

Set/2017



CAMMINO DIRITTO

Articoli Divulgativi

ISSN 2421-7123
Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE DIVULGATIVO -

MENSILE ONLINE

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

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

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

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

Redazione: Giuseppe FERLISI, Ilaria FERRARA

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

Denominazione della Rivista: **Cammino Diritto**

ISSN: 2421-7123

Codice CINECA: E243140

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

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

Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto

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

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

Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it

Recapito telefonico: 02 87188451

Indice dei contenuti

- 1 - IL RISARCIMENTO DEL DANNO PATITO DAL TERZO TRASPORTATO IN CASO DI SINISTRO CHE VEDE COINVOLTO UN VEICOLO NON ASSICURATO
autore: **Ugo Bisogno**, pubblicazione venerdì 1 settembre 2017
- 2 - LA DIRETTIVA UE 1132 DEL 2017, IL NUOVO DIRITTO SOCIETARIO EUROPEO?
autore: **Francesco Rizzello**, pubblicazione lunedì 4 settembre 2017
- 3 - STEPCHILD ADOPTION, SI ANCHE DAL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI BOLOGNA
autore: **Fiorella Floridia**, pubblicazione martedì 5 settembre 2017
- 4 - THE HEARING OF THE MINOR VICTIM OF SEXUAL ABUSE
autore: **Loredana Vega**, pubblicazione giovedì 7 settembre 2017
- 5 - LA PERSONA LESA PUÒ AGIRE DIRETTAMENTE CONTRO L'ASSICURATORE DEL RESPONSABILE DI UN INCIDENTE
autore: **Simona Rossi**, pubblicazione venerdì 8 settembre 2017
- 6 - QUAL È LA NATURA GIURIDICA DELL'INTERDITTIVA ANTIMAFIA?
autore: **Alessandra Inchingolo**, pubblicazione lunedì 11 settembre 2017
- 7 - RESISTENZA A PUBBLICO UFFICIALE: NON È PUNIBILE LA MANCATA COLLABORAZIONE
autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione mercoledì 13 settembre 2017
- 8 - LA REGISTRAZIONE TARDIVA DELLA LOCAZIONE AD USO NON ABITATIVO NON NE COMPORTA LA NULLITÀ
autore: **Alessio Giaquinto**, pubblicazione giovedì 14 settembre 2017
- 9 - LA LINEA DI CONFINE TRA IL DELITTO DI ESTORSIONE E QUELLO DI ESERCIZIO ARBITRARIO DELLE PROPRIE RAGIONI
autore: **Ilaria Ferrara**, pubblicazione sabato 16 settembre 2017
- 10 - CASO CONTRADA: DEPOSITATE LE MOTIVAZIONI DELLA CASSAZIONE
autore: **La Redazione**, pubblicazione giovedì 21 settembre 2017
- 11 - DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE IN TEMA DI CIRCOLAZIONE STRADALE
autore: **Riccardo Giuseppe Carlucci**, pubblicazione giovedì 21 settembre 2017
- 12 - ANÁLISE DA ESPÉCIE DE OBRIGAÇÃO NA REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS, SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ITALIANA.
autore: **Irene Coppola**, pubblicazione venerdì 22 settembre 2017
- 13 - PIOGGIA DI AVVISI BONARI E DI AVVISI DI ADDEBITO DA PARTE DELL'INPS: PARTE LA BATTAGLIA DEGLI AVVOCATI
autore: **Emmanuel Luciano**, pubblicazione mercoledì 27 settembre 2017
- 14 - IL CONTROLLO DI FATTO DI VIVENDI SU TIM
autore: **Manuel Mattia**, pubblicazione giovedì 28 settembre 2017

IL RISARCIMENTO DEL DANNO PATITO DAL TERZO TRASPORTATO IN CASO DI SINISTRO CHE VEDE COINVOLTO UN VEICOLO NON ASSICURATO

La persona trasportata su un veicolo a motore, che abbia subito danni in conseguenza di un sinistro stradale, può invocare la responsabilità dell'assicuratore del vettore, ai sensi dell'art. 141 cod. ass., anche se il sinistro sia determinato da uno scontro in cui sia rimasto coinvolto un veicolo non assicurato o non identificato

Ugo Bisogno - Pubblicazione, venerdì 1 settembre 2017
Redattore: **Angela Cuofano**

Premessa

Con la sentenza n. 16477 del 05-07-2017, la Corte di Cassazione ha enunciato il principio di diritto sopra riportato, dirimendo così un dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in merito all'applicabilità dell'art. 141 del Codice delle assicurazioni private anche alle fattispecie in cui sia coinvolto nel sinistro un veicolo non identificato ovvero un veicolo non assicurato.

L'art. 141 del Codice delle Assicurazioni private (D. Lgs. 209/2005)

Il risarcimento del danno patito dal terzo trasportato, in occasione di un sinistro in cui è coinvolto il veicolo sul quale viaggiava, è previsto e disciplinato dall'art. 141 del Codice delle Assicurazioni private.

Ivi è stabilito che il terzo danneggiato ha diritto ad agire in via diretta nei confronti della compagnia assicurativa del vettore, onde ottenere il risarcimento del danno, prescindendo dall'accertamento delle responsabilità dei conducenti nella causazione del medesimo.

Con la norma in esame, il Legislatore ha inteso accordare al terzo trasportato coinvolto nel sinistro stradale la tutela più ampia, prevedendo la facoltà di chiedere alla compagnia assicurativa il risarcimento diretto di tutti i danni patiti a causa del sinistro, anche nell'ipotesi in cui il vettore (*rectius*, il conducente del veicolo in cui viaggiava) abbia l'intera responsabilità dell'accaduto.

La *ratio* è quella di garantire in ogni caso la certezza del diritto al risarcimento del danno

dei soggetti terzi trasportati, i quali naturalmente non hanno alcuna responsabilità nell'evento, e che pertanto devono essere sempre risarciti.

In ogni caso, a chiusura dell'*iter* risarcitorio, la compagnia assicurativa che effettua il pagamento del risarcimento del danno al terzo trasportato ha il diritto di rivalersi nei confronti della compagnia assicurativa del responsabile civile.

Peculiarità applicative

L'art. 141 CdA, nella sua formulazione, è tanto chiaro e dirimente in merito ai diritti del terzo trasportato, in quanto contempla la fattispecie e richiama le relative norme che disciplinano la relativa richiesta di risarcimento, quanto lacunoso in merito alle possibili peculiarità applicative.

Certamente, la sua introduzione ha il merito d'aver accordato l'azione diretta del trasportato nei confronti della compagnia assicurativa del vettore, che risparmia al danneggiato l'onere di dimostrare la distribuzione delle responsabilità dei conducenti coinvolti ed i relativi tempi, garantendo così una tutela molto ampia e rapida.

Le uniche eccezioni all'estensione della tutela alla vittima trasportata sono individuate dalla legge o dalla giurisprudenza, rispettivamente nel caso fortuito e nel caso in cui il trasportato sia consapevole della circolazione illegale del veicolo (l'esempio accademico è il sinistro in cui sono coinvolti i ladri del veicolo).

Quanto però alle peculiarità applicative, la norma non ha previsto il caso - nemmeno tanto raro nella realtà giurisprudenziale - del coinvolgimento nel sinistro di un veicolo non identificato, oppure di un veicolo non assicurato.

A tal riguardo, infatti, la norma contempla la presenza di due diversi enti assicurativi, escludendo quindi *prima facie* la possibilità di promuovere l'azione diretta nei confronti della compagnia assicurativa del vettore, nel caso in cui non vi sia una seconda compagnia, con conseguente esclusione dell'azione diretta del terzo trasportato.

La sentenza n. 16477/2017 della Corte di Cassazione

La Suprema Corte, con la sentenza n. 16477, si è espressa in merito a tale esclusione, pronunciando il seguente principio di diritto: "*La persona trasportata su un veicolo a motore, che abbia subito danni in conseguenza di un sinistro stradale, può invocare la responsabilità dell'assicuratore del vettore, ai sensi dell'art. 141 cod. ass., anche se il sinistro sia determinato da uno scontro in cui sia rimasto coinvolto un veicolo non assicurato o non identificato*".

La sentenza ha ribaltato l'orientamento dei gradi precedenti, il quale privilegiava una

interpretazione più letterale e restrittiva della norma, fondata sulla necessità di una pluralità di enti assicurativi coinvolti.

La Suprema Corte, invece, partendo da una interpretazione costituzionalmente orientata, ha individuato i requisiti richiesti per l'applicazione della norma in esame nella sussistenza di un sinistro, di un danno al terzo trasportato e nell'assenza del caso fortuito. Naturale corollario di quanto sopra è il diritto del terzo trasportato ad agire in via diretta nei confronti della compagnia assicurativa del vettore in ogni caso, a prescindere, pertanto, dall'effettiva esistenza di una copertura assicurativa (oppure, eventualmente, dell'identificazione) dell'ulteriore veicolo coinvolto nel sinistro, in quanto la pluralità di enti assicurativi non riveste più la natura di elemento necessario.

A tal riguardo, infatti, la Corte di Cassazione ha definito la sussistenza di più enti assicurativi come meramente descrittiva nel tenore della norma, svuotando così di contenuto l'interpretazione letterale della medesima adottata nei precedenti gradi di giudizio.

Ha aggiunto, inoltre, che l'assenza della possibilità del diritto di rivalsa dell'unica compagnia assicurativa non può e non deve condizionare il diritto del terzo ad agire in via diretta nei confronti della compagnia che assicura il veicolo su cui viaggiava.

Tale orientamento è sicuramente in armonia con la politica legislativa del Legislatore, il quale ha scelto di tutelare e di privilegiare la certezza del diritto del terzo trasportato a vedere risarcito il proprio danno patito quale trasportato nella maniera più ampia, cioè garantendo l'accesso all'azione diretta nei confronti del soggetto noto (evitando ricerche in merito alla copertura assicurativa del veicolo investitore, sia questo sconosciuto o non assicurato) e senza attendere l'accertamento delle effettive responsabilità dei conducenti.

LA DIRETTIVA UE 1132 DEL 2017, IL NUOVO DIRITTO SOCIETARIO EUROPEO?

Breve analisi della più recente direttiva europea in materia societaria, a mezzo della quale l'UE persegue il suo precipuo fine normativo di armonizzare le disposizioni vigenti all'interno degli Stati membri.

Francesco Rizzello - Pubblicazione, lunedì 4 settembre 2017
Redattore: Emmanuel Luciano

La direttiva 1132/2017 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 30 giugno ed entrata in vigore il 20 luglio 2017, reca disposizioni relative "ad alcuni aspetti del diritto societario".

Prima ancora di analizzare le norme in essa contenute, è doveroso rammentare che la direttiva promana, da un punto di vista normativo, dall'art. 50, co. 1 e 2, lett. g) TFUE. Ivi è previsto, rispettivamente: "**Per realizzare la libertà di stabilimento in una determinata attività, il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico e sociale**" e "**Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione esercitano le funzioni loro attribuite in virtù delle disposizioni che precedono, in particolare ... g) coordinando, nella necessaria misura e al fine di renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 54, secondo comma per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi**". L'art. 54, co. 2 menzionato prevede che: "**Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro**".

Emerge così chiaramente il fine al cui raggiungimento mira la direttiva: l'armonizzazione della normativa in materia di garanzia richiesta alle società (rientranti nella nozione di cui all'art. 54, co. 2 TFUE), con lo scopo di proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi. La direttiva all'art. 166 prevede l'abrogazione delle direttive 82/891/CEE, 89/666/CEE, 2005/56/CE, 2009/101/CE, 2011/35/UE e 2012/30/UE, le quali disponevano in materia societaria.

L'art. 1 della direttiva, stabilendo l'oggetto di essa, prevede che l'armonizzazione delle garanzie poste a tutela degli interessi dei soci e dei terzi riguarda, in particolare, sia gli

aspetti connessi alla costituzione di società per azioni, nonché la salvaguardia e le modifiche del capitale sociale delle stesse, sia la pubblicità, la validità degli obblighi delle società *ex art. 54, co. 2 TFUE*, nonché la nullità delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata. Inoltre: la pubblicità delle succursali create all'interno di uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato; le fusioni delle società per azioni; le fusioni transfrontaliere delle società di capitali; le scissioni delle società per azioni.

Il Capo II della direttiva è dedicato alla "Costituzione e nullità della società e validità dei suoi obblighi". L'ambito di applicazione (art. 2) concerne le società che rientrino nella nozione dell'art. 54, co. 2 TFUE, e come inoltre espressamente indicate all'allegato I della direttiva (società per azioni, per quanto concerne l'Italia).

Gli artt. 3 e 4 si occupano delle informazioni obbligatorie da fornire nell'atto costitutivo e nello statuto, con una sottile differenza tra le due disposizioni, che va al di là della non sovrapponibilità da un punto di vista contenutistico: laddove il secondo articolo differisce già nella rubrica, aggiungendo alle parole "informazioni da fornire nello statuto o nell'atto costitutivo" (presenti sia nella rubrica dell'art. 3, sia in quella dell'art. 4) l'ulteriore possibilità del "documento separato", esso prevede inoltre nella norma che: *"Lo statuto o l'atto costitutivo o un documento separato che formi **oggetto di una pubblicità** eseguita secondo le modalità previste nella legislazione di ogni Stato membro in conformità dell'articolo 16 indica: ..."*. Sembra dunque, argomentando a contrario dalle disposizioni summenzionate, che la legislazione europea distingua tra norme da introdurre nell'ordinamento interno che corcenono informazioni le quali non devono essere rese pubbliche (tipo e denominazione della società; oggetto sociale; importo del capitale sottoscritto; norme relative al numero e alle modalità di designazione dei membri degli organi incaricati della rappresentanza nei confronti dei terzi, dell'amministrazione, della direzione, della vigilanza o del controllo della società, nonché le norme relative alla ripartizione delle competenze tra tali organi; durata della società, se non costituita a tempo indeterminato) e norme da prevedere in relazione alla creazione di un registro presso il quale prendere visione delle informazioni ulteriori, ed in ogni caso soggette a pubblicità, contenute nell'atto costitutivo, nello statuto, o in un documento separato destinato precipuamente ad essere pubblicato nel registro (sede sociale; valore nominale delle azioni sottoscritte e almeno annualmente, il numero di tali azioni; il numero di azioni sottoscritte prive di un valore nominale; eventuali condizioni particolari che limitino il trasferimento delle azioni; le caratteristiche azionarie ora menzionate in relazione a ciascuna categoria e i diritti pertinenti alle medesime; la forma

delle azioni, quindi se nominative o al portatore; l'importo del capitale sottoscritto al momento della costituzione della società; il valore nominale delle azioni, o, in mancanza di valore nominale, il numero delle azioni emesse come corrispettivo di ogni conferimento non in contanti; le generalità delle persone fisiche o giuridiche o delle società che hanno sottoscritto o in nome delle quali è stato sottoscritto lo statuto o l'atto costitutivo ovvero, quando la costituzione della società non è simultanea, le generalità delle persone fisiche o giuridiche o delle società che hanno sottoscritto o in nome delle quali è stato sottoscritto il progetto di statuto o di atto costitutivo; l'importo totale, almeno approssimativo, di tutte le spese che, in occasione della costituzione della società e, se del caso, prima che la società ottenga l'autorizzazione a iniziare la propria attività, incombono alla società stessa o sono poste a suo carico ecc.).

All'art. 7, co. 2 si prevede la regola per cui: "*Qualora siano stati compiuti atti in nome di una società in formazione prima che acquistasse la personalità giuridica e la società non assuma gli obblighi che derivano da tali atti, le persone che li hanno compiuti ne sono responsabili solidalmente e illimitatamente, salvo convenzione contraria*" (cfr. art. 2331, commi 2 e 3 c.c.).

L'art. 8 statuisce in materia di effetti della pubblicità nei confronti dei terzi, prevedendo che: "*L'adempimento delle formalità di pubblicità relative alle persone che, nella loro qualità di organo, hanno il potere di obbligare la società rende inopponibile ai terzi ogni irregolarità nella loro nomina, a meno che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza*" (cfr. art. 2331, co. 1 c.c., il quale dà immediata rilevanza all'acquisizione della personalità giuridica della società tramite l'iscrizione nel registro).

La forma dell'atto costitutivo è quella dell'atto pubblico (art. 10, cfr. art. 2328, co. 1 c.c.).

La nullità della società è prevista nei seguenti casi: mancanza dell'atto costitutivo oppure inosservanza delle formalità relative al controllo preventivo o della forma di atto pubblico; carattere illecito o contrario all'ordine pubblico dell'oggetto della società; mancanza, nell'atto costitutivo o nello statuto, di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, i conferimenti, l'ammontare del capitale sottoscritto o l'oggetto sociale; inosservanza delle disposizioni della legislazione nazionale relative al versamento minimo del capitale sociale; incapacità di tutti i soci fondatori; il fatto che, contrariamente alla legislazione nazionale che disciplina la società, il numero dei soci fondatori sia inferiore a due (art. 11, lett. b).

Il Capo III si occupa della pubblicità e interconnessione del registro centrale, del registro del commercio e del registro delle imprese. Al di là degli atti che devono essere resi pubblici, i quali devono già essere iscritti nel registro delle imprese secondo la legge italiana (art. 14), la norma che interessa dal punto di vista della suo potenziale innovativo è quella dell'art. 16, il quale prevede: *"In ciascuno Stato membro è costituito un fascicolo presso un registro centrale, presso il registro di commercio o presso il registro delle imprese («registro») per ogni società iscritta. Gli Stati membri provvedono a che le società dispongano di un identificativo unico che consenta di identificarle inequivocabilmente nelle comunicazioni tra registri attraverso il sistema di interconnessione dei registri centrali, commerciali e delle imprese istituito in conformità dell'articolo 22, paragrafo 2 («sistema di interconnessione dei registri»). Detto identificativo unico comprende, quanto meno, gli elementi che consentono di identificare lo Stato membro del registro, il registro nazionale d'origine e il numero di iscrizione della società in detto registro e, ove opportuno, elementi atti a evitare errori di identificazione."*

Il co. 3 dispone che: *"Tutti gli atti e le indicazioni soggetti a pubblicità a norma dell'articolo 14 sono inseriti nel fascicolo o trascritti nel registro; dal fascicolo deve in ogni caso risultare l'oggetto delle trascrizioni fatte nel registro"*, da esso si passa al co. 5, che prevede: *"La pubblicità degli atti e delle indicazioni di cui al paragrafo 3 è garantita mediante la pubblicazione, integrale o per estratto, ovvero mediante una menzione dell'avvenuto deposito del documento nel fascicolo o dell'avvenuta trascrizione nel registro, nel bollettino nazionale designato dallo Stato membro"*. Tale bollettino *"può essere costituito in formato elettronico"* e *"gli Stati membri possono decidere di sostituire la pubblicazione nel bollettino nazionale con una misura di effetto equivalente, che comporti almeno l'utilizzo di un sistema che consenta l'accesso alle informazioni pubblicate in ordine cronologico grazie a una piattaforma elettronica centrale"*. Ai sensi del co. 6, *"Gli atti e le indicazioni sono opponibili dalla società ai terzi soltanto una volta effettuata la pubblicità di cui al paragrafo 5, a meno che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza"*, il quale prevede tuttavia un correttivo: *"tuttavia, per le operazioni avvenute prima del sedicesimo giorno successivo a quello di detta pubblicità, gli atti e le indicazioni non sono opponibili ai terzi che provino di essere stati nell'impossibilità di averne conoscenza."*

Nel co. 7 si legge: *"Gli Stati membri adottano le misure necessarie per evitare qualsiasi discordanza fra il tenore della pubblicità effettuata a norma del paragrafo 5 e il contenuto del registro o del fascicolo. Tuttavia, in caso di discordanza, il testo oggetto di*

una pubblicità a norma del paragrafo 5 non può essere opposto ai terzi; i terzi possono tuttavia valersene a meno che la società provi che essi erano a conoscenza del testo depositato nel fascicolo o trascritto nel registro. I terzi possono inoltre sempre valersi degli atti e delle indicazioni per cui non sono state ancora adempiute le formalità pubblicitarie, salvo che la mancanza di pubblicità li renda inefficaci."

L'art. 22 informa in materia di sistema di interconnessione dei registri, disponendo al co. 1 l'istituzione di una piattaforma centrale europea. Il co. 2 dispone sulla composizione del sistema, il quale prevede: 1) i registri degli Stati membri; 2) la piattaforma; 3) il portale, che funge da punto di accesso elettronico. La piattaforma potrà essere sviluppata e/o gestita autonomamente dalla Commissione europea, oppure tale compito potrà essere affidato a soggetti terzi. In quest'ultima eventualità, si farà applicazione dei principi in materia di assegnazione di appalti pubblici (art. 23). L'istituzione e il futuro sviluppo della piattaforma, così come gli adeguamenti del portale sono finanziati a titolo generale del bilancio dell'Unione (art. 25).

Di fondamentale importanza alla luce della realtà economica, e conseguentemente giuridica, sono le disposizioni in materia di succursali. L'art. 29 dispone la pubblicità, conformemente all'art. 16, degli atti e delle indicazioni concernenti le succursali create in uno Stato membro da società soggette alla legislazione di un altro Stato membro. Inoltre, *"Gli Stati membri provvedono affinché le succursali dispongano di un identificativo unico che consenta di identificarle inequivocabilmente nelle comunicazioni tra registri attraverso il sistema di interconnessione dei registri. Tale identificativo unico comprende quanto meno gli elementi che consentono di identificare lo Stato membro del registro, il registro nazionale d'origine e il numero di iscrizione della succursale in detto registro, e, ove opportuno, elementi atti a evitare errori di identificazione"* (art. 29, co. 4). L'art. 30, nel prevedere gli atti la cui pubblicità è obbligatoria, replica sostanzialmente gli atti già menzionati a proposito delle società.

Passando agli aspetti patrimoniali, l'art. 45 della direttiva fissa il capitale minimo per la costituzione nell'importo di euro 25.000. Ogni cinque anni il Parlamento europeo e il Consiglio, su proposta della Commissione, procedono all'esame e, se del caso, alla revisione dell'importo, tenendo conto, da un lato, dell'evoluzione economica e monetaria nell'Unione e, dall'altro, della tendenza a riservare alle grandi e medie imprese la scelta del tipo della società per azioni.

All'art. 64 si dispone in materia di assistenza finanziaria, prevedendo disposizioni che si

applicano agli Stati membri che la permettano. Non si è pertanto compiuto alcun tentativo nella direzione di armonizzare la disciplina europea in materia; è ben noto come alcuni Stati permettano l'assistenza finanziaria, avendola recepita con la direttiva n. 68/2006 (ad esempio, Italia, Belgio, Danimarca, Lussemburgo, Polonia), mentre in altri Stati membri vige un generale divieto, in quanto il recepimento della suddetta direttiva non è avvenuto, tuttavia temperato da interpretazioni selettive e disapplicazioni caso per caso (Germania, Austria, Gran Bretagna, Olanda, Francia, Spagna, Svezia, Norvegia).

Il Titolo II della direttiva si occupa della fusione e scissione delle società di capitali, fornendo agli artt. 89 e 90 le definizioni, rispettivamente, del fenomeno della fusione mediante incorporazione e della fusione mediante costituzione di una nuova società. La prima avviene secondo quanto segue: *"per «fusione mediante incorporazione» si intende l'operazione con la quale una o più società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della società o delle società incorporate di azioni della società incorporante e, eventualmente, di un conguaglio in denaro non superiore al 10 % del valore nominale delle azioni attribuite o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile"*, mentre per la seconda si prevede: *"per «fusione mediante costituzione di una nuova società» si intende l'operazione con la quale più società, tramite il loro scioglimento senza liquidazione, trasferiscono a una società che esse costituiscono l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione ai loro azionisti di azioni della nuova società ed, eventualmente, di un conguaglio in denaro non superiore al 10 % del valore nominale delle azioni attribuite o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile."*

L'art. 91 prevede il regime del progetto di fusione, che non differisce particolarmente da quello previsto all'art. 2501-ter c.c.

Con l'art. 92 si manifesta nuovamente la portata innovativa della normativa europea, in quanto ivi si dispone a proposito del regime di pubblicità del progetto di fusione. Per ciascuna società partecipante alla fusione, il progetto deve essere reso pubblico conformemente alle disposizioni dell'art. 16 (fascicolo identificativo di ogni società costituito presso il registro centrale, il registro del commercio ed il registro delle imprese).

"Ciascuna società partecipante alla fusione è esentata dalla pubblicazione richiesta dall'articolo 16 se, per un periodo continuativo avente inizio non più tardi di un mese prima della data fissato per l'assemblea generale in cui sarà stabilito il progetto di fusione e avente termine non prima della conclusione di detta assemblea, pubblica il

progetto di fusione nel suo sito web, senza costi per il pubblico". La direttiva persegue palesemente il fine di incentivare l'informatizzazione dei procedimenti, in un'ottica di maggior speditezza e minor rigore formale, ma anche e soprattutto di superiore reperibilità e chiarezza nell'accesso da parte dei terzi destinatari di tali informazioni.

La normativa in materia di scissione delle società ricalca quella prevista per i casi di fusione, prevedendo, in particolare, all'art. 138, il medesimo regime in materia di pubblicazione del progetto di scissione.

Il Titolo III provvede alle disposizioni finali. All'art. 162 si legge che: "*Entro l'8 giugno 2022, la Commissione pubblica una relazione sul funzionamento del sistema di interconnessione dei registri, esaminando in particolare il suo funzionamento tecnico e gli aspetti finanziari*". Il co. 3 contiene l'invito alla discussione periodica tra Commissione e Stati membri in ogni sede appropriata sugli aspetti relativi alla normativa così predisposta dalla direttiva.

La direttiva si chiude con l'art. 168, il quale indica come destinatari tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

STEPCHILD ADOPTION, SI ANCHE DAL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI BOLOGNA

Anche il Tribunale dei Minorenni di Bologna apre alla Stepchild adoption. Dove il Legislatore sembra ancora non prendere una posizione, la giurisprudenza accoglie una serie di "nuovi diritti civili". Insomma, un diritto di famiglia in continua evoluzione.

Fiorella Florida - Pubblicazione, martedì 5 settembre 2017
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Sommario: 1. La Stepchild adoption e la L. n. 184 del 1983. 2. La sentenza del Tribunale per i Minorenni di Bologna che apre alla Stepchild adoption.

1. La stepchild adoption e la L. n. 184 del 1993

Col termine stepchild adoption, tradotto letteralmente "adozione del figliastro", si indica la possibilità per due adulti che formano una nuova famiglia di adottare il figlio di uno dei due, avuto da una precedente relazione. Nel nostro ordinamento giuridico, l'adozione in casi particolari è regolata dalla L. n. 184 del 1983 "Diritto del minore ad una famiglia" e permette l'adozione del figlio del coniuge. Il procedimento di adozione si propone davanti il Tribunale per i Minorenni che effettua un'indagine sull'idoneità affettiva, la capacità educativa, la situazione personale ed economica, la salute e l'ambiente familiare dell'adottante. L'obiettivo della legge è garantire l'interesse del minore a crescere in una famiglia, ma soprattutto, ove possibile, garantire l'interesse del minore di poter crescere nella propria famiglia, come regolato dai casi specificati dal Titolo IV della presente legge. In queste ipotesi, viene data priorità ai legami affettivi del minore.

L'**articolo 44 della L. n. 184/1983**, con cui si apre il Titolo IV, fissa le condizioni legislativamente previste:

1. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7:

- a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, ((anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento,)) quando il minore sia orfano di padre e di madre;*
- b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;*
- c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5*

*febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre;
d) quando vi sia la constatata impossibilita' di affidamento preadottivo.
2. L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, e' consentita anche in presenza di figli. 3. Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione e' consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non e' coniugato. Se l'adottante e' persona coniugata e non separata, l'adozione puo' essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi. 4. Nei casi di cui alle lettere a) e d) del comma 1 l'eta' dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare.*

Ogni singola condizione prevista dall'articolo 44 della legge in esame tiene in considerazione la persona del minore, dando rilevanza ai suoi legami affettivi.

Per quanto riguarda la lettera "a", la legge preferisce concedere il diritto di adozione alla famiglia, intesa come famiglia biologica oppure a quelle persone che non avendo legami di parentela avevano un legame affettivo. Questo tipo di adozione può essere disposta anche a favore di single o di due conviventi.

La lettera "b" ha ad oggetto l'ipotesi del coniuge che adotta il figlio minore dell'altro coniuge. Si tratta di una ipotesi di stepchild adoption, cioè della possibilità che il genitore non biologico adotti il figlio, naturale od adottivo, nel caso in cui l'altro genitore sia morto o rinunci alle sue prerogative.

Invece, nell'ipotesi presa in esame dalla lettera "c", di un minore portatore di handicap orfano di genitori, ma con parenti che potrebbero accudirlo, si preferisce procedere ad un' adozione a favore di chi si prende cura di quel minore, anche se non in possesso dei requisiti previsti per l'adozione legittimante.

Infine, la lettera "d", si occupa della constatata impossibilità di un affidamento pre-adottivo, nei casi in cui un minore abbandonato non riesca ad inserirsi in una famiglia adottiva, o magari al termine del periodo di affidamento preadottivo viene rifiutato dalla famiglia, si preferisce l'inserimento di quello stesso minore in un ambiente a lui favorevole, formato da una persona o due persone che non hanno i requisiti per adottare ma che hanno con lui un rapporto stabile. Ed è propriamente l'articolo 44 lettera d, della L. n. 184 del 1983, che insieme alla clausola di salvaguardia di cui all'art. 1 comma 20 legge n. 76 del 2016, hanno permesso al Tribunale di Bologna di pronunciarsi a favore della stepchild adoption, a favore dell'altra figura genitoriale, seppure dello stesso sesso.

2. La sentenza del Tribunale per i Minorenni di Bologna che apre alla Stepchild adoption.

Nell'ultimo periodo storico, il diritto di famiglia ha subito diverse modifiche normative. Con riferimento alla stepchild adoption, non è il legislatore ma è la giurisprudenza che in diverse sentenze, sta creando quei cosiddetti "nuovi diritti civili" che al momento il Parlamento non prende in considerazione. Tutto ciò, in nome di una società che è "alle prese con una nuova concezione di famiglia", come ha dichiarato in passato, il Presidente del Tribunale dei Minorenni di Bologna. Preliminarmente bisogna ricordare che già in passato, diverse pronunce giurisprudenziali avevano ammesso la possibilità della stepchild adoption in casi particolari. La Corte di Cassazione con la sentenza n. 12962/2016, aveva confermato la sentenza della Corte di Appello di Roma, che aveva accolto la domanda di adozione di una minore proposta dalla partner della madre, primo caso di adozione cogenitoriale in Italia. Anche grazie all'entrata in vigore della Legge n. 76 del 2016, ha continuato a farsi strada nel nostro ordinamento la tutela dei figli e delle figlie nati, accolti e cresciuti in famiglie omogenitoriali attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari. Va ribadito allora, seguendo le chiare argomentazioni dei giudici bolognesi nella sentenza n. 116/2017, ***"che la relazione affettiva tra due persone dello stesso sesso, che si riconoscano come parti di un medesimo progetto di vita, con le aspirazioni, i desideri e i sogni comuni per il futuro, la condivisione dei frammenti di vita quotidiana, costituisce a tutti gli effetti una "famiglia", luogo in cui è possibile la crescita di un minore, senza che il mero fattore "omoaffettività" possa costituire ostacolo formale"***.

L'articolo 1, comma XX della Legge n. 76 del 2016, prevede quanto segue: ***"Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti"***.

Questa norma deve essere correttamente interpretata, correndo altrimenti il rischio di non comprenderne il senso e le effettive intenzioni del legislatore. L'equiparazione del

termine coniuge all'unito civilmente vale per le leggi in vigore tranne che per la l. n. 184/83, in particolare per l'espressione: "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti". Come sottolineato dal Tribunale dei Minorenni di Bologna: *"E' insomma evidente che dalla legge n. 76 del 2016 non emerge affatto una volontà del Legislatore di delimitare più rigidamente i confini interpretativi dell'adozione in casi particolari ma, semmai, emerge la volontà contraria, tanto è vero che, successivamente alla emanazione della legge, vi sono state altre pronunzie che, in casi analoghi a quello in esame, hanno accolto la domanda di adozione ex art. 44 d)".* Quindi viene aggiunta la clausola in esame per permettere alle coppie omosessuali di fruire di un istituto già esistente. Nel merito, il Tribunale dei Minorenni di Bologna accoglie il ricorso, argomentando con le seguenti conclusioni: *"Va rimarcato che la relazione affettiva tra due persone dello stesso sesso, che si riconoscano come parti di un medesimo progetto di vita, con le aspirazioni, i desideri e i sogni comuni per il futuro, la condivisione insieme dei frammenti di vita quotidiana, costituisce a tutti gli effetti una "famiglia", luogo in cui è possibile la crescita di un minore, senza che il mero fattore "omoaffettività" possa costituire ostacolo formale. La disamina sin qui condotta induce a dover accogliere la domanda dell'istante sulla scorta del seguente principio di diritto: in virtù della clausola di salvaguardia di cui all'art. 1 comma 20 legge n. 76 del 2016, l'ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184 può trovare applicazione anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo per non essere il minore dichiarato in stato di abbandono sussistendo un genitore biologico che ne ha cura; la norma può pertanto trovare applicazione anche nel caso in cui sussista l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi".*

Dalla disamina dell'argomento in esame, sarebbe auspicabile che il Parlamento continuasse con la sua opera di riforma. Nonostante il pregevole sforzo dei giudici di tutelare le posizioni dei soggetti più deboli, attraverso istituti già presenti nel nostro ordinamento, come appunto l'adozione in casi particolari o il riconoscimento di rapporti genitoriali sorti in ordinamenti stranieri attraverso la trascrizione dei relativi atti di nascita o dei provvedimenti di adozione, è palese che le pronunce giurisprudenziali non forniscono quella certezza giuridica paragonabile ad una previsione legislativa, per questo la politica e le istituzioni devono continuare in questo cammino. Ancora lunga è la strada da percorrere, anche se la legge sulle unioni civili è un bel primo passo in tal senso.

THE HEARING OF THE MINOR VICTIM OF SEXUAL ABUSE

The "institutional" and "psychosocial" path [1] involving the minor victims of sexual offenses lies in a somewhat complex reality in which psychological, social and legal variables come together.

Loredana Vega - Pubblicazione, giovedì 7 settembre 2017
Redattore: **Salvatore Aromando**

In jurisprudence it has been observed that *"a child's credibility must be examined in a comprehensive way, assessing his psychological position [...], his emotional conditions, related to the relationships with the outside world and family dynamics, as well as cognitive processes of the events that have taken place"* [2].

Therefore, for a comprehensive understanding of the subject under consideration, it is necessary to adopt a multifactorial approach operating on different fields of investigation.

One of these may be inherent in the family context: the family represents the habitat within which the individual defines his personality and how to interact with the outside world through the introjection of reference behavioural patterns.

Researches in the field of ethology and psychology of development, credit attachment to the maternal figure (or to a "caregiver" reference figure) as a primary role in the construction of cognitive mapping of impulse management [3].

Researchers have identified different types of attachment.

Among these, we may recall, by way of explanation, what is called *"disorganized-disoriented attachment"*.

According to the proponents of this approach, the child who established this bond with his reference figure, demonstrates very contradictory and confusing behaviours, whose genesis can be identified in a low socio-cultural level, parental psychopathology, neglect, maltreatment and abuse, both physical and sexual [4].

That said seems to have been transposed also by established case law.

According to judges of legitimacy "*it can not be considered that children at an early age have empirical and adhesive-oriented relationships and are influenced by potentially suggestive external stimuli*" [5].

Experiences lived in early childhood are stored in memory, and after being relocated to an unconscious level, they continue to exert their influence on the individual's life [6] and sometimes require a punctual and precise decoding activity.

In the case of minor victims of sexual abuse, the main problems are related to the need to meet a double demand:

- on the one hand, it is necessary to provide protection to the abused minor, seeking to allow him to recover the serenity and balance that are necessary for a correct psychophysical development, already heavily compromised due to the facts for which it is proceeding;
- On the other hand, the exact and not unequivocal assessment of what the young victim reported, for example, during probative incident, should be guaranteed. And this, in the implementation of the right of defence of the indicted / accused (Article 24 Cost.), through a fair trial (art. 111 Cost.; 6 ECHR).

Clearly, the importance of the ways in which evidence is taken up emerges.

In this respect, it seems to be a recent statement by the Court of Cassation.

In the sentence no. **1752/17**, the judges of legitimacy state that "*in the case of sexual violence against minors, it is unlawful for the violation of the principle of the formation of the controversial evidence, the refusal of the court of appeal to provide a psychological examination in order to ascertain the aptitude of the offender to testify when the assessment serves to assess the risk of any imaginative elaboration of the victim, relevant to the child's age and the child's personality structure, unless adequate motivation is given for the superfluity of the test required.*"

In particular, in the present case, the defence of the accused, in the second instance, supported the illegality of the decision by which the court of first instance dismissed, without good reason, the request for a contradictory expert to establish the ability to witness the offender and the witness.

According to the Supreme Court Judges "*the court of appeal, to which the violation of*

art. 495 cpp, paragraph 2, must decide on the eligibility of the test,, according to the strict parameters laid down in art. 190 cpp (for which the evidence is admitted at the party's request), while it can not use the merely discretionary powers recognized by art. 603 cpp, for the assessment of eligibility of the evidence not found in the first-instance judgment "[7].

In the present case, the judges have confirmed the capacity to testify of the young victim through a mere reference to the material provided during the execution by the operators with whom the young person had begun a therapeutic course before the facts of the case.

"This reasoning appears to be, ictu oculi, lacking [...] and merely assertive in the part where it is desirable that there are no doubts about the ability to testify from the mere finding that health records did not give legitimate pathologies a different warning" [8]

According to the Supreme Court, *"the evaluation of the content of the statement of the minor offense concerning sexual offenses, given the complex implications that matter entails, must be carried out through a psychological inquiry" [9].*

This type of investigation allows us to deepen two fundamental aspects: *"the child's attitude to witnessing, from an intellectual and affective point of view, to his credibility" [10].*

The assessment of the ability to testify aims at assessing the child's predisposition to internalize information, to remind them and to express them in a complex vision to be considered in relation to various elements such as age, quality and nature of family relationships.

The credibility test is *"aimed at examining how the young victim lived and reworked the story, in a way to select sincerity, misrepresentation and lies" [11].*

The Supreme Court has not merely stated this. Rather, it pointed out that the ability to testify to a minor victim of sexual abuse must be verified by means of expertise that must be made also using the contributions offered by *"relevant sciences (pedagogy, psychology, sexology)" [12].*

Over the last few years, the so called Noto's Charter has become a constant reference to jurisprudence, doctrine and industry, as it provides the guidelines to follow and practice in the psychological investigation and examination of a minor victim of sexual abuse.

In regard, to the value of the dispositions contained therein, the Supreme Court has consistently maintained that *"it does not invalidate or inapplicable the non-compliance with the criteria set out in the Charter"* [13].

Therefore, the provisions of the Charter of Noto are not recognized as binding.

However, this should not undermine the importance of the guidelines it offers. Indeed, by careful analysis of the provisions contained in the Charter of Noto, it emerges that some of them can be considered as further specification of the rules by which the Criminal Procedure Code governs the taking of evidence.

Article. 1 of the Charter of Noto states that *"technical advice and expertise on sexual abuse should be entrusted to specially trained professionals"*. To see, in a similar way, the art. 221 cpp, where, in paragraph 1, states that the judge, when appointing an expert, must make a choice by weighting the peculiar skills required in the specific discipline. Still art. 1 of the Charter of Noto, also finds a direct link with art. 498 cpp when, in the fourth paragraph, states that in the testimony of the minor, *"the president may avail himself of the aid of an expert in child psychology"*. Continuing in this analysis, it can be seen that art. 10 of the Noto's Charter reads *"The activities of acquiring the child's declarations and behaviours must be recorded"* in order to be able to capture aspects related to nonverbal language as well. As stated in the aforementioned article, it can be found directly in Art. 398, paragraph 5-bis, of cpp.

In such cases, the breach of the provisions will in any case imply the application of the penalties provided for in the Code of Criminal Procedure [14].

There are also Noto's Charter prescriptions that do not find any correspondence, even indirect, with the contingency provisions of the rite code. Think of, as an explanatory note, those that concern the ways, procedures and scientific protocols to be followed when assuming the child's declarations (Article 7 of the Charter of Noto).

In accordance with these provisions, the judges of lawfulness stated that *"the lack of nullity or uselessness (in case of breach) does not exclude the duty of reasoning because it is always to take into account the non-compliance with the methodologies prepared by the scientific community [...] which can prove to be a valid support in the assessment of the evidence and also in the assurance of the effective exercise of the defendant's right to defend himself through a fair trial (Article 6 ECHR and 111 Cost.)"* [15].

References

- [1] G. De Leo, P. Patrizi, *Psicologia giuridica*, Il Mulino, 2002;
- [2] Corte Cassazione Sezione III Penale sentenza n. 23278 del 6/4/2004;
- [3] A. Franchini, F. Introna, *Delinquenza minorile*, Padova, Edizioni Cedam, 1972, p.168;
- [4] G. Attili, *Attaccamento e costruzione evoluzionistica della mente*, Raffaele Cortina Editore, 2007, p. 21-35;
- [5] Corte di Cassazione III Sezione Penale , sentenza n. 24248 del 13/05/2010;
- [6] Alice Miller, *Il dramma del bambino dotato e la ricerca del verso sé*, Bollati Boringhieri, 2010 pp. 125-126-127.,
- [7] Corte di Cassazione Sezione III Penale, sentenza n. 1752 del 16/01/2017;
- [8] cfr. sentenza cit. ;
- [9] Corte di Cassazione Sezione III Penale, sentenza n. 8962 del 3/7/97 ;
- [10] cfr. sentenza cit. ;
- [11] cfr. sentenza cit.;
- [12] Corte di Cassazione Sezione III Penale, sentenza n. 29612 del 27.7.10;
- [13] Corte di Cassazione Sezione III Penale, sentenza n.5754 del 16/01/2014;
- [14] Corte di Cassazione Sezione III Penale, sentenza n. 46176/2014;
- [15] Corte di Cassazione Sezione III Penale, sentenza n.39411 del 13/3/2014.

LA PERSONA LESA PUÒ AGIRE DIRETTAMENTE CONTRO L'ASSICURATORE DEL RESPONSABILE DI UN INCIDENTE

La Corte di Giustizia europea, con la sentenza C-368 del 13 luglio scorso, ha stabilito che l'articolo 13 del Regolamento CE n. 44/2001 "deve essere interpretato nel senso che una persona lesa che dispone di un'azione diretta contro l'assicuratore dell'autore del danno da essa subito non è vincolata dalla clausola attributiva di competenza conclusa tra tale assicuratore e detto autore".

Simona Rossi - Pubblicazione, venerdì 8 settembre 2017
Redattore: Giuseppe Ferlisi

Sommario: 1. La questione giuridica. – 2. Il caso di specie. – 3. La decisione della Corte di Giustizia europea

1. La questione giuridica

La questione sottoposta al vaglio della Corte UE da parte della Corte Suprema di Danimarca riguardava l'interpretazione dell'articolo 13, punto 5, del Regolamento CE n. 44/2001 ("*competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*") onde chiarire se tale norma debba essere interpretata nel senso che una persona lesa che dispone di un'azione diretta contro l'assicuratore dell'autore del danno da essa subito possa o meno essere vincolata da una clausola attributiva di competenza conclusa tra assicuratore ed autore.

2. Il caso di specie

Una società svedese, Skane Entreprenad, faceva eseguire un trasporto di barbabietole da zucchero verso una fabbrica danese e per tale trasporto si avvaleva di una serie di rimorchiatori tra cui la Sea Endeavour e sottoscriveva un'assicurazione di responsabilità con la compagnia assicurativa Navigators Management che conteneva una clausola che indicava quale legge competente quella inglese nonché quale foro competente quello del Galles.

Qualche mese dopo, nel novembre 2007, il rimorchiatore Sea Endeavour, nel mentre

attraversava il porto di Assens, causava danni alle installazioni del porto.

Tuttavia essendo la Skane Entreprenad, intanto, sottoposta a procedura fallimentare, la Assens Havn aveva proposto, dinanzi al Tribunale marittimo e commerciale della Danimarca, un'azione diretta nei confronti della compagnia assicurativa Navigators Management che risultava aver assicurato il presunto autore del danno.

Nel 2014, però, tale ricorso veniva respinto per difetto di giurisdizione in virtù della clausola assicurativa riguardante la competenza: la questione sottoposta alla Corte Suprema di Danimarca veniva, dunque, rimessa alla Corte di Giustizia Europea.

3. La decisione della Corte di Giustizia Europea

La Corte UE ha richiamato la giurisprudenza comunitaria che appare costante nel ritenere che il Regolamento CE n. 44/2001, alla sezione 3 del capo II, *“stabilisce un sistema autonomo di ripartizione delle competenze giurisdizionali in materia di assicurazioni”*.

I giudici europei hanno, infatti, ricordato che *“l'azione in materia di assicurazioni è caratterizzata da un certo squilibrio che le norme previste dall'articolo 8 sezione 3 del capo II del Regolamento CE n. 44/2001 sono volte correggere facendo beneficiare la parte più debole di norme sulla competenza più favorevoli rispetto alle regole generali”*.

Va osservato che *“dette disposizioni facilitano la situazione della persona lesa da un danno assicurato consentendole di citare l'assicuratore di cui trattasi, in particolare, dinanzi al giudice del luogo in cui si è verificato l'evento dannoso, a condizione che il diritto nazionale preveda una siffatta azione diretta”*.

Pertanto, può aversi l'esperibilità dell'azione diretta della persona lesa contro il presunto responsabile di un incidente a condizione che lo preveda il diritto nazionale.

Nel caso di specie, il giudice del rinvio a cui spetta interpretare il proprio diritto nazionale aveva ritenuto che la legge sui contratti di assicurazione (in particolare, con riferimento all'articolo 95 paragrafo II) istituiva il diritto della persona lesa a proporre un'azione diretta contro l'assicuratore, ai sensi del Regolamento CE n. 44/2001.

Per quanto riguarda, poi, l'opponibilità di una clausola attributiva di competenza, la Corte UE ha ritenuto **non applicabile l'estensione dell'efficacia vincolante della**

clausola attributiva di competenza fondata sul Regolamento CE n. 44/2001 alle persone lese.

Conseguentemente *“si deve ritenere che una clausola attributiva di competenza stipulata tra un assicuratore e un contraente dell’assicurazione non è opponibile alla persona lesa da un danno assicurato che intende agire direttamente contro l’assicuratore dinanzi al giudice del luogo in cui si è verificato l’evento dannoso (...) o dinanzi al giudice del luogo in cui essa è domiciliata”* (questa ultima possibilità è stata riconosciuta dalla Corte UE con la sentenza del 13 dicembre 2017, FTBO Schadeverzekeringen).

Del resto, l’estensione di tale clausola vanificherebbe l’obiettivo della sezione 3 del capo II di suddetto Regolamento che mira a *tutelare la parte economicamente e giuridicamente più debole* e, pertanto, la Corte UE ha stabilito che l’art. 13 di tale Regolamento *“deve essere interpretato nel senso che una persona lesa che dispone di un’azione diretta contro l’assicuratore dell’autore del danno da essa subito non è vincolata dalla clausola attributiva di competenza conclusa tra tale assicuratore e detto autore”*.

QUAL È LA NATURA GIURIDICA DELL'INTERDITTIVA ANTIMAFIA?

Tutelare la libera concorrenza tra le imprese e il buon andamento della P.A. è possibile grazie all'interdittiva antimafia che verifica e accerta affidabilità e assenza di legami con la criminalità organizzata delle imprese con cui la stessa pubblica amministrazione ha rapporti.

Alessandra Inchingolo - Pubblicazione, lunedì 11 settembre 2017
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

L'**informazione antimafia** è una misura volta a tutelare la libera concorrenza tra le imprese e il buon andamento della pubblica amministrazione che, a tal proposito, ha interesse a poter verificare "affidabilità" e "moralità" delle imprese con le quali stipula rapporti contrattuali, come le concessioni demaniali, ivi incluse quelle che operano in subappalto, sin dall'avvio delle procedure di gara.

L'art. 94 del codice antimafia stabilisce che, in presenza di un "pericolo di infiltrazione mafiosa" all'interno dell'impresa, viene precluso ogni rapporto con l'Amministrazione ovvero la possibilità di accedere a benefici economici, con conseguente revoca dell'aggiudicazione o, se la stipula negoziale è già intervenuta, della risoluzione del contratto, e può portare anche alla restituzione delle erogazioni già percepite: tale obbligo si applica anche ai casi in cui l'informativa antimafia viene trasmessa successivamente alla stipula del contratto (*Consiglio di Stato n. 3247 del 2016 e del Tar Catanzaro n. 1808 del 2016*), salvo casi particolari, come quello disciplinato dall'art. 32, comma 10, del decreto legge n. 90/2014, che affida alla prefettura l'autorizzazione al completamento dell'esecuzione del contratto e la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, o la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici (*Consiglio di Stato n. 3400 del 2016 e del Tar Catania n. 25 del 2017*).

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3633/2016, e il Tar Liguria, con sentenza n. 978/2016, con riferimento alle aziende sottoposte a commissariamento per interdittiva antimafia o ad amministrazione straordinaria a seguito di sequestro giudiziario, hanno precisato che la nomina del nuovo amministratore giudiziario non preclude la partecipazione ad appalti pubblici limitatamente alle gare indette posteriormente alla

nomina stessa (misura volta proprio a recidere i legami dell'azienda con i gruppi criminali), altrimenti va presunta l'indebita influenza sull'esito della procedura di gara.

L'art. 83 del D.Lgs. n. 159/2011 obbliga le Amministrazioni a verificare l'assenza del pericolo di infiltrazione mafiosa per i **contratti di importo superiore a 150 milioni di euro** e per alcune tipologie di lavori, ritenute come "*maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa*" anche al di sotto di tale soglia, fatta salva la facoltà della stessa Amministrazione di richiedere la documentazione antimafia anche per gare di più modesto valore, in tal senso si è pronunciato il Tar Lecce con sentenza n. 1005/2016.

Due sentenze del Consiglio di Stato, la n. 3300 e la 3566 del 2016, hanno statuito che l'Amministrazione inoltre è obbligata ad uniformarsi alle risultanze degli accertamenti della prefettura, in quanto la legge è "*volta ad evitare radicalmente l'erogazione di risorse pubbliche a soggetti esposti ad infiltrazioni di tipo mafioso, e che pertanto mal tollera che ciò possa avvenire solo entro determinati limiti quantitativi*", ragion per cui risulta legittimo il provvedimento di sospensione delle erogazioni assunto da un'Amministrazione, in attesa della verifica da parte della prefettura in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa (Tar Lazio n. 2692/2017).

Le imprese sono tenute a fornire tutti i dati necessari all'espletamento delle verifiche antimafia. Tuttavia, il codice antimafia all'art. 100 evidenzia come anche per le amministrazioni sciolte per infiltrazioni mafiose sia disposto l'obbligo di acquisire, nei cinque anni successivi allo scioglimento, l'informazione antimafia precedentemente alla stipulazione, all'approvazione o all'autorizzazione di qualsiasi contratto o subcontratto, ovvero precedentemente al rilascio di qualsiasi concessione o erogazione indicati nell'articolo 67 indipendentemente dal valore economico degli stessi.

Tenendo presente quello che ormai è divenuto un orientamento ormai consolidato, grazie alle due sentenze con cui il Consiglio di Stato si è pronunciato, la 4121/2016 e la 739/2017, **l'informativa prefettizia che accerti il pericolo di infiltrazione mafiosa ha una validità indeterminata nel tempo**, salvo che emergano fatti nuovi e negativi, mentre il termine di 12 mesi indicato dall'art. 86, comma 2, va inteso come obbligo per le singole amministrazioni di richiedere nuovamente la documentazione antimafia, una volta trascorsi 12 mesi dalla precedente informativa, al fine di verificare l'attualità dell'esistenza del pericolo di infiltrazioni dell'azienda interessata.

Al fine di garantire una maggior efficienza del sistema la [legge n. 190 del 2012](#) (art.

1, commi 52 e ss.) ha istituito presso ogni prefettura dell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, una sorta di *white list* finalizzata a rendere più efficaci i controlli antimafia nei comparti maggiormente a rischio quali noli a caldo, movimentazione terra, trasporto e smaltimento rifiuti, etc., in pratica una certificazione dell'insussistenza delle cause ostative alla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici ed alla stipula dei relativi contratti.

Le prefetture hanno un ruolo attivo nella verifica dei presupposti per l'iscrizione delle aziende nella *white list*, anche perché è supportata nel ruolo dell'istruttoria dalla Direzione investigativa antimafia al servizio di tutte le altre Amministrazioni pubbliche, che devono conseguentemente adeguare la propria azione alle risultanze dell'interdittiva, senza poter svolgere alcuna attività discrezionale

Si osservi però che la interdittiva antimafia altro non è se non una misura di carattere preventivo ed esula dall'accertamento di eventuali responsabilità penali, si aggiunge alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale, poiché risponde alla logica che ispira il codice antimafia che è quella di prevenire un pericolo grave e non già quella di punire, nemmeno in via indiretta, una condotta penalmente rilevante.

Affinchè venga emanata un'interdittiva è sufficiente il "tentativo di infiltrazione" utile a condizionare le scelte dell'impresa, anche se tale scopo non si è in concreto realizzato, così come usualmente si caratterizza il metodo mafioso, che fa suoi gli strumenti della intimidazione, dell'influenza e del condizionamento latente di attività economiche apparentemente lecite.

Sulla scorta di quanto appena detto, gli elementi alla base dell'informativa possono anche non essere oggetto di procedimenti penali, poichè il pericolo di un'infiltrazione mafiosa può essere accertato anche soltanto sulla scorta di una prova che lo renda probabile, senza necessità del massimo grado di certezza dei suoi presupposti.

E' opportuno altresì chiedersi quali siano le **caratteristiche di una relazione prefettizia**.

Sul punto il Consiglio di Stato punta a rimarcare l'importanza di una visione globale di tutti gli elementi raccolti nel corso dell'istruttoria, atti a dimostrare in modo plausibile l'effettiva sussistenza del condizionamento esercitato dai gruppi criminali sulla singola azienda, aldilà del valore da attribuire al singolo accadimento. Pertanto l'eventuale carenza o l'insufficienza d'un dato non inficia la valutazione complessiva, se controbilanciato dalla presenza di altri che, nel loro insieme, siano precisi e univoci nel

testimoniare il pericolo d'infiltrazione. **Spetta al giudice amministrativo, in sede di sindacato di legittimità, valutare la complessiva logicità e coerenza della relazione.** Analizzando i dati sulle decisioni più recenti di Tar e Consiglio di Stato, relative al 2016-inizio 2017, si evidenzia che le argomentazioni contenute nelle relazioni prefettizie reggono al vaglio del giudice amministrativo oltre l'80 per cento circa dei ricorsi discussi e la percentuale si alza ulteriormente considerando soltanto le sentenze definitive del Consiglio di Stato (in controtendenza, almeno limitando l'esame alle sole ordinanze dei primi mesi del 2016, appare la giurisprudenza del Consiglio per la giustizia amministrativa della regione siciliana: meno del 50 per cento delle richieste di sospensiva delle imprese sono respinte).

Quali però gli indici rivelatori di una presenza mafiosa?

Tra le fattispecie rivelatrici di una infiltrazione mafiosa, il codice antimafia per esempio individua la condanna per taluni delitti o la mancata denuncia di delitti di concussione e di estorsione da parte dell'imprenditore, vedi l'art. 84, comma 4, lett. a) e l'art. 91, comma 6.

In questi casi (caratterizzati da un particolare interesse delle organizzazioni di stampo mafioso, e che destano maggiore allarme sociale) la presenza di legami con la criminalità organizzata è data per presupposta dal legislatore, salva ovviamente la prova contraria: il Consiglio di Stato (*sentenze nn. 981 e 982 del 2017, di riforma delle sentenze del Tar Lazio nn. 8064 e 8059 del 2014*) sottolinea infatti anche in questi casi la natura discrezionale dell'attività della prefettura *“che deve fondarsi su di un autonomo apprezzamento degli elementi delle indagini svolte, o dei provvedimenti emessi in sede penale, senza istituire un automatismo tra l'emissione del provvedimento cautelare in sede penale e l'emissione dell'informativa ad effetto interdittivo”*. Orientamento ribadito di recente (*sentenza Consiglio di Stato n. 1315 del 2017*) con riferimento ad un'ipotesi di traffico illecito di rifiuti di cui all'art. 260 del D.L.vo n. 152 del 2006.

Anche il Consiglio di Stato individua un'ampia casistica degli **elementi-spia** che evidenziano una **condizione di potenziale soggezione** o condizionamento dell'azienda rispetto alle attività delle organizzazioni di stampo mafioso.

Sovente accade che le organizzazioni criminali di stampo mafioso escogitino svariate modalità per **esercitare il loro condizionamento sull'impresa**, anche contro la volontà del singolo; dunque al fine di consolidare la propria presenza nel mondo dell'economia e degli appalti, attraverso l'uso di prestanome, esercitano attività imprenditoriali di

reinvestimento di proventi illeciti, tentando di eludere i provvedimenti giudiziari posti a loro carico. Pertanto si viene a creare una fitta rete di rapporti tanto con soggetti affiliati quanto con soggetti che ad esse si legano per timore per la propria sopravvivenza o per quella dell'azienda. A tal proposito si spiega l'ampio margine di discrezionalità lasciato al Prefetto proprio per ovviare all'impossibilità di indicare a priori tutte le modalità con cui i tentativi di infiltrazione mafiosa si realizzano nella pratica.

La relazione può fondarsi anche su un **unico elemento presuntivo**, purché non in contrasto con altro ragionamento presuntivo di segno contrario, atto a dimostrare, per la sua **attualità, univocità e gravità**, il pericolo concreto di infiltrazione mafiosa nell'impresa.

In questo contesto, una particolare rilevanza assumono innanzitutto le circostanze desumibili dalle **sentenze di condanna, anche non definitiva, confermata in appello, o di rinvio a giudizio per particolari delitti precisati dall'art. 84 del Codice antimafia**, in quanto tali imputazioni hanno anche valore sintomatico dell'inquinamento della criminalità organizzata: in caso di condanna l'interdittiva antimafia scatta in modo automatico (*cf. sentenza del Consiglio di Stato n. 4555 del 2016*), mentre il semplice deferimento all'Autorità giudiziaria può comunque costituire un elemento, all'interno delle valutazioni della Prefettura, dei tentativi di infiltrazione da parte della criminalità organizzata (*vedi sentenza del Tar Catanzaro n. 1801 del 2016*).

Naturalmente il giudice amministrativo non potrà sostituirsi a quello penale nella valutazione dei fatti penalmente rilevanti e nella valutazione delle fonti di prova (*Tar di Napoli n. 107 del 2016, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 3583 del 2016*). Tali sentenze assumono valore ai fini dell'interdittiva “*anche se risalenti nel tempo*”, quando gli elementi raccolti dal Prefetto siano sintomatici di un **condizionamento attuale** dell'attività dell'impresa: il mero decorso del tempo non smentisce, da solo, la persistenza di legami con organizzazioni mafiose, tenuto anche conto della natura stessa di tali organizzazioni criminali, caratterizzate dalla durevolezza dei rapporti che esse instaurano con il mondo imprenditoriale (*vedi sentenza del Tar Napoli n. 4274 del 2016*). Occorre, pertanto, che sussistano elementi da cui si ricavi che i legami con organizzazioni mafiose, pur risalenti nel tempo, siano ancora connotati da attualità (in questo senso *cf.* la sentenza del Consiglio di Stato n. 441 del 2017, di riforma della sentenza del Tar Veneto n. 608 del 2016, che evidenzia “*l'indiscutibile linea di continuità diretta ed immediata*” tra la vecchia gestione e la nuova; vedi anche

n. 1681 del 2016 e le sentenze del Tar di Napoli nn. 2104 e 4850 del 2016; vedi anche gli elementi raccolti dalla prefettura a conferma di una precedente interdittiva, richiamati dalla sentenza del Tar Calabria n. 1330 del 2016, confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 1131 del 2017). Anche in caso di assoluzione, le motivazioni addotte dal giudice penale potrebbero essere comunque utilizzate per confermare la validità dell'impianto accusatorio dell'interdittiva (*vedi al riguardo la sentenza del Tar Catanzaro n. 1619 del 2016 e quella del Consiglio di Stato n. 4030 del 2016*).

L'esito assolutorio in sede penale potrà ovviamente influire sulla sorte dell'interdittiva nel caso in cui non sussistano altri elementi atti a dimostrare l'esistenza del condizionamento mafioso. Le nuove emergenze giudiziarie potranno portare, su richiesta dell'interessato, anche ad una revisione della prima interdittiva.

Peraltro, l'assoluzione per prescrizione del reato non è sufficiente a smentire la validità dei fatti addebitati (*Consiglio di Stato n. 681 del 2016 e n. 2756 del Tar di Napoli*), laddove dalle motivazioni della sentenza emergano elementi in ordine al pericolo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali. Il procedimento penale deve comunque riguardare un soggetto che svolga funzioni di rilievo all'interno della società (*cfr. sul punto le sentenze del Tar Lazio nn. 2279 e 2882 del 2016*).

Assumono altresì rilievo anche le **misure di prevenzione antimafia** per i delitti espressamente elencati dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., senza cioè che siano necessari ulteriori accertamenti istruttori a supporto della tesi del pericolo di infiltrazione mafiosa (*sul punto vedi la sentenza del Consiglio di Stato n. 1632 del 2016, di riforma della sentenza del Tar di Napoli n. 3661 del 2015, relativa ad un'interdittiva basata su di un traffico illecito di rifiuti, proprio in considerazione del disvalore sociale e della portata del danno ambientale propri di tale reato; vedi anche la sentenza dello stesso Consiglio di Stato n. 1109 del 2017*).

Ma alla base dell'interdittiva **assumono in generale valore tutti i provvedimenti del giudice penale, civile, amministrativo, contabile, tributario**, dalla cui motivazione emergano elementi di condizionamento delle associazioni malavitose sull'attività dell'impresa oppure agevolazioni, aiuto, supporto, anche solo logistico, che questa abbia fornito a tali associazioni. Anche una condanna per il reato di "voto di scambio", senza l'aggravante mafiosa, può essere considerata sintomatica della disponibilità a venire a patti con un gruppo criminale, ed ottenere così benefici in cambio dell'appoggio elettorale (*Consiglio di Stato n. 3574 del 2016*).

Recentemente, proprio il Consiglio di Stato si è pronunciato sulle c.d. “**informative a cascata**”, cioè sulla possibilità di estendere l’utilizzo di un’informativa antimafia legittimamente emessa nei confronti di un’azienda anche nei confronti di un’altra impresa socia della prima (ad esempio in un consorzio di imprese).

Il massimo giudice amministrativo – sciogliendo anche in questo caso i problemi emersi in sede giurisprudenziale (*vedi per tutte la sentenza del Tar Roma n. 11249 del 2015*) – sottolinea a tale riguardo la necessità che i rapporti tra le due imprese non siano episodici, ma siano invece stabili e continuativi, in quanto natura, consistenza e contenuti delle modalità di collaborazione tra le due imprese devono essere idonei a rivelare il carattere illecito dei legami stretti tra i due operatori economici (*sentenza n. 2774 del 2016, di riforma della sentenza n. 8690 del 2015 del Tar Roma – orientamento confermato dalla successiva sentenza n. 1103 del 2017; vedi anche, in attuazione di tale principio, la sentenza del Tar di Catania n. 2750 del 2016, la cui esecutività è stata peraltro sospesa con ordinanza n. 765 del 2016 del Consiglio per la giustizia amministrativa per la regione siciliana*).

Il Tar Emilia Romagna pone in risalto, a tale proposito, il fatto che due amministratori della società oggetto della nuova interdittiva erano stati amministratori delle due società in passato colpite da analogo provvedimento: ed il fatto che attualmente esse siano in amministrazione giudiziaria non consente di escludere che le infiltrazioni mafiose si siano già verificate (*sentenza n. 1027 del 2016*). Su un caso di assenza dei presupposti individuati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato vedi invece la sentenza del Tar Roma n. 4778 del 2017.

Anche le variazioni strutturali dell’impresa (ad esempio le sostituzioni negli organi sociali e nella rappresentanza legale della società, gli spostamenti della sede legale od operativa in zone apparentemente esenti dall’influsso mafioso, gli aumenti di capitale sociale finalizzati a garantire il controllo della società sempre da parte degli stessi soggetti, etc.) se attuate al fine di dissimulare il reale assetto gestionale ed eludere la normativa sulla documentazione antimafia, come ad esempio, la perdita della carica di amministratore di una società, affidata peraltro a familiari, da parte di un soggetto che mantiene il ruolo di socio accomandante, lascia presumere che il controllo dell’azienda rimanga nelle sue mani (*sentenza del Consiglio di Stato n. 1443 del 2017*). Anche la presenza di sedi legali fantasma, o la presenza di prestanome nelle cariche sociali, o il ricorso con il subappalto, ad altre imprese controllate dai gruppi mafiosi possono costituire validi indizi di infiltrazione mafiosa.

Tutto ciò al precipuo scopo di garantire che le imprese che hanno rapporti con la Pubblica amministrazione, infatti, siano altamente affidabili "*non solo nella selezione di amministratori e soci, ma anche dei dipendenti, e devono vigilare affinché nella loro organizzazione non vi siano dipendenti risultati contigui al mondo della criminalità organizzata*" (Consiglio di Stato n. 3299 del 2016, di riforma di una sentenza del Tar di Reggio Calabria).

RESISTENZA A PUBBLICO UFFICIALE: NON È PUNIBILE LA MANCATA COLLABORAZIONE

Sdraiarsi davanti ad un'auto per impedirne il sequestro integra un reato? La Cassazione si è recentemente pronunciata in proposito, sposando una posizione alquanto singolare.

Angela Cuofano - Pubblicazione, mercoledì 13 settembre 2017
Redattore: Alessio Giaquinto

Sommario: 1. Premessa: "Chi fa da sé fa per tre."; 2. Il caso; 3. L'art. 337 c.p.; 4. Conclusioni.

1. Premessa: "Chi fa da sé fa per tre."

Certamente, quando madri e nonne educavano con questo proverbio, mai avrebbero immaginato che esso potesse essere applicato anche al reato di **resistenza passiva a pubblico ufficiale**.

La Cassazione ha infatti recentemente affrontato la *querelle* che involge una mera condotta di non collaborazione e il reato disciplinato dall'art. 337 c.p. Quando un determinato atteggiamento può essere considerato semplice **disaccordo** e quando può essere punito ai sensi del Codice Penale?

La sentenza in commento (Cass. sezione VI, n. 36754/2017) ha esaminato talune questioni inerenti il delitto di resistenza a pubblico ufficiale, la contravvenzione del rifiuto di sottoporsi ad alcooltest (art. 186, co. 7, Codice della strada) e l'obbligo di dare avviso della facoltà di assistenza tecnica nel caso di accertamenti sullo stato di ebbrezza (art. 186, co. 3, Codice della Strada).

Nello specifico, ciò che richiama l'attenzione sono i presupposti della resistenza. Ma partiamo dal principio.

2. Il caso

La Corte è invero chiamata a pronunciarsi circa l'impugnazione dei due imputati contro la sentenza della Corte d'Appello di Bari che, dal canto suo, aveva confermato la sentenza di primo grado. Il giudice di prime cure ne condannava uno per resistenza e

rifiuto e l'altro per concorso nella resistenza. Uno dei due, tra l'altro, era stato anche condannato per un illecito punito dall'art. 116 Codice della Strada.

La decisione della Corte barese viene in ogni caso annullata, nella parte in cui conferma la condanna degli imputati per il delitto di resistenza, in un caso perché si richiede un nuovo esame nel merito, nel secondo perché il fatto non sussiste.

Queste le condotte contestate.

C., primo dei due imputati, aveva inveito contro gli agenti che, trovatolo alla guida sprovvisto di patente (perché revocatagli dal Prefetto), stavano procedendo al sequestro dell'autoveicolo.

C. si lasciava andare ad uno sfogo verbale, affermava di essere sieropositivo e minacciava gli agenti che “gliela avrebbe fatta pagare”. La Sez. VI, nell'accogliere il motivo di impugnazione, ritiene che la condotta di C, così come ricostruita in sede di merito, non possa essere qualificata come resistenza, in assenza di un'evidenza di ciò in cui sia consistita «la situazione pericolosa» provocata dal soggetto attivo.

Parimenti non è stato verificato con sufficiente rigore se l'espressione da lui proferita fosse realmente (e non solo formalmente) minacciosa e dotata di una *«effettività causale ... a coartare o ad ostacolare l'agire dei pubblici ufficiali operanti, in ragione del dolo specifico che comunque deve sorreggere il comportamento del soggetto agente»*.

Il ricorso proposto da C. è accolto e la sentenza annullata con rinvio ad altra sezione della Corte territoriale.

La condotta realizzata da L., che viaggiava sull'autoveicolo con C., era consistita, invece, nello sdraiarsi davanti alla vettura, impedendo in tal modo agli agenti di avvicinarsi, e nel rifiutarsi di liberarla dai propri oggetti personali.

Un simile comportamento, per la Sez. VI, costituisce un mero atto di resistenza passiva privo del requisito della violenza e realizza, piuttosto, una **mancata collaborazione non idonea ad integrare la condotta punibile**. Il ricorso proposto da L. è accolto e la sentenza, nella parte cui confermava la condanna, è annullata senza rinvio perché il fatto non sussiste.

3. L'art. 337 c.p.

Il bene giuridico tutelato dalla norma in esame è quello della sicurezza e della libertà di azione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio contro fatti di

opposizione violenta.

In buona sostanza, con tale norma si intende tutelare l'interesse della Pubblica Amministrazione a non subire intralci nel momento in cui, per assolvere ai suoi compiti istituzionali, deve procedere all'attuazione della sua volontà.

La sentenza in esame chiarisce rapidamente i presupposti del reato di cui all'articolo 337 c.p.:

- la **minaccia**, la quale alternativamente alla violenza, costituisce la condotta strumentale per opporsi al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio che compie l'ufficio o il servizio, non deve manifestare la mera contrarietà o la contestazione rispetto ad un'azione pregressa del pubblico ufficiale, quanto piuttosto la volontà di opporsi allo svolgimento dell'atto (1);

- la **violenza**, alternativa alla minaccia, deve concretarsi in un'aggressione oppositiva, cioè «operare un diretto condizionamento dell'attività posta in essere dai pubblici ufficiali»: ove manchi tale condizione non vi è collaborazione e la condotta si colloca al di fuori del precetto penale (2);

- infine, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, la resistenza a pubblico ufficiale richiede il **dolo specifico**: il soggetto agisce al fine di ostacolare l'attività del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio o, ancora, di chi a richiesta presta loro assistenza. Ne deriva che se la condotta in esame è realizzata per uno scopo differente da quello ora descritto, il soggetto non realizza una resistenza, ancorché la sua condotta non sia automaticamente indenne da penale responsabilità, potendo egli rispondere di altro reato (3).

4. Conclusioni

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, si potrà osservare come i presupposti sopra descritti manchino nel caso di specie dove, per l'appunto, l'imputata non ha posto in essere alcuna violenza verso il pubblico ufficiale.

Il suo comportamento si risolve quindi in meri atteggiamenti non collaborativi che, non involgendo né la violenza né la minaccia, non possono essere puniti.

D'altra parte non si può non osservare la mancanza dell'elemento soggettivo. E' infatti richiesto il dolo specifico, visto come concreta intenzione di ostacolare il pubblico ufficiale. Circostanza che, non potendosi osservare, conferma la non sussistenza del reato.

Note e riferimenti bibliografici

- (1) v. già Cass. pen. Sez. VI, n. 31544 del 2009;
- (2) in tal senso v. anche Cass. pen. Sez. VI, n. 6069 del 2015;
- (3) Cass. pen. Sez. VI, n. 36367 del 2013.

LA REGISTRAZIONE TARDIVA DELLA LOCAZIONE AD USO NON ABITATIVO NON NE COMPORTE LA NULLITÀ

Con ordinanza n. 20858, depositata il 6 settembre 2017, la Cassazione ha rigettato un ricorso teso a far dichiarare la nullità di un contratto di locazione registrato in ritardo.

Alessio Giaquinto - Pubblicazione, giovedì 14 settembre 2017
Redattore: Ilaria Ferrara

Si segnala un'interessante ordinanza della Corte di Cassazione, depositata il 6 settembre 2017 (n. 20858, Presidente: Amendola, Relatore: Tatangelo), in tema di **nullità del contratto di locazione** ad uso non abitativo.

In particolare, la Suprema Corte si è pronunciata in merito ad un ricorso con il quale una impresa locataria, nel resistere ad una domanda di rilascio, ha chiesto, in riconvenzionale, che venisse dichiarata la nullità del contratto di locazione stipulato il 1° dicembre 2007 e registrato solo nel gennaio 2014.

La domanda era finalizzata ad **accertare** che il rapporto decorrente dalla data di registrazione fosse regolato dalle disposizioni di cui all'art. 3, comma 8, del decreto legislativo n. 23/2011 (*), a **ricalcolare** il canone dovuto in base all'articolo citato ed **ottenere** la restituzione di tutti i canoni versati dal dicembre 2007 al gennaio 2014 perché, secondo il ricorrente, versati in assenza di valido titolo.

L'unico contratto produttivo di effetti, stando alla tesi difensiva, sarebbe dovuto essere infatti quello registrato nel 2014, con la nullità di qualsiasi altro accordo non registrato, ai sensi dell'art. 1, comma 346, della legge n. 311 del 2004, e la conseguente restituzione degli importi versati fino a quella data.

La Cassazione, nel rigettare il ricorso, confermando le motivazioni della Corte d'Appello ha ribadito il consolidato orientamento in tema di locazione immobiliare per uso non abitativo, secondo il quale *«la mancata registrazione del contratto determina, ai sensi dell'art. 1, comma 346, della legge n. 311 del 2004, una nullità per violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c., la quale, in ragione della sua atipicità, desumibile dal complessivo impianto normativo in materia ed in particolare dalla espressa*

previsione di forme di sanatoria nella legislazione succedutasi nel tempo e dall'istituto del ravvedimento operoso, risulta sanata con effetti "ex tunc" dalla tardiva registrazione del contratto stesso, implicitamente ammessa dalla normativa tributaria, coerentemente con l'esigenza di contrastare l'evasione fiscale e, nel contempo, di mantenere stabili gli effetti negoziali voluti dalle parti, nonché con il superamento del tradizionale principio di non interferenza della normativa tributaria con gli effetti civilistici del contratto, progressivamente affermatosi a partire dal 1998» (Cass., Sez. 3, Sentenza n. 10498 del 28/04/2017, Rv. 644006 - 01).

Secondo i Giudici di legittimità, dunque, la nullità del contratto di locazione ad uso non abitativo per violazione della legge che ne impone la registrazione ai fini fiscali, è sanabile con la registrazione stessa, benché tardiva, in ragione del **principio di stabilità degli effetti negoziali** voluti dalle parti e di **non interferenza della normativa tributaria con quella civilistica**.

La Cassazione ha proseguito precisando che *«quella della nullità del contratto non registrato costituisce fattispecie differente rispetto a quella [...] che si determina in caso di pattuizioni volte a determinare un canone superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato, laddove sussista cioè tra le parti un vero e proprio accordo simulatorio in relazione all'entità del canone, onde ad essa non è comunque applicabile l'art. 13, comma 1, della legge 9 dicembre 1998 n. 431, invocato dal ricorrente, e riguardante esclusivamente tale diversa fattispecie».*

Note

(1) Art. 3, comma 8, del D. Lgs. n. 23/2011: "Ai contratti di locazione degli immobili ad uso abitativo, comunque stipulati, che, ricorrendone i presupposti, non sono registrati entro il termine stabilito dalla legge, si applica la seguente disciplina: a) la durata della locazione e' stabilita in quattro anni a decorrere dalla data della registrazione, volontaria o d'ufficio; b) al rinnovo si applica la disciplina di cui all'articolo 2, comma 1, della citata legge n. 431 del 1998; c) a decorrere dalla registrazione il canone annuo di locazione e' fissato in misura pari al triplo della rendita catastale, oltre l'adeguamento, dal secondo anno, in base al 75 per cento dell'aumento degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli impiegati ed operai. Se il contratto prevede un canone inferiore, si applica comunque il canone stabilito dalle parti."

(Comma dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale, con sentenza 10 - 14 marzo 2014, n. 50 (in G.U. 1a s.s. 19/3/2014, n. 13)

LA LINEA DI CONFINE TRA IL DELITTO DI ESTORSIONE E QUELLO DI ESERCIZIO ARBITRARIO DELLE PROPRIE RAGIONI

Analogie e differenze tra i delitti di estorsione e di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Il parere della giurisprudenza.

Ilaria Ferrara - Pubblicazione, sabato 16 settembre 2017
Redattore: **Saverio Setti**

Sommario: 1. Premessa - 2. Analogie - 3. Elementi distintivi e dibattito giurisprudenziale

1. Premessa

L'analisi della tematica e dell'annoso dibattito giurisprudenziale scaturisce dalla necessità di dirimere l'apparente concorso di norme che, talvolta, si configura tra la fattispecie dell'estorsione (art. 629 c.p.) e quella dell'**esercizio arbitrario delle proprie ragioni** con violenza alle persone (art. 393 c.p.). Per giungere all'individuazione dei criteri distintivi tra le due ipotesi criminose è necessaria una preventiva disamina sugli elementi comuni che caratterizzano entrambe le fattispecie di reato.

Il delitto di estorsione si configura qualora il soggetto agente "*mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno*". Integra la condotta di cui all'art. 393 c.p. chiunque, al fine di esercitare un preteso diritto "*e potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo usando violenza o minaccia alle persone*".

2. Analogie

Poste tali premesse, appare evidente che i primi tratti in comune delle due fattispecie sono la **violenza** e la **minaccia**. La fattispecie di cui all'art. 393 c.p. si configura con una portata plurioffensiva, di talché la condotta può risolversi con l'uso della violenza o minaccia sulle persone, ledendo, allo stesso tempo, due beni giuridici diversi. Infatti, il primo bene giuridico aggredito è quello dell'amministrazione della giustizia, cioè dell'interesse pubblico a garantire il processo; in secondo luogo assume rilevanza il bene giuridico privatistico attinente alla sfera del soggetto destinatario della violenza o della

minaccia.

Allo stesso modo, il delitto di estorsione si caratterizza per una condotta con portata plurioffensiva, infatti, oltre alla lesione dell'incolumità individuale, vi è la lesione o l'esposizione a pericolo del patrimonio, inteso quale bene giuridico.

Da ciò, è dato evincere che il momento di sovrapposizione tra le due fattispecie è quello che riguarda la condotta tipica di minaccia e di violenza. La dottrina prevalente si è orientata nel senso di far confluire in entrambi i reati le sole condotte violente che raggiungono il limite delle percosse, infatti, superato tale limite, la violenza sarà punita autonomamente, in base al singolo reato integrato in concreto, attraverso le regole che governano il concorso di reati o la continuazione. Per quanto riguarda, invece, la condotta della minaccia, nel caso dell'estorsione, sarà finalizzata all'ottenimento del profitto ingiusto con l'altrui danno, mentre qualora fosse orientata a costringere il soggetto passivo ad adempiere a una pretesa sentita come legittima dall'autore del reato (dunque, una pretesa giuridicamente azionabile), si configurerà il delitto di esercizio arbitrario ex art. 393 c.p.[\[1\]](#).

3. Elementi distintivi e dibattito giurisprudenziale

Stabiliti i caratteri comuni alle due fattispecie, la stessa dottrina si è soffermata a sottolinearne i **criteri distintivi**. Relativamente alla configurabilità del reato di "ragion fattasi", per l'aspetto relativo alla possibilità alternativa di azionare la giustizia e, quindi, di ricorrere al giudice, una prima tesi richiede l'azionabilità in concreto ovvero la possibilità concreta ed effettiva, data dall'ordinamento, di ricorrere al giudice (a prescindere dalla fondatezza o meno della pretesa); altro orientamento ritiene sia sufficiente l'azionabilità astratta ovvero la mera possibilità di fatto del ricorso alla giustizia, indipendentemente dalla sua ammissibilità, o anche la sola opinione dell'agente sull'esistenza del diritto.

Poste tali basi interpretative, la distinzione tra le due fattispecie appare **fondata sull'elemento soggettivo**. Infatti, la minaccia o la violenza commesse con il fine di esercitare la pretesa azionabile, anche, per via giurisdizionale (o nella convinzione errata dell'azionabilità) farebbe sorgere l'ipotesi del delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, al contrario, la convinzione dell'ingiustizia della pretesa vantata, dal soggetto agente, configurerrebbe il delitto ex art. 629 c.p.

Tuttavia anche la giurisprudenza, nel tempo e in alcune decisioni, ha valorizzato

fortemente l'elemento intenzionale, mentre in altri casi ha ritenuto che per la configurazione del reato della "ragion fattasi", sia necessario un rapporto di proporzionalità tra la condotta dell'agente e il diritto da questi vantato. Infatti, in base al primo orientamento, più recente, *"nel delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni la violenza e la minaccia non sono fini a sé stesse, ma sono strettamente connesse alla condotta dell'agente, diretta a far valere il preteso diritto, rispetto al cui conseguimento si pongono come elementi accidentali, per cui non possono mai consistere in manifestazioni sproporzionate e gratuite di violenza"*[2]; di talché nel momento in cui la violenza o la minaccia si manifestano in modo da andare oltre ogni ragionevole intento di far valere il proprio diritto, il profitto voluto conseguire dall'agente sarebbe qualificabile come ingiusto, integrando in questo modo il più grave delitto di estorsione.

Secondo altra interpretazione giurisprudenziale, risalente nel tempo, ma ritornata in auge recentemente e, dunque, ritenuta, dai più, preferibile, la Corte di Cassazione afferma che i due reati si distinguono solo e unicamente per l'elemento soggettivo: *"nell'estorsione l'agente mira a conseguire un ingiusto profitto con la coscienza che quanto pretende non gli è dovuto; nella ragion fattasi, invece, l'agente è animato dal fine di esercitare un preteso diritto nella ragionevole convinzione, anche errata, della sua esistenza pur se contestata o contestabile"*[3]. Inoltre vi è da sottolineare come il comma terzo dell'art. 393 c.p. preveda un'aggravante nel caso in cui la violenza o la minaccia sia commessa con l'uso di armi; ciò a dimostrazione del fatto che il legislatore ha inteso risolvere il problema di qualificazione dell'eventuale particolare intensità delle forme di coartazione della volontà altrui, prevedendo una specifica aggravante al reato della "ragion fattasi", invece che permettere la configurazione del più grave delitto di estorsione (si veda sentenza in nota 2).

Note e riferimenti bibliografici

[1] C. Baccaredda-Boy-S. Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in G. Marinucci-E. Dolcini, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2010.

[2] Cass. Pen. Sez. I, 23 settembre 2003, in CED 228156;

[3] Cass. Pen. Sez. II, 19 dicembre 2013, in n. 51433.

CASO CONTRADA: DEPOSITATE LE MOTIVAZIONI DELLA CASSAZIONE

Con una articolata motivazione, la Sezione I Penale della Suprema Corte ripercorre una vicenda giurisdizionale di indubbio rilievo per il sistema processual penalistico italiano.

La Redazione - Pubblicazione, giovedì 21 settembre 2017
Redattore: **Alessio Giaquinto**

La Corte di Cassazione, Sez. I Penale, ha depositato le motivazioni della sentenza n. 43112 (ud. 6 luglio 2017, dep. 20 settembre 2017), relativa al noto **caso Contrada**, già trattato su questa *Rivista* con vari approfondimenti tematici (a cura di [Stefano Perrotta](#), [Giuseppe Ferlisi](#) e [Stefania Tirella](#)).

La Corte ripercorre con chiarezza e dovizia di particolari la vicenda giurisdizionale che ha riguardato il tema del concorso esterno in associazione mafiosa, il divieto di retroattività *in malam partem* e il più ampio principio di legalità penale, consacrati (anche) nell'art. 7 CEDU, che vieta l'applicazione in via analogica di una norma penale incriminatrice a fatti anteriormente non punibili.

La sentenza, che si allega a questo articolo informativo per l'indubbio interesse in materia, ha, in definitiva, dichiarato "*ineseguibile e improduttiva di effetti penali la sentenza emessa [...]*".

DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE IN TEMA DI CIRCOLAZIONE STRADALE

Riflessioni giurisprudenziali sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, in particolare, in tema di circolazione stradale.

Riccardo Giuseppe Carlucci - Pubblicazione, giovedì 21 settembre 2017
Redattore: **Ilaria Ferrara**

Sommario: 1. Premessa; 2. Le varie forme del dolo; 3. Una particolare *species* di dolo: il dolo eventuale; 4. Il dolo eventuale e la colpa cosciente nella circolazione stradale; 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Il legislatore del 1930, nel delineare il quadro normativo del codice penale, ha ancorato espressamente la punibilità di un determinato soggetto, ad una struttura tripartita: *tipicità, antigiuridicità e colpevolezza*.

In particolare, tale ultimo elemento costituisce un principio cardine dell'intero sistema penale, affondando le sue radici all'interno della stessa Carta Costituzionale, precisamente nell'articolo 27, comma 1 secondo cui: *la responsabilità penale è personale*.

Tale enunciato assume una duplice veste: infatti mentre da un lato cristallizza un primo principio, facilmente individuabile *prima facie* (ossia dell'impossibilità di rispondere penalmente di un reato commesso da un altro soggetto), dall'altro, nel suo significato più pregnante, indica il principio della *responsabilità per fatto proprio colpevole*. Il legislatore, indi, ha espresso il principio secondo cui l'applicazione della norma incriminatrice presuppone pur sempre l'**attribuibilità psicologica** del singolo fatto di reato alla volontà antidoverosa del soggetto.

D'altronde il principio secondo cui è necessario un legame di natura psicologica tra l'autore e l'elemento materiale del reato, risulta ormai consacrato non solo all'interno del nostro ordinamento, ma anche a livello internazionale, primo fra tutti, dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo. Difatti, la Corte Edu, in varie pronunce, ha affermato come *«l'articolo 7 non menziona espressamente un legame morale fra l'elemento materiale del reato ed il presunto autore. Ciò nonostante, la logica della pena e della*

punizione così come la nozione di “guilty” (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di “personne coupable” (nella versione francese) sono nel senso di una interpretazione dell’articolo 7 che esiga, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell’autore materiale del reato»[\[1\]](#).

L’idea di colpevolezza, così delineata, implica il rifiuto della responsabilità per l’evento (c.d. responsabilità oggettiva), bandendo di fatto ogni forma di responsabilità per accadimenti dovuti al mero caso fortuito. D’altronde, il rimprovero di colpevolezza implica che si presupponga come esistente una *possibilità di agire diversamente* da parte del soggetto a cui il fatto è addebitato.

Indi, la **colpevolezza**, quale parametro di valutazione della relazione psicologica fatto-autore, non può non riflettere le differenze riscontrabili nelle diverse forme di partecipazione interiore al fatto: **dolo** (volontarietà del fatto) e **colpa** (involontarietà del fatto).

2. Le varie forme del dolo.

Indubbiamente, il **delitto doloso** costituisce il *modello fondamentale* di illecito penale, posto che il **dolo** rappresenta il *normale criterio di imputazione soggettiva*.

Tale affermazione trova riscontro normativo nell’articolo 42, comma 2 del codice penale, laddove si stabilisce che *“Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l’ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge”*. Tale norma palesa chiaramente l’intento del legislatore di configurare le singole fattispecie incriminatrici, presupponendo (e senza esplicitarlo di volta in volta) il **criterio soggettivo (dolo) di attribuzione della responsabilità**. Per quanto concerne gli altri criteri di attribuzione della responsabilità indicati all’interno della norma (colpa e preterintenzione), il legislatore li configura mediante un criterio negativo, ossia soltanto nei casi *espressamente previsti dalla legge*.

L’articolo 43, comma 1 del codice penale, stabilisce che un **delitto è doloso** *“quando l’evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell’azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l’esistenza del delitto, è dall’agente **preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione**”*.

Non soffermandosi sulla struttura del dolo e sul suo oggetto, che meriterebbero un' autonoma e ampia trattazione, ciò su cui ci si vuole soffermare in tale esposizione è rappresentato dalle varie forme del dolo, così come individuate nel corso del tempo dall'elaborazione dogmatica.

In particolare è definibile:

- **dolo intenzionale:** quando il soggetto ha di mira proprio la realizzazione della condotta criminosa o la causazione dell'evento;
- **dolo diretto:** si configura ogni qualvolta l'agente si rappresenta con certezza, gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, e si rende conto che la sua condotta sicuramente la integrerà. In tale ipotesi, a differenza del dolo intenzionale, la *realizzazione del reato* non è l'obiettivo che dà causa alla condotta, ma costituisce soltanto uno *strumento necessario* affinché l'agente realizzi lo scopo perseguito;
- **dolo alternativo:** si configura quando l'agente prevede, come conseguenza certa o possibile della sua azione, il verificarsi di due eventi, ma non sa quale si realizzerà in concreto.

Un'ulteriore distinzione diffusa prevalentemente nella prassi è tra:

- **dolo generico:** che corrisponde alla nozione tipica di dolo, ossia consiste nella coscienza e volontà di realizzare gli elementi costitutivi di un reato;
- **dolo specifico:** consiste, invece, in uno scopo o in una finalità particolare che l'agente deve prendere di mira, ma che non è necessario che si realizzi effettivamente affinché il reato si configuri.

Ultima distinzione è tra:

- **dolo di danno:** che consiste nella volontà di realizzare un fatto che provoca la completa lesione dell'interesse protetto;
- **dolo di pericolo:** che consiste nella volontà di provocare la semplice esposizione a pericolo del bene.

3. Una particolare *species* di dolo: il dolo eventuale.

Al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si è sviluppato negli ultimi anni, si colloca una particolare *species* di dolo, ossia il **dolo eventuale**.

In particolare le criticità di tale forma di dolo, sono riscontrabili nel suo collocarsi in una zona-limite con la *colpa cosciente*, che ai sensi dell'articolo 61 n. 3 del codice penale, comporta un **aggravamento di pena**.

Affinché trovi configurazione tale forma di dolo, è necessario che il *soggetto agisca senza il fine di commettere il reato*, configurandosi *a contrario* il dolo intenzionale. Il soggetto agente, piuttosto, in tale ipotesi, deve *rappresentarsi la commissione di un reato soltanto come conseguenza "possibile" di una condotta diretta ad altri scopi*.

Il **requisito minimo** del dolo eventuale, consiste nella necessità che l'agente preveda la *concreta possibilità di verificarsi di un evento lesivo*. Se ciò sia sufficiente ai fini della configurazione del dolo de quo, non è univoco in dottrina, essendovi al riguardo diverse teorie:

1. **teoria della possibilità:** secondo cui agisce già dolosamente chi *prevede la concreta possibilità di provocare la lesione di un bene giuridico* e, ciononostante, *agisce ugualmente*.
2. **teoria della probabilità:** che costituisce una variante della prima teoria, secondo cui occorre che l'agente si rappresenti non soltanto come *concretamente possibile*, ma come **probabile** la *verificazione dell'evento lesivo*.
3. **teoria del consenso:** secondo cui rileverebbe un *approvazione interiore della realizzazione dell'evento preveduto come possibile*.

A fronte di tali teorie, l'opinione prevalente si è orientata nell'acogliere la cd. **teoria dell'accettazione del rischio:** secondo cui, affinché il soggetto agisca a titolo di *dolo eventuale*, non basta la rappresentazione mentale della concreta possibilità di verificazione dell'evento, occorrendo un *quid pluris*. In particolare, è necessario che l'agente *faccia seriamente i conti con tale possibilità e, ciononostante, decida di agire anche a costo di provocare un evento criminoso*. Tale consapevole accettazione del rischio, in sede di valutazione penalistica, si avvicina alla vera e propria volizione del fatto. Nell'eventualità, invece, in cui il soggetto si rappresenti la *possibilità dell'evento lesivo*, ma confidi nella sua concreta non verificazione, si avrà **colpa cosciente**.

4. Il dolo eventuale e la colpa cosciente nella circolazione stradale.

La distinzione tra *dolo eventuale* e *colpa cosciente* costituisce, indubbiamente, un classico esempio scolastico del diritto penale generale. In particolare tale tematica è stata più volte affrontata dalla stessa Corte di Cassazione, che ha avuto modo di precisarne

limiti e contenuti delle rispettive nozioni, mediante una serie di pronunce sia in tema di eventi disastrosi (vedasi il processo Thyssengroup), sia in altri ambiti. In particolare, oggetto di interesse in tale contesto sono le numerose pronunce giurisprudenziali che hanno ricostruito la distinzione *de quo* in tema di **circolazione stradale**.

Tra le varie pronunce della Corte di Cassazione sul tema, assume particolare rilievo la sentenza n. 37606 del 26 marzo 2015, ove la Sezione I della Suprema Corte si è espressa su un caso di omicidio cagionato da un soggetto alla guida di una vettura e in evidente stato di ebbrezza.

In particolare, l'imputato è stato condannato all'esito di giudizio abbreviato, riconosciuto colpevole di tutti i reati ascrittigli e condannato alla pena di anni 12 di reclusione, con le pene accessorie di legge e le statuizioni circa il risarcimento del danno in favore delle parti civili. Avverso tale sentenza, l'imputato ha poi proposto appello contestando la qualificazione della condotta operata in prime cure, la ricostruzione dell'incidente, la quantificazione della pena e le modalità del suo calcolo, nonché la mancata concessione delle attenuanti generiche. Tuttavia, la Corte di assise di appello ha rigettato il gravame confermando ogni decisione di prime cure.

Pertanto l'imputato, assistito dal difensore di fiducia, ha presentato ricorso per cassazione, sviluppando quattro motivi di impugnazione.

Motivo principale sviluppato dalla difesa è stato l'errata qualificazione giuridica della condotta dell'imputato, sottolineando come la condotta dell'imputato fosse contraddistinta dalla volontà di evitare danni a terzi, integrando quindi nel caso di specie la condotta prevista e punita dall'articolo 589 c.p. e non quella di omicidio volontario.

Tale motivo di gravame ha consentito alla Suprema Corte, anzitutto, di ricostruire la nozione di **dolo eventuale** nei seguenti termini: «*si contrappone tradizionalmente al dolo alternativo (e diretto) il dolo eventuale, figura questa di giurisprudenziale conio, che si individua, secondo tralaticia definizione, quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità dell'evento più grave, non avrebbe agito diversamente anche se di esso avesse avuto la certezza (cfr. Sez. un., n. 12433 del 26/11/2009, Nocera, Rv. 246324) e dell'evento non voluto ha, comunque, accettato il rischio che si verificasse.*» Indi, la Corte ha precisato come la linea di demarcazione tra **dolo eventuale** e **colpa cosciente**, secondo costante insegnamento, è individuata nel **diverso atteggiamento psicologico dell'agente** che, nel primo caso, accetta il rischio che si realizzi un evento diverso non

direttamente voluto, mentre nella seconda ipotesi, nonostante l'identità di prospettazione, respinge il rischio, confidando nella propria capacità di controllare l'azione.

Pertanto, da una parte sussiste l'*accettazione del rischio dell'evento* causato dalla condotta che riporta la condotta al dolo eventuale, dall'altra invece la *ragionevole speranza* che l'evento rappresentatosi all'agente non si verifichi, caratterizzante la colpa con previsione.

Premesso ciò, la Prima Sezione della Corte ha proseguito il suo iter logico-giuridico riferendosi ad una precedente sentenza delle Sezioni Unite (n. 33343 del 24/04/2014), che pur costituendo un arresto chiarificatore in tema di distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, proprio al fine della sua distinzione dalla colpa cosciente, ha fornito, sul piano probatorio, ***l'indicazione degli elementi sintomatici del dolo eventuale*** affermando: "*in tema di elemento soggettivo del reato, per la configurabilità del dolo eventuale, anche ai fini della distinzione rispetto alla colpa cosciente, occorre la rigorosa dimostrazione che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificata nella fattispecie concreta aderendo psicologicamente ad essa e a tal fine l'indagine giudiziaria, volta a ricostruire l'iter e l'esito del processo decisionale, può fondarsi su una serie di indicatori quali:*

- a) *la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa;*
- b) *la personalità e le pregresse esperienze dell'agente;*
- c) *la durata e la ripetizione dell'azione;*
- d) *il comportamento successivo al fatto;*
- e) *il fine della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali;*
- f) *la probabilità di verificazione dell'evento;*
- g) *le conseguenze negative anche per l'autore in caso di sua verificazione;*
- h) *il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione nonché la possibilità di ritenere, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento (cosiddetta prima formula di Frank)".*

Tra le varie altre pronunce sulla distinzione tra ***dolo eventuale*** e ***colpa cosciente*** in tema di circolazione stradale, rileva anche la pronuncia della Suprema Corte, con la sentenza n. 20465/13, secondo cui «*il dolo eventuale si deve riconoscere laddove l'agente pone in essere la sua condotta delittuosa a costo di causare un ulteriore evento criminoso anche più grave dell'evento principale e, quindi, si tratta di accertare se egli lo ha accettato. Il*

dolo vuole l'evento (quel determinato evento) e così lo vuole il dolo eventuale. La colpa cosciente non vuole l'evento, ma lo provoca per negligenza o imprudenza o imperizia ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline», rilevando come in occasione di un sinistro stradale con esito mortale, l'alterazione psicofisica del responsabile dovuta all'assunzione di sostanze stupefacenti non vale a trasformare la colpa cosciente in dolo eventuale.

In un ulteriore caso, la Sezione IV della Suprema Corte con la sentenza n. 7389/14, ha affermato come *«ricorre il dolo eventuale quando chi agisce si rappresenta come seriamente possibile (ma non come certa) l'esistenza di presupposti della condotta ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare all'azione e ai vantaggi che se ne ripromette, accetta che il fatto possa verificarsi, decidendo di agire "costi quel che costi", mettendo cioè in conto la realizzazione del fatto»* (nel caso di specie durante un ordinario servizio di vigilanza stradale era stato predisposto un primo luogo di controllo e gli Ufficiali di P.G. operanti nella circostanza avevano intimato inutilmente ad un ciclomotore, con due giovani a bordo, di arrestarsi, sicché questi avevano cambiato strada sottraendosi al controllo. Sicché gli Operanti avevano predisposto un secondo blocco stradale e lo stesso ciclomotore investì un'agente di polizia, al fine di sfuggire anche al secondo controllo. In tale caso i giudici di merito hanno condannato l'imputato per lesioni dolose - dolo eventuale - e la condanna è stata confermata dalla Cassazione, secondo la quale integra l'elemento psicologico del delitto di lesioni volontarie anche il dolo eventuale, ossia la mera accettazione del rischio che la manomissione fisica della persona altrui possa determinare effetti lesivi).

5. Conclusioni.

La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente solleva molti dubbi in dottrina e giurisprudenza. Si tratta, certamente, di un tema particolarmente importante, che possiede numerose problematiche intrinseche. Ne è un esempio la sentenza n. 33343 del 24/04/2014 delle Sezioni Unite della Suprema Corte che, nell'andare ad elaborare gli elementi sintomatici del dolo eventuale, rende palese la difficoltà, nella ricostruzione dell'elemento soggettivo nel caso di specie incontrata dai giudici di merito.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Corte EDU, *caso Sud-Fondi e altri c. Italia*, 20 gennaio 2009.

D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2011.

G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale- parte generale*, Bologna, 2010.

ANÁLISE DA ESPÉCIE DE OBRIGAÇÃO NA REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS, SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ITALIANA.

O tema do dano ambiental e a sua trajetória na legislação brasileira e italiana.

Irene Coppola - Pubblicazione, venerdì 22 settembre 2017
Redattore: Salvatore Aromando

Sandra Regina Remondi Introcaso Paschoal[1]

Irene Coppola[2] (Parágrafos 1, 3,4,5,6)

Introdução

O art. 225 da Constituição Federal brasileira estabelece o Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, também denominado como Princípio do Desenvolvimento Sustentável, isto, possível com a busca efetiva da reparação do dano ambiental.

O problema que estamos vivenciando, caracterizado por alterações climáticas significativas (tsunami, falta de água, furacões e outras intempéries), exige que a sociedade tome medidas que não só garantam a preservação dos recursos naturais existentes, mas permitam a recuperação ambiental dos danos já causados.

Assim, se justifica a necessidade da análise do sistema jurídico vigente para garantir uma efetiva reparação dos danos ambientais e tratar a obrigação da reparação destes danos de uma forma diferenciada, mais abrangente do que é normalmente adotada no Direito Civil.

Antes de se debater a espécie de obrigação na reparação dos danos ambientais, analisar-se-á o que é uma obrigação *propter rem*.

1) Obrigações Propterrem

Segundo VENOSA[3]“ ...as obrigações reais ou *propter rem*, também conhecidas como *ob rem*, são as que estão a cargo de um sujeito, à medida que este é proprietário de uma

coisa ou titular de um direito real de uso e gozo dela.” Nesta situação, a obrigação é do sujeito, pelo fato de ele ser o proprietário ou possuidor do bem e qualquer pessoa que se torne o proprietário ou possuidor, assumirá a obrigação, ainda que não saiba de sua existência.

A própria terminologia latina já define: *propter* significa “em razão de” e *rem* significa “coisa”, “bem”. Assim, a obrigação *propter rem* é uma obrigação vinculada à coisa. É um acessório de um direito real.

Pode-se destacar as particularidades da obrigação *propter rem*, que é uma obrigação *sui generis*:

- a. A obrigação, como está ligada ao bem, não pode existir fora das relações de direito real.
- b. Sendo acessória de um direito real, nasce e se transmite com este direito.

É importante também analisar a distinção entre o ônus real e a obrigação *propter rem*. O ônus significa gravame, um peso que incide sobre um sujeito ou um bem.

Define VENOSA^[4]:

O ônus real, em apertada síntese, é um de gravame que recai sobre uma coisa, restringindo o direito do titular de um direito real. Nesse diapasão, o ônus distingue-se do dever porque, neste, que é próprio da obrigação, está presente a característica da coercibilidade que, enquanto tal, não existe no ônus.

Assim, quando existe um ônus real, o titular do direito só poderá exercê-lo se suportar o ônus, que tem um valor definido. No caso da obrigação *propter rem*, quem tem o dever e cumpri-lo, responde com seu patrimônio, sem limite, embora possa acionar o antecessor para se ressarcir do prejuízo.

São exemplos de obrigações *propter rem* as decorrentes da comunhão ou copropriedade (ex. obrigação dos condôminos em pagar, na proporção de sua parte, as despesas de conservação do bem), do direito de vizinhança (ex. obrigação dos proprietários confrontantes em procederem conjuntamente a demarcação entre dois prédios e renovar marcos destruídos), da servidão (ex. na servidão, o dono do prédio serviente consiste em não poder proibir o uso legítimo da servidão).

Passa-se a analisar, no caso de dano ambiental, se o sucessor, na propriedade de uma

área que foi desmatada ilegalmente, está obrigado a reflorestá-la, ainda que não tenha participado ao desmatamento ou dela, tivesse conhecimento ao adquirir o bem.

2) A espécie de obrigação do adquirente de um imóvel, na recuperação de área degradada anterior a compra.

Como a vida do planeta e conseqüentemente a nossa sobrevivência está em contagem regressiva, se o homem não mudar seu comportamento socioeconômico com relação ao meio ambiente, visto que os bens ambientais não são inesgotáveis como outrora se pensava, há necessidade de se entender a preservação do meio ambiente sadio como um interesse coletivo *lato sensu* (interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos - Lei 8078/90, art. 81, parágrafo único) e a intervenção do Estado nesta seara é imprescindível.

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues^[5], a partir da Lei 6.938/81, tem-se uma nova fase do Direito Ambiental. Adotou-se um novo paradigma ético em relação ao meio ambiente. Mudou-se a visão holística de meio ambiente, colocando o ser humano como parte integrante do mesmo. O meio ambiente passou a ser considerado como objeto autônomo de tutela jurídica, permitindo que os bens e componentes ambientais fossem protegidos, independentemente dos benefícios imediatos que poderiam trazer ao homem.

A Constituição Federal brasileira de 1988 elevou a tutela do meio ambiente à categoria de direito protegido constitucionalmente. O art. 225 estabelece que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, portanto, o equilíbrio ecológico passou a ser um bem jurídico constitucionalmente protegido.

Qualquer dano ambiental agride o equilíbrio ecológico e sua reparação é obrigatória porque muitas vezes causa desequilíbrio a diversos ecossistemas.

O art. 225 da CF/88 ainda impõe como obrigação não só a do Poder Público, mas de toda a coletividade, a defesa e preservação do meio ambiente sadio.

Entre os princípios do Direito Ambiental que estão diretamente relacionados ao tema destaca-se:

a. Princípio do Desenvolvimento Sustentável

A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento conceitua o desenvolvimento sustentável como “*o desenvolvimento que procura satisfazer as*

necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas próprias necessidades”.

Este conceito abarca uma solidariedade intergeracional, ou seja, a geração atual tem a obrigação de conservar os bens ambientais existentes no planeta, para que as gerações futuras possam também usufruir desses bens. Portanto, o desenvolvimento deve ser sustentável.

Este princípio apresenta-se em diversos instrumentos destinados à tutela ambiental, tais como: a obrigação de recuperar a área degradada do proprietário do imóvel, independentemente de ele ter sido o causador do dano e a exigência de um estudo prévio de impacto ambiental para toda atividade impactante do meio ambiente.

b. Princípio do Poluidor/Usuário-Pagador

A função ambiental de um bem precisa ser preservada. Se os bens ambientais são de uso comum do povo, a sua utilização deve estar sempre de acordo com os interesses da sociedade.

Ao se fazer o uso econômico do bem ambiental, o usuário deve ser responsável pela prevenção, controle e compensação do eventual dano ambiental resultante da atividade econômica desenvolvida.

Para RODRIGUES[6], o Princípio do Poluidor/Usuário-Pagador engloba os subprincípios: Prevenção, Prevenção, Função socioambiental da propriedade privada, Usuário-Pagador e da Responsabilidade ambiental.

A regra tradicional de que *“o proprietário é livre para usar, gozar e dispor de seus bens da maneira que bem entender, salvo restrições legais”* é válida no Estado Liberal, porém, atualmente, o Brasil é um Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal brasileira de 1988 garante no art. 5º, inciso XXII, o direito de propriedade, mas no inciso XXIII, diz que *“a propriedade atenderá a sua função social”*.

Assim, além da propriedade em atender aos interesses de seu proprietário, deve atender também os interesses de toda a sociedade e, portanto, o proprietário é obrigado a manter o equilíbrio ecológico (função socioambiental da propriedade privada).

O art. 1228 em seu § 1º do Código Civil brasileiro prevê:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O fato de uma pessoa ser proprietária de uma certa área não lhe dá o direito de usar e dispor da forma que quiser, dos recursos naturais e das áreas de Preservação Permanente onde estão presentes fauna e flora regionais, porque isto pode comprometer o equilíbrio ecológico que é um direito de todos, inclusive das gerações futuras.

Para Marcelo Rodrigues^[7], pior do que um dano ambiental é um dano ambiental que não foi revertido, corrigido ou compensado, posto que a partir desta inércia é que novos danos virão, sempre mais graves e “mais irreversíveis” (desculpe-nos a linguagem), tendo em vista a cumulação de efeitos negativos sobre o meio ambiente lesado.

A Lei 6.938-81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente nos incisos do Art. 3º define como:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

[...]

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Assim, tem-se que a Lei classifica como poluidor, mesmo aquele que é responsável indireto pela degradação ao ambiental.

Na responsabilização por dano ambiental, o objetivo primordial é a recuperação do bem lesado no local onde ocorreu a agressão do meio ambiente, tentando restaurá-lo como estava antes da ocorrência do dano, quando possível.

A restauração *in natura* torna efetiva a proteção e preservação ambiental natural.

Existe dano ambiental quando há lesão ao equilíbrio ecológico. Como o meio ambiente é um bem jurídico autônomo, imaterial, difuso, de uso comum de todos, a lesão que o atinge também será uma lesão difusa e indivisível cuja reparação será *erga omnes*[8]

Estabelece o art.14, § 1º, da Lei 6.938-81, “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.....”

Portanto, a obrigação é objetiva, não há necessidade da existência de culpa, do ato ser ilícito e até mesmo o nexa causal pode ser dispensado. Exige-se apenas a constatação do prejuízo ao meio ambiente, que é um bem difuso, pertencente a toda a coletividade.

Dos art. 3º, inciso IV e art. 14,§ 1º, ambos da Lei 6.938/81, conclui-se que a responsabilidade na obrigação de recuperar a área danificada é objetiva e solidária.

O adquirente de imóvel já degradado é obrigado a recuperar a área porque, independentemente de ter sido ele ou o proprietário anterior quem causou os danos, imputar-se-á ao novo proprietário a responsabilidade de recuperar a área danificada, cabendo a ele a possibilidade de ingressar com uma ação regressiva, contra o verdadeiro causador do dano, para se ressarcir do prejuízo econômico.

Nos Superiores Tribunais de Justiça há inúmeras decisões responsabilizando o adquirente de área degradada.

Ementa: Processual Civil E Ambiental Ação Civil Pública Dano Ambiental Construção De Hidrelétrica Responsabilidade Objetiva E Solidária Arts. 3º,Inc. Iv, E 14, § 1º, Da Lei 6.398/1981 Irretroatividade Da Lei Prequestionamento Ausente: Súmula 282/Stf Prescrição Deficiência Na Fundamentação: Súmula 284/Stf Inadmissibilidade. Recurso Especial 1056540 Go 2008/0102625-1. Decisão De 22.Set.2009

Ementa: Apelação Cível. Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Legitimidade Passiva. Novo Proprietário. Legitimidade Passiva. Antigo Proprietário. Responsabilidade Solidária. Responsabilidade Objetiva. Nexa De Causalidade. Prescrição. Prazo Fixado Para Reparação Do Dano. [Agravo De Instrumento: Ai 00256214820138260000 Sp 0025621-48.2013.8.26.0000](#). Publicada Em 18.Jul.2013.

Ementa: Apelação Cível. Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Legitimidade Passiva.

Novo Proprietário. Legitimidade Passiva. Antigo Proprietário. Responsabilidade solidária. Responsabilidade Objetiva. Nexo De Causalidade. Prescrição. Prazo Fixado Para Reparação Do Dano. Agravo De Instrumento Nº: 2195802-14.2014-Stj Sp. Publicado Em 18.Jun.2015

3) A tutela dos bens comuns: ambiente e saúde, direitos fundamentais do ser humano.

O dano ambiental representa um dos temas mais urgentes do nosso tempo. A exigência de "reparar" os equilíbrios do sistema de vida é por si própria uma expressão de direito à saúde mundial. O ambiente é um direito à saúde.

A interdependência ^[9] entre saúde, ambiente e desenvolvimento foi reconhecida a nível mundial há não muito tempo.

Esta tríade tornou-se objeto de muita atenção nos foros políticos internacionais nas grandes conferências organizadas sob o controle das Nações Unidas.

O Vértice mundial sobre o ambiente e o desenvolvimento ocorrido no Rio de Janeiro em 1992, conhecido também como ECO-92, relacionou, pela primeira vez, os problemas ambientais e sanitários com a sustentabilidade do desenvolvimento.

Os documentos finais da conferência, a Declaração do Rio e a Agenda 21, ^[10] reconhecem a importância de investir no melhoramento da saúde das pessoas e de seu ambiente como pré-condição do desenvolvimento.

A Declaração afirma que – os seres humanos estão no centro das preocupações para o desenvolvimento sustentável. Estes têm direito a uma vida sã e mais produtiva em harmonia com a natureza. A importância do ambiente natural torna-se ainda mais evidente onde se prevê que o direito ao desenvolvimento – deve ser realizado de modo a satisfazer igualmente as exigências ambientais das gerações presentes e futuras (princípio 3) e que a proteção ao ambiente – deveria ser parte do processo de desenvolvimento (princípio 4).

O Capítulo 6 da Agenda 21, dedicado à promoção e tutela da saúde, ilustra, em termos ainda mais eficazes, como os problemas relativos à saúde, ao ambiente e ao desenvolvimento se cruzam, evidenciando a relação de causa e efeito entre desenvolvimento insuficiente e pobreza, consumos excessivos e poluição, degradação

ambiental e problemas de saúde.

À luz destas considerações, o dano ambiental é causado por toda lesão significativa e mensurável, direta ou indireta, de todo recurso natural necessário para a vida de todos os seres vivos.

4) A natureza jurídica da obrigação a respeito do ambiente, considerada *obrigação real ou propter rem*.

É interessante refletir acerca da rubrica particular da obrigação a respeito do ambiente, dever atípico e de conteúdo variado a ser determinado, toda vez, em razão das exigências concretas da intervenção.

A sanção do dano ambiental determina a configuração implícita de uma obrigação que tem como objeto a prestação voltada ao respeito e ao restabelecimento do equilíbrio lesado.

A natureza jurídica desta obrigação é objeto de atenção particular nos últimos tempos (na Itália segundo a lei de 2013, n.97), sobretudo quando tornou-se mais estreito o problema ambiental e a ligação com o direito fundamental à saúde de todos os seres vivos.

E, na verdade, parece não ser possível configurar uma obrigação a respeito do ambiente sem envolver a figura – tão controversa e discutida – da obrigação real (ou *propter rem*).

A obrigação *propter rem* pesa sobre quem se encontra em correlação com um bem real (proprietário titular de outro direito real ou possessor) [11].

Trata-se de uma verdadeira e própria obrigação, submetida ao regime das obrigações em geral, ainda que com as peculiaridades que a diferenciam.

É uma obrigação atípica [12] (ainda que esta conclusão seja objeto de várias disputas em doutrina e em jurisprudência); a obrigação *propter rem* é chamada também de obrigação real ou ambulatória, pois o devedor da prestação muda em razão da circulação do bem.

Na transferência do bem, encerra-se uma espécie de superestrutura ou apêndice jurídico, que é a obrigação real ligada indissolúvelmente à propriedade, ao bem imóvel, *alla res*.

Este vínculo entre obrigação e bem, mais que um aumento ou peso, representa uma

relação de complementaridade jurídica entre a *res* e a prestação que a segue e o caracteriza, através de um comportamento a fim de preservar bem e ambiente.

5) Uma breve reflexão sobre o dano ambiental, entendido como dano a um bem comum e a nova normativa de 6 de agosto de 2013 n. 97.

O ambiente é um bem comum, um bem difundido e pertencente a todos que, indistintamente, tem a obrigação de observar e tutelar seu equilíbrio.

Entre os princípios fundamentais que aparecem como tema de dano ambiental se evidenciam:

1. o princípio de desenvolvimento sustentável, no sentido que toda forma de progresso e de evolução tecnológica e civil não pode lesar o ambiente;
2. o princípio ressarcitório, pois quem danifica é obrigado a ressarcir;
3. o princípio de prevenção do dano ambiental, regra rigorosa para evitar o dever de reparar quando é mais que devido e possível prevenir;
4. o princípio da responsabilidade objetiva que prescinde da inspeção da culpa;

Um verdadeiro mecanismo de prevenção de tutela ambiental, previsto pela Carta Constitucional Italiana, é sancionado no artigo 42^[13].

A função social da propriedade impõe a todos os proprietários (o primeiro, o segundo, o terceiro...) utilizar o bem em modo cômputo, em função dos interesses de todos os consociados, que constituem o social, e de reparar os danos que foram causados *também por outros*.

Os terrenos italianos frequentemente são afetados por abandono de resíduos e de esgotos tóxicos que danificam as culturas saudáveis e, assim, a saúde dos cidadãos.

Quem quer que seja o proprietário do imóvel, prescindir da verificação do aspecto subjetivo, tem a obrigação de bonificar o terreno e de restituir o equilíbrio natural prejudicado por intervenções poluentes.

O proprietário, o possessor ou quem se encontre em uma relação real com a propriedade, por posição e por responsabilidade objetiva, deve prover ao equilíbrio ambiental para o bem primário e prevalente da saúde pública derivante do respeito ao ambiente saudável.

A terra é bem comum na sua utilização social e o ambiente também: todos têm o dever

de contribuir à manutenção sadia deste precioso e insubstituível recurso.

O dano ambiental é muito mais que um dano; é a quebra de um mecanismo vital para os seres humanos; este deve ser punido com a "reparação" da engrenagem quebrada.

É culpado de dano ambiental quem realiza uma ação lesante, mas também quem não faz nada para remedia-la.

Também na Itália, de fato, a lei de 06 de agosto de 2013 n. 97 (dita lei europeia) modifica profundamente a disciplina sobre o dano ambiental, introduzindo a responsabilidade de tipo objetivo para os danos causados.

O art.25 da supracitada lei europeia contém a previsão da responsabilidade objetiva (em mudança do art. 311 do Decreto Legislativo de 2006 n. 152) e a eliminação da organização italiana da equiparação – censurada pela Comissão da União Europeia – entre ressarcimento por equivalência (em dinheiro) e reparação do dano que, pelo contrário, deve ser sempre efetuada.

Somente neste modo se poderá criar um sistema de corresponsabilidade em cadeia, para a conquista do bem-estar social derivante de um sistema saudável.

6) Conclusão

O art. 225 da Constituição Federal brasileira de 1988 determina como legitimados passivos pelos danos causados ao meio ambiente o Poder Público e a coletividade. Assim todos aqueles que direta ou indiretamente tenham contribuído para a ocorrência do dano são solidariamente responsáveis. Estabelece ainda que essa responsabilidade é objetiva, independentemente de culpa, bem como se o ato é lícito ou não.

A interpretação do art. 3º, IV c/c art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, garante que a obrigação de reparar o dano ambiental é objetiva e solidária. Assim, a obrigação é do novo proprietário do imóvel que foi degradado e também do antigo proprietário, real causador do dano, ainda que tenha alienado tal imóvel.

Do exposto, tem-se que em decorrência da importância da reparação do dano ambiental, a obrigação transfere-se ao adquirente do imóvel danificado sendo, portanto, uma obrigação *propter rem*, possuindo caráter acessório à atividade ou propriedade em que ocorreu a poluição ou degradação. Isto é necessário para se preservar o equilíbrio ambiental, porque se assim não fosse, grande parte dos danos, não seriam recuperados,

sob a alegação de não ter sido ele, proprietário atual, o causador do dano.

Diante da necessidade de se garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, deve-se lutar pela recuperação ambiental efetiva. Nesse sentido, a responsabilização objetiva que surge a partir da existência de um dano ambiental e a característica da obrigação de recuperação como obrigação *propter rem* tornam-se primordiais para esta conquista

O primeiro direito humano, único, fundamental, inalienável, irrenunciável, é o direito a viver em um ambiente sadio e compatível com o desenvolvimento sustentável.

[1] Professora da UNIFENAS-Alfenas-Minas Gerais-Brasil, mestre em Direito Empresarial pela UNIFRAN- Franca-SP (Brasil), doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA-Buenos Aires (Argentina) e pesquisadora acreditada do Observatorio sobre Derechos Humanos, Bioética, Salud, Medio Ambiente- Salerno (Itália).

[2] Professore a contratto.

[3] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral do Contratos. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014, v.2, p.37

[4] VENOSA, Sílvio de Salvo. op.cit. p.42

[5] RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito Ambiental Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013

[6] RODRIGUES, Marcelo Abelha. op.cit.

[7] RODRIGUES, Marcelo Abelha. op.cit. p.331

[8] RODRIGUES, Marcelo Abelha. op.cit.

[9] S. Negri em Saúde, Ambiente e Desenvolvimento Sustentável em Direitos Humanos, bioética, ambiente e saúde. Editorial UMSA Universidad Buenos Aires, 2015, pp. 215.

[10] Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento. 14 de junho de 1992. UN Doc. A/CONF 151/26 (Vol.1), 12 de agosto de 1992, anexo I.

Agenda 21, 14 de junho de 1992, U.N. Doc. A/CONF. 151/26 (Vol. 1), 12 de agosto de 1992, anexo II.

[11] Ver A. FUSARO, Item Obrigação *propter rem* em Digesto das Disciplinas Privatísticas (seção civil), Turim, 2002, pp. 391-394.

[12] L. BIGLIAZZI-GERI, em Responsabilidades reais *propter rem* em Tratado Cicu e Messineo, Milão 1984, pp. 63 e ss.

[13] A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, a entidades ou privados.

A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina seu modo de aquisição, de gozo e os limites com a finalidade de assegurar-lhes a função social e de torná-la acessível a todos. A propriedade privada pode ser, nos casos previstos pela lei, e salvo ressarcimento, expropriada por motivos de interesse geral.

A lei estabelece as normas e os limites da sucessão legítima e testamentária e os direitos do Estado sobre as heranças.

PIOGGIA DI AVVISI BONARI E DI AVVISI DI ADDEBITO DA PARTE DELL'INPS: PARTE LA BATTAGLIA DEGLI AVVOCATI

L'INPS sta inviando in queste settimane una serie di avvisi bonari e di avvisi di addebito per il mancato pagamento dei contributi dovuti alla gestione separata INPS commercianti, artigiani e lavoratori autonomi professionisti senza cassa. Il periodo oggetto di verifica è il 2011. Ciò ha dato vita alla battaglia di classe degli avvocati.

Emmanuel Luciano - Pubblicazione, mercoledì 27 settembre 2017
Redattore: **Giovanni Sicignano**

La serie di avvisi di addebito e di avvisi bonari notificati dall'INPS ha dato vita ad una *querelle* tra avvocati e lo stesso ente previdenziale, che continua ad inviare atti per il pagamento dei contributi relativi all'anno 2011. Cosa si può fare per evitare il pagamento?

I rimedi sono differenti a seconda del tipo di avviso inviato dall'INPS.

Più precisamente:

A) nel caso in cui l'INPS abbia inviato un avviso di addebito (ossia la "vecchia" cartella esattoriale), il rimedio è rappresentato dal ricorso in opposizione ad avviso di addebito, costituito da un ricorso da presentare in Tribunale (Sezione Lavoro), entro termini molto ristretti, decorrenti dalla data della ricezione dell'avviso di addebito stesso (entro 40 giorni dall'avvenuta notifica);

B) nel distinto caso in cui l'INPS abbia manifestato le proprie pretese per mezzo dell'avviso bonario, la contestazione dello stesso deve avvenire, secondo le modalità previste dalla legge per tale tipo di avviso (L. n. 88/1989), cioè mediante la proposizione di un ricorso in via amministrativa avverso l'avviso stesso, ossia una forma di impugnativa da inoltrare ad un apposito e determinato Comitato, istituito nell'ambito dell'INPS, competente a definirlo (come previsto dalla L. n. 88/1989), con gli effetti previsti per tale rimedio.

Il ricorso in via amministrativa deve essere proposto, nelle forme previste attualmente dalla legge (ossia chiedendo il PIN all'INPS), nel termine di 90 giorni dalla ricezione dell'avviso bonario, ed avere una specifica impostazione, nonché determinate

conclusioni.

L'INPS ha a disposizione 90 giorni per decidere tale ricorso.

Qualora, entro il suddetto termine, non intervenga alcuna decisione dell'Ente previdenziale, il ricorso in via amministrativa si intende respinto per silenzio/rigetto. In tal caso, pertanto, è necessario spiegare ricorso innanzi al Tribunale, in quanto, in caso contrario, l'INPS procederà nei confronti dell'avvocato cui ha inviato l'avviso bonario, emettendo e notificandogli l'avviso di addebito (ex cartella esattoriale), che, come sopra affermato, ha efficacia esecutiva.

Ma su quali punti è possibile articolare il ricorso? Gli avvocati, tra cui il sottoscritto, hanno studiato la materia ed hanno individuato diversi *vulnus* nel comportamento dell'INPS. Anzi, la battaglia ha coinvolto diverse testate giornalistiche e molti professionisti che manifestano il loro dissenso alle pratiche dell'INPS su tutti i *social network*.

In questa sede, si può anticipare che i principali motivi di ricorso si basano sull'insussistenza dei motivi per l'iscrizione alla gestione separata, a causa della valenza del contributo integrativo (pagato dall'avvocato alla Cassa forense) ai fini previdenziali; sulla incostituzionalità della pretesa dell'INPS per contrasto con gli artt. 36 e 38 della Costituzione, sul difetto di legittimazione passiva dell'inps, sull'intervenuta prescrizione dell'INPS del diritto di chiedere le somme, sull'illegittimità della proporzione delle sanzioni applicate; sulla carenza dei presupposti di legge per l'emanazione dell'atto amministrativo per violazione della Legge 241/1990; sul difetto di motivazione ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

La principale eccezione mossa dai ricorrenti è quella relativa alla prescrizione che si basa sul fatto che il *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione quinquennale dei contributi previdenziali per tutti gli iscritti alla Gestione Separata Inps va individuato nella scadenza prevista per il loro versamento coincidente con il termine previsto per il saldo delle imposte dovute, vale a dire il 16 giugno, secondo quanto disposto dall'art. 17 del DPR 7 dicembre 2001 n. 435 (modificato dal D.L. 223/06, convertito in Legge 4 agosto 2006). Essendo gli avvisi inviati a settembre del quinto anno successivo, il diritto dell'Inps a riscuotere le somme indicate nell'avviso deve ritenersi prescritto.

A nulla possono rilevare le obiezioni dell'Ente, secondo il quale la prescrizione dovrebbe decorrere dalla data in cui l'Inps è stato posto in condizione dal contribuente di esercitare il proprio diritto a richiedere la contribuzione dovuta alla gestione Separata. Invero

l'obbligo del versamento contributivo discende direttamente dalle citate disposizioni normative e non dalla presentazione della dichiarazione fiscale (sent. Tribunale Bologna 19.06.2012). In altri termini, l'esigibilità del credito previdenziale non è condizionata dalla presentazione della dichiarazione fiscale, né dalla veridicità del suo contenuto, ma dipende dal verificarsi delle condizioni previste dalla normativa di riferimento; con la conseguenza che l'inadempimento del contribuente decorre dalla data, stabilita dalla legge, nella quale il pagamento avrebbe dovuto essere compiuto. L'eventuale non conoscenza dei dati reddituali del contribuente da parte dell'Inps non integra un'impossibilità giuridica alla riscossione dei contributi, in quanto l'Ente è sempre nella condizione di richiedere la denuncia dei redditi al soggetto interessato o all'amministrazione finanziaria.

Alla tesi difensiva dell'Inps si è da sempre opposta la Giurisprudenza di legittimità (ex plurimis Cass. 4389/99; Cass. 7878/98; Cass. 1296/98) secondo cui l'Ente di previdenza può in ogni caso accertare i redditi del contribuente o mediante propri funzionari o richiedendo copia della denuncia direttamente all'Amministrazione competente.

Peraltro, nel 2005, lo stesso Inps ha emanato la circolare nr. 69, mediante la quale si è adeguato al consolidato orientamento giurisprudenziale. Nella circolare è stabilito a chiare lettere che *“il termine prescrizione decorre dal giorno in cui i contributi in argomento dovevano essere corrisposti secondo la normativa vigente e, quindi, dal giorno in cui doveva essere versato il saldo risultante dalla dichiarazione dei redditi dell'anno di riferimento”*.

Tale “presa di coscienza” avveniva anche alla luce del parere reso dalla **dott.ssa Rosa Francaviglia, magistrato della Corte dei Conti**, la quale, interpellata dallo stesso Ente, così deduceva: *“La giurisprudenza di merito ha ravvisato l'infondatezza di tali assunti dell' Inps stante che ben può l' Ente chiedere la denuncia dei redditi agli interessati od alla P.A. finanziaria direttamente. Perciò, la Circolare n° 69/2005 non fa altro che prendere atto di detto orientamento stante l'esistenza di contenzioso in materia che ha comportato un ingente dispendio di pubblico denaro a titolo di spese legali... Conclusivamente, quindi, il termine prescrizione per i contributi dovuti sulla quota di reddito eccedente il minimale imponibile decorre dal giorno in cui tali contributi vanno versati secondo la vigente normativa ossia dal giorno in cui va corrisposto il saldo risultante dalla dichiarazione dei redditi dell' anno di riferimento. In quest' ottica, si procede allo sgravio della contribuzione iscritta a ruolo con annullamento della*

imposizione ancora risultante in via amministrativa.”

Ed ancora, “*Recitano i commi 9 e 10 dell’art. 3 della L. 8 agosto 1995, n. 335 ... ‘le contribuzioni di previdenza ed assistenza sociale obbligatoria si prescrivono... in cinque anni...’ La Suprema Corte, interpretando la norma in questione ha rilevato che ‘in materia di prescrizione del diritto degli enti previdenziali ai contributi dovuti dai lavoratori..., l’art.3, comma 9... stabilisce tra l’altro che la prescrizione diviene quinquennale a partire dal 1° gennaio 1996 anche per i crediti maturati e scaduti in precedenza...’* (ex multiis: Tribunale di Bari, sez. Lavoro, Giudice dott.sa Assunta Napoliello, sent. del 28.01.2015).

La contestazione sulle sanzioni si basa, invece, sul fatto che l’art. 116, comma 8, lett. b), della Legge n. 388/2000 dispone: “*In caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, cioè nel caso in cui il datore di lavoro, con l’intenzione specifica di non versare i contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d’anno, pari al 30 per cento; la sanzione civile non può essere superiore al 60 per cento dell’importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge. Qualora la denuncia della situazione debitoria sia effettuata spontaneamente prima di contestazioni o richieste da parte degli enti impositori e comunque entro dodici mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi o premi e sempre che il versamento dei contributi o premi sia effettuato entro trenta giorni dalla denuncia stessa, i soggetti sono tenuti al pagamento di una sanzione civile, in ragione d’anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non può essere superiore al 40 per cento dell’importo dei contributi o premi, non corrisposti entro la scadenza di legge”.*

Stando alla lettera della norma citata, occorre ai fini dell’irrogazione della sanzione civile che il contribuente abbia, coscientemente e volontariamente, omesso di presentare le denunce obbligatorie, assistito dall’intenzione specifica di non versare i contributi previdenziali, e con tale intento abbia occultato rapporti di lavoro eseguiti ovvero retribuzioni percepite e/o erogate: occorre che il soggetto tenuto al versamento agisca con il dolo specifico diretto a porre in essere un atto di evasione e/o elusione fiscale.

Orbene, siffatto elemento psicologico manca nel caso di specie, in quanto i ricorrenti hanno regolarmente dichiarato alla Cassa Forense il proprio reddito imponibile, mediante la presentazione del Modello 5, ergo non hanno inteso occultare attività professionali

esercitate ovvero compensi percepiti. Dunque, ammesso e non concesso che vi sia stata violazione delle norme sui versamenti alla Gestione Separata, l'intenzione dolosa è comunque esclusa dal ragionevole affidamento generato sia dalla prassi applicativa sia dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 2, comma 26, della legge n. 335/1995 protrattasi per oltre 15 anni, entrambe orientate nel senso della non obbligatorietà del versamento alla Gestione Separata da parte dei professionisti iscritti in un albo professionale ed assistiti da autonoma forma previdenziale.

In caso di notifica di avviso bonario o di avviso di addebito dell'INPS, si consiglia, dunque, di non cadere nella paura nè di pagare senza battere ciglio, perchè l'atto potrebbe essere viziato sotto diversi profili: si consiglia, dunque, di rivolgersi ad un buon avvocato laburista.

IL CONTROLLO DI FATTO DI VIVENDI SU TIM

Sintesi della comunicazione Consob n. 0106341 del 13-09-2017 in merito alla qualificazione del rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia S.p.a.

Manuel Mattia - Pubblicazione, giovedì 28 settembre 2017
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. Premessa; 2. Questione; 3. Posizioni delle parti: A) prima dell'assemblea dei soci del 04/05/2017; B) dopo l'Assemblea dei soci del 04/05/2017; 4. Decisione Consob; 5. Motivi.

1. Premessa

Nel maggio dell'anno in corso, Vivendi torna^[1] prepotentemente sulle prime pagine dei giornali italiani per il caso "TIM-Vivendi".

Prima di accennare al merito la vicenda, occorre effettuare una breve premessa. Vivendi SA è una società di diritto francese che opera nel settore dei media e delle comunicazioni, in particolare cinema, internet, editoria. Essa è socia della italiana TIM S.p.A.

Nell'ottobre del 2015, Vivendi porta la sua quota partecipativa in Tim al 20%, iniziando così una scalata che vedrà la società francese detenere, nel marzo 2016, una quota partecipativa pari a quasi il 25%.

Ciò premesso, nel maggio 2017, con il rinnovo del CdA di TIM a seguito di delibera assembleare del 4 maggio, la maggioranza dei consiglieri dell'organo gestorio di Tim viene tratta dalla lista presentata da Vivendi. All'interno del Cda Tim vengono dunque "piazzati" consiglieri di fiducia della società francese (in particolare, viene nominato alla presidenza De Puyfontaine). A livello mediatico, scoppia così il caso della "italianità" della famosa azienda di telefonia.

In realtà, il rapporto partecipativo Vivendi SA-TIM era già finito sotto la lente della Consob nei mesi precedenti il rinnovo del Cda di TIM. Nell'aprile 2017, in particolare, la Consob, con propria nota trasmessa alla società, aveva posto la questione circa la configurabilità del socio Vivendi come soggetto controllante di TIM. Tale questione si è prepotentemente ripresentata nel maggio 2017, con il citato rinnovo del Cda TIM che ha

portato ad un cambio di governance in favore della società francese. Con la recente decisione in commento nel presente articolo, Consob ha concluso l'istruttoria volta ad accertare se effettivamente Vivendi eserciti il controllo su Tim.

2. Questione sotto il profilo giuridico

La questione concerne la qualificazione del rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia S.p.a ai sensi della disciplina sul controllo ex art. 2359 c.c., 93 del D.Lgs. n. 58/1998 (TUF), nonché ai sensi della disciplina in materia di operazioni con parti correlate (art. 2391-bis c.c. e Reg. Consob n. 17221/10).

3. Posizioni delle parti

A) Prima dell'Assemblea dei soci del 04/05/2017 avente ad oggetto il rinnovo del Consiglio di Amministrazione mediante voto di lista.

- 1) il Collegio Sindacale rappresentava che, in virtù del Reg. Consob, Vivendi era qualificabile come parte correlata a Telecom in quanto socio di controllo.
- 2) La società TIM invece rappresentava che, in virtù del citato Reg. Consob, Vivendi non esercitava il controllo sulla società medesima.

B) Con il rinnovo del Consiglio di Amministrazione avvenuto a seguito di Assemblea dei soci del 04/05/2017[\[2\]](#) [\[3\]](#)

1) il Collegio Sindacale rappresentava che, in virtù degli artt. 2359 comma I, n. 2 c.c. e 93 comma I del TUF, nonché dell'IFRS n. 10, Vivendi esercitava il controllo di fatto su TIM, perché titolare di un pacchetto azionario idoneo ad *“orientare la volontà dell'Assemblea ordinaria di Telecom Italia”*. Tale conclusione sarebbe provata da circostanze di fatto e di diritto riscontrabili sia prima dell'assemblea del 04/05/2017, sia all'esito della stessa che attualmente.

2) la Società TIM rappresentava, invece, che in virtù della disciplina sul controllo e sulle parti correlate, era da escludere che Vivendi esercitasse il controllo su TIM. Successivamente, tuttavia, TIM notizia[\[4\]](#) che il Cda ha preso atto che Vivendi ha iniziato l'attività di direzione e coordinamento su TIM, ma che lo stesso Cda *“non ha trattato il profilo della sussistenza o meno di controllo ex art. 2359 c.c. di Vivendi su TIM”*[\[5\]](#).

3) il socio Vivendi rappresentava infine che egli non esercita alcun controllo su TIM, in

quanto la partecipazione detenuta non gli consente di esercitare un'influenza dominante sulle assemblee dei soci. In particolare precisa che i) non vi sarebbe controllo di Vivendi su TIM a decorrere dal 22/06/2015, e che ii) l'attività di direzione e coordinamento non presuppone il controllo ai sensi della disciplina italiana, in quanto le relative normative delle predette attività rilevano su due piani differenti (quello manageriale per la direzione e coordinamento, quello assembleare per il controllo).

4. Decisione Consob

La Consob ha concluso che Vivendi, all'esito della citata Assemblea dei soci, esercita su TIM un controllo di fatto sia ai sensi dell'art. 2359, comma I n. 2 c.c. e art. 93 del TUF, sia ai sensi del Regolamento Consob OPC (Operazioni con Parti Correlate).

5. Motivi

5.1. Il socio Vivendi è controllante di fatto di TIM ai sensi dell'art. 2359, comma I n. 2 c.c. e dell'art. 93 del TUF

Vivendi esercita una influenza dominante sull'assemblea ordinaria. Ciò in quanto il presupposto alla base del controllo (sia "di diritto" che "di fatto") non è l'elemento formale della proprietà della maggioranza del CS (nella misura del 50% + 1), ma la effettiva disponibilità dei voti che consentano di ottenere la maggioranza nell'assemblea ordinaria, orientandone la volontà^[6], in particolare, nella nomina dei componenti del Cda. In questo senso, l'influenza dominante sull'assemblea appare strumentale all'ottenimento dell'influenza dominante sulla società attraverso la determinazione delle decisioni nel Cda.

Tale forma di influenza dominante si concretizza nel cd. "controllo di fatto" che richiede i) la disponibilità di un numero "sufficiente"^[7] di voti ii) l'accertamento della "stabilità" del controllo, che appare essere inteso non come permanente o perpetuo, bensì come duraturo seppur potenzialmente modificabile^[8].

L'ottenimento del controllo di fatto è oggi agevolato dall'introduzione della disciplina del voto di lista per la nomina degli organi di amministrazione delle società quotate: con questo meccanismo, ai fini dell'elezione dell'organo amministrativo non è più necessaria la maggioranza assoluta dei diritti di voto presenti in assemblea, ma è sufficiente che vi sia una lista che prenda più voti in assemblea, al fine di formare almeno la maggioranza degli amministratori, salvo (almeno) un posto riservato all'amministratore in

rappresentanza delle minoranze.

In relazione al voto di lista, altri indici agevolano il controllo di fatto da parte dell'azionista di maggioranza relativa.

In particolare: i) la circostanza che le SGR e gli altri investitori istituzionali, per normativa di riferimento o per regolamenti interni, non possono fare investimenti volti all'acquisizione del controllo delle società partecipate, e, pertanto, non presentano liste per la nomina della maggioranza degli amministratori, ma presentano soltanto cd. "liste corte" per la nomina di una minoranza di amministratori. ii) la sussistenza di un capitale costituito da flottante superiore al 50%.

Entrambi questi indici risultano presenti nella società TIM. Pertanto, il socio con la maggioranza relativa, consapevole della presenza nella società di investitori istituzionali e di ampio cs costituito da un vasto flottante, ha in questa situazione la ragionevole certezza di poter esercitare un'influenza dominante in assemblea mediante la nomina della maggioranza del Cda attraverso il meccanismo del voto di lista.

Inoltre, Vivendi ha espressamente dichiarato di esercitare attività di direzione e coordinamento su TIM a seguito dell'assemblea del 04/05/2017. Secondo Consob non sarebbe possibile esercitare siffatta attività senza il controllo, come invece sostenuto da Vivendi stesso. Anzi, non soltanto ai fini della direzione e coordinamento deve sussistere quale presupposto necessario una situazione di controllo (= possesso di un certo n. di voti in assemblea), ma è anche fondamentale l'ulteriore *quid pluris* rappresentato dall'effettivo esercizio di attività di gestione societaria (= concreta ingerenza nell'attività dell'organo gestorio) [\[9\]](#).

Nel caso di specie, dunque, vi è l'esistenza di una **relazione di controllo di tipo partecipativo** e la predetta dichiarazione di Vivendi ha carattere indicativo della sua sussistenza.

In ogni caso vi sono ulteriori fatti che costituiscono indici dell'esistenza del controllo di fatto di Vivendi su TIM. In particolare:

- 1) dei dieci amministratori di designazione di Vivendi, tre ricoprono ruoli dirigenziali di vertice nel gruppo Vivendi;
- 2) delibera del Cda del 01/06/2017 di attribuzione ad uno dei consiglieri di designazione di Vivendi della carica di Presidente Esecutivo TIM oltre conferimento di deleghe attinenti le linee strategiche del gruppo;

- 3) Composizione di Comitati Interni al cda caratterizzata dalla presenza maggioritaria di consiglieri tratti dalla lista Vivendi;
- 4) L'impegno assunto da Vivendi a cedere le quote detenute da TIM in Persidera S.p.a. nonostante TIM avesse in precedenza dichiarato nell'ultimo bilancio la strategicità di tale partecipazione;
- 5) la risoluzione in data 24/07/2017 del rapporto di amministrazione e dirigenziale con l'Amministratore Delegato dott. Cattaneo, in precedenza confermato A.D. nell'assemblea del 04/05/2017, a seguito di discussione con il consigliere de Puyfontaine;
- 6) la già citata dichiarazione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento su Tim da parte di Vivendi.

5.2. Il socio Vivendi è controllante di fatto di TIM anche ai sensi della disciplina sulle operazioni con parti correlate

Secondo la disciplina del controllo di cui al citato Regolamento Consob^[10], la situazione di fatto oggetto di indagine nella presente comunicazione rientrerebbe nella fattispecie normativa descritta alla lett. c) o, in via residuale, alla lettera d)^[11] del punto 2 dell'allegato 1 del citato Regolamento Consob.

A riprova delle ragioni esposte in precedenza, è indicativo come in entrambe le fattispecie richiamate, e, in generale, nelle altre fattispecie esemplificative del controllo, si dia rilevanza non soltanto al potere di determinare le delibere assembleari, ma anche in via diretta al potere di determinare le delibere del consiglio di amministrazione, e, dunque, di incidere sulle scelte *“politiche finanziarie e gestionali dell'impresa”*.

Note e riferimenti bibliografici

^[1] La società Vivendi è stata già protagonista delle cronache dei media italiani già verso la fine del 2016. A dicembre di quell'anno, infatti, la società francese tentò una scalata sul gruppo italiano Mediaset, di cui disponeva quasi il 30% delle partecipazioni.

^[2] All'esito dell'Assemblea dei soci, il Cda di Tim è stato rinnovato e la maggioranza dei consiglieri (10 su 15) è stata tratta dalla lista presentata da Vivendi.

^[3] Nelle more, La Presidenza del Consiglio dei Ministri italiana ha notiziato TIM di aver avviato nei suoi confronti e nei confronti di Vivendi procedimento per l'accertamento della sussistenza degli obblighi di notifica previsti in materia di c.d. “golden power” (in partt. Artt. 1 e 2 D.L. n. 21/2012).

^[4] Con due Comunicati stampa diffusi, rispettivamente in data 27/07/2017 e 04/08/2017.

^[5] In data 27/07/2017, nel corso di un Cda di TIM, la società Vivendi in persona del dott. De Puyfontaine ha dichiarato di esercitare su Tim stessa il potere di direzione e coordinamento.

^[6] Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, attraverso dei patti parasociali stipulati tra i soci finalizzati ad acquisire il controllo della società.

^[7] Il “voto sufficiente” si può avere quando un soggetto detiene una partecipazione di per sé

minoritaria ma idonea ad esercitare l'influenza dominante perché, ad esempio, le altre partecipazioni sono sensibilmente frazionate o vi è spesso assenteismo degli altri soci in assemblea. Secondo Consob, la quota di partecipazione sufficiente ad esercitare il controllo è variabile perché dipende dalla situazione di fatto in cui la società si trova.

[8] Secondo Consob, il controllo di fatto è "stabile" se tale situazione emerge dall'analisi dell'andamento delle assemblee della partecipata per un arco di tempo "*ragionevolmente significativo*". Tale indagine può essere effettuata anche in un periodo precedente al momento in cui il presunto controllante abbia acquisito la partecipazione.

La stabilità del controllo sussiste anche se dopo un certo lasso di tempo mutano le posizioni di forza all'interno della società: secondo Consob, infatti, "*la contendibilità e la potenziale modificabilità costituisce un elemento strutturale del controllo di fatto il quale, per quanto stabile, e pur sempre un controllo minoritario, e quindi ribaltabile da nuove maggioranze che si formano in assemblea*".

[9] Consob nella Comunicazione in commento avalla la tesi sostenuta sia in dottrina dal Campobasso in Diritto Commerciale, II, Torino 2010 (p. 295); sia dalla Giurisprudenza di merito (cfr Tirb. Pescara, 16 gennaio 2009, Trib. Palermo, 15 giugno 2010). Inoltre, sempre ad avviso dell'organismo di vigilanza, sarebbero sia la stessa legge delega sulla riforma del diritto societario (Legge n. 366/2001) sia la relazione illustrativa del D.Lgs n. 6/2003 (cd Riforma del Diritto Societario), sia il TUF ad ammettere che il presupposto necessario per lo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento è l'esistenza del controllo.

[10] Si veda allegato 1, punto 2 del Regolamento Consob.

[11] Ai sensi del punto 2 dell'allegato 1, per controllo s'intende "*(...) il potere di determinare le politiche finanziarie e gestionali di un'entità al fine di ottenere benefici dalle sue attività. (...) il controllo esiste anche quando un soggetto possiede la metà, o una quota minore, dei diritti di voto esercitabili in assemblea se questi ha:*

(...)

c) il potere di nominare o di rimuovere la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o dell'equivalente organo di governo societario, ed il controllo dell'entità è detenuto da quel consiglio o organo;

d) il potere di esercitare la maggioranza dei diritti di voto nelle sedute del consiglio di amministrazione o dell'equivalente organo di governo societario, ed il controllo dell'entità è detenuto da quel consiglio o organo".