta pensare al divieto di accesso della giurisprudenza fra le fonti del diritto ribadito dalla **sentenza n. 230 del 2012 della Corte Costituzionale** oppure al divieto imposto alla stessa Corte di poter emettere sentenze che creino od estendano una fattispecie penale c.d *in malam partem*.

Tuttavia, con riferimento al principio di tassatività e determinatezza, un orientamento costante della **Corte Costituzionale** (da ultimo **sent. 8.04.2014, n. 81**) ha decretato aperture in direzione del riconoscimento di un apporto quasi discrezionale del giudice, valevole a surrogare possibili deficit di precisione del precetto sul piano interpretativo, ammettendo quindi un compito di precisazione in capo allo stesso.

I principi illuministici continuano comunque a campeggiare nel diritto italiano grazie al principio di irretroattività, tuttavia conservato solamente per le norme di diritto penale sostanziale, segnalando numerose aperture nell'applicazione della legge vigente al momento dell'applicazione o esecuzione, al campo delle misure di sicurezza o dell'esecuzione penale.

### **Il diverso modello di legalità penale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo prevede, invece, una concezione della

legalità molto diversa, per certi versi rovesciata; essa, infatti, tende ad interpretare la Convenzione superando le paratie formali che limitano le potenzialità dei diritti e delle libertà in essa riconosciuti.

Tale approccio viene chiamato da molti, come "**approccio aformalistico al diritto penale**", tale che la Corte di Strasburgo ha abbandonato l'impostazione tradizionale del *nulla crimen sine lege*, per approdare a contesti sempre maggiori di *common law*, dove è assente la distinzione tra sanzione penale ed amministrativa, per fare spazio ad una generale categoria di *punishment*.

A tal riguardo ricordiamo la **sentenza Grande Stevens c. Italia**, in cui la Corte ha deciso per la ricevibilità del ricorso in merito ad una pronuncia di una autorità amministrativa quale l'Agcom.

Altra dimostrazione della sostanziale differenza dal nostro ordinamento risiede nella autonomia riconosciuta come fonte alla giurisprudenza, incastonata nelle fonti del diritto. Tali differenze risiedono nella diversa impostazione di tale Corte, dove la salvaguardia della separazione dei poteri e la predeterminazione di norme parlamentari da cui far discendere la sanzione penale, non rivestono un ruolo chiave, per usare un eufemismo.

I togati di Strasburgo mirano solamente ad una punizione che abbia una base legale che garantisca l'autodeterminazione dell'individuo, nella quale la centralità della giurisprudenza è perfino comprensibile trovandoci in un sistema di tutela di diritti umani. Ciò è stato dimostrato in altre sentenze ed argomenti differenti: a titolo di esempio, in tema di *ne bis in idem*, i giudici europei hanno aderito al criterio dell' *idem factum*, abbandonando il criterio formalistico dell'*idem legale*, attribuendo valore decisivo all'accadimento naturalisticamente inteso e non alla definizione legale dell'incriminazione.

### **Accoglimento di tale orientamenti presso la Corte Costituzionale Italiana**

Sicuramente la nostra Corte Costituzionale, sebbene lontana dai principi della Corte EDU, ha dimostrato di applicare le garanzie penalistiche dell'irretroattività oltre le apparenze; lo ha fatto con la sentenza n. 196 del 2010, nella quale ha sancito l'irretroattività della confisca del veicolo in caso di guida in stato di ebbrezza, riconoscendo in tale caso una natura maggiormente afflittiva.

Viceversa, l'equiparazione fra giurisprudenza e legge non è mai stata riconosciuta come mera possibilità: con la ricordata sentenza n. 230 del 12.10.2012, la Corte ha respinto il ricorso nel quale si chiedeva di equiparare all'*abolitio criminis*, qualunque mutamento giurisprudenziale favorevole a Sezioni Unite, reclamandone la retroattività *in mitius*.

In tale sentenza, essi si sono inoppugnabilmente pronunciati ancora una volta riaffermando i principi della riserva di legge e della sottoposizione del giudice alla legge. I giudici costituzionali hanno infatti **escluso** "*una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale*", affermando che il principio di separazione dei poteri non può cedere al cospetto di un mutamento giurisprudenziale favorevole, posto che "*al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione non può dipendere da regole giurisprudenziali, ma soltanto da una precisa volontà del legislatore*".

### **Pregi e difetti dell'influenza del *common law* sul diritto penale**

Che il potere giudiziario sia diventato co-protagonista della legalità è oggi fuori di dubbio, soprattutto pensando alle Corti Europee o alle Alte Corti nazionali.

Certo, tale allontanamento dai principi cardine che hanno caratterizzato il nostro ordinamento inteso come europeo, è visto in cattivo modo soprattutto nell'alveo del diritto penale; questo perchè, secondo alcuni, comporterebbe una ridefinizione al basso delle garanzie individuali.

Certo, questo approccio di massimizzazione della tutela da parte della Corte EDU, ha portato notevoli benefici; basti pensare che i giudici di Strasburgo sono coloro i quali hanno permesso l'inapplicazione di una misura punitiva senza previsione legale, oppure l'aver dato una nuova rilettura sia al principio di *ne bis in idem*, sia al principio di eguaglianza.

Quello della Corte di Strasburgo, più che un appiattimento al *common law*, è l'accoglimento di tale sistema affianco ai principi di *civil law*, favorendo un sistema misto, lontano dalla semplice "*americanizzazione*" avvenuta nel diritto penale economico.

Certo, il sistema italiano è quello probabilmente più difficile dove attecchire, pensando alla assoluta assenza della vincolatività del precedente, neppure nel caso in cui sia pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite.

Il compito più difficile è quello di cointemperare anche il nostro ordinamento a queste nuove esigenze, pensando ad esempio alla [sentenza Contrada c. Italia](#), dove la Corte Edu ha indicato l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite, come stadio minimo perchè possa essere richiamata.

Questo, come sottolineato in precedenza, in un sistema dove l'arresto della Cassazione non è formalmente vincolante, avendo al massimo natura persuasiva e disattendibile dal

singolo giudice.

Probabilmente, assegnare l'attributo di *stare decisis* alla pronuncia della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite può essere funzionale alla stessa stabilizzazione del diritto giurisprudenziale e dunque alla certezza del diritto, con la consapevolezza che la scelta "italiana" può essere mediana tra varie posizioni ed esempi di altri ordinamenti, i quali permettono di aggirare all'occorrenza tale principio, di poterlo sovvertire o rimanere fedele al precedente senza esserne formalmente vincolato.

Più urgente, dopo la sentenza Contrada, risulta essere l'adesione ad un meccanismo che consenta l'esplicitazione di una nuova regola applicabile al caso concreto ma solo in futuro, con esclusione dunque della controversia di cui si sta decidendo, per tutelare l'affidamento delle parti e la certezza del diritto.

Concludendo, le influenze del *common law* nel diritto penale sono oggi una verità inconfutabile, soprattutto nel panorama delle Corti Europee.

**È solamente questione di tempo per l'ingresso di tali principi nell'ordinamento italiano con la stessa forza;** e questo non è per forza un male, spettando però alla dottrina stabilire criteri precisi e puntuali affinché il nostro sistema penale possa armonizzarsi a quello europeo, senza venirne travolto.

Dovrà essere gestita la transizione, magari introducendo meccanismi di controllo democratico della funzione giurisdizionale, non intesa come elettività dei giudici, bensì con regole chiare: formazione ad aggiornamento non autogestito, impianto motivazionale delle decisioni ed aggravamento dei oneri argomentativi specialmente in replica alle argomentazioni difensive.

# GIOCO E SCOMMESSE, LEGITTIMA LA LIMITAZIONE DI ORARIO DEGLI APPARECCHI CON VINCITA IN DENARO

*Con la sentenza 11 luglio 2017, n. 839, il TAR per il Piemonte ha dichiarato la legittimità di un'ordinanza del sindaco recante la limitazione degli orari di funzionamento degli apparecchi con vincita in denaro installati nei pubblici esercizi autorizzati.*

Simona Rossi - Pubblicazione, venerdì 4 agosto 2017  
Redattore: Giuseppe Ferlisi

L'amministratore di una società di apparecchi da gioco impugnava l'ordinanza n. 32 del 27.10.2016 emessa dal Sindaco di Verbania che prevedeva delle limitazioni temporali all'esercizio del gioco tramite apparecchi e congegni automatici di intrattenimento (ossia quelli di cui all'art. 110 co.6 e 7 del T.U.L.P.S.) all'interno delle sale gioco, delle sale scommesse, degli esercizi pubblici e commerciali dei circoli privati e di tutti i locali pubblici od aperti al pubblico asserendo che fosse stata emessa in violazione di legge nonché in eccesso di potere.

Il T.A.R. del Piemonte ha ritenuto di dover respingere il ricorso proposto ritenendo **legittima tale ordinanza**; il giudice amministrativo ha infatti posto in evidenza nella premessa come la "ludopatia" sia considerata dall'Organizzazione mondiale della Sanità quale patologia, nonché come il legislatore nazionale si sia adoperato per intervenire in materia, seppur in modo "disorganico".

Riprendendo poi la **sentenza n. 108 dell'11 maggio 2017 della Corte Costituzionale**, ha ricordato che dapprima il **D.L. 158/2012** ha dettato una serie di disposizioni per contrastare l'insorgenza della ludopatia stabilendo che le cd. *slot-machine* che risultassero ubicate in vicinanza di luogo come scuole, ospedali, luoghi di culto, etc. dovessero essere ricollocati; successivamente la l. 23/2014 delegava al Governo "ad attuare, con i decreti legislativi di cui all'articolo 1, il riordino delle disposizioni vigenti in materia di giochi pubblici, riordinando tutte le norme in vigore in un codice delle disposizioni sui giochi, fermo restando il modello organizzativo fondato sul regime concessorio e autorizzatorio, in quanto indispensabile per la tutela della fede, dell'ordine e della sicurezza pubblici, per il contemperamento degli interessi erariali con quelli locali e con quelli generali in materia di salute pubblica, per la prevenzione del

*riciclaggio dei proventi di attività criminose, nonché per garantire il regolare afflusso del prelievo tributario gravante sui giochi”* (sempre al fine di contrastare l’insorgenza della patologia; infine la **legge di stabilità 2016 (l. 208/2015)** aveva stabilito le caratteristiche dei punti vendita ovi si raccoglie gioco pubblico nonché sancito i criteri per la distribuzione e concentrazione territoriale. Tutte questa disomogenea normativa in materia non aveva però avuto attuazione soprattutto a causa dei numerosi interessi che gravitano intorno al “gioco”.

In questo disorganizzato quadro normativo, le Regioni hanno, quindi, provveduto ad adottare misure per prevenire e contrastare la ludopatia: la Regione **Piemonte** ha infatti approvato la legge regionale 2 maggio 2016 n. 9, intitolata “*Norme per la prevenzione e il contrasto alla diffusione del gioco d’azzardo patologico*” e sulla base di ciò i vari Comuni piemontesi si sono adoperati nel dettare specifiche discipline da applicare in ambito locale, sempre nel tentativo di sopperire alle lacune del legislatore nazionale in materia.

Nell’impugnazione, la ricorrente lamentava però una serie di censure con riferimento alla disparità di trattamento nonché alla sua sproporzionalità: il T.A.R. non ha accolto alcuno dei motivi formulati stabilendo che l’ordinanza sindacale, avente ad oggetto gli orari di apertura delle sale da gioco “*non deve essere necessariamente adottata sulla base degli indirizzi espressi dal Consiglio comunale e nell’ambito dei criteri eventualmente indicati dalla Regione*” ricordando come i criteri regionali non siano né tassativi né obbligatori.

E’ stato inoltre posto in evidenza che “*la censura di disparità di trattamento formulata con riferimento al gioco on-line, non intaccato dai provvedimenti impugnati, tenuto conto che l’amministrazione comunale non ha il potere di intervenire su tale tipologia di gioco e che la parità di trattamento invocata dalla parte ricorrente si risolverebbe, assurdamente, nell’impossibilità per le amministrazioni comunali di arginare il fenomeno del gioco patologico a tutela delle fasce più esposte della comunità locale, anche con riferimento alle tipologie di gioco per le quali la legge riconosce loro facoltà di intervento.*” Nonché “*l’idoneità dell’atto impugnato a realizzare l’obiettivo perseguito deve essere apprezzata, tenendo presente che scopo dell’ordinanza comunale non è quello di eliminare ogni forma di dipendenza patologica dal gioco (anche quelle generate da gratta e vinci, lotto, superenalotto, giochi on line, etc.), obiettivo che travalicherebbe la sfera di attribuzioni del Comune, ma solo quello di prevenire,*

*contrastare, ridurre il rischio di dipendenza patologica derivante dall'utilizzo di apparecchiature per il gioco. La riduzione degli orari di funzionamento degli apparecchi in esame è, in altre, parole, solo una delle molteplici misure che le autorità pubbliche possono adottare per combattere il fenomeno della ludopatia, che ha radici complesse e rispetto al quale non esistono soluzioni di sicuro effetto”.*

La censura, poi, con riguardo al **difetto d'istruttoria** non è stata accolta sulla base che pur non avendo l'amministrazione svolto adeguate indagini inerenti l'incidenza della ludopatia sul territorio, la diffusione di tale fenomeno in ampie fasce della popolazione *“costituisce un fatto notorio o, comunque, una nozione di fatto di comune esperienza, come attestano le numerose iniziative di contrasto assunte dalle autorità pubbliche a livello europeo, nazionale e regionale”.*

Tra le varie censure mosse, veniva anche addotta la violazione dell'art. 50 comma 7 del TUEL ossia veniva sostenuto che il Sindaco avesse adottato il provvedimento impugnato senza che il Consiglio comunale esprimesse i necessari indirizzi. Neanche questo motivo di censura è stato accolto sulla base dell'art. 50 comma 7 del D. Lgs. n.267/2000 il quale prevede che *“il sindaco, altresì, coordina e riorganizza, sulla base degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla regione, gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, al fine di armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti”* ed avendo la Corte Costituzionale con la sentenza n. 220 del 2014 stabilito che *“così come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa di legittimità e di merito, proprio la disposizione censurata [art. 50 comma 7 TUEL] può fornire un fondamento legislativo al potere del sindaco di disciplinare gli orari delle sale giochi e degli esercizi nei quali sono installate le apparecchiature per il gioco...”.* In particolare, la Corte ha sottolineato come in forza della generale previsione dell'art. 50, comma 7 del T.U.E.L. *“il sindaco può disciplinare gli orari delle sale giochi e degli esercizi nei quali siano installate apparecchiature per il gioco e che ciò può fare per esigenze di tutela della salute, della quiete pubblica, ovvero della circolazione stradale”.*

Tenuto conto di tutto ciò, il T.A.R. non ha accolto il ricorso ma, in considerazione della disomogeneità del quadro normativo *“e che la relativa disciplina è ancora in attesa di una definizione organica e complessiva”*, ha ritenuto di compensare le spese.



In conclusione, si deve ritenere legittimamente adottata l'ordinanza del sindaco con la quale vengano limitati gli orari di funzionamento degli apparecchi e congegni automatici da gioco e intrattenimento all'interno delle sale da gioco, delle sale scommesse, degli esercizi pubblici e commerciali, dei circoli privati e di tutti i locali pubblici o aperti al pubblico, al fine di disincentivare il fenomeno del gioco d'azzardo patologico e garantire la tutela della salute pubblica e del benessere individuale e collettivo.

## LIMITE DI VELOCITÀ: NON OPERA NEL SENSO OPPOSTO DI MARCIA

---

*La Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 17205 del 12 luglio 2017 ha precisato come il segnale stradale di limite di velocità indichi una prescrizione che opera solo per chi può percepirlo nella sua condotta di guida, pertanto, opera solo nel senso della sua marcia e non nel senso opposto.*

---

**Simona Rossi** - Pubblicazione, sabato 5 agosto 2017  
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Nel caso sottoposto al vaglio dei Giudici della Suprema Corte, veniva proposto ricorso dagli eredi di N. che avevano convenuto in giudizio l'Assicurazione ed il sig. D.P.M., affinché fossero condannati in solido per i danni subiti a seguito di un sinistro stradale in occasione del quale decedeva il loro congiunto.

In precedenza, il **Tribunale di Vasto, con la sentenza n. 303 del 2009**, aveva rigettato la domanda ritenendo che la responsabilità del sinistro fosse ascrivibile unicamente ad N. Dello stesso avviso anche la **Corte d'Appello dell'Aquila, con sentenza n. 1307 del 2015**, che confermava la responsabilità di N. nella cauzione del sinistro. Pertanto, gli eredi di N. avevano proposto ricorso alla Suprema Corte adducendo diverse motivazioni.

Innanzitutto, i ricorrenti deducevano la violazione di legge asserendo che nel tratto di strada interessato dal sinistro oggetto di causa vi fosse un duplice limite di velocità: non solo a carico di N. ma anche di D.P. che procedeva in senso inverso: la Corte ha sottolineato come tale motivo fosse infondato, confermando pertanto quanto espresso dai giudici di merito.

Infatti, la Cassazione ha sottolineato come *“il segnale stradale è un dispositivo atto a indicare una prescrizione, un avvertimento o una indicazione a tutti veicoli circolanti e ad ogni altro utente della strada. E' insomma il linguaggio con il quale l'amministratore di una strada comunica agli utenti la disciplina della circolazione: regole, pericoli, indicazioni, limiti. Tali segnali operano come un provvedimento amministrativo espresso. E tali comandi espressi dalla p.a. operano solo per chi nella condotta di guida lo percepisce e, dunque, nel senso della sua marcia”*. Nel caso di specie, non risultando

ravvisabile un segnale di limite di velocità nel senso opposto, non si può ravvisare che suddetto segnale operasse anche nel senso di marcia inverso.

La Corte di Cassazione ha, quindi, rigettato il ricorso.

In conclusione, ***nel caso di strada a doppio senso, il limite di velocità si deve ritenere operante solo nel senso in cui è apposto e non in entrambi i sensi in quanto, affinché il segnale stradale sia operante, deve essere “percepibile”.***

# LICENZIAMENTO: IL GIUSTIFICATO MOTIVO RICORRE ANCHE IN CASO DI RIASSETTO ORGANIZZATIVO

*Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è legittimo quando la decisione del datore di lavoro che incide sull'organizzazione della produzione o del lavoro determina la soppressione di un posto di lavoro, essendo irrilevanti le motivazioni che hanno indotto il datore di lavoro a prendere tale decisione.*

Alessandra Inchingolo - Pubblicazione, domenica 6 agosto 2017  
Redattore: Giuseppe Ferlisi

## Massima

*Il motivo oggettivo di licenziamento dettato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra anche l'ipotesi di riassetto organizzativo attuato per una maggior ottimizzazione economica dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, escludendo che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, dal momento che tale scelta è espressione della libertà d'iniziativa economica tutelata dalla Costituzione, mentre al giudice è demandato il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore.*

Con l'**ordinanza n. 14871, pubblicata il 15 giugno 2017**, la Suprema Corte ha dichiarato che, perché possa configurarsi l'ipotesi di soppressione del posto di lavoro, integrante giustificato motivo oggettivo di licenziamento, non è necessario che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere solo diversamente ripartite ed attribuite secondo incensurabili scelte dell'imprenditore inerenti l'organizzazione aziendale, senza far venir meno la soppressione stessa.

Di tale avviso è anche la precedente giurisprudenza (cfr. sentenza 7 dicembre 2016, n. 25201) la quale riconoscendo rilevanza anche alla ragione organizzativa oltre che a quella economica come presupposto del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, statuisce che anche una ragione esclusivamente organizzativa da sola basta ad integrare le "ragioni" di cui all'art. 3 della legge n. 604 del 1966.

Il caso esaminato dalla sentenza prende le mosse dalla soppressione del posto di lavoro di Responsabile di gestione di una RSA e conseguente affidamento delle relative mansioni in parte ad altri lavoratori in parte esternalizzando ad altre figure professionali.

Tuttavia il caso ha visto due diverse soluzioni in primo e secondo grado.

Infatti il Giudice di prime cure ha respinto la domanda del lavoratore confermando il licenziamento mentre la Corte d'appello di Cagliari, pur prendendo atto della soppressione del posto di lavoro, ha ritenuto il licenziamento illegittimo per insussistenza del motivo economico in quanto non imposto da riduzioni di fatturato o aumento dei costi di produzione. Da ultimo, invece, il Supremo Collegio, con una motivazione molto articolata ha cassato con rinvio la sentenza della Corte di appello riconoscendo la sussistenza del giustificato motivo anche in assenza di una situazione di difficoltà economica, affermando all'uopo che «ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'andamento economico dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare e il giudice accertare, essendo sufficiente dimostrare l'effettività del mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa a meno che il datore di lavoro non abbia motivato il licenziamento richiamando l'esigenza di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli».

Orbene, inevitabili due considerazioni da fare:

- a. Laddove il datore di lavoro adduca una ragione economica per giustificare la soppressione del posto, il giudice è legittimato a verificare la veridicità e la sussistenza di questa causale;
- b. se invece il datore di lavoro adduca una ragione di tipo organizzativo alla base della soppressione del posto, il giudice deve limitarsi ad accertare l'effettività dello stesso riassetto organizzativo attraverso la soppressione di una determinata posizione lavorativa.

All'esito di tali considerazioni dunque, d'ora in poi, è **verosimile pensare che qualunque imprenditore eviterà di indicare le ragioni economiche alla base del licenziamento per eludere l'accertamento giudiziale**, mentre riterrà sufficiente provare la soppressione del posto e il nesso di causalità tra la soppressione ed il licenziamento come estremi o requisiti del giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

# EQUO COMPENSO PER GLI AVVOCATI, VIA LIBERA DAL CONSIGLIO DEI MINISTRI

***Il Consiglio dei Ministri n. 41 del 07 Agosto 2017 ha approvato la proposta di disegno di legge recante "Disposizioni in materia di equo compenso e clausole vessatorie nel settore delle prestazioni legali".***

**La Redazione** - Pubblicazione, lunedì 7 agosto 2017  
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Con un post pubblicato sulla sua pagina Facebook, il Ministro della Giustizia Andrea Orlando ha annunciato che il Consiglio dei Ministri tenutosi oggi ha approvato la promozione di un disegno di legge recante "*Disposizioni in materia di equo compenso e clausole vessatorie nel settore delle prestazioni legali*", finalizzato a porre rimedio alla riduzione del compenso degli avvocati, sempre più penalizzati e in difficoltà a causa lo squilibrio di potere contrattuale nei rapporti con banche e grandi imprese, ma non solo.

Riportiamo il [post del Ministro della Giustizia, Andrea Orlando](#):

*Una legge sull'equo compenso per gli avvocati. Una legge per evitare prestazioni professionali sottopagate. Una legge che riequilibra il rapporto tra grossi committenti e professionisti. E' questo l'obiettivo del disegno di legge che abbiamo approvato oggi in Consiglio dei ministri e che, spero, possa avere un consenso largo in Parlamento e un binario rapido per essere approvato.*

*Negli ultimi anni, soprattutto tra le giovani generazioni di professionisti, assistiamo a un progressivo impoverimento. Con questa iniziativa vogliamo mettere in campo una prima risposta.*

Un [comunicato stampa](#) intervenuto dopo la riunione ha arricchito la notizia di ulteriori informazioni, che confermano in parte quanto già era stato ipotizzato per questo disegno di legge:

*Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della giustizia Andrea Orlando, ha approvato un disegno di legge che detta nuove disposizioni in materia di equo compenso e clausole vessatorie nel settore delle prestazioni legali.*

*Il provvedimento mira a riequilibrare la posizione contrattuale dei professionisti avvocati nei confronti di soggetti connotati da particolare forza contrattuale ed economica, individuati in particolare nelle imprese bancarie e assicurative e nelle imprese diverse da quelle piccole e medie, nonché a tutelare l'equità del compenso degli avvocati, evitando che una concorrenza potenzialmente distorta possa tradursi nell'offerta di prestazioni professionali al ribasso, con il rischio di un peggioramento della loro qualità.*

*In particolare, il provvedimento prevede la nullità delle clausole vessatorie inserite nelle convenzioni contrattuali stipulate tra professionisti avvocati e clienti cosiddetti “forti”. A tal proposito, vengono definite come vessatorie le clausole che, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, determinino un significativo squilibrio contrattuale a carico dell’avvocato. Tale nullità, definita come “parziale” rispetto all’intera convenzione, garantisce il professionista perché consente l’inefficacia della sola parte del regolamento contrattuale o della singola clausola contraria alla legge, mentre la convenzione stessa rimane in vigore.*

*Il giudice, accertata la non equità del compenso previsto e la vessatorietà della clausola, ne dichiara la nullità e ridetermina il compenso sulla base dei parametri fissati sulla base della legge forense del 2012, che sono già destinati a operare per i casi in cui manchi una valida pattuizione tra le parti.*

Attendiamo ora l'evolversi della situazione, di cui daremo conto nei nostri futuri approfondimenti.

# I RIFLESSI PENALISTICI DELLA CIRCOLAZIONE DEI DERIVATI

*I derivati, secondo alcuni "l'origine del male" che ha colpito i mercati, possono anche integrare gli estremi di condotte penalmente rilevanti. In questo articolo vedremo quali ed a quali condizioni ricorrano.*

Salvatore Coppola - Pubblicazione, mercoledì 9 agosto 2017  
Redattore: Andrea Senatore

**Sommario:** 1. I derivati; 2. Profili penalistici: il caso del Comune di Milano.

## 1. I derivati

Con il termine "strumenti derivati" si indicano tutti gli strumenti finanziari il cui valore dipende dall'andamento del prezzo di un altro strumento finanziario, denominato titolo sottostante (in inglese: *underlying asset*).

Possiamo distinguere tra derivati simmetrici, quando prevedono obblighi per entrambi i contraenti venditore ed acquirente, oppure asimmetrici, quando sono vincolanti per il solo venditore del contratto. Nella prima categoria rientrano i *forward* e gli *swap*, nella seconda tutti i contratti che hanno un contenuto di opzione: *warrant* e *covered warrant*. E' possibile un'ulteriore classificazione distinguendo tra gli strumenti derivati che sono scambiati nei mercati regolamentati e quelli negoziati fuori borsa (*over the counter* – derivati OTC). I contratti scambiati nei mercati regolamentati hanno caratteristiche standardizzate tra cui scadenza, modalità di fissazione del prezzo, diritti ed oneri spettanti alle parti contrattuali, mentre i contratti negoziati fuori borsa possono essere adattati di volta in volta alle specifiche esigenze dei contraenti, così facendo vengono sottratti al vaglio degli organi di controllo dei mercati finanziari.

I derivati sono alla base della crisi scoppiata nel 2008 negli Stati Uniti, nota anche come crisi dei mutui *subprime*. La *Federal Reserve*, banca centrale degli Stati Uniti, immetteva liquidità nel sistema facendo mantenere i tassi di interesse artificialmente bassi. Gli istituti di credito concedevano mutui per acquisto di immobili a clienti poco solvibili, il credito veniva esternalizzato dagli istituti cedendolo a società veicolo, collocate in centri *off-shore* in relazione alla carenza di trasparenza con le autorità giudiziarie. Le società



veicolo emettevano delle obbligazioni che diventavano il sottostante, l'entità di riferimento sulla quale sono costruiti altri prodotti finanziari, che vengono venduti su scala mondiale.

I derivati hanno avuto incidenza anche nel nostro ordinamento, coinvolgendo persino un ente locale, il Comune di Milano. A seguito dei vincoli imposti precedentemente col Trattato di Maastricht del 1992 e dal patto di stabilità e crescita del 1997, si impongono forti limitazioni in tema di disavanzo statale e debito pubblico, con l'impossibilità per gli enti territoriali di ricorrere ad indebitamento. Sottoscrivendo un derivato l'ente riceve una somma in *up-front*, in anticipo, senza necessità di inserire tale somma in bilancio. I contratti sono stipulati sulla base di moduli predeterminati, che la parte contrattuale forte cede alla parte debole, l'offerta dovrebbe essere accompagnata da un prospetto informativo, ma trattandosi di derivati OTC, vengono strutturati fittiziamente come contratti individuali, sottraendoli alla vigilanza dell'organo di controllo CONSOB. *Ictu oculi* emerge un'asimmetria informativa tra chi cede e chi acquista, rispettivamente parte forte e debole dello stesso contratto. Nel 2005 il Comune di Milano emette dei *bond* trentennali per ristrutturare la propria situazione debitoria, gli istituti di credito agganciano all'operazione dei derivati.

## 2. Profili penalistici: il caso del Comune di Milano

Per ciò che concerne l'aspetto penalistico non trova applicazione l'art. 173 *bis* del Testo Unico Finanza, falso in prospetto, in quanto non vige un obbligo informativo in tema di derivati OTC, tuttavia gli istituti di credito con una condotta omissiva celavano il rischio sotteso all'operazione. Tale condotta che si sostanzia nelle forme del silenzio contrattuale, tuttavia rientra nella fattispecie prevista dal art. 640 del codice penale ovvero la truffa, quale delitto contro il patrimonio compiuto con frode (1). Con la sentenza resa il 19 dicembre 2012 il Tribunale penale di Milano ha condannato alcuni *manager* bancari nonché i rispettivi istituti di credito. Il processo si è celebrato a carico sia di persone fisiche che di persone giuridiche. Tutti gli imputati (persone fisiche e giuridiche) sono stati giudicati in un *simultaneus processus*, così come peraltro previsto e richiesto dall'art. 38 del d.lgs. n. 231/01. Le persone fisiche sono state tutte accusate di concorso nel reato di truffa aggravata.

Le norme di riferimento vanno dunque rinvenute nell'art. 640, comma 1 (condotta base) e comma 2, n. 1 (circostanza aggravante) del codice penale. La circostanza aggravante in commento prevede, poi, una pena maggiormente afflittiva nel caso in cui la condotta

delittuosa venga perpetrata ai danni dello Stato o di un ente pubblico. Dalla lettura del capo di imputazione si apprende che gli “artifici” ed i “raggiri” posti in essere dagli imputati sarebbero consistiti nelle seguenti condotte. Quanto alle banche, queste avrebbero innanzi tutto certificato falsamente la sussistenza delle condizioni di maggior convenienza economica per l’ente territoriale con riferimento ad un’emissione obbligazionaria per la ristrutturazione del debito comunale in luogo della rinegoziazione dei mutui in essere. A tal fine assume rilievo l’art. 41, comma 2 della L. n. 488/01 (Legge Finanziaria 2002), il quale ammette che gli enti pubblici territoriali possano provvedere alla conversione dei mutui contratti successivamente al 31 dicembre 1996 anche mediante il collocamento di titoli obbligazionari di nuova emissione ovvero mediante rinegoziazioni dei mutui anche con altri istituti, purché si sia “in presenza di condizioni di rifinanziamento che consentano una riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico degli enti stessi”.

In particolare, le banche avrebbero dolosamente omesso di prendere in considerazione, ai fini del calcolo della riduzione del valore finanziario delle passività totali di cui all’art. 41, comma 2 citato, l’esistenza di un contratto derivato, stipulato dal Comune in data 5 marzo 2002, connesso a mutui in essere ed estinti in un momento successivo con un’autonoma operazione, a seguito della quale l’ente si vedeva gravato di una passività effettiva per la chiusura pari ad € 96.328.000,00. Per regolare tale passività il Comune di Milano era costretto a combinare un pagamento “cash” con la rinegoziazione di un’importante frazione dell’importo, così andando incontro ad ulteriori gravosi costi di rifinanziamento. La condanna trova fondamento, inoltre, nel dell’art. 41 della legge finanziaria del 2002 in quanto doveva essere espletato un test di convenienza sul operazione di ristrutturazione, test espletato dagli stessi istituti che sono controparte contrattuale del contratto, inoltre lo stesso ente è stato gravato di costi impliciti ovvero occulti, si riscontra quindi una differenza tra il prezzo pattuito e quello effettivamente pagato per l’operazione economica.

La Corte d’Appello di Milano, il 7 marzo 2014, ribalta la sentenza di primo grado, assolvendo con la formula “perché il fatto non sussiste” i funzionari e gli istituti di credito dal reato di truffa. Con la sentenza la Corte d’Appello di Milano ha anche revocato la confisca stabilita stabilita in primo grado a loro carico, che ammontava complessivamente a 89 milioni di euro. ‘Cancellata’ anche la sanzione di un milione di euro disposta in primo grado. Dagli sviluppi del processo d’appello si ricava che, sulla base di nuovi accertamenti, non sono emersi costi impliciti poiché esposti integralmente,

legati anche alla natura non neutrale dell'operazione. Per ciò che concerne il conflitto di interessi, in relazione alla consulenza ex art. 41 della legge finanziaria del 2002, lo stesso ente locale era a conoscenza del conflitto in quanto possiede tutte le personalità di competenza per prevenire qualsiasi conflitto.

#### *Note e riferimenti bibliografici*

1) La truffa è il tipico delitto contro il patrimonio, la peculiarità del delitto consiste nell'inganno da parte del *deceptor* con il quale il *deceptus* viene indotto a compiere un atto che può essere sia positivo che negativo, da tale condotta deriva una diminuzione del patrimonio della vittima, con profitto per il *deceptor*. Una concezione giuridica ritiene che il danno si produca con la semplice assunzione dell'obbligazione da parte del *deceptus*. Secondo la concezione economica, invece, il danno non si produce con il semplice accordo ovvero dall'assunzione dell'obbligazione, ma il momento consumativo consiste nella perdita effettiva del bene giuridico, in quanto il derivato vive diacronicamente, vale a dire nel futuro.

# L'USURA SOPRAVVENUTA TRA ABUSO DEL DIRITTO E NULLITÀ. RIMESSA LA QUESTIONE ALLE SEZIONI UNITE.

*Controversa la sorte dei contratti viziati da usura sopravvenuta. La Cassazione rimette gli atti al primo presidente per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite.*

**Marcella Ricciardi** - Pubblicazione, giovedì 10 agosto 2017  
Redattore: **Rosa Mugavero**

**Sommario:** 1. Il caso; 2. I termini della questione; 3. Il contrasto giurisprudenziale; 4. Le soluzioni prospettabili in via ermeneutica.

## 1. Il caso

Con l'ordinanza n. 2482/2017, la Prima Sezione Civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente – per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite Civili – concernenti la questione attinente la sorte dei contratti di mutuo pendenti all'entrata in vigore della l. 108/1998.

La nuova disciplina antiusura - fissando nuovi criteri per la determinazione dell'usura dei tassi di interesse - ha reso non conformi alla legge una serie di pattuizioni che, invece, lo erano al momento della stipula.

Per queste ragioni nel caso in oggetto, Eurofinanziaria ha convenuto in giudizio Monte dei Paschi di Siena chiedendo la ripetizione degli importi pagati in violazione della l. 108 del 1998, in virtù di un contratto di mutuo fondiario stipulato antecedentemente all'entrata in vigore di detta disciplina.

La Suprema Corte ha rilevato il netto contrasto tra quanti concludono per la debenza degli interessi convenuti in modo legittimo e quanti optano, invece, per l'inefficacia *ex nunc* di dette pattuizioni dopo l'entrata in vigore della l. 108/1998.

## 2. I termini della questione

A ben guardare la tematica di cui si discorre involge due profili distinti sotto il profilo temporale, ma ontologicamente collegati sotto il profilo sostanziale.

Da un lato, viene in rilievo il profilo di diritto intertemporale concernente le pattuizioni anteriori all'entrata in vigore della disciplina antiusura. A tal riguardo, giova rilevare che il trattamento dell'usura sopravvenuta non riguarda i rapporti esauriti prima dell'entrata in vigore della l. 108/ 1998, in questo caso la pattuizione di interessi ultralegali sarà da considerarsi rescindibile ovvero nulla<sup>[1]</sup> solo ove sussistano gli estremi del reato di usura ex 644 c.p.

Su altro crinale, è opportuno rilevare che la questione in oggetto ha rilevanti ricadute applicative anche sotto il profilo di diritto attuale relativamente ai contratti stipulati dopo la l. 108/96 i cui interessi risultino successivamente superiori al tasso soglia trimestralmente rilevato<sup>[2]</sup>.

E' noto che a seguito della riforma l'art. 1815 c.c. ha sancito la nullità parziale della pattuizione usuraria e la conseguente trasformazione del mutuo da feneratizio in gratuito. L'intento sanzionatorio<sup>[3]</sup> della disposizione è evidente, soprattutto ove la si confronti con la versione precedente della stessa, la quale prevedeva che a fronte di stipulazione usuraria gli interessi erano comunque dovuti pur se nella misura legale. La giurisprudenza ha fornito una lettura estensiva della nuova disciplina ritenendo la stessa applicabile, non solo ai contratti di mutuo *strictu sensu* intesi, ma anche ai contratti a quest'ultimo assimilabili. Inoltre, nonostante l'art. 1815 non preveda espressamente la sua applicazione retroattiva ai fatti ante – riforma, all'indomani di quest'ultima, parte consistente della giurisprudenza ha ritenuto applicabile la stessa anche alle stipulazioni concluse ante 96 con conseguente obbligo delle banche di dar luogo alla restituzione degli interessi.

Tale orientamento giurisprudenziale ha da subito destato grande allarme nel settore creditizio, tanto da indurre il legislatore ad intervenire con una legge di interpretazione autentica. Il d.l. 2000 n. 394 all'art. 1 stabilisce che “ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal loro pagamento”.

In tal guisa, il legislatore è intervenuto sancendo che il momento rilevante al fine di determinare l'usurarietà del tasso è quello della pattuizione e non quello della corresponsione degli interessi.

E' opportuno sin da subito rilevare che tale disposizione ha - nel 2002 con sentenza n. 29 - ricevuto l'avallo della Corte Costituzionale la quale ha affermato che << la norma denunciata trova giustificazione, sotto il profilo della ragionevolezza, nell'esistenza di tale obiettivo dubbio ermeneutico sul significato delle espressioni "si fa dare [...] interessi [...] usurari" e "facendo dare [...] un compenso usurario " di cui all'art. 644 cod. pen., in rapporto al tenore dell'art. 1815 , secondo comma, cod. civ. ("se sono convenuti interessi usurari") ed agli effetti correlativi sul rapporto di mutuo. In questa prospettiva l'art. 1, comma 1, del decreto - legge n. 394 del 2000, nel precisare che le sanzioni penali e civili di cui agli artt. 644 cod. pen. e 1815, secondo comma, cod. civ. trovano applicazione con riguardo alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie, impone - tra le tante astrattamente possibili - un'interpretazione chiara e lineare delle suddette norme codicistiche, come modificate dalla legge n. 108 del 1996, che non è soltanto pienamente compatibile con il tenore e la ratio della suddetta legge, ma è altresì del tutto coerente con il generale principio di ragionevolezza >>.

### 3. Il contrasto giurisprudenziale

A seguito dell'art. 1 del d.l. 2000 n. 394 e dell'intervento della Corte Costituzionale, parte della giurisprudenza ha proceduto a disapplicare sistematicamente l'art. 108 ai contratti stipulati anteriormente al 96. In questa prospettiva, il dato testuale dell'art. 1 del d.l. n. 394 del 2000 letto alla luce dell'autorevole avallo della Corte Costituzionale ha condotto ad affermare che << la legittimità iniziale del tasso convenzionalmente pattuito spiega la sua efficacia durante tutta la durata del contratto nonostante l'eventuale sopravvenuta disposizione imperativa che per una frazione o per tutta la durata del contratto successiva al suo sorgere ne rilevi la natura usuraria a partire da quel momento in poi >>[\[4\]](#).

E' evidente, tuttavia, che in tal guisa si creerebbe una usura legale, autorizzata dal legislatore[\[5\]](#) .

Altra parte della giurisprudenza, invece, non ha smesso di occuparsi di usura sopravvenuta, non solo con riferimento ai contratti stipulati dopo la l. 108/96 i cui interessi risultino successivamente superiori al tasso soglia trimestralmente rilevato, ma anche con riguardo alle pattuizioni anteriori all'entrata in vigore della disciplina antiusura[\[6\]](#).

Tale orientamento ritiene che la norma di interpretazione autentica si riferisca solo ai

risvolti penalistici dell'usura e, d'altro canto, rivela un'insofferenza per il d.l. 394/2000 perché incoerente con il 644 ter che nel disciplinare la decorrenza della prescrizione del reato di usura identifica il momento consumativo nell'ultima riscossione degli interessi e del capitale e non nel momento della pattuizione[7].

D'altro conto, questa impostazione si pone in sincronia con la sempre più consolidata tendenza che conduce ad attribuire rilevanza giuridica alle sopravvenienze, anche al di fuori dei casi stabiliti dalla legge. Il fenomeno dell'usura sopravvenuta, infatti, è l'effetto di una sopravvenienza di diritto qual è la rilevazione trimestrale del tasso soglia.

#### 4. Le soluzioni prospettabili in via ermeneutica

La problematica non è di poco momento ed anzi costituisce la cartina di tornasole per la verifica della tenuta di molteplici principi generali del diritto civile. In particolare, la vicenda in esame impone, in primo luogo, di verificare quali conseguenze produca una norma imperativa sopravvenuta su un rapporto contrattuale in corso di esecuzione.

La dottrina si è chiesta se un contratto possa essere reso successivamente nullo da una norma sopravvenuta dopo la sua conclusione.

Ebbene è stato osservato che un giudizio di nullità sopravvenuta non potrebbe ritenersi ragionevolmente precluso ogniqualvolta la conclusione del contratto non realizzi completamente i suoi effetti[8]. Ciò accade nei contratti ad effetti non istantanei ovvero in quei contratti ad effetti differiti relativi a rapporti di durata. In questo ambito la sopravvenienza di una circostanza[9] idonea a privare l'atto della sua validità consentirebbe una declaratoria di nullità successiva dello stesso, anche ove originariamente conforme all'ordito normativo.

D'altro canto, la frantumazione della categoria della nullità con la conseguente emersione di svariate ipotesi di nullità speciali ha confermato la possibilità che un atto invalido possa comunque produrre taluni effetti, revocando in dubbio l'affermazione di romanistica memoria secondo cui *quod nullum est nullum effectum producit*.

In chiave critica[10] si osserva che in virtù del principio di contemporaneità dell'invalidità al negozio il giudizio di nullità del contratto si svolge in base a norme vigenti al momento della conclusione dello stesso. In altri termini, la nullità è tradizionalmente ritenuta un vizio genetico dell'atto, proprio in ragione di una netta scissione tra atto e rapporto, tra fattispecie ed effetti. A tale stregua, sarebbe

inammissibile uno stato patologico del contratto causato da fatti sopravvenuti, in quanto lo *ius superveniens* incide solo sul rapporto e non sull'atto.

Facendo tesoro di tale rilievo critico alcuni fautori della teorica della nullità sopravvenuta hanno attribuito alla stessa efficacia non retroattiva, trovando la giustificazione logica di ciò nel fatto che in tali ipotesi non sarebbe riscontrabile sin dall'inizio una situazione patologica. Tale contratto sarà dunque assoggettato ad una disciplina "bifronte" e dovrà quindi ritenersi valido ed efficace per il periodo antecedente la sopravvenienza e, invece, invalido e privo di effetti per il periodo successivo<sup>[11]</sup>.

Deve soggiungersi che la migliore dottrina<sup>[12]</sup>, in modo ancor più convincente, ha sostenuto che la categoria della nullità sopravvenuta sarebbe configurabile solo ed esclusivamente con riguardo a quegli atti che non abbiano prodotto, nemmeno in parte, alcun effetto. Ciò al fine di non confondere il versante dell'efficacia con quello della validità e restituire coerenza al cosmo dell'invalidità. In tale prospettiva, la scure della nullità sopravvenuta potrebbe colpire solo i negozi con effetti differiti che non abbiano prodotto nemmeno in parte i propri effetti, quali a titolo esemplificativo la revocazione del testamento per sopravvenienza di figli (art. 687 c.c.) e la nullità del testamento a seguito della condanna all'ergastolo (art. 32 c.p.)

Nonostante l'apporto di tali correttivi la figura della nullità sopravvenuta è stata comunque osteggiata dalla dottrina<sup>[13]</sup> e dalla giurisprudenza maggioritaria per svariate ragioni.

In primo luogo, si evidenzia l'intrinseca contraddittorietà e ambiguità di tale categoria giuridica. Ritenere ammissibile la categoria della nullità sopravvenuta vuol dire, da un lato, negare che la nullità sia un vizio genetico dell'atto, e dall'altro, affermare che un atto possa al contempo essere valido e invalido, produrre e non produrre effetti.

D'altro canto, si osserva che il regime di invalidità degli atti abbisogna di un grado di certezza necessario per garantire e incentivare i traffici economici che verrebbe inevitabilmente pregiudicato dalla possibilità che la nullità dell'atto possa intervenire in qualsiasi momento per effetto di una sopravvenienza legislativa.

La concezione sin qui esposta, per quanto non priva di capacità di fascinazione nella parte in cui coglie la naturale interazione tra atto (statico) e ordinamento (dinamico), appare evidentemente non sincronizzabile con le coordinate positive.



Per queste ragioni, altra parte della dottrina[14] ritiene più opportuno discorrere in questi casi di inefficacia sopravvenuta o successiva. La legge sopravvenuta, secondo questo angolo visuale, non sarebbe in grado di incidere in alcun modo sull'atto, ma solo ed esclusivamente sugli effetti dello stesso. Conseguentemente difettando in radice qualsiasi riflesso di tale inefficacia sull'atto, devono ritenersi salvi gli effetti già prodotti dallo stesso e le prestazioni già eseguite. In altri termini, l'inefficacia sopravvenuta sarebbe ontologicamente non retroattiva ed impedirà esclusivamente la produzione di ulteriori effetti dell'atto.

Tale affermazione, d'altro canto si pone in sincronia l'opinione maggioritaria secondo cui lo *ius superveniens* è destinato ad incidere sul contratto inteso come rapporto e non come atto.

Questa ricostruzione rievoca quelle teorie che non considerano il negozio giuridico come una monade isolata, statica, conclusa ma dotata di un momento ulteriore di rilevanza qual è quello funzionale, a tal riguardo si discorre di "ciclo vitale" del negozio tale da abbracciare anche gli effetti ulteriori non direttamente collegati all'atto [15].

Tuttavia, non v'è chi non veda come questa ricostruzione risulta priva di un'autonomo valore euristico. L'inefficacia non si pone in rapporto di alternatività rispetto all'invalidità, bensì «*persegue e produce*»[16] quest'ultima. Nel sistema normativo la categoria dell'invalidità si definisce in relazione alla categoria dell'inefficacia.

«*Si coglie una connessione funzionale tra invalidità e inefficacia: l'invalidità persegue e produce l'inefficacia del contratto, perché è attraverso l'inefficacia che l'invalidità può svolgere la sua funzione rimediabile*»[17].

Si discorre a tal riguardo di "inefficacia in senso lato" [18] la quale non costituisce secondo la migliore dottrina una categoria autonoma, bensì un modo di essere del negozio invalido.

Appare dunque opportuno accantonare tanto la categoria dell'invalidità, quanto quella dell'inefficacia per fronteggiare il fenomeno dell'usurarietà sopravvenuta.

I vizi riguardanti il funzionamento del negozio possono trovare una più coerente regolamentazione non già facendo capo alle regole di validità, bensì a quelle di comportamento.

Il riferimento è alla regola di buona fede e al divieto di abuso del diritto.

La buona fede in senso oggettivo[19] può definirsi come obbligo di lealtà e di salvaguardia dell'altrui affidamento, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio. Essa rinviene il proprio fondamento direttamente nell'ambito dell'art. 2 della Carta Costituzionale ed è canone generale di condotta che opera già nella fase precontrattuale (1337 c.c.), fino a quella esecutiva (1375 c.c.) ed è in grado di integrare il negozio giuridico in via cogente, imponendo in capo alle parti obblighi specifici ed ulteriori rispetto a quelli previsti in via espressa dalla tavola contrattuale.

In tale prospettiva, si pone il dibattito volto a verificare l'esistenza di un principio generale che imporrebbe in capo alle parti l'obbligo di rinegoziare il contratto in presenza di sopravvenienze, figlio del principio generale di buona fede. L'obbligo di rinegoziare si sostanzia nell'obbligo di riattivare le trattative al fine di adeguare il contenuto del contratto a sopravvenienze non previste dalle parti[20]. Ovviamente l'ambito elettivo di tale dibattito si pone nei contratti di durata, laddove le parti non abbiano predisposto *clausole di hardship*[21].

Arresto significativo di tale innovativo orientamento è pervenuto dal Tribunale di Bari[22] secondo cui << in base alla clausola generale di buona fede sussiste l'obbligo di rinegoziare il contenuto del contratto, in presenza di un mutamento rilevante della situazione di fatto o di diritto, rispetto a quella contemplata dal regolamento originario>> potendo il giudice in caso di inadempimento di tale obbligo emettere una sentenza che tenga luogo degli effetti del contratto rinegoziato ex 2932 c.c..

L'opinione prevalente, tuttavia, nega fermamente l'esistenza di un obbligo di tal fatta al di fuori delle ipotesi espressamente previste dal legislatore[23] o regolate dalle parti[24]. Ciò in quanto opinare diversamente vorrebbe dire superare il limite dell'apprezzabile sacrificio[25] e dunque imporre in capo alle parti uno sforzo eccessivo.

Secondo altra prospettazione[26], infine, esigere il pagamento di un credito di interessi oltre la soglia legale prevista dalla l. 108/1996 costituisce abuso del diritto.

E' noto che *qui suo iure utitur neminem laedit*, tuttavia, il potere in cui si sostanzia il diritto soggettivo è sottoposto a limiti interni desumibili da diverse disposizioni codicistiche tra le quali rilevano l'art. 833 c.c. che vieta gli atti emulativi, nonché la clausola generale di buona fede e correttezza (1175 c.c.) che secondo l'opinione preferibile avrebbe tra l'altro la funzione di estendere o restringere una determinata

subordinazione d'interesse, quando non paia conforme alla solidarietà<sup>[27]</sup>.

Infatti, se è vero che l'usura va valutata *ab origine* con riguardo al tasso soglia vigente al momento della conclusione del contratto, è altresì vero che richiedere il pagamento di interessi che successivamente superano la soglia del tasso di usurarietà costituisce una modalità censurabile alla luce del principio del divieto di abuso del diritto, ancorché apparentemente la richiesta di tale pagamento possa apparire rispettosa da un punto di vista formale della cornice attributiva del diritto.

Verrebbe in rilievo, di tal guisa, l'esercizio di un diritto abusivo che << pur essendo apparentemente conforme al suo contenuto, sia in realtà funzionale al conseguimento di un'utilità inaccettabile secondo la comune coscienza sociale>><sup>[28]</sup>.

Sposando questo orientamento si ritiene non tutelabile dall'ordinamento e quindi inesigibile la richiesta del creditore avente ad oggetto il pagamento di interessi che nel momento in cui vengano a maturare siano divenuti oggettivamente usurari.

Questa sembra essere la soluzione più lineare che facendo applicazione dei principi generali riesce, senza troppe forzature, a realizzare l'equo temperamento tra l'interesse del debitore e quello del creditore e che si spera adotteranno le Sezioni Unite.

In attesa del pronunciamento delle Sezioni Unite può osservarsi che lo stesso avrà comunque un impatto dirompente ponendo (forse?) la parola fine all'annosa *querelle* relativa all'ammissibilità della tanto contestata categoria della nullità sopravvenuta.

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

[1] V. GAZZONI, *Istituzioni di Diritto Privato*, CEDAM, 2010, 1008.

[2] In questo senso si veda Obiettivo Magistrato nella sezione dedicata ai temi svolti il seguente: *Il candidato delinei i caratteri dell'usura nel diritto civile, distinguendo tra usura originaria ed usura sopravvenuta ed individuando gli strumenti di tutela del debitore*, febbraio 2011, 29.

[3] L'art. 1815 svolge una funzione sostanzialmente sanzionatoria nella misura in cui punisce il mutuante con l'imposizione di un obbligo << a contenuto obiettivamente afflittivo, ma privo di alcuna finalità compensativa: quello di rimanere comunque vincolato a un rapporto *ex lege* novato in mutuo gratuito >>. Così Benazzo, *“Le pene civili” nel diritto privato d'impresa*, Milano, 2005, 189.

[4] In questi termini si esprime l'ordinanza in questione a pag. 10 e 11. Di tale impostazione sono epigoni significativi le seguenti pronunce: 29/1/2016 n. 801; 19/3/2007 n. 6514 e 27/9/2013 n. 22204.

[5] Così L'usura sopravvenuta al cospetto delle Sezioni Unite di Renata Russo in *Iurisprudenzia.it*

[6] Cfr. 17/8/2016 n. 17150, 14/3/2013 n. 6550, n. 602 del 2013; 17854 del 2007.

- [7] In questo senso si veda Obiettivo Magistrato nella sezione dedicata ai temi svolti il seguente: *Il candidato delinea i caratteri dell'usura nel diritto civile, distinguendo tra usura originaria ed usura sopravvenuta ed individuando gli strumenti di tutela del debitore*, cit., 29
- [8] BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, XV, Torino, 307 ss. e 488 ss., DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, 755 ss.; STOLFI, *Teoria del negozio*, Padova, 1947, 63.
- [9] Tali condizioni sopravvenute idonee ad incidere sulla originaria validità dell'atto consisterebbero nel venir meno di un elemento essenziale ovvero nel mutamento di una legge che lo disciplina. Sul punto si veda CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, 623 ss. e CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1950, 374.
- [10] La figura della nullità sopravvenuta è stata sottoposta a revisione critica da parte di molti autori tra i quali si veda: ALPA e BESSONE, *Contratti in generale*, Torino, 1992; GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. dei contratti* diretto da Rescigno; GIOIA, *Interessi usurari: rapporti in corso e ius superveniens*, in *Corr. giur.* 1998, 192 e A. DIMAJO, G.B. FERRI, M.FRANZONI, *L'invalidità del contratto*, Giappichelli editore, Torino, 2002, pp. 456. Anche larga parte della giurisprudenza ha negato diritto di cittadinanza a tale categoria giuridica *ex multis* si veda Cass., 28 gennaio 1998, n. 831, in *Foro it.*, 1998, I, c. 770.
- [11] GUARINA, *L'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite in tema di << usura sopravvenuta >>*, in *Dir. civ. cont.*, 15 marzo 2017, afferma che: << L'effetto *ex nunc* troverebbe piena giustificazione anche da un punto di vista sistematico. Nei rapporti di durata, infatti, il legislatore ha escluso l'effetto retroattivo in tutta quella serie di ipotesi in cui gli eventi sopravvenuti incidono sugli effetti del contratto, ad esempio: nella disciplina della condizione risolutiva (art. 1360, co. 2 c.c.), in quella del recesso unilaterale (art. 1373, co.2 c.c.); in quella della risoluzione per inadempimento (art. 1458 c.c.) e per eccessiva onerosità sopravvenuta (art.1467 c.c.)>>.
- [12] In questi termini SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, 250 – 251.
- [13] Sul punto si veda in dottrina: ALPA e BESSONE, *Contratti in generale*, cit.; GENTILI, *Le invalidità*, cit.; GIOIA, *Interessi usurari: rapporti in corso e ius superveniens*, cit. e A. DIMAJO, G.B. FERRI, M. FRANZONI, *L'invalidità del contratto*, cit.. In giurisprudenza *ex multis* si veda Cass., 28 gennaio 1998, n. 831, in *Foro it.*, 1998, I, c. 770.
- [14] Sul punto si veda GENTILI, *Le invalidità*, cit. e *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, tomo II, Torino, 1999, 1289.
- [15] DIMAJO, G.B. FERRI, M. FRANZONI, *L'invalidità del contratto*, cit.
- [16] In questi termini ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, 689.
- [17] In questi termini ROPPO, *Il contratto*, cit., 689.
- [18] V. GAZZONI, *Istituzioni di Diritto Privato*, cit., 987.
- [19] Essa si distingue dalla buona fede in senso soggettivo che deve essere intesa, invece, come stato di coscienza che esclude la mala fede ovvero come ignoranza di ledere l'altrui diritto (a tal riguardo si vedano gli artt. 128, 1153, 1994, 1189 c.c.).
- [20] Sul punto si veda GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004, SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 774. A tal riguardo, giova notare che l'art. 6.2.2. dei Principi Unidroit prevede che quando si verificano eventi che alterano l'equilibrio negoziale <◇>.
- [21] Sono quelle clausole con le quali le parti si obbligano a rimodulare il contenuto del contratto in presenza di determinate sopravvenienze. Si badi che in questo caso non si pongono particolare problemi giuridici, essendo del tutto ammissibile e meritevole di tutela una previsione contrattuale con la quale le parti si obblighino a rinegoziare il contenuto del contratto a fronte di sopravvenienze non previste. Giova quindi ribadire che il dibattito giuridico si è concentrato su di un versante diverso. In particolare, in giurisprudenza e dottrina, si ci è interrogati circa l'esistenza di un principio generale che obblighi le parti a rinegoziare, anche ove non previsto dalle stesse nell'ambito del contratto, alla stregua del principio

generale di buona fede.

[22] Trib. Bari, ord. 14 giugno 2011, in *I Contratti*, 2012, 7, 571, con nota PATTI.

[23] Si vedano sul punto gli artt. 1467,1664,1623,1384 ecc.

[24] Il riferimento è alle *clausole di hardship*.

[25] Cfr. Cons. Stato Ad. Pl. N. 3/2011 che cerca di offrire una lettura evolutiva del requisito dell'apprezzabile sacrificio

[26] A tal riguardo si veda GUARINA, *L'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite in tema di << usura sopravvenuta >>*, cit., 15 marzo 2017, 7 e L'usura sopravvenuta al cospetto delle Sezioni Unite di Renata Russo, cit., 8 – 9.

[27] V. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit.

[28] Così, Francesco Caringella e Luca Buffoni, *Manuale di diritto civile*, Roma,2014,162

# L'ATTITUDINE DEL CONIUGE AL LAVORO PER LA DETERMINAZIONE DELL'ASSEGNO DI MANTENIMENTO

---

*La recente pronuncia della Cassazione civile, sez. VI, 20.07.2017, n. 17971 ha stabilito che “In tema di separazione ed assegno di mantenimento, l’attitudine del coniuge al lavoro assume rilievo solo se venga riscontrata in termini di effettiva possibilità di svolgimento di un’attività lavorativa retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale ed ambientale, e non già di mere valutazioni astratte ed ipotetiche.”*

---

**Simona Rossi** - Pubblicazione, venerdì 11 agosto 2017  
Redattore: **Rosa Mugavero**

Negli ultimi mesi l’assegno di mantenimento è stato oggetto di importanti pronunce da parte della Corte di Cassazione anche se, va osservato, tali pronunce si sono limitate all’esame del caso dell’assegno divorzile: ad esempio, con la *sentenza n. 12196 del 16.05.2017* è stato previsto che, solo dopo il divorzio, il mantenimento dell’ex moglie non va più determinato sulla base del tenore di vita di cui si godeva in costanza di matrimonio mentre nel caso della separazione resta ancora il vincolo tra i due coniugi.

Nella recente pronuncia n. 17971 del 20.07.2017, la Suprema Corte si è pronunciata sulla rilevanza della capacità lavorativa del coniuge richiedente stabilendo che *“l’attitudine del coniuge al lavoro assume rilievo solo se venga riscontrata in termini di effettiva possibilità di svolgimento di un’attività lavorativa retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale ed ambientale e non già di mere valutazioni astratte ed ipotetiche”*.

Nel caso di specie, la Corte d’Appello di Venezia, riformando la sentenza del Tribunale di Padova, aveva rideterminato il *quantum* dell’assegno mensile dovuto dal marito in favore della moglie, in quanto aveva valutato come sussistesse tra i coniugi una *“consistente disparità economica”*. La Corte aveva infatti posto in evidenza come, mentre il marito potesse contare su *“una fonte di reddito stabile e continuativa”*, la moglie non aveva più svolto, dall’agosto 2014, attività lavorative di carattere continuativo e pertanto *“non rileva la sua astratta attitudine al lavoro proficuo, difettando comunque qualunque concreta capacità di guadagno”*.

Avverso tale pronuncia, il marito proponeva ricorso per Cassazione adducendo tra i motivi la statuizione sull'*an* ed il *quantum* dell'assegno di mantenimento determinato in favore della moglie: i giudici hanno ritenuto infondata tale censura ribadendo come **la capacità lavorativa rilevi solo se "effettiva"**. Dunque, i Giudici provvedevano al rigetto del ricorso proposto.

### **Ma quali sono i criteri per la determinazione dell'assegno di mantenimento?**

L'articolo 156 del codice civile pone quale presupposto per l'attribuzione dell'assegno di mantenimento che la separazione non sia addebitabile al richiedente e che questi non abbia un reddito proprio sufficientemente adeguato; inoltre la dottrina maggioritaria ritiene che tra i presupposti vi sia anche quello, implicito, dello squilibrio economico tra i due soggetti.

Con riguardo a quest'ultimo parametro, questo viene individuato nel tenore di vita tenuta durante la convivenza coniugale per cui l'assegno di mantenimento dovrebbe consentire al coniuge che non ha un reddito sufficiente di poter conservare quel medesimo tenore di vita.

L'articolo 156 del codice civile non fa alcun riferimento alla capacità lavorativa del coniuge che richiede l'assegno, tuttavia, si ritiene essere un parametro necessariamente rilevante al fine di valutare la capacità reddituale. Va, inoltre, osservato come, diversamente da quanto stabilito per il divorzio dalla legge n. 898 del 1970, all'articolo 5 comma 8, la norma codicistica non prevede che per l'ottenimento dell'assegno di mantenimento il coniuge debba procurarsi un reddito adeguato.

La *ratio* di tale scelta legislativa, è stata oggetto di chiarimenti da parte della Suprema Corte che, con la pronuncia n. 18920 del 2003, poiché nel caso della separazione si conservano (per quanto possibile!) gli effetti del matrimonio, ha ritenuto che *“una mancata previsione del genere, nell'art. 156 c.c., appare niente affatto priva di ragion d'essere, in quanto, se prima della separazione i coniugi avevano concordato o, quanto meno, accettato (sia pure soltanto per facta concludentia) che uno di essi non lavorasse, l'efficacia di tale accordo permane anche dopo la separazione (evitando, così, tra l'altro, che il coniuge che non lavorava sia costretto di colpo a trovarsi un'occupazione), atteso che la separazione instaura un regime il quale, a differenza del divorzio, tende a conservare il più possibile tutti gli effetti propri del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza e, quindi, anche il tenore ed il tipo di vita*

*di ciascuno dei coniugi, nel senso esattamente che solo con il divorzio, capace di scogliere a tutti gli effetti il matrimonio, la situazione muta radicalmente, tanto da far residuare tra gli ex coniugi solo un vincolo di solidarietà di tipo preminente assistenziale che, in quanto tale, presuppone nell'ex coniuge assistito non solo la mancanza di mezzi economici adeguati, ma anche l'oggettiva impossibilità di procurarseli mettendo altresì a frutto le proprie capacità di lavoro".*

Per cui si evince la “sostanziale” diversità tra l’assegno di mantenimento e quello di divorzio: **mentre il primo ha il fine di consentire al coniuge avente reddito insufficiente di mantenere il medesimo tenore di vita tenuto in costanza di matrimonio, l’assegno divorzile fa esclusivamente riferimento alla mancanza di indipendenza dell’ex-coniuge** (senza alcun riferimento, come posto in evidenza dalla già citata pronuncia n. 12196 del 16.05.2017, al tenore di vita matrimoniale).

In ogni caso, nel valutare la capacità lavorativa bisogna bilanciare l’interesse del coniuge beneficiario dell’assegno a mantenere un certo tenore di vita ma anche evitare un abuso di tale previsione normativa: è per questo che l’attitudine al lavoro del coniuge va valutata nella sua *effettività* con riferimento a *fattori concreti* (ad esempio, può essere valutata la lunga inattività oppure, se la separazione è avvenuta dopo che fosse trascorso poco tempo, un breve periodo di inattività non può ritenersi poter compromettere le potenzialità lavorative).



# DENEGACIÓN DE EMBARQUE Y NO POR OVERBOOKING: LA INDEMNIZACIÓN CORRESPONDE (CASI) SIEMPRE AL PASAJERO.

*La reciente sentencia del Juez de Paz de Trapani establece que la indemnización al pasajero, al cual se niega el embarque, corresponde no sólo en caso de overbooking sino en todas las hipótesis, a menos que la empresa conductora demuestra haber adoptado todas las medidas apropiadas para evitar que se genere daño.*

**Enza Cubicciotti** - Pubblicazione, sabato 12 agosto 2017  
Redattore: **Salvatore Aromando**

Aunque sea pacífica, la aplicación del Reglamento CE n. 261/2014, emitido el 11 de febrero de 2004 en los casos de *overbooking*, con la reciente sentencia del Juez de Paz de Trapani, emitida el 8 de mayo de 2017 y aquí referida, se extiende la aplicación de estas normas, también en otros casos en el cual se niega el embarque.

La cuestión examinada por el Juez, se refería, en efecto, a un pasajero al que se le negó el embarque en el vuelo de regreso, con la consiguiente imposibilidad de alcanzar su propio destino, en función de una cláusula incluida en el contrato, considerada ilegal y abusiva porque resultaba contraria tanto a la legislación italiana y europea como al Código de Consumo, y que recitaba, en el caso de que el pasajero “*no utiliza el asiento reservado y omite de confirmarlo con tiempo suficiente a la compañía*”, la posibilidad, por parte de la compañía, de poder suspender la reservación para los vuelos de regreso.

El pasajero citaba en juicio la compañía aérea, pidiéndole la pena a los reembolsos de los impuestos aeroportuarios, relativos al vuelo de ida del cual no había beneficiado, el reembolso del coste del billete aéreo relativo al vuelo de regreso y, además la indemnización de los daños para incumplimiento de contrato.

La petición fue aceptada totalmente por el Juez de Paz, a partir del concepto sinalagmático de las prestaciones que representan el objeto del contrato de transporte de las personas y en función de la injusta y ilegal cláusula introducida por la sociedad aérea, en las condiciones generales del contrato.

Dicho contrato, en realidad, está configurado entre las circunstancias establecidas por el

art. 1678 CC italiano y, por lo tanto, se caracteriza por una cláusula que tiene por objeto prestaciones relativas (a la cantidad de dinero con la que el pasajero ha pagado su billete, deberá corresponder la obligación de la compañía al *facere*).

Además, ya que se trata de un acto jurídico de *resultado*, al contrario de los contratos de medio, ambas las partes se acuerdan para alcanzar el éxito final, es decir, el traslado de las personas: partiendo de esta premisa, se deduce el *ratio* por el cual el juez condenó la compañía al reembolso de los impuestos aeroportuarios del vuelo de ida, precisamente, porque se trataba de un servicio no efectuado.

En efecto, la negación del embarque del vuelo de regreso, incluye el supuesto de incumplimiento del contrato, como establecido tanto al art. 1218 del Código Civil italiano cuanto al art. 949 bis del Código de Navegación, que señala como la compañía ha sido siempre responsable de los daños debidos a la falta de transporte, a menos que no demuestre de tener todas las medidas posibles para evitar el daño, según la normal diligencia.

En todos los casos, sobre esta cuestión, dio seguramente una importante ayuda la jurisprudencia comunitaria, ya que los jueces del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la interpretación del Reglamento n. 261/2004, quisieron incluir todas las hipótesis en que la compañía rechaza de asegurar el transporte de persona (y no solo en los casos de overbooking). Es la misma norma, además, que establece los únicos casos en los cuales se pueda justificar la denegación de embarque, para razones de salud, seguridad y cuando los documentos de viaje no resulten adecuados.

Con esta sentencia, el Juez de Paz de Trapani, en armonía con la jurisprudencia comunitaria, interpretó en sentido extensivo el concepto de “denegación de embarque” del reglamento n. 261/2004, incluyendo la hipótesis de overbooking pero también todas otras hipótesis de negación de transporte del pasajero por parte de la compañía.

# O FENÓMENO DO CROWDFUNDING: CENÁRIOS E CONTEXTOS ECONÓMICOS

---

*Provavelmente uma das expressões mais inovadoras da esfera financeira corrente, usa as redes sociais e os contatos virtuais com o fim de levantar capital para o mercado. Portanto, é uma forma de financiamento on-line que permite a realização de projectos e ideias através do chamado microfinanciamento. Qual é, então, o quadro legislativo e económico em que este fenómeno ocorre?*

---

Salvatore Aromando - Pubblicazione, domenica 13 agosto 2017  
Redattore: Raffaele Giaquinto

*Índice:* 1. Introdução; 2. O Crowdfunding: classificação e características; 3. O perfil jurídico do crowdfunding e das start-ups inovadoras; 4. Conclusão.

## 1. Introdução

A primeira plataforma foi realizada em Itália em 2005, embora nos últimos anos, tal espaço tenha experimentado uma crescente popularidade. Atualmente, são 39 as plataformas ativas e, provavelmente, o número poderá aumentar (1). O motivo de este enorme sucesso reside no fato de que esta ferramenta permite a criação de projetos de negócios para entidades que têm possibilidades financeiras mínimas. As plataformas de financiamento coletivo, são páginas web que oferecem uma demanda (financiamento) e uma oferta (dinheiro) a partir, respetivamente, dos promotores de um projeto e os usuários a que se destina o seguinte. A função de tal plataforma é agir como um intermediário entre os que propõem projetos e os que desejam financiá-los, mesmo recorrendo a ferramentas inovadoras, desenvolvidas em termos de blogs, sites e qualquer outro espaço que ajude a espalhar este novo tipo de financiamento. Esta prática de promoção e o conseguinte aumento de capital, tem determinado o incremento do número de start-ups. Isto, obviamente, pela natureza das mesmas dado que, não sendo cotadas em mercados regulamentados podem, em geral, encontrar dificuldades na obtenção de capitais.

## 2. O Crowdfunding: classificação e características.

Para compreender a verdadeira natureza desta ferramenta, é útil mencionar os princípios

fundamentais, incluídos no manifesto escrito por Alberto Kapipalíst Falossi de Kapipal. O cartaz prevê os seguintes princípios:

- *Seus amigos são o seu capital;*
- *Seus amigos realizam seus sonhos;*
- *O seu capital depende do número de amigos;*
- *O seu capital depende da confiança;*
- *O seu capital cresce de boca em boca.*

Entrando no mérito da questão, é conveniente esclarecer que o Crowdfunding, também conhecido como financiamento coletivo, permite que o gerente de um projeto, abordando a "multidão", possa pedir fundos que concretizem a ideia do próprio negócio. A coleta pode ser realizada tanto por pessoas quanto por organizações, com um mercado-alvo estruturado através da internet e das redes sociais. Materializa-se, em um jogo de confiança e de boca em boca, o apoio às ideias mais merecedoras e validas incrementando, assim, as fontes onde atingir fundos (2). O ato comunitário, de fato, cria uma acumulação de riqueza, cuja consequência implica que tal projeto possa constituir um verdadeiro negócio.

Os projetos propostos cobrem um vasto conjunto de hipóteses, que vão desde atividades educacionais, à preservação do meio ambiente, até a criação de microcréditos para grupos desfavorecidos e/ou pesquisa científica.

Especificamente, o intercâmbio de informações e a credibilidade da proposta, são regulados através da plataforma, com incentivos quais a entrega de prêmios, contribuições operacionais ou criativas. Com base nas plataformas, podemos distinguir as diferentes categorias de crowdfunding:

1. **Donation Crowdfunding**, é a versão virtual da solidariedade social com temas (principalmente realizada por organizações sem fins lucrativos), que pedem contribuições para projetos sociais com fins filantrópicos e éticos; nenhuma recompensa financeira é, portanto, paga ao doador;
2. o modelo **reward-based**, prevê que os credores recebem alguma forma de recompensa pela própria contribuição, uma espécie de reserva sobre o produto que será realizado, com o apoio financeiro recebido da "multidão";
3. O modelo de empréstimo social (**social lending**), é caracterizado pela recolha de fundos, através de microempréstimos, ou seja, através do fornecimento de

empréstimos de médio prazo, a propor a um determinado grupo de candidatos. Para a sua tipologia, é necessário que as empresas que operam com este modelo sejam inseridas nos registos do Banco da Itália;

4. O **modelo baseado na equidade**, consiste em obter capital online, com base em uma participação no capital de risco. Certamente, em comparação com os modelos anteriores, é o mais peculiar, pois há um alto grau de envolvimento dos usuários doadores, que se tornam acionistas ou quotistas.

Em particular, o **equity crowdfunding**, resulta particularmente eficaz em projetos culturais, ambientais ou tecnológicos, sendo uma variante que permite aos investidores a entrada no capital de uma sociedade, compartilhando o risco do negócio e adquirindo um verdadeiro título de participação. Por esta razão, é uma forma alternativa de levantamento de capital, que é mais adequada para pequenas empresas (ou ideias jovens) nas fases iniciais do seu negócio. É, de facto, uma outra alternativa ao sistema bancário tradicional, dado que é capaz de lidar com a crise económica e a disponibilização de créditos. No entanto, em termos mais amplos, pode ser considerada uma opção diferente do que as estruturas institucionais, como, por exemplo, os venture capitalist ou os fundos vinculados a BIC. Portanto, querendo acabar com esta breve revisão, a Itália pode gabar-se a primacia em ter criado uma legislação ad hoc, mais conhecida como *Decreto Crescita*.

### 3. O perfil jurídico do crowdfunding e das start-ups inovadoras.

É evidente o vínculo que existe entre o crowdfunding e o mundo corporativo, especialmente à luz dos mais recentes modelos descritos. Em particular, as aplicações recentes envolvem, cada vez mais, as start-ups, ou seja, empresas que não contemplam a cotação das próprias ações no mercado regulamentado e que podem interessar tanto o mundo cooperativo quanto o setor terciário.

O **DL 179/2012**, com resultado nas alterações feitas pelo DL 3/2015, prescreve os requisitos que tais empresas devem possuir. Além disso, o Ministério do Desenvolvimento Económico, com um decreto de 17 de fevereiro de 2016 (3) estabeleceu que os contratos Srl, que têm principalmente ou exclusivamente como objeto "*o desenvolvimento, a produção e a comercialização de produtos inovadores de alto valor tecnológico*" e, para os quais, é prevista uma inscrição na secção especial das start-ups, nos termos do art. 25, par. 8 do Decreto 176/2012, devem ser redigidos de forma eletrónica e assinados digitalmente, segundo o art. 24 CAD, por parte de cada um

dos assinantes. A Agenzia delle Entrate (4) prevê que a referência aos termos obstativos à fusão, à transferência ou à cisão da empresa, como explicado no Decreto-lei anteriormente citado e com respeito às start-ups, deve ser entendida como "*proibição em constituir empresas elegíveis por efeito de uma reorganização da empresa*". A seguinte, encontra apoio na lógica subjacente, isto é o facilitar o início de atividades empresariais inovadoras, uma lógica que encontra consistência na possibilidade da realização diferente de um processo de *transformação*, conforme à nota do Protocolo 0164029 de 2013, do Ministério do Desenvolvimento Económico.

Interessante, em termos normativos, é o caso do reconhecimento do regime das start-ups, por parte de o Ministério do Desenvolvimento Económico, à atribuição de uma empresa que deu origem a um Srl unipessoal, de modo a não criar um regime discriminatório para os empresários individuais que, não podendo constituir uma empresa, em teoria, não poderiam contar com a disciplina em questão.

Outro caso interessante a ser analisado é o seguinte: uma associação cultural sem fins lucrativos, constituída predominantemente para alocar uma determinada data para a sua marca e o seu objeto, pode ser transformada em start-up com o mesmo objeto? Para responder, é oportuno previamente distinguir (para fazer uma avaliação correta) entre *o perfil da transformação na sociedade e o perfil de acesso a disciplina das start-ups* (5). Resulta que, não sendo a start-up autónoma, não pode apresentar transformação nesse sentido, pelo contrário, não existiria nenhum obstáculo caso seja aceite a qualificação de uma empresa, resultante da transformação referida (por exemplo, a de uma empresa cooperativa). À luz do acima exposto, é possível responder à questão inicial, ou seja, pode-se afirmar que o mesmo art. 25 do Decreto 179/2012 prevê start-ups com vocação social, isto é, as que operam nos setores indicados no art. 2, n.º 1 do Decreto. 155/2006. Também é possível que a associação mude o objetivo, mantendo inalterado o objeto social.

Quanto exposto, nos permite introduzir a questão das denominadas **SIAV**, mais conhecidas como start-ups inovadoras com finalidade social, usadas para receber mais benefícios fiscais em termos de deduções/subsídios, destacando o impacto social, através da realização de um objetivo de interesse geral e operando em um dos setores indicados no art. 2, parágrafo 1 do Decreto Legislativo n. 155/2006.

Cabe mencionar um ulterior tipo de start-ups: as *tech-based*. Certamente, esta tipologia representa uma válida oportunidade para as empresas tecnológicas, favorecendo os

investimentos e a produtividade. Tal categoria, refere-se a conceitos quais *internet of things, security and access control, digital payments, smart wellness* e outros conceitos que concretizam realidades virtuais e meramente tecnológicas, paralelas à evolução empresarial, cultural e financeira.

Enquadrado, portanto, o cenário económico e empresarial em que operam os usuários (cidadãos, empresas, recursos, credores, investidores, desenvolvedores, etc.), neste ponto, é mais fácil de entender a ligação entre o fenómeno de crowdfunding e as start-ups. A *recolha de capital de risco* através de plataformas on-line, representa uma das maneiras com que o legislador tem facilitado a mobilização de capitais pela start-up (6).

No sistema italiano da Consob, de acordo com quanto disposto no art. 50 **TUB**, tem sido aprovada através da resolução n. 18592, uma norma com a qual são regulados os conteúdos, os requisitos, as modalidades de inscrição e alterações mas, acima de tudo, são identificadas as informações que devem ser dadas aos investimentos realizados pelas start-ups, às ofertas promovidas e às modalidades de adesão (7).

Cabe observar que a gestão das plataformas online, é reservada às empresas de investimento e/ou aos bancos autorizados, que estão incluídos em uma secção especial do Registo e, também às pessoas inscritas no registo, presente no regulamento de Consob. Estes, de fato, podem controlar as plataformas, a condição de que transmitam as ordens a bancos e empresas de investimento. A informação deve ser confidencial, atualizada e acessível pelo menos por 12 meses após o encerramento das ofertas, e para cinco anos, para aqueles que fizeram um pedido. O gerente, nos termos do art. 13 (Regolamento), deve conduzir seus negócios com transparência, evitando conflitos de interesses. Deve também disponibilizar as informações, proteger os investidores expondo os riscos de investimento e apontando que é possível retirar este último, com as modalidades correspondentes. Nos termos do art. 25 parágrafo 2, está previsto o direito de revogação, quando houver novos fatos ou erros materiais relevantes, nas informações fornecidas no portal. Por conseguinte, deverão ser expostas todas as informações específicas para o presente caso, ou seja, explicitar o tipo de investimento e a oferta proposta.

#### 4. Conclusão

Focando a atenção no **art. 2333** do Código Civil italiano, é evidente que algo semelhante

ao fenómeno do crowdfunding ocorreu no sistema jurídico italiano, já antes da entrada em vigor do DL 179/2012, conversão da Lei 221/2012. A norma do Código Civil, de fato, fornece um processo complexo que consiste na *subscrição pública* que, especificamente, é a solicitação ao público, através da venda de ações da empresa a definir. No entanto, é claro que o fenómeno do equity crowdfunding, e geralmente de crowdfunding, ocorre de uma forma mais confortável, rápida e controlada, através do carácter inovador da rede e das plataformas, que operam como *match makers* reais.



# O RECONHECIMENTO CONVENCIONAL, CONSTITUCIONAL E LEGAL DO JUS SOLIS

*Este artigo vem analisar o jus solis, realidade atual de imigração e de emigração, além da necessidade de reconhecimento, em todos os ordenamentos jurídicos, do conceito da nacionalidade territorial.*

**Diogo Miceli Alves** - Pubblicazione, lunedì 14 agosto 2017  
Redattore: **Salvatore Aromando**

**Sumário:** 1) As nacionalidades Jus Solis e Jus Sanguinis; 2) Países de Imigração, países de emigração e a realidade atual; 3) Mutação legal e constitucional: a atua o dos Tribunais; 4) A defesa de uma nova Conven o internacional sobre o tema do Jus Solis; 5) Por qu  reconhecer o Jus Solis? 6) Conclusão.

## 1) As Nacionalidades Jus Solis e Jus Sanguinis

A nacionalidade, como já analisado nos artigos anteriores,   um Direito Humano t pico. Dessa forma, necessita ter prote o legal, constitucional e convencional que os ordenamentos jurídicos podem oferecer. Assim, os países, em conformidade com as legisla es nacionais e internacionais, devem prever sempre as nacionalidades jus solis e jus sanguinis, sob pena de grave viola o dos Direitos Humanos.

Independentemente do que fora dito, a previsão de **tais nacionalidades** não   nem mesmo respeitada pela mesma legisla o internacional. Apesar da Conven o Internacional sobre a Redu o da Apatr dia, não   verificada uma convenço que obriga os países a considerar ambas as formas de nacionalidade, especialmente no período atual, o qual demonstra que as fronteiras não são mais linhas fixas como eram no século XX.

Hodiernamente,   possível ter um italiano, com ascendentes palestinos, nascido em Florença, e que, infelizmente, não   assim reconhecido perante o Estado italiano. O exemplo palestino   importante, principalmente quando se v  um país que não   reconhecido pela maioria dos demais países do mundo. Dessa forma, como se dará essa nacionalidade? Como   possível proteger esse ser humano?

Se a lei italiana previsse a nacionalidade jus solis, essa discussão seria inútil. Todavia, a legisla o necessita, como   conhecido por todos os juristas, da análise dos políticos, que

não possuem, ainda, a mesma velocidade das mudanças da sociedade, implicando assim a defesa de mutações legais e constitucionais mais urgentes.

A nacionalidade *jus sanguinis* requer apenas a origem da ascendência de um determinado país. A virtude da nacionalidade *jus sanguinis* é considerar os nacionais quando os mesmos não são nascidos no território do Estado. Assim, é possível dizer que os italianos não são somente aqueles presentes na Península, mas também aqueles que possuem o sangue italiano.

A nacionalidade *jus solis*, diametralmente oposta, vem considerar os nacionais que nascem no território do país. Assim, a nacionalidade é vista como um conceito naturalmente territorial, onde as pessoas terão a ligação com o respectivo local de nascimento, independente da consideração que tange à origem da sua ascendência. Portanto, será importantíssimo para os países que adotam o *jus solis* criar raízes dentro de suas fronteiras.

O chamado *jus solis temperado* não parece ser a opção mais conforme com os Direitos Humanos. Nos países que tipicamente escolheram, seja no passado legislativo, seja nas Constituições atuais o conceito do *jus solis*, não foram observados limites ao seu reconhecimento. Bastava ao ser humano nascer no território, sem consideração nenhuma sobre a origem dos seus genitores.

Em suma, é necessário dizer que a nacionalidade *jus solis*, sem qualquer limitação, é a aplicação do instituto em conformidade com os axiomas que nos trazem os Direitos Humanos. Por conseguinte, devem os juristas defenderem a doutrina do *jus solis* pleno, como os países americanos fizeram por centenas de anos. Assim, será possível, talvez, pensar na apatridia como algo do passado.

## **2) Países de imigração, países de emigração e a realidade atual**

A mobilidade dos povos não é uma realidade linear, e nem mesmo deve ser analisada sob os olhos dos juristas do passado. Ainda, os axiomas podem ter origem nos tempos passados, apesar de ser necessário pensar no Direito em conformidade com a realidade atual. Como dizia Thomas Jefferson: "*a Constituição não é um documento legal dos juristas mortos*".

Todavia, alguns defendem que os documentos legais devem permanecer como eram nos séculos passados. Apesar de ser uma visão política ao invés de ser propriamente uma

análise jurídica, é impossível esquecer que as leis exigem a atuação dos políticos, especialmente nos países democráticos. Assim, torna-se obrigatório mudar primeiramente a percepção política, infelizmente.

Olhando à realidade atual, as pessoas que desejam deixar os países de origem, devem ter um motivo pertinente. Onde quer que seja, veem-se guerras, crises econômicas, delitos contra os Direitos Humanos, quotidianas violações dos princípios básicos do ser humano. Como exigir que um nacional de um país que esteja diante do princípio, possa permanecer no território onde a sua vida esteja em risco?

Nas primeiras décadas do século XX, a Europa era em uma situação constante de guerras e crises econômicas gravíssimas. Os europeus não possuíam outra escolha além de emigrar. Era também necessário para os nacionais da Europa emigrarem para países onde era possível permanecer sem risco de vida para eles e suas famílias. Às vezes, foram para a América Latina ou para a África.

O sucesso econômico europeu foi feito por uma geração que não mais está presente. Todavia, a ajuda veio de países que, hodiernamente, possuem realidades desafiantes além do que é imaginável pelos europeus que vivem hoje.

Os europeus podem admitir a atual realidade, isto é, o continente transformou-se em um local de imigração. Seja na Inglaterra, na França, na Espanha ou na Itália, é necessário que a Europa considere esse novo papel fundamental, nesses tempos difíceis e pouco compreendidos.

A Europa transformou-se também em um continente velho. Impossível para as previdências europeias (com exceção, apenas, da França e da Alemanha), permanecerem sem os trabalhadores que estão entre os 18 e os 45 anos. Isso é claro, e será um problema ainda maior nos próximos anos, especialmente em um país como a Itália.

Independentemente das necessidades da Europa, a emigração dos países anteriormente mencionados é também um desafio indispensável. É o caso da atual realidade da África Setentrional que, com o advento da Primavera Árabe, tal região poderia melhorar o próprio futuro. Infelizmente, é claro que esse estado revolucionário não criou o que se esperava.

Pior é o presente da África Subsaariana. É evidente que se está falando da região mais pobre do mundo e, portanto, é urgente a nível global e independentemente do

desenvolvimento econômico ou social, uma mudança para tal realidade e aquelas que vivem uma constante situação crítica, por causa da grave violação dos Direitos Humanos.

Mais, a América Latina não é distante das crises econômicas e políticas. É possível ver a Venezuela, por exemplo, como uma sociedade que, devido aos contínuos protestos, chegou a um ponto em que o seu futuro nacional parece incerto. Entretanto, necessário que os europeus demonstrem que as portas do próprio continente sejam abertas.

Através do explicitado, é deduzível que as realidades migratórias anteriormente referidas ficam inalteradas. A história, como já analisado, não é uma linha fixa dado que, o mundo, hodiernamente, vive em períodos históricos que podem ser transformados em sentidos radicalmente opostos. As fronteiras existem como segurança contra o terrorismo e a guerra, mas não contra as pessoas que buscam uma saída para o próprio sofrimento.

### **3) Mutação legal e constitucional: a atuação dos tribunais**

A doutrina constitucional admite a possibilidade de mutação das leis e das constituições. Essa mudança não demanda os processos formais dos parlamentos. Dessa forma, ocorre a possibilidade de uma nova percepção da legislação, sem a longa discussão política que, por vezes, não seria aquela da população. No que concerne os direitos mais fundamentais, as formalidades devem ser deixadas.

Um primeiro passo para compreender o caminho finalizado a interpretação das leis e das constituições, é dado pela hermenêutica. Pode-se afirmar que a hermenêutica das mesmas convenções internacionais deve admitir a mencionada mutação não formal.

Por conseguinte, será necessário defender a ampla mutação dos documentos normativos, especialmente no que tange à temática dos Direitos Humanos. Contemporaneamente, a análise da doutrina, antes de admitir qualquer mudança, deve mostrar com clareza que tal modalidade não é rápida, em virtude da burocracia conhecida pelos juristas, relativa a alterações de caráter legislativo.

Assim, a doutrina será responsável por propor a nova visão sobre a temática jurídica. Em uma segunda fase, será introduzido o apoio da Jurisprudência, que iniciará a modificação de visão do instituto que deverá ser mudado. Finalmente, os mesmos Tribunais serão imprescindíveis para manter a mutação convencional, constitucional ou legal.

Todavia, a mutação legal se diferenciará nos sistemas jurídicos e nos respectivos processos de controle de constitucionalidade. Por exemplo, nos ordenamentos que admitem o **sistema concentrado** ou *austriaco*, a mutação legal, por motivos de segurança jurídica, somente ocorrerá através da atuação dos Tribunais Constitucionais.

A elaboração da nova percepção do instituto necessitará, dessa forma, da mutação do entendimento dos Tribunais Superiores, que, assim, precisarão de mais tempo, diferentemente dos Tribunais Inferiores. A admissibilidade do **chamado controle difuso** ou *americano* é a forma correta para aplicar uma mutação normativa, conseguinte ao objeto do texto normativo do documento a mudar.

No mencionado controle americano, basta a diferente percepção dos Tribunais Inferiores que, no caso concreto, será analisada pelo magistrado. Desse modo, a tutela dos Direitos Humanos poderá ser mais fácil, pois os juízes poderão aplicar os axiomas dos direitos fundamentais, independentemente do entendimento dos Tribunais Superiores.

Apesar da eventual mudança da situação jurídica das partes no procedimento, é possível dizer que, na maior parte das hipóteses, será possível satisfazer diversos Direitos Humanos, enquanto não é verificada a decisão final da Corte Constitucional. Ainda, existem Direitos Humanos que não admitem a mutação das respectivas sentenças, como ocorre com a nacionalidade, por exemplo.

Portanto, as alterações das normativas legais e/ou constitucionais passa pela aplicação dos axiomas fundamentais, à base dos Direitos Humanos, no momento em que, o objetivo primário destes últimos é a tutela das pessoas.

#### **4) A defesa de uma nova Convenção Internacional sobre o tema do Jus Solis**

Como já dito anteriormente, falta no ordenamento jurídico internacional, especialmente no âmbito da Organização das Nações Unidas, uma convenção que poderia prever a obrigação dos Estados em considerar, na normativa nacional, a presença do jus solis. Esse é, obviamente, um delito contra os Direitos Humanos.

É possível que a doutrina mencione a existência do **artigo 1 da Convenção sobre a Redução da Apatrídia**. Apesar da importância deste texto legal, a defesa do dispositivo supracitado resulta débil, enquanto a temática da nacionalidade é sensível e demanda uma proteção ainda maior.

Pode-se também sustentar que a normativa internacional defenda o jus solis, principalmente quando se considera que, somente através da existência da convenção, será possível constatar o respeito do direito à nacionalidade por parte dos Estados. Com a força coercitiva das normativas será concreta a defesa dos Direitos Humanos.

Onde quer que se veja a realidade dos habitantes de um país, a admissibilidade do jus solis ocorre através das legislações nacionais. A segurança jurídica torna-se consideravelmente reduzida nos países de tradição romano-germânica. As convenções internacionais que tratam dos Direitos Humanos, dotadas de força coercitiva, e, principalmente, dos axiomas que nos trazem esta ciência, serão a garantia esperada.

Desse modo, os países democráticos podem defender a elaboração da convenção internacional sobre a temática do jus solis. Principalmente, o apoio dessa nova normativa deve proceder das Organizações Internacionais. Por conseguinte, essas pessoas jurídicas de o Direito Internacional possuem o conhecimento científico necessário, através das suas comissões que tratam dos Direitos Humanos.

Poderia ser o caso, por exemplo, de uma Alta Comissão de Estudo dos Direitos Humanos para o Reconhecimento do Jus Solis, que seja, também, originária das Organizações Internacionais, com a participação da ONU, da União Europeia, da União Africana, e da Organização dos Estados Americanos.

### **5) Por quê reconhecer o Jus Solis?**

Os países que recebem milhares de migrantes necessitam criar sólidas conexões entre os novos habitantes e o território no que os mesmos se encontram. No que concerne a essa nova conexão, ocorrerá somente mediante a nacionalidade jus solis, especialmente quando a ser analisada é a situação dos filhos e das filhas dos imigrantes.

A pessoa que nasce em uma cidade europeia, viverá a cultura, os costumes e as tradições deste lugar. O tecido social não se poderá esquecer de tal indivíduo, especialmente se o objetivo estatal é diminuir os riscos de terrorismo e outros conflitos que podem comprometer o diálogo entre os grupos.

As nações que escolheram a nacionalidade jus solis, têm recebido milhares de migrantes, que foram importantes para o desenvolvimento econômico e social. Pensando na atual situação econômica dos Estados Unidos, a nacionalidade jus solis foi vital para a constituição da sociedade em vigor.

Dessa forma, reconhecer o jus solis é reconhecer a humanidade em cada indivíduo que nascerá em aqueles países que não possuem hoje tal instituto, em seus ordenamentos jurídicos. É criar o tecido social em direção do futuro, pensar na atual realidade dos países, sem se esquecer de sua história. É admitir, principalmente, que a batalha contra a pobreza em uma determinada nação criou um país justo.

O reconhecimento do jus solis é o caminho correto a ser feito, em conjunto com a globalização.

O envelhecimento da população europeia é o desafio que os países do continente devem cumprir e, através do reconhecimento do jus solis, será possível pensar num tecido social forte e conforme com a atual realidade estatal. Portanto, uma pessoa nascida em Berlim e de origem egípcia, sem a nacionalidade alemã não pode ser considerado um cidadão de segunda classe.

## **6) Conclusão**

É evidente, através do que foi explicitado, como a nacionalidade deve ser entendida como um direito humano e, o apelo à humanidade dos governos e dos nacionais europeus, não é a única análise necessária. Admitir o jus solis sem limitação é também reconhecer a ajuda que o mundo deu à Europa.

No momento atual, existem guerras, crises econômicas e violações diárias dos Direitos Humanos, que são visíveis apenas quando os refugiados e os imigrantes chegam ao litoral europeu. Cabe mencionar que nos séculos XIX e XX, as migrações tem mudado a geopolítica global.

A existência de uma normativa internacional que reconheça o jus solis e a força coercitiva das convenções trarão também a mutação das legislações nacionais, especialmente com a ajuda da atuação da jurisprudência e da doutrina. Os juristas devem-se lembrar sempre que o objetivo principal é a tutela do ser humano.

Em suma, as considerações sobre a nacionalidade jus solis dependem da escolha dos juristas, sobre o caminho correto que tange à defesa dos Direitos Humanos. Principalmente, a doutrina deve estudar essa temática e colocar em prática as ideias que existem desde o fim da Segunda Guerra.

# IL RICONOSCIMENTO CONVENZIONALE, COSTITUZIONALE E LEGALE DELLO IUS SOLI

*L'obiettivo del seguente articolo è analizzare lo ius soli, attuale realtà di immigrazione e di emigrazione, oltre al riscontrare la necessità di riconoscimento, in tutti gli ordinamenti giuridici, del concetto di nazionalità territoriale*

**Diogo Miceli Alves** - Pubblicazione, lunedì 14 agosto 2017  
Redattore: **Salvatore Aromando**

**Sommario:** 1) Le Nazionalità Ius Soli e Ius Sanguinis; 2) Paesi di Immigrazione, paesi de emigrazione e la realtà attuale; 3) Modifiche legali e costituzionali: l'attuazione dei tribunali; 4) La difesa di nuova Convenzione internazionale sul tema dello Ius Soli 5) Perché riconoscere lo Ius Soli? 6) Conclusione.

## 1) Le nazionalità: Ius soli e Ius sanguinis

La nazionalità, [come analizzato negli articoli precedenti](#), è un diritto umano tipico. Per questo motivo, necessita di una protezione legale, costituzionale e convenzionale, offerta dagli ordinamenti giuridici. Gli Stati, in conformità con le legislazioni nazionali ed internazionali, devono prevedere tali istituti, al fine di evitare una grave violazione dei Diritti Umani.

La previsione delle nazionalità **ius sanguinis** e **ius soli**, tuttavia, non è nemmeno rispettata dalla stessa legislazione internazionale. Malgrado la presenza della Convenzione Internazionale sulla Riduzione dell'Apolidia, non sembra esserci un istituto che obblighi i Paesi a considerare entrambe le forme di nazionalità, soprattutto nel periodo attuale, il quale dimostra come i confini non siano linee fisse, a differenza del XX Secolo.

Attualmente, è possibile che un italiano di discendenza palestinese e nato a Firenze, non venga riconosciuto come un cittadino dello Stato italiano. L'esempio dello stato palestinese è importante, in virtù del suo non pieno riconoscimento a livello globale. Quindi, come sarà questa nazionalità? Come sarà possibile proteggere quest'essere umano?

Se la legge italiana prevedesse la nazionalità ius soli, questa discussione



risulterebbe inutile. Tuttavia, la legislazione necessita, come riconosciuto in dottrina, di un'analisi politica che non ha ancora trovato la stessa rapidità, in relazione ai cambiamenti sociali, implicando così la difesa delle modifiche legali e costituzionali più urgenti.

La nazionalità *ius sanguinis* richiede soltanto l'origine dell'ascendenza di un determinato Paese. La virtù di tale tipologia di nazionalità è quella di considerare persone appartenenti ad una determinata nazione, quando queste non sono nate sul territorio dello Stato. Quindi, in parole povere, è possibile affermare che gli italiani non sono soltanto quelli presenti nella Penisola, ma anche quelli nelle cui vene scorre sangue italiano.

La nazionalità *ius soli*, è diametralmente opposta alla sopracitata, perchè si riferisce agli individui nati nel territorio dello Stato. La nazionalità, pertanto, diventa un concetto naturalmente territoriale, attraverso cui le persone otterranno una sorta di legame con il loro luogo di nascita, indipendente dal ruolo dell'origine dell'ascendenza. A tal fine, sarà importante per i Paesi *ius soli*, creare radici dentro i loro confini.

Il c.d. *ius soli temperato*, non sembra un'opzione conforme con i Diritti Umani. Nei Paesi che hanno scelto, sia nel passato delle legislazioni che nelle Costituzioni attuali il concetto dello *ius soli*, non si sono osservati limiti relativi al suo riconoscimento. All'essere umano bastava nascere sul territorio, senza alcun riguardo all'origine dei genitori.

È così possibile osservare che la nazionalità *ius soli*, senza limitazione alcuna, è l'applicazione di quell'istituto conforme agli assiomi che portano ai Diritti Umani. I giuristi devono difendere la dottrina dello *ius soli* pieno, con le stesse modalità usate dai Paesi americani per centinaia di anni. In questo modo, sarà possibile pensare all'apolidia come un evento legato al passato.

## **2) Paesi di immigrazione e paesi di emigrazione: la realtà attuale**

La mobilità dei popoli non è una realtà lineare e nemmeno dev'essere analizzata soltanto attraverso gli occhi dei giuristi del passato. Nonostante gli assiomi della nazionalità possano avere un'origine radicata nel passato, è necessario pensare al diritto, tenendo conto della realtà sociale attuale. Come diceva Thomas Jefferson, "*la Costituzione non è un documento legale dei giuristi morti*".

Tuttavia, vi è chi sostiene che i documenti legali debbano rimanere inalterati, come

quelli dei secoli scorsi. Malgrado questa sia una visione politica e non giuridica, è impossibile lasciare in secondo piano l'attuazione delle leggi grazie al consenso politico, soprattutto nei Paesi democratici. Di conseguenza e purtroppo, è obbligatorio mutare prima la percezione politica.

Guardando alla realtà attuale, le persone che intendono lasciare i loro Paesi di origine, devono avere un motivo pertinente. Basti pensare al fatto che, ovunque, vi sono guerre, crisi economiche, delitti contro i Diritti Umani, quotidiane violazioni dei principi basilari dell'essere umano. In virtù di questo contesto, in che modo si può esigere che la persona originaria di un Paese a rischio, possa rimanere nel territorio in cui la sua vita è in pericolo?

Nei primi decenni del XX Secolo, l'Europa viveva una situazione costante di guerre e crisi economiche gravissime. Gli europei non avevano altra scelta se non quella di emigrare. Era anche necessario, per gli europei, emigrare verso Paesi in cui la loro vita e quella delle famiglie non era a rischio. Alcune delle mete predilette erano l'America Latina e l'Africa.

Il successo economico europeo è dovuto ad una generazione che non ormai non c'è più. Il contributo a questo risultato è dovuto anche a Paesi che, attualmente, presentano una realtà stimolante e diversa dalle principali potenze europee.

Pertanto, il continente europeo, da luogo di emigrazione è diventato un luogo di immigrazione. È necessario che nazioni quali l'Inghilterra, la Francia, la Spagna o l'Italia, in generale l'Europa, capiscano questo nuovo ruolo del continente, che in tempi recenti risulta essere complicato e poco percepito.

Inoltre, vale la pena menzionare come l'Europa sia anche diventato un continente vecchio. Impossibile, per le previdenze europee (fatta eccezione, eventualmente, per Francia e Germania), rimanere senza lavoratori di età compresa tra i 18 ed i 45 anni. La mancanza di manodopera, rientrando in questa fascia anagrafica, potrebbe essere un problema ancora maggiore nei prossimi anni, specialmente in un paese come l'Italia.

Relativamente alle necessità dell'Europa, l'emigrazione dei Paesi anteriormente menzionati è una sfida abbastanza rilevante. Per esempio, osservando l'attuale realtà del Nord Africa, è possibile constatare come con l'avvento della Primavera Araba, tale regione potrebbe avere un futuro migliore. Al momento, non si sono avuti risultati concreti a riguardo.

Peggiora è la situazione dell'Africa sub-sahariana. È evidente che si sta parlando della regione più povera del mondo e, pertanto, urge a livello globale ed indipendentemente dallo sviluppo economico o sociale, un cambio di rotta per la seguente e tutte quei contesti che vivono una costante situazione critica, frutto della perenne violazione dei diritti umani.

L'America Latina, così come il continente africano, non è lontana dalle crisi economiche e politiche. Basta osservare il caso del Venezuela che, a seguito delle continue manifestazioni, sembra aver portato il suo agglomerato sociale verso un futuro incerto. Dalla situazione delle aree geografiche qui esplicitate, è necessario che gli europei dimostrino, in maniera effettiva, che le porte del loro continente siano aperte.

Quanto detto, porta a dedurre che le realtà di emigranti o di immigrati rimangono inalterate. La storia, difatti, non è, di conseguenza, una linea fissa e lineare poiché il mondo odierno vive di epoche, la cui evoluzione può generare situazioni radicalmente opposte. I confini esistono come sicurezza contro il terrorismo e le guerre, ma non contro le persone che cercano una via di uscita per la loro sofferenza.

### **3) Modifiche legali e costituzionali: l'attuazione dei tribunali**

La dottrina costituzionale ammette la possibilità di mutare leggi e costituzioni. Questo possibilità di cambiamento non è frutto di processi formali dei Parlamenti. Occorre, quindi, che sorga una nuova percezione della legislazione, senza la lunga discussione politica che, a volte, non corrisponde a quella popolare. Per quel che riguarda i diritti fondamentali, le formalità devono essere tralasciate.

Un primo passo per carpire il cammino finalizzato all'interpretazione delle leggi e delle costituzioni è dato dall'ermeneutica. È possibile dire che l'ermeneutica delle stesse convenzioni internazionali ammette la c.d. mutazione non formale.

In questo modo, sarà possibile difendere l'ampia modifica dei documenti normativi, specialmente quelli legati al tema dei Diritti Umani. Contemporaneamente, l'analisi della dottrina, prima di ammettere qualche cambio, deve mostrare con chiarezza che tale modalità non è rapida, in virtù della burocrazia conosciuta da tutti i giuristi, relativa alle modifiche di carattere legislativo.

La dottrina sarà così responsabile nel proporre una nuova visione sulla tematica

giuridica. In una seconda fase attuativa, entra in gioco l'appoggio della Giurisprudenza, che darà il via al cambio di visione dell'istituto oggetto della modifica. Gli stessi tribunali, poi, saranno imprescindibili per il mantenimento della modifica convenzionale, costituzionale oppure legale.

Tuttavia, la modifica legale differirà tra i sistemi giuridici e le rispettive procedure di controllo della costituzionalità. Per esempio, negli ordinamenti che ammettono il c.d. **controllo concentrato** o *austriaco*, la modifica legale, per ragioni di sicurezza giuridica, avverrà soltanto attraverso l'attuazione delle Corti Costituzionali.

Il ricorso ad una nuova percezione dell'istituto si servirà, dunque, di una differente concezione delle giurisdizioni superiori, che necessiteranno di un tempo maggiore rispetto a quello previsto dai tribunali inferiori. L'ammissibilità del c.d. **controllo americano** o *diffuso*, è la forma corretta per applicare una modifica normativa, conseguente al testo oggetto della seguente.

Con il controllo americano, basta la percezione diversa dei Tribunali Inferiori, che, nel caso concreto, sarà analizzata dal magistrato. In tal senso, la tutela dei Diritti Umani potrà essere gestita facilmente ed i giudici potranno applicare gli assiomi dei diritti fondamentali, senza riguardo delle Corti Superiori.

Nonostante l'eventuale cambiamento della situazione giuridica delle parti oggetto del procedimento, si può affermare che, nella maggioranza delle ipotesi, sarà possibile soddisfare diversi Diritti Umani, mentre non è verificata la decisione della Corte Costituzionale. Inoltre, vi sono dei Diritti Umani che non ammettono la modifica delle rispettive sentenze, come quelle relative alla nazionalità.

Pertanto, la modifica delle normative legali e/o costituzionali passa per l'applicazione degli assiomi fondamentali implicanti i Diritti Umani, nel momento in cui il loro obiettivo principale sarà sempre la tutela delle persone.

#### **4) La difesa di nuova Convenzione internazionale sul tema dello Ius soli**

Come menzionato in precedenza, manca nell'ordinamento giuridico internazionale, soprattutto nell'ambito dell'ONU, una convenzione che potrebbe prevedere l'obbligo degli Stati a considerare, nella propria giurisdizione interna, la presenza dello ius soli. Tuttavia, ciò è ovviamente, una violazione dei Diritti Umani.

È possibile che la dottrina si soffermi su tale aspetto, facendo riferimento all'esistenza dell'**articolo 1 della Convenzione sulla Riduzione dell'Apolidia**. Malgrado l'importanza di questo testo legale, la difesa dell'istituto dello ius soli risulta debole, poichè il tema della nazionalità è alquanto delicato e necessita di una protezione maggiore.

Oltremodo, è possibile sostenere la necessità di una normativa internazionale che difenda lo ius soli, principalmente, quando l'adozione della convenzione porterà gli Stati al rispetto effettivo del diritto alla nazionalità. Soltanto con la forza coercitiva delle norme potrà verificarsi la difesa dei Diritti Umani.

Indipendentemente dalla realtà di una comunità, l'ammissione allo ius soli avviene attraverso le legislazioni nazionali. La sicurezza giuridica ha una portata considerevolmente ridotta nei paesi di tradizione romano-germanica. Le convenzioni internazionali che trattano i Diritti Umani, sono dotate di forza coercitiva ed hanno una finalità garantista.

A tal fine, i paesi democratici possono auspicare all'elaborazione della convenzione internazionale sulla tematica dello ius soli. Il sostegno a questa nuova normativa deve trarre origine dalle organizzazioni internazionali. Tali soggetti giuridici, che si rifanno al Diritto Internazionale, possiedono le conoscenze utili alla tutela dei diritti umani.

Potrebbe essere il caso, per esempio, di un'Alta Commissione di Studio dei Diritti Umani per il Riconoscimento dello Ius Soli, che nasca da organizzazioni internazionali, con la partecipazione dell'ONU, dell'Unione Europea, dell'Unione Africana e dell'Organizzazione degli Stati Americani.

### **5) Perché riconoscere lo Ius soli?**

I paesi che ricevono migliaia di migranti devono curare l'integrazione con la comunità locale. Il tutto dovrebbe avvenire mediante la nazionalità ius soli, in relazione, soprattutto, ai figli e alle figlie di tali migranti.

Una persona che nasce in una città europea vivrà la cultura, i costumi e le tradizioni di questo luogo. Il tessuto sociale non potrà dimenticarsi di tale individuo, specialmente se si vogliono diminuire i rischi di terrorismo ed altri conflitti che possono inficiare il dialogo tra questi due gruppi.

Gli Stati che hanno inserito la nazionalità *ius soli* nelle loro costituzioni hanno ricevuto migliaia di migranti, importanti per lo sviluppo economico e sociale. Pensando all'attuale situazione economica degli Stati Uniti, l'adozione della nazionalità *ius soli* è stata vitale per la costruzione della società vigente.

Riconoscere lo *ius soli* è riconoscere l'umanità in ogni individuo che nasce in quei luoghi in cui tale istituto non è giudicamente contemplato. È creare il tessuto sociale verso il futuro, pensare nell'attuale realtà del Paese, senza dimenticare la sua storia. È ammettere, principalmente, che la battaglia contro la povertà in una determinata nazione ha creato uno Stato giusto.

Volenti o nolenti, il riconoscimento dello *ius soli* è la strada da percorrere, insieme alla globalizzazione.

L'invecchiamento della popolazione europea è la sfida che i Paesi di tale continente devono compiere e, attraverso il riconoscimento dello *ius soli*, sarà possibile pensare ad un tessuto sociale forte, in conformità con l'attuale realtà nazionale. Nella pratica, un abitante di Berlino, di origine egiziana, non può essere considerato un cittadino di seconda classe senza la nazionalità tedesca.

## 6) Conclusione

È desumibile, da quanto esposto, che la nazionalità è un diritto umano e l'appellarsi all'umanità dei governi e dei cittadini europei non è l'unico percorso analitico necessario. Ammettere lo *ius soli* senza limitazione alcuna è riconoscere anche il contributo mondiale che ha portato alla costituzione della comunità europea.

Le guerre, le crisi economiche e le violazioni giornaliere contro i Diritti Umani, sono visibili soltanto quando i profughi e i migranti arrivano sul litorale europeo. Inoltre, vale la pena menzionare come nel XIX e XX secolo i flussi migratori abbiano cambiato l'assetto globale.

L'esistenza di una normativa internazionale che riconosca lo *ius soli* e la forza coercitiva della convenzione, porteranno anche alla modifica delle legislazioni nazionali, con l'aiuto della Giurisprudenza. I giuristi devono sempre ricordare che **l'obbiettivo principale è la tutela dell'essere umano.**

Le considerazioni qui riferite sulla nazionalità *ius soli*, dipendono dal modo in cui i

giuristi difendono i Diritti Umani, il tutto, fatto a partire dalla Seconda Guerra Mondiale.

## ASSEGNO DIVORZILE: È NECESSARIA LA PROVA CERTA DI NON AVERE MEZZI ADEGUATI

---

*Il Tribunale di Roma, con una sentenza depositata il 23 giugno 2017, ha ripercorso i recenti approdi della Cassazione in tema di assegno divorzile, e ha chiarito gli indici in base ai quali va riconosciuto o meno il contributo periodico a favore dell'ex coniuge.*

---

**La Redazione** - Pubblicazione, venerdì 18 agosto 2017  
Redattore: **Alessio Giaquinto**

La sentenza in commento è importante perché - sul solco dell'ormai [notissima pronuncia n. 11504 del 2017 della Cassazione](#) - contribuisce a individuare e consolidare i criteri che servono al Giudice del divorzio per stabilire la sussistenza o meno del diritto all'assegno "divorzile".

Nel caso di specie si sono contrapposti due coniugi, uno dei quali, in sede di scioglimento del matrimonio, ha richiesto l'attribuzione dell'assegno divorzile sul presupposto di non avere redditi, essendo peggiorata la propria situazione patrimoniale rispetto al periodo in cui è stata omologata la separazione consensuale, in cui viceversa si pattuiva la totale autonomia dei due coniugi.

Il Tribunale capitolino ha però rigettato la richiesta, sulla considerazione che l'assegno divorzile sia richiedibile solo ove venga offerta nel processo da parte richiedente «*la prova certa di non aver mezzi adeguati a provvedere al proprio mantenimento e di essere nell'impossibilità di poterseli procurare*». In difetto, l'inesistenza di ragioni di solidarietà economica - che quindi vengono meno qualora il richiedente non dimostri l'oggettiva impossibilità di procurarsi mezzi adeguati - condurrebbero ad una «*locupletazione illegittima*» (ovvero, un arricchimento illegittimo da parte dell'ex coniuge).

Per comprendere al meglio la questione è essenziale richiamare alcuni stralci del richiamato nuovo orientamento della Suprema Corte, secondo cui, per verificare se la domanda di concessione dell'assegno divorzile soddisfa le condizioni di legge perché venga accolta, il Giudice del divorzio deve accertare la «*mancaza di "mezzi adeguati"*



o, comunque, impossibilità "di procurarseli per ragioni oggettive", con esclusivo riferimento all'"indipendenza o autosufficienza economica" dello stesso, desunta dai principali "indici" - salvo altri rilevanti nelle singole fattispecie - del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari [...], delle capacità e possibilità effettive di lavoro personale [...], della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte dal richiedente medesimo; sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all'eccezione ed alla prova contraria dell'altro ex coniuge. [...]» (Cass. civ., sent. [n. 11504 del 2017](#)).

Inoltre, «una volta sciolto il matrimonio civile o cessati gli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio religioso .... Il rapporto matrimoniale si estingue definitivamente sul piano sia dello status personale dei coniugi, i quali devono perciò considerarsi da allora in poi "persone singole" sia sul piano dei loro rapporti economico-patrimoniali (art. 191 comma 1 cod. civ.) e, in particolare, del reciproco dovere di assistenza morale e materiale (art. 143, comma 2 cod. civ.), fermo, ovviamente, in presenza di figli, l'esercizio della responsabilità genitoriale, con i relativi doveri e diritti, da parte di entrambi gli ex coniugi (...)».

Il Collegio capitolino, a conclusione dunque di un ampio richiamo ai predetti principi della Corte di Cassazione, ha confermato che i **principali "indici"** per accertare la sussistenza dell'"indipendenza economica" dell'ex coniuge richiedente l'assegno di divorzio - e, quindi, l'"adeguatezza" dei "mezzi", nonché la possibilità o meno, "per ragioni oggettive", dello stesso di procurarseli - **possono essere così individuati:**

- 1) il possesso di redditi di qualsiasi specie;
- 2) il possesso di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari, tenuto conto di tutti gli oneri lato sensu "imposti" e del costo della vita nel luogo di residenza ("dimora abituale": art. 43, secondo comma, cod. civ.) della persona che richiede l'assegno;
- 3) le capacità e le possibilità effettive di lavoro personale, in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo;
- 4) la stabile disponibilità di una casa di abitazione.

Il Tribunale ha affermato inoltre che, «quanto al regime della prova della non "indipendenza economica" dell'ex coniuge che fa valere il diritto dell'assegno; non v'è dubbio che, secondo la stessa formulazione della disposizione in esame e secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione del relativo onere, allo stesso spetta di allegare, dedurre e dimostrare di "non avere mezzi adeguati" e di "non poterseli procurare per ragioni oggettive". Tale onere probatorio ha ad oggetto i predetti indici principali, costitutivi del parametro dell'"indipendenza economica" e presuppone tempestive, rituali e pertinenti allegazioni e deduzioni da parte del medesimo coniuge.

*restando fermo, ovviamente, il diritto all'eccezione e alla prova contraria dell'altro (cfr. art. 4, comma 10, della legge n. 898/1970)».*

## BIGLIETTI DEI MUSEI CON IL CREDITO TELEFONICO

---

***La Legge 4 agosto 2017, n. 124, quale legge annuale per il mercato e la concorrenza, tra le tante novità ha introdotto la possibilità di consentire il pagamento di biglietti per musei e luoghi culturali anche tramite credito telefonico. Entrata in vigore del provvedimento il 29 agosto 2017.***

---

**La Redazione** - Pubblicazione, sabato 19 agosto 2017  
Redattore: **Alessio Giaquinto**

La nuova legge per il mercato e la concorrenza (*Legge 4 agosto 2017, n. 124 - GU n. 189 del 14-8-2017 e in vigore dal 29-8-2017*), insieme a tante altre novità, introduce la possibilità per gli istituti e luoghi di cultura e gli organizzatori di manifestazioni culturali, di consentire l'acquisto dei **biglietti di ingresso tramite credito telefonico** o altri strumenti di pagamento in mobilità. Sarà dunque sufficiente inviare un SMS o adoperare specifiche *app* per acquistare il biglietto d'ingresso ai più prestigiosi poli culturali italiani, con pagamento veloce tramite credito residuo, carta di credito, PayPal o quant'altro consenta il pagamento online e l'emissione di un biglietto digitale.

In questo modo, le Amministrazioni più lungimiranti potrebbero essere in grado di automatizzare l'accesso a musei, parchi e mostre, evitando file nelle biglietterie o agli ingressi.

A distanza di qualche anno dall'introduzione di metodi di pagamento *smart* per i biglietti di mezzi pubblici di trasporto (D.L. 18 ottobre 2012, n. 179), il Legislatore ne estende quindi l'utilizzo anche all'ambito culturale, da ritenersi di importanza strategica per incentivare il turismo nazionale.

La legge non rinvia a nessun provvedimento ministeriale ulteriore per specificare le modalità di attuazione di questa nuova eventualità, lasciando ai vari enti responsabili buona libertà di attuazione tecnica.

**Legge 4 agosto 2017, n. 124**

[...]

«47. Al fine di promuovere la massima diffusione dei pagamenti digitali ed elettronici, ivi inclusi i

micropagamenti con credito telefonico, dando nuovo impulso allo sviluppo e alla fruizione dei servizi culturali e turistici, per l'acquisto di biglietti per l'accesso a istituti e luoghi di cultura o per manifestazioni culturali, di spettacolo e intrattenimento, in deroga alle normative di settore, possono essere applicate le stesse modalità previste dall'articolo 8, comma 3, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

48. Al fine di evitare situazioni di insolvenza, l'utente che intende usufruire delle modalità di pagamento di cui al comma 47 è messo nelle condizioni di conoscere, durante l'operazione di acquisto, se il proprio credito telefonico sia sufficiente e quanto residua a seguito dell'operazione medesima.»

**Articolo 8, comma 3, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179**

«Tenuto conto del carattere di pubblica utilità del servizio ed al fine di assicurarne la massima diffusione, le aziende di trasporto di cui al comma 1 e le amministrazioni interessate, anche in deroga alle normative di settore, consentono l'utilizzo della bigliettazione elettronica attraverso strumenti di pagamento in mobilità, anche attraverso l'addebito diretto su credito telefonico e nel rispetto del limite di spesa per ciascun biglietto acquistato, previsto dalle vigenti disposizioni, tramite qualsiasi dispositivo di telecomunicazione. Il titolo digitale del biglietto è consegnato sul dispositivo di comunicazione.»

# IL NUOVO REATO DI TORTURA: ANALISI E PROSPETTIVE

---

*Modifiche e innovazioni operate dal Legislatore con la Legge n. 110 del 14 luglio 2017, relativa al reato di tortura, in vigore dal 18 luglio 2017.*

---

**Antonella Storti** - Pubblicazione, mercoledì 23 agosto 2017  
Redattore: **Emmanuel Luciano**

Nel recepire le indicazioni fornite dalla Convenzione di New York del 1984, il Legislatore italiano ha – finalmente – **introdotto nell'ordinamento il reato di tortura**, con legge n. 110 del 14 Luglio 2017, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 166 del 18 luglio 2017.

Il fondamento normativo alla base dell'esigenza di introdurre il reato di tortura nell'ordinamento italiano è costituito dall'art. 13 della Costituzione, il quale sancisce il principio per cui è punita ogni forma di violenza fisica e morale su persone sottoposte a restrizioni di libertà.

Non bisogna dimenticare, peraltro, che il divieto di tortura è espresso in svariati trattati ai quali l'Italia ha aderito: si pensi, fra tutte, alla Convenzione ONU contro la tortura, ovvero la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti, entrambe risalenti al 1987.

**La legge poc'anzi citata ha aggiunto al codice penale gli articoli 613 bis e 613 ter (1).**

Il primo prevede e punisce il reato di tortura. La formulazione normativa richiede, ai fini del configurarsi del reato, che l'autore cagioni, mediante violenze o minacce gravi, acute sofferenze fisiche od un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale od affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, curo od assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa.

La pena è della reclusione **da quattro a dieci anni** se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona. Inoltre, è prevista un'aggravante speciale per il caso in cui il reato sia commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio. In questo caso, infatti, la pena è della reclusione **da cinque a dodici anni**.

Ancora, un aumento della pena base è previsto nel caso in cui dalla condotta tipica descritta dalla norma derivi una lesione personale. In particolare, se la lesione personale che ne derivi è grave l'aumento della pena è di un terzo; qualora si tratti di lesione gravissima la pena è aumentata della metà. Infine, se dai fatti descritti dalla norma derivi la morte della vittima, quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Qualora la morte della vittima sia cagionata volontariamente, la pena è dell'ergastolo.

In ogni caso, il Legislatore ha avuto cura di precisare che quanto previsto al comma 1 dell'art. 613 bis non si applica nel caso in cui le sofferenze risultino unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

La formulazione normativa poc'anzi esposta lascia sicuramente spazio a perplessità e dibattiti, soprattutto per quanto concerne l'ipotesi di lesioni o morte conseguenti alla condotta di cui al comma 1. Si è in presenza, infatti, in questi casi, di un [reato aggravato dall'evento](#).

Soprattutto con riguardo alla morte della vittima, il Legislatore opera una distinzione espressa tra l'ipotesi in cui questa sia cagionata intenzionalmente dal caso in cui la stessa sia, invece, un evento involontario, sicché si potrebbe anche ritenere che si sia in presenza di un'ipotesi di responsabilità oggettiva.

A tal proposito, si attendono interventi giurisprudenziali volti a chiarire la natura e l'ambito applicativo delle previsioni contenute nella norma in commento.

L'art. 613 ter, invece, incrimina l'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura, prevedendo che il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle proprie funzioni istighi un altro pubblico ufficiale od altro incaricato di pubblico servizio a commettere tortura è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni, sia se l'istigazione non sia accolta che nel caso in cui la stessa sia accolta ma il delitto non venga commesso.

La norma richiede, inoltre, la concreta idoneità della condotta dell'istigatore.

Anche quest'ultima previsione lascia spazio a dubbi, trattandosi di una locuzione oltremodo ampia, sicché è ragionevole ritenere che l'idoneità della condotta di istigazione vada valutata di volta in volta con riguardo al caso concreto.

Infine, a completamento dell'analisi della recente legge 110 del 2017, pare opportuno menzionare le **altre innovazioni** che la stessa reca.

Anzitutto, quest'ultima modifica l'art. 191 del codice di procedura civile in tema di prove illegittimamente acquisite, prevedendo che le dichiarazioni o informazioni ottenute mediante tortura sono inutilizzabili, se non contro le persone accusate dello stesso delitto e solamente al fine di provarne la penale responsabilità.

Inoltre, la legge in commento ha introdotto ulteriori disposizioni concernenti il divieto di respingimento, espulsione o estradizione quando vi siano fondati motivi di ritenere che la persona sottoposta a tali misure subisca torture nel proprio stato di appartenenza, nonché in materia di esclusione dall'immunità diplomatica agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il delitto di tortura in un altro Stato o da un tribunale internazionale.

#### *Note*

(1) «Art. 613-bis (Tortura). - Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona. Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni. Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti. Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà. Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo».

«Art. 613-ter (Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura). - Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

## OMISSIONE DELL'AVVISO DELLA FACOLTÀ DI FARSI ASSISTERE: ALCOL TEST NULLO.

*L'articolo muove dall'analisi di una recente sentenza emessa dalla Cassazione penale, sez. IV, precisamente la n. 42667 del 17.10.2013, che pone l'accento sull'ipotesi in cui il conducente di un'auto, accusato di guida in stato di ebbrezza, non sia stato avvertito della facoltà di farsi assistere da un avvocato di fiducia.*

Emmanuel Luciano - Pubblicazione, venerdì 25 agosto 2017  
Redattore: Alessio Giaquinto

Oggetto del presente articolo è la recente sentenza emessa in data 17 ottobre 2013, n. 42667 dalla Quarta Sezione Penale della Corte di Cassazione, a seguito del ricorso spiegato dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Bologna avverso la sentenza emessa del G.i.p del Tribunale di Reggio Emilia. Tale giudice, pur dando atto della circostanza che gli esami di laboratorio a cui gli agenti di polizia giudiziaria avevano fatto sottoporre l'imputato avevano evidenziato la presenza di un tasso alcolemico pari a g/l 1,86, rilevava che nell'occasione gli agenti operanti avessero **omesso di avvisare l'imputato stesso della facoltà di farsi assistere da un difensore**, in violazione della prescrizione di cui all'articolo 114 disp. att. c.p.p. Tale violazione integrava la nullità sanzionata dall'articolo 178 c.p.p., lettera c) e articolo 180 c.p.p., rilevabile d'ufficio in quanto a regime intermedio. Pertanto, secondo il G.i.p, escludendo l'informazione probatoria acquisita con l'analisi di laboratorio, difettava la prova della responsabilità dell'imputato.

La sentenza della Cassazione Penale sopra richiamata afferma che, per principio generale, la nullità, derivante dall'omesso avviso all'indagato da parte della polizia giudiziaria che procede ad un atto urgente ed indefferibile, come quello della sottoposizione del conducente all'alcoltest, della facoltà di farsi assistere dal difensore è di natura intermedia e deve ritenersi sanata se non tempestivamente rilevata o se non dedotta prima o immediatamente dopo il compimento dell'atto, in base a quanto prescritto dall'art. 182, secondo comma, c.p.p.

In ogni caso, dalla lettura degli artt. 182 e 183 c.p.p., non è, tuttavia, evincibile che l'omessa eccezione della nullità comporti automaticamente la sua sanatoria: di



conseguenza, come rilevato dalla giurisprudenza di legittimità, in tema di nullità a regime intermedio, qualora la parte decada dalla possibilità di eccepirlo, ai sensi del secondo comma dell' art. 182 c.p.p., l'invalidità non è automaticamente sanata, atteso che l'organo giudicante ha pur sempre il potere di rilevarla d'ufficio nei più ampi termini di cui all'art. 180 c.p.p.

Come evidenziato dalla sentenza, infatti, *"se la parte decade dalla possibilità di eccepire la nullità, ha pur sempre la possibilità di sollecitare il giudice all'esercizio dei suoi poteri officiosi, ma non essendovi per questi l'obbligo del rilievo della nullità, l'omessa sua declaratoria non è sindacabile"*.

Stando a quanto affermato dalla Suprema Corte, **non risponde, dunque, del reato di guida in stato d'ebbrezza il conducente che non è stato avvisato dalla Polizia Stradale di potersi far assistere da un avvocato di fiducia nell'esame del tasso alcolemico**, indipendentemente dal fatto che il conducente non eccepisca la nullità al momento in cui viene steso il relativo verbale.

Posto che sarebbe preferibile non mettersi alla guida in stato di ebbrezza, si consiglia di prestare attenzione alle modalità mediante le quali viene svolto l'alcoltest: potrebbe esserci una via d'uscita!

# LA CONTESTAZIONE DIFFERITA DEVE ESSERE GIUSTIFICATA DALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

---

*Affinché la contestazione differita dell'infrazione e la sua conseguente sanzione irrogata sia legittima è necessario che la Pubblica Amministrazione la giustifichi: l'indicazione della ragione rende ammissibile la contestazione differita senza che poi il giudice possa sindacare a tal riguardo in quanto tale modalità rientra nelle scelte organizzative dell'amministrazione.*

---

Simona Rossi - Pubblicazione, giovedì 31 agosto 2017  
Redattore: Giuseppe Ferlisi

La Suprema Corte, con la sentenza n. 18156 del 2017, si è pronunciata su un ricorso proposto da un cittadino che si era visto rigettare il suo appello dal **Tribunale di Torino** avverso la sentenza del Giudice di Pace con riguardo ad una sanzione amministrativa, sul presupposto che il motivo d'appello fosse generico e quindi inammissibile e, pertanto, che tale inammissibilità fosse assorbente rispetto agli altri motivi di censura.

I giudici di legittimità hanno osservato che il verbale impugnato indicava i motivi della mancata contestazione immediata ed hanno ribadito quanto già più volte affermato in diverse pronunce ossia *“il principio secondo il quale, a norma dell'articolo 200 del Codice della Strada, in materia di violazioni delle norme sulla circolazione stradale, la contestazione immediata dell'infrazione, ove possibile, costituisce un elemento di legittimità del procedimento d'irrogazione della sanzione, salvo tuttavia, detta contestazione non sia possibile, nel qual caso, a norma dell'articolo 201 del CdS, le ragioni della mancata contestazione debbono essere indicate nel verbale, che dovrà essere notificato nel termine stabilitovi, e su di esse è possibile il sindacato giurisdizionale ma con il limite dell'insindacabilità delle modalità d'organizzazione del servizio di vigilanza da parte dell'autorità amministrativa preposta”*.

Con riguardo al limite del sindacato giurisdizionale, bisogna infatti rammentare come la Cassazione abbia chiarito in più occasioni (**Cass. Civ. n. 1373/2006; Cass. Civ. n. 4538/03**) come nel giudizio di opposizione avverso sanzioni pecuniarie per illeciti amministrativi, **al giudice ordinario vada riconosciuto il potere di sindacare il**

**provvedimento amministrativo che rappresenta il presupposto dell'azione, ma solo sui vizi di legittimità** (incompetenza, violazione della legge, eccesso di potere) non potendosi però sostituire all'Amministrazione negli accertamenti e valutazioni nel merito in quanto la scelta in concreto degli strumenti adeguati per il raggiungimento degli interessi della PA *“sono di competenza esclusiva degli organi cui è attribuito il potere di perseguire in concreto le finalità di pubblico interesse normativamente determinate”*.

Nella pronuncia in esame, la Suprema Corte ha anche sottolineato come *“l'art. 384 del regolamento di attuazione del c.d.S. identifica, poi, ma solo esemplificativamente, alcuni casi in cui la contestazione immediata deve ritenersi impossibile, fra i quali tutti quelli in cui non sia possibile fermare il veicolo in tempo utile e nei modi regolamentari allorquando si faccia uso d'apparecchiature di rilevamento elettroniche che consentano l'accertamento della velocità solo durante o dopo il passaggio del veicolo”*.

**La contestazione immediata** *“deve, dunque, essere effettuata se e quando sia possibile in relazione alle modalità di organizzazione del servizio predisposto dall'Amministrazione secondo il suo insindacabile giudizio, servizio il cui fine istituzionale è pur sempre quello di reprimere comportamenti pericolosi per la regolarità della circolazione e la vita degli utenti delle strade, mentre può legittimamente non essere effettuata in ogni altro caso in cui sia stato comunque impossibile procedervi”*.

Inoltre, i giudici hanno sottolineato come *“l'indicazione, poi, nel verbale di contestazione notificato, d'una ragione che rendesse ammissibile la contestazione differita dell'infrazione, rende ipso facto legittimo il verbale e la conseguente irrogazione della sanzione”* anche qui ponendo in evidenza come in sede giudiziaria non vi sia margine di sindacabilità a tal proposito *“dovendo escludersi che il sindacato del giudice dell'opposizione possa riguardare le scelte organizzative dell'amministrazione”*.

Nel caso in esame, il ricorrente aveva lamentato nell'appello che si trattava di un dispositivo di un velocimetro che non richiedeva accertamento remoto né dispositivo di rilevamento a distanza ma i giudici non si sono pronunciati sul punto limitandosi a chiarire la circostanza della contestazione differita che, dunque, va giustificata nel verbale ma senza che, nel giudizio, di opposizione, il giudice possa sindacare a tal riguardo in quanto rientra nelle scelte organizzative dell'amministrazione.