

# la virgola

NUMERI 4 e 5 - DICEMBRE 2014



## Gentili Lettori,

questo chiuso in stampa è un numero doppio. La ricorrenza delle festività e le “pressioni editoriali” hanno imposto questa linea, della serie “bere o affogare”. Salutiamo con piacere tre contributi speciali. Dal giudice del Tribunale penale di Milano dottor Mauro Gallina, al professor Aldo Ligustro, Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Foggia, al professor Giuseppe Di Sabato del medesimo Dipartimento Accademico. L’idea di copertina nasce in Redazione dal direttore editoriale. Credo sia assai bella! *La Virgola* tornerà a febbraio del nuovo anno, comunque dopo l’isediamento del nuovo Consiglio dell’Ordine degli Avvocati, in programma a fine gennaio. Un ringraziamento particolare all’avvocato Aldo Consiglio, che da buon velista ha guidato la traversata, matenendo ferma la rotta. Grazie anche a tutta la Redazione e, ancor di più, a quanti hanno inteso aprire una collaborazione qualificata e preziosa, come quelle ricevute in questo numero. Auguro a tutti le cose migliori per il nuovo anno che verrà, all’insegna del motto del grande Spinoza “né ridere, né piangere, ma capire”.

*Micky de Finis, direttore responsabile*



*In copertina: L'Italia ne... la Tempesta di Giorgione (1470-1510)*

# SOMMARIO

## NUMERI 4 e 5 dicembre 2014

Rassegna dell'Ordine degli Avvocati di  
Foggia - Viale I Maggio, 71100 Foggia

Anno XXII n. 1 del 2013

Editore:

**Consiglio Ordine Forense di Foggia**

Aut. Trib. di Foggia n. 22 del 7/12/1990

Direttore Editoriale

**Aldo Consiglio**

Direttore Responsabile

**Micky de Finis**

Consiglio di Redazione

**Carolina Scarano**

**Stefano Pio Foglia**

**Stefano Tedeschi**

Redazione

**Michele Appice**

**Michele De Angelis**

**Fabio Filograsso**

**Lucia Murgolo**

**Daniele Ulivieri**

Distribuzione gratuita agli iscritti  
dell'Ordine di Foggia, al C. N. F., a tutti i  
Consigli degli Ordini Forensi italiani e alle  
Riviste Forensi.

**Aderente all'A. STA. F.**

**Tiratura 3.000 copie**

**Progetto e stampa:**

**GRAFICHE QUADRIFOGLIO**

**Foggia**

Crisi della giustizia e rimedi, reali o immaginati di <i>Aldo Consiglio</i>	pag. 2
Novità ed eventi: Riflessioni sul Congresso di Venezia di <i>Adriano Pernice</i>	pag. 4
Inammissibile il ricorso depositato telematicamente di <i>Michele De Angelis</i>	pag. 7
La concussione tra influenza e costrizione: un dilemma ancora irrisolto di <i>Lucia Murgolo</i>	pag. 10
Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini e il diritto della madre all'anonimato del parto di <i>Michele Appice</i>	pag. 16
PCT - L'avvocato telematico di <i>Michele De Angelis</i>	pag. 24
Truffa contrattuale di <i>Daniele Ulivieri</i>	pag. 26
Nuove tendenze in tema di responsabilità notarile di <i>Elena Menga</i>	pag. 28
Diritto alla salute e medicina difensiva di <i>Mauro Gallina</i>	pag. 31
Ancora una <i>grande</i> riforma. di <i>Aldo Consiglio</i>	pag. 35
Riforme in materia di esecuzioni civili Esame critico di alcune novità di <i>Fabio Filograsso</i>	pag. 38
Revoca del Fallimento Nota a margine di sentenza della Corte di Appello di Bari di <i>Giuseppe Di Sabato</i>	pag. 43
La caduta del muro di Berlino, vista da vicino. ...e 25 anni dopo di <i>Aldo Ligustro</i>	pag. 48

## Crisi della giustizia: rimedi, reali o immaginati

**A**ula d'udienza del Tribunale di Foggia, un giorno qualsiasi del 2013 o del 2014, sezione qualsiasi, giudice a piacere. Chiamata la causa... lette le conclusioni delle parti, il giudice "...non potendo trattenerne la causa per la decisione per l'eccessivo carico del ruolo; considerato il numero di ruolo della stessa la rinvia, sempre per la precisazione delle conclusioni, al 10 dicembre 2015".

Oppure, a piacere: "...omissis... al 13 maggio 2016, ...al 2 ottobre 2015; ...al 10 dicembre 2015; ...al 9 marzo 2016; ...al 12 ottobre 2016; ...al 24 ottobre 2016; ...al 22 maggio 2017; ...al 12 febbraio 2018: sì avete letto bene: al 12 febbraio 2018", sempre per la preziosa precisazione delle conclusioni.

Non c'è un avvocato che non abbia, nella sua agenda, almeno una scadenza del genere fissata per il 2018. Non sappiamo se, al momento in cui la rivista va in distribuzione, non vi sia chi abbia una scadenza ancora più lontana.

In campo penale, poi, ormai la fase istruttoria dibattimentale, che ai tempi del processo inquisitorio (tempi d'oro, verrebbe di dire, anzi dico) occupava solo una frazione della fase dibattimentale che, normalmente, si esauriva con la lettura del dispositivo (nella stessa mattinata, s'intende; e sempre nella stessa mattinata venivano celebrate e concluse numerose altre cause), si dipana in una serie di udienze, anche assai numerose e anche per processi che una volta, si dice senza alcuna irrivolenza, venivano considerate di poco conto: tal quale fosse, a parte la pubblicità, un'istruttoria civile.

Si consideri che, a tutto giugno 2013, v'erano 5.159.616 pendenze civili (*rectius*: 5.257.693 comprese quelle di Cassazione) pur avendo questo numero mostruoso subito nell'ultimo anno giudiziario una variazione del -4,1%.

Si consideri anche che il numero dei magistrati togati in Italia è di 6.347 e quello dei non togati è di 3.275, assai basso rispetto ai 19.832 magistrati togati e ai ben 98.107 magistrati non togati della Germania.

Si deve anche sapere che, a dispetto di quanto si tenda a far credere, la produttività dei nostri magistrati è elevata, essendo pari al 131,3%, migliore rispetto a quella della Germania (100,4%) e della Francia (99,2%). Se si considerano questi numeri (fonte: Ministero della Giustizia e Guida al Diritto, n. 43/2014) si diceva, è solo per comprendere come i rimedi fin qui prospettati o sbandierati con toni ridicolmente trionfalistici, sono falsi rimedi, se non addirittura un - si spera inconsapevole - inganno: se i numeri della crisi sono quelli visti (e non sono tutti, essendosi preferito tacere di altri, per non indulgere in un masochistico sconforto) ne consegue che Altri, autoreferenzialmente autorevoli e saggi, quando, con aria trionfalistica, annunciano i rimedi portentosi, in realtà si limitano a dare i numeri, con minore sacralità e con minore probabilità di successo di quanto sia concesso, di tanto in tanto, ai cari Estinti.

Tant'è. Ormai è certo: assistiamo, da poveri spettatori impotenti, a una folle gara, fra chi governa e chi legifera (spesso il confine si sfuma, visto il ricorso sempre più frequente al Decreto Legge), a chi fa più rumore o registra più ascolti.

E così, in un'ansia irrefrenabile e delirante di consenso, si cercano facili e falsi untori o risibili bersagli.

Penso solo, e mi fermo qui, alla furbesca trovata della riduzione del periodo di ferie dei magistrati: periodo che passando da - udite, udite - 45 giorni a 30 giorni, non solo costringerebbe i magistrati a lavorare di più riducendo,



quindi, l'arretrato, ma costituirebbe (altro arrogante e tronfio proclama demagogico) rassicurante segnale di uguaglianza (sic!) fra cittadini.

Ma qualcuno l'ha detto a lor Signori che, secondo le norme vigenti per i dipendenti della P.A. la misura si rivelerà controproducente? Loro Signori hanno letto, per caso, quello che tanti cittadini hanno letto e capito e cioè che, da un lato i giorni effettivi di non lavoro potranno, di fatto, giungere persino a 53 giorni e che, certamente e paradossalmente (eterna e maledetta eterogenesi del fine) se i magistrati, com'è loro sacrosanto diritto, si asterranno durante il periodo di ferie, dal depositare provvedimenti e anche semplicemente d'affacciarsi in Tribunale o di mantenere contatti con la loro segreteria, l'arretrato non si ridurrà, ma aumenterà?

Quando si capirà che l'incontinenza normativa, gridata come "impellente, non più eludibile, non più differibile, specifica, rigorosa" se continua a essere scoordinata, farraginoso, incoerente e persino demagogica, non centra gli obiettivi e non risolve i problemi, ma li aggrava?

Quando si comprenderà che non è più né possibile né tollerabile che la cosiddetta Legge Finanziaria (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato), che si discute quasi in sessione permanente, diventi contenitore d'elezione di ogni contingente urgenza, diventando un veicolo *omnibus*? Che ci fanno, insieme, norme assolutamente eterogenee per genesi o per fine, così come del resto, clamorosamente è accaduto con il cosiddetto decreto sulla competitività (cosa vorrà mai dire?), ove convivono accanto alle norme del "nuovo rito civile" quelle sul fallimento, sulle competenze dei notai, sui divorzi e sulle separazioni, sui fondi pensione, sulla lotta alla contraffazione e sulle procedure doganali?

Con tanti saluti al povero cittadino medio, che tanto le norme, quand'anche sia messo in condizione di conoscerle o di capirle (si fa per dire), s'ingegna di non applicarle o di eluderle,

e con tanti omaggi agli stessi operatori del diritto o interpreti che, per capirci qualcosa, devono assolutamente dimenticare i principi (*rectius*: indirizzi interpretativi, cfr: *Trattato di Diritto Civile* -vol. I-, di Guido Alpa. Editore Giuffrè, 2000) e cercare d'indagare invece sulle reali e particolari intenzioni, o sul fine vero, del gruppo o del singolo che ha proclamato, a mezzo stampa o a mezzo opuscolo informativo, o durante una cena, il bisogno normativo e il suo ambizioso scopo.

Se continuerà ad accadere che si riformi il processo, sia esso penale sia esso civile, non per l'esigenza "di assicurare le condizioni organizzative, materiali, culturali e professionali che permettano ovunque al rapporto dialettico giudice/parti di esplicitarsi fin dall'inizio della controversia in modo pieno e effettivo, in una sequenza ordinata di atti, in un comune contraddittorio capace di sfrondare l'inutile e il vano" (Gianfranco Gilardi, magistrato, in un lucido articolo pubblicato sul n. 24 di D & G), ma allo scopo, invece, più o meno trasparente, di "privatizzare" la Giustizia, rendendola accessibile e funzionale soltanto ai poteri e agli interessi forti, sarà a un certo punto inevitabile il ricorso eccezionale a una rottamazione in senso proprio, con il puro e semplice azzeramento delle cause civili e dei processi penali che si protraggano da più anni (10 anni sembra un limite ragionevole, vi pare?) senza trovare il naturale epilogo in una decisione.

Né più si potrà far finta d'ignorare che il cittadino ordinario si chiede sempre più spesso e sempre più rassegnatamente se davvero chi legifera (continuando a suscitare sconcertate e accorate osservazioni, o nette prese di posizioni, di avvocati, docenti, magistrati, dirigenti e funzionari amministrativi, associazioni e movimenti vari) abbia come fine un giusto processo volto a ristabilire, sempre e soltanto, il diritto violato. O se invece, una legislazione così forsennatamente incoerente e inefficace rispetto ai fini sbandierati, non serva a consentire il perpetuarsi d'interessi assai poco pubblici e generali, relegando a reperto museale l'antico brocardo: "*Jus est ars boni et aequi. Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est quod statum reipublicae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. Cel. L. 1, de justitia et jure*".

Fino a quando...?



avvocato in Foggia  
Aldo Consiglio

# RIFLESSIONI SUL CONGRESSO DI VENEZIA

Adriano Pernice  
avvocato in Foggia  
Segretario AIGA Sezione Foggia



L'anno forense 2014-2015 si è aperto con un importante kermesse. Dal 9 all'11 ottobre 2014, infatti, si è svolto nell'incantevole cornice di Venezia il XXXII Congresso Nazionale Forense, l'assise plenaria più importante che investe tutto il mondo dell'Avvocatura Italiana.

Il Foro di Foggia ha partecipato con una delegazione formata dal Presidente Avv. Antonio Ciarambino, i dieci delegati eletti dagli iscritti, gli Avv.ti Ettore Palomba, Carolina Scarano, Stefano Pio Foglia, Stefano Tedeschi, Adriano Pernice (Segretario della Sezione di Foggia dell'AIGA), Michele Vaira (Segretario Nazionale AIGA), Augusto Ulivieri, Gianfranco Dinoia e Gianfranco D'Andrea, nonché la supplente Grazia Casale. Nel corso dell'evento, uno dei delegati l'Avv. Gianfranco Dinoia, Presidente dell'Associazione Forense di Cerignola, è stato eletto delegato OUA per il biennio 2014-2016.

I lavori si sono svolti in parte presso il teatro "La Fenice" ed in parte presso il Lido di Venezia. All'ombra del famoso campanile di Piazza San Marco, spostandosi tra la fitta rete dei canali e il dedalo di vie costellate di ponti, monumenti e negozi, gli avvocati di tutta la penisola hanno potuto esprimere la loro opinione e dare il loro voto sulle questioni attinenti il futuro della professione forense.

Numerosi sono stati gli interventi e le voci che hanno formulato il loro disappunto sulla attuale situazione dell'avvocatura e sulle difficoltà obiettive per giovani e meno giovani; va segnalato l'intervento molto seguito del Ministro Orlando, che ha esposto il suo programma e i suoi obiettivi, dando prova di grande predisposizione al dialogo e al confronto.

Venendo al contenuto dei lavori, nel Congresso si sono scontrate due diverse idee di *governance* dell'avvocatura. Da un lato, vi era parte del mondo ordinistico e associativo che sosteneva la creazione di un organismo snello, con un limitato numero di componenti, in parte nominati dagli ordini, in





parte nominati dalle associazioni maggiormente rappresentative ed in parte eletti dall'assemblea stessa. A dire il vero, i progetti erano più di uno, ma tutti corrispondevano nella logica dei "nominati". A giustificazione del progetto c'era la volontà espressa di dare un'unica voce all'avvocatura facendo convergere nel suo organo di rappresentanza politica tutte le sue componenti. Dall'altro lato, invece, c'erano i sostenitori dello *status quo*, dell'OUA così com'è adesso, con un numero

più alto di delegati, tutti eletti e non nominati, rappresentanti, in modo uniforme, il territorio di provenienza. Sebbene i numeri e i pronostici fossero per una schiacciante vittoria dei primi, i fatti hanno provato l'esatto contrario. Le mozioni che volevano cambiare lo Statuto dell'OUA sono state tutte clamorosamente bocciate, lasciando intendere che a gran parte dei delegati non piaceva il modello ristretto di nominati. Del resto, le motivazioni fondate sull'unitarietà avevano perso la loro forza quando dal progetto si erano staccati CNF e Camere Penali.

Oltre la questione Statuto, però, il Congresso ha approvato una serie di mozioni, le cd. mozioni politiche, che riguardano la politica giudiziaria e l'ordinamento professionale. Si elencano quelle più importanti selezionate dall'avv. Dinoia e che dovranno costituire oggetto, fra le altre, delle future richieste e battaglie dell'Organismo, come da mandato congressuale:

- **mozione Graziani**, con la quale si richiede il riconoscimento del legittimo impedimento, in sede penale e civile, per le avvocate in stato di gravidanza, durante i due mesi precedenti la data del presunto parto e durante i tre mesi dopo il parto;
- **mozione Sampietro**, sull'allargamento delle competenze professionali degli avvocati (autentiche sottoscrizioni contratti di compravendita immobiliare);
- **mozione Fiore**, sulle modalità conoscitive da parte del COA dei bilanci del CNF prima della loro definitiva approvazione;
- **mozione Vigani**, finalizzata a consentire l'effettiva fruibilità del patrocinio a spese dello stato tramite: 1. l'adeguamento del tetto reddituale; 2. la precisazione della natura fiscale di detto





## XXXII CONGRESSO NAZIONALE FORENSE

importo; 3. la compensazione dei crediti liquidati per l'attività dell'avvocato con i crediti fiscali dell'erario; 4. l'applicazione del doppio binario digitale/cartaceo fino alla completa operatività della fattura elettronica;

- **mozione Avv. Magnanelli**, su obbligo esame di stato per magistrati ed avvocati di stato al fine di accedere alla professione di avvocato;

- **mozione Lo Giudice**, con la quale si chiede la regolamentazione tassativa dei casi nei quali la cassazione può pronunciare declaratorie di inammissibilità ed improcedibilità dei ricorsi, con contestuale introduzione, per i casi di improcedibilità, di una disciplina che consenta alle parti diligenti di rimuoverne la causa in tempi rapidi e ragionevoli;

- **mozione Montozzi**, per la abrogazione degli artt. 138, 141, 149, 150 del D. Lgs 209/2005 (codice delle Assicurazioni Private);

- **mozione Fabbri**, su riforma corso di studi di giurisprudenza con previsione del cd "doppio binario", con numero chiuso soltanto con riferimento alle professioni forensi;

- **mozione Vallebona**, su modifica art. 153 c.p.c., al fine di introdurre il legittimo impedimento del difensore nell'ambito dell'udienza civile;

- **mozione Caprioli**, sulla modifica della disciplina delle spese di giustizia;

- **mozione Zanello**, a mezzo della quale si richiede l'abrogazione dell'obbligo della stipula della polizza infortuni richiesta dall'art. 12 L.P.;

- **mozione De Tilla**, sulla modifica del regolamento delle specializzazioni;

- **mozione Morosin**, che propone la previsione di una regolamentazione per l'avvocato che esercita la professione in forma di collaborazione continuativa con lo studio legale (in pratica prevede l'obbligo di un contratto di collaborazione professionale nel rispetto della libertà, autonomia e indipendenza sanciti dalla legge professionale);

- **mozione Talerico**, sull'abrogazione del filtro all'accesso alle magistrature superiori (art. 21, commi II, III, IV, V);

- **mozione Nesta**, su richiesta inserimento avvocati, titolari di studi professionali, fra le categorie che possono accedere agli ammortizzatori sociali;

- **mozione Agifor**, che propone l'adozione di provvedimenti affinché, alle parti ed ai loro avvocati, vengano riconosciuti incentivi fiscali e/o detrazioni dalle imposte dovute all'Erario.



# Inammissibile il ricorso depositato telematicamente



*Lo ha deciso il Tribunale di Foggia*

**C**on ordinanza del 10.04.2014 il Tribunale di Foggia, chiamato a pronunciarsi su un ricorso per accertamento tecnico preventivo depositato telematicamente, ne ha dichiarato la inammissibilità sul presupposto che il decreto del Ministero della Giustizia che ha autorizzato il deposito di atti telematici con valore legale a far data dal 15.01.2014 ha espressamente individuato tra di essi i soli atti endoprocessuali – in linea con la precisione dell’art. 16 bis d.l. 179/2012 che menziona atti processuali e documenti dei difensori delle parti precedentemente costituite –, tra cui non rientra l’atto di citazione o il ricorso introduttivo del giudizio.

Non avendo letto gli atti del procedimento ignoro se la inammissibilità sia stata dichiarata in udienza a seguito

della notifica del ricorso al resistente e relativa eccezione di quest’ultimo o prima ancora della fissazione della udienza.

Tale decisione, che per la futura rilevanza del tema trattato avrebbe forse meritato una più ampia illustrazione delle motivazioni, ha trovato ulteriore conferma nella giurisprudenza di merito (Trib. di Padova 28.08.2014; Trib. di Torino 15.07.2014).

L’ordinanza *de qua* è notevolmente rilevante se si considera che, nonostante le ultime modifiche normative, allo stato, l’art. 16 bis, comma 1 d.l. 179/2012 prevede che nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione innanzi al tribunale il deposito dei soli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite debbano essere depositati esclusivamente con modalità telematiche.

Benché, per quanto detto innanzi, l’inammissibilità rilevata nella ordinanza *de qua* sia assolutamente attuale, appare doveroso precisare che la previgente formulazione del citato articolo 16-bis prevedeva che con uno o più decreti il Ministro della giustizia, previa verifica ed accertata la funzionalità dei servizi di comunicazione, individuasse i tribunali nei quali fosse anticipato, anche limitatamente a specifiche categorie di procedimenti, il termine previsto dai commi da 1 a 4, cioè quello del 30.06.2014 allora fissato per l’inizio del processo civile telematico.

Quindi il deposito degli atti in via telematica era fissato al 30.06.2014, ma si lasciava discrezionalità ai tribunali, previa verifica tecnica ed emissione di un decreto ministeriale, di anticipare la





possibilità di deposito di determinati atti in via telematica. Il decreto emesso per il Tribunale di Foggia autorizzava l'attivazione, a decorrere dal 15.01.2014 della trasmissione dei documenti informatici relativamente agli atti e documenti di parte (comparsa di risposta, comparsa di intervento, comparsa conclusionale e memoria di replica, elaborati CTU, memorie autorizzate dal Giudice, scambio delle memorie ex art 183 co. 6 c.p.c.) nei procedimenti di ingiunzione, contenzioso civile, lavoro e volontaria giurisdizione.

In sostanza nell'ordinanza in commento si è pronunciata sulla legittimità di un deposito telematico di un atto non contemplato dalle norme su citate.

A differenza di quanto assunto da altri commentatori (Maurizio Reale, Deposito telematico può riguardare solo gli atti individuati da decreto ministeriale, [www.altalex.com](http://www.altalex.com)) ritengo che correttamente nell'ordinanza in commento si sia tenuto conto, sì del decreto autorizzativo per il Tribunale di Foggia, ma maggiormente del chiaro dettato normativo, art. 16 bis cit., che limita il deposito ai soli atti endoprocessuali.

Benché sia comprensibile che al momento non sia stato reso possibile il deposito telematico degli atti di citazione, per le ovvie difficoltà tecniche che potrebbero verificarsi, e benché appaia lecito chiedersi come mai sia stato autorizzato il deposito dei ricorsi per decreto ingiuntivo ma non degli altri ricorsi previsti dal codice per introdurre svariati procedimenti (accertamento tecnico preventivo, ex art. 700 c.p.c., volontaria giurisdizione ecc.) non può che condividersi, almeno in ordine alla non validità del deposito, la letterale applicazione della norma espressa dal Tribunale nella ordinanza *de qua*.

Problema analogo, anche se inverso, è stato affrontato, dal Tribunale di Reggio Emilia (01.07.2014), il quale ha dichiarato inammissibile un ricorso per decreto ingiuntivo depositato in

formato cartaceo quando a decorrere dal 30.06.2014 l'art. 16 bis citato ha previsto che questo dovesse essere esclusivamente depositato con modalità telematiche.

Precisato che è condivisibile l'applicazione letterale della norma espressa dal Tribunale, ritengo ci si debba soffermare con più attenzione su quale sia la sanzione da comminare al ricorso depositato telematicamente in spregio alle disposizioni innanzi citate.

Appare innanzi tutto opportuno sottolineare che il Ministero della Giustizia (Circolare 27.06.2014) ha espressamente previsto che, nel caso in cui le parti procedano al deposito telematico dell'atto introduttivo o di costituzione in giudizio in assenza del decreto di abilitazione, la valutazione circa la legittimità di tali depositi non spetti al cancelliere ma sarà di esclusiva competenza del giudice, involgendo profili prettamente processuali.

Chiarito a chi compete pronunciarsi non resta che valutare la "sanzione" da applicare al deposito telematico eseguito in spregio alle norme.

L'ordinanza in commento ha ritenuto il ricorso inammissibile.

Si rammenta che la domanda è inammissibile quando, per difetto dei presupposti processuali, non può darsi luogo a una pronuncia sul merito della lite (Calamandrei, Istituzioni di diritto processuale civile, Vol I pag. 132; Betti, Diritto Processuale civile italiano, pag. 113).

A questo punto è necessaria una precisazione in ordine alla inammissibilità.

Vi è una prima tesi in virtù della quale l'inammissibilità non sarebbe altro che un aspetto specifico della nullità che si verifica in tutti i casi in cui la nullità non sia sanata o non sia sanabile. Secondo questa teoria l'inammissibilità potrebbe

essere estesa oltre le ipotesi specificatamente previste dalle norme e ricorrerebbe ogni qual volta la nullità non potrebbe essere sanata.

Secondo un'altra teoria, invece, la nullità e la inammissibilità sarebbero differenti, infatti, la prima sarebbe collegata allo scopo dell'atto; infatti, nel caso in cui l'atto raggiungesse il suo scopo la nullità non potrebbe essere dichiarata, mentre l'inammissibilità non avrebbe nulla a che fare con lo scopo dell'atto derivando esclusivamente dal mancato rispetto delle previsioni legislative prescritte per quel dato atto.

Ora propendendo per l'una o l'altra teoria, chiaramente, la decisione sulla sanzione da comminare al ricorso depositato telematicamente, in spregio alle disposizioni, muta radicalmente.

Infatti, non considerando tassative le ipotesi di inammissibilità dovrà propendersi per questa sanzione del ricorso benché la stessa non sia comminata da alcuna disposizione di legge.

L'illegittimo deposito, infatti, non sarebbe in alcun modo sanabile se non con il deposito *ex novo* dell'atto introduttivo.

Condividendo, invece, la seconda tesi e considerando tassative le ipotesi di inammissibilità dovrà propendersi per la nullità del ricorso, atteso che nessuna norma prescrive l'inammissibilità dell'atto telematico depositato in spregio all'art. 16 bis d.l. 18.10.2012 n. 179.

Senonché l'art. 156 3° comma prescrive che la nullità non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato.

Quindi, se il ricorso, pur depositato telematicamente in spregio a quanto previsto all'art. 16 bis innanzi citato, ha

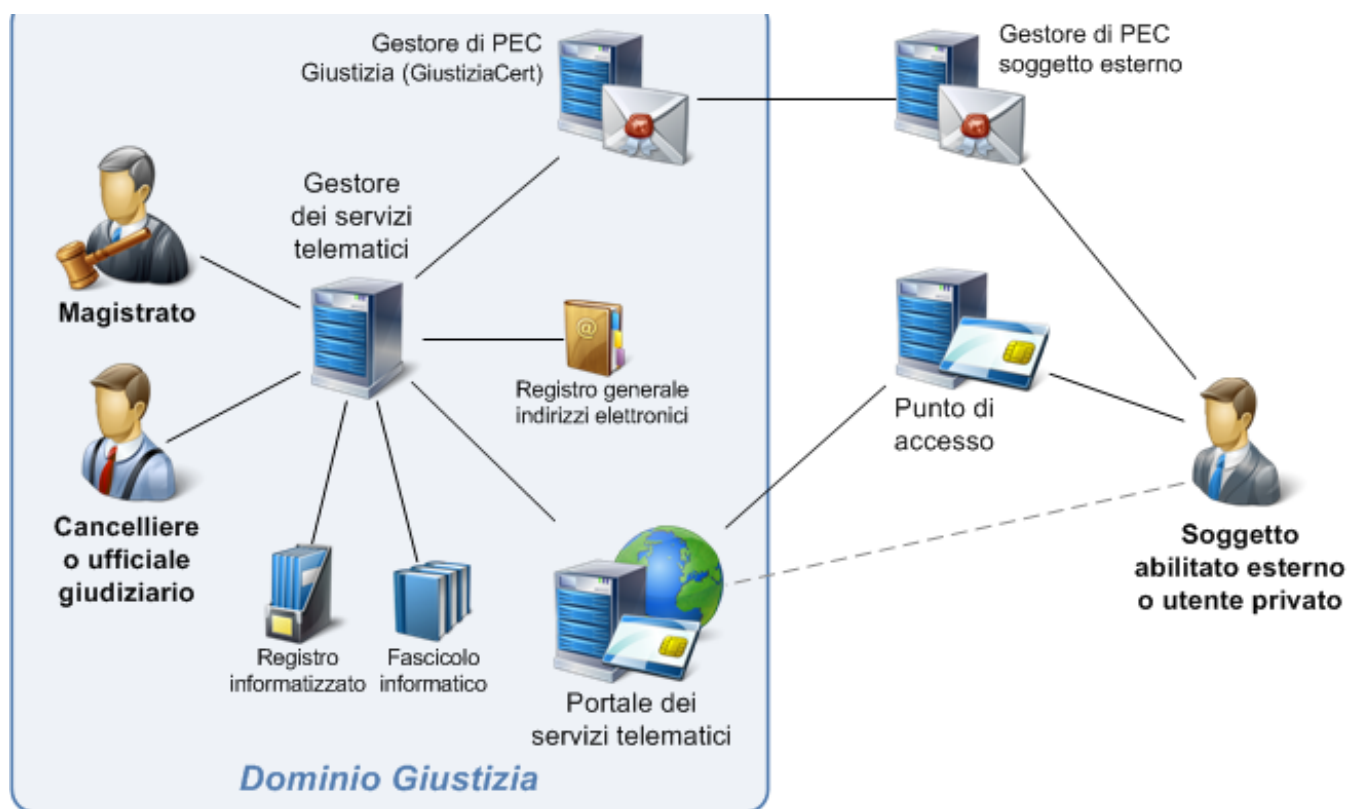
raggiunto lo scopo, è giunto all'attenzione del Magistrato, per quale motivo dovrebbe dichiararsi la nullità di tale atto e non considerare valido il deposito telematico?

Appare chiaro, però, che qualora si ritenesse nullo il ricorso depositato al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, ma si considerasse sanata la nullità per il raggiungimento dello scopo, parimenti dovrebbe concludersi che anche il deposito cartaceo del ricorso per decreto ingiuntivo dovrebbe considerarsi nullo, in quanto avvenuto in spregio all'art. 16-bis d.l. 179/2012, ma andrebbe comunque ritenuto sanato per aver raggiunto lo scopo, con l'evidente inaccettabile conclusione che il deposito telematico degli atti sia lasciato alla volontà delle parti.

Sarebbe opportuno, quindi, allo stato, che nelle varie riforme in cantiere si prendesse espressamente posizione, magari modificando il codice di procedura civile, così evitando tutto questo moltiplicarsi di norme regolanti il processo, ritenendo inammissibili gli atti depositati con modalità diverse da quelle stabilite dalla legge o, diversamente, ritenendo semplicemente nulli tali atti, con le conseguenze in ordine alla sanatoria innanzi indicate.



*Michele de Angelis  
avvocato in Foggia*



# LA CONCUSSIONE TRA INFLUENZA E COSTRIZIONE: UN DILEMMA ANCORA IRRISOLTO

## 1. Premessa.

Con la legge 6 novembre 2012, n. 190, il legislatore, per la ritenuta esigenza di rivisitare la normativa in tema di fenomeni corruttivi pubblici, ha operato una riforma dei delitti di cui al libro II, titolo II del codice penale. Tra le fattispecie revisionate vi è quella della concussione. **L'art. 317 c.p.**, sulla concussione, stabilisce che: «*Il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei a dodici anni*». **L'art. 319-quater c.p.**, sull'induzione indebita a dare o a promettere

*anni. Nei casi previsti dal comma 1, chi da o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni*». Quella della concussione è una fattispecie radicata nella tradizione giuridica italiana ed è uno degli istituti penalistici più antichi, risalendo il riconoscimento di un suo specifico disvalore alla *Lex Calpurnia de pecuniis repetundis* del 149 a.C.<sup>1</sup>

Tale categoria concettuale, tuttavia, è estranea alle fonti internazionali che, avendo quale riferimento altre forme di pubblica amministrazione e ben altri rapporti tra quest'ultima e il cittadino, anche nel campo della tutela giudiziale, sono focalizzate esclusivamente sulla prevenzione e sulla repres-



denaro o altra utilità, prevede che: «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto*

*sione del sinallagma corruttivo tra intraneus ed extraneus, cui riconduce anche l'ipotesi della «pressione» di un soggetto qualificato*<sup>2</sup>. Non deve pertanto stupire che le fonti europee, ritenendo la concussione criminologicamente trascurabile, vi abbiano fatto riferimento solamente al fine di sollecitare

1 Cfr.: Silvestre P., *La riforma novellistica dei reati contro la p.a. nell'ottica del diritto penale sostanziale*, in *Giur. merito*, 11, 2013, pag. 2307 e ss.

2 *Op. loc. ult. cit.* Tale orientamento di fondo (nella sostanza assimilato da quanti avevano fatto proprio il «Progetto di Cernobbio» del 1994), abbraccia la soluzione secondo la quale, al di fuori di uno stato di costrizione operata con violenza e minaccia, e, quindi, riconducibile al delitto di estorsione aggravata ex art. 61, n. 9, c.p., il fatto del privato che paghi indebitamente il pubblico ufficiale, ricavandone un vantaggio, debba essere comunque collocato nella corruzione, a prescindere dalle modalità della condotta e da chi abbia preso l'iniziativa.

# “la legge 6 novembre 2012, n. 190”

la magistratura italiana a non utilizzare capziosamente l'art. 317 c.p., per aggirare la disciplina sulla corruzione internazionale<sup>3</sup>.

L'originaria fattispecie di cui all'art. 317 c.p., è stata suddivisa in due fattispecie distinte, caratterizzate da differenti autori, condotta, trattamento sanzionatorio e punibilità. Si è, così, stabilito che la concussione vera e propria sia costituita esclusivamente da una condotta costringitiva realizzata dal pubblico ufficiale; viceversa, la condotta induttiva è divenuta elemento strutturale di una nuova fattispecie (collocata nell'art. 319-*quater* c.p., e denominata «*induzione a dare o a promettere utilità*»), nella quale figurano come soggetti attivi entrambi i soggetti indicati dagli artt. 357 e 358 c.p. (cioè il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio) ed è sanzionato anche il soggetto passivo vittima dell'induzione. Si crea, così, un *tertium genus* intermedio tra concussione e corruzione<sup>4</sup>.

Numerosi appaiono i rilievi critici che possono essere rivolti a tali novazioni. Quanto alla nuova formulazione dell'art. 317 c.p., il cambiamento introdotto sembra essere fonte di complicazioni ben maggiori dei problemi che la norma ambiva a risolvere<sup>5</sup>. L'esclusione dell'incaricato di pubblico servizio dal novero dei soggetti attivi del reato di concussione, infatti, non solo smentisce alla radice la stessa ratio della riforma del '90, ma risulta irragionevole e criminologicamente infondata, almeno per quattro motivi. In primo luogo perché, espunta dall'art. 317 c.p., la condotta costringitiva realizzata del soggetto avente la qualifica di cui all'art. 358 c.p., potrebbe essere ora sanzionata solamente per estorsione aggravata ex art. 61, n. 9, c.p., comportando l'applicabilità di una pena più grave, sia nel minimo che nel massimo, a una condotta che, in astratto, dovrebbe avere una carica prevaricatrice inferiore. In secondo luogo, perché tale esclusione nega un evidente dato storico e sociologico, consacrato dagli studi scientifici, dalla giurisprudenza costante della

Cassazione e della dottrina unanime, che non hanno mai dubitato di come l'incaricato di pubblico servizio possa porre in essere atti di costrizione a danno del privato. In terzo luogo, perché, con la necessità di applicare al caso in oggetto la disciplina dell'estorsione, si introduce nei reati contro la pubblica amministrazione un oggetto di tutela non rientrante in quello di categoria, con evidente alterazione dell'equilibrio sistematico e dogmatico, che ora vede ben tre previsioni delittuose tra loro contigue e dai confini ben più incerti di quanto non



fossero antecedentemente (corruzione, induzione indebita e concussione). In quarto e ultimo luogo, perché la riforma, che voleva conseguire un rafforzamento della tutela, potrebbe determinare la sostanziale depenalizzazione dei fatti di costrizione posti in essere dall'incaricato di pubblico servizio prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, per l'operare della disciplina del favor rei ex art. 2 c.p.<sup>6</sup>

Quanto alla nuova fattispecie di cui all'art. 319-*quater* c.p., anche questa non appare immune da critiche rilevanti, sia sotto il profilo contenutistico - strutturale, che sotto quello della reale efficacia general - preventiva; inoltre, non

3 *Ibidem*. Esclusa la necessità di adeguamento alle fonti sovranazionali quale reale ratio della novellazione, la stessa avrebbe dovuto operare al fine di rendere meno incerti i confini tra le fattispecie di corruzione e concussione, ma è proprio su tale terreno che le nuove norme si rivelano poco convincenti, lasciando sostanzialmente insoluti i temi dogmatici maggiormente dibattuti e i profili applicativi di maggiore problematicità.

4 Sotto il profilo delle comminatorie edittali, la pena prevista per la concussione è stata incrementata solamente nel minimo, passato da quattro a sei anni di reclusione; l'art. 319-*quater* c.p., invece, prevede una pena tra i tre e gli otto anni di reclusione, disponendo anche la punibilità del privato con la reclusione sino a tre anni.

5 Cfr.: Silvestre P., *La riforma novellistica dei reati contro la p.a. nell'ottica del diritto penale sostanziale*, cit., pag. 2310.

6 *Ibidem*. L'esclusione dell'incaricato di pubblico servizio dai soggetti attivi del reato di cui all'art. 317 c.p., dunque, è un evidente vulnus che non ha alcuna giustificazione né criminologica né dogmatica, legittimando così la ricerca di eventuali interessi particolaristici, sottesi all'introduzione della nuova disciplina, che tanto ha appassionato i primi commentatori dedicatisi alla ricerca dei vantaggi che il passaggio dall'art. 317 c.p. al nuovo art. 319-*quater* c.p., avrebbe potuto recare agli imputati per concussione, in base al combinato disposto dell'art. 2 c.p., con la disciplina della prescrizione.



sembra apportare alcun ausilio alla migliore delimitazione dei confini tra concussione e corruzione. Per quanto attiene alla struttura dei reati in oggetto, la categoria concettuale, che rende maggiormente fumoso il discrimine delle due realtà, era ed è il concetto di induzione: fenomeno che, notoriamente, sfugge alla possibilità di una rigorosa delimitazione descrittiva attraverso predeterminate regole semantiche<sup>7</sup>. Il concetto di induzione è stato adottato nella nuova fattispecie, senza alcuna specificazione e persino in forma neutra rispetto al fatto che gli effetti prodotti siano positivi o sfavorevoli per il privato. Opzione che non contiene alcun elemento di ausilio che consenta di discernere una induzione «costrittiva», ergo realmente «concessiva», da una induzione «propositiva», avente pertanto natura corruttiva. In più, la costrizione e l'induzione, nel momento in cui divengono il fulcro del tipo criminologico che caratterizza due reati distinti, richiedono di essere definite con una chiarezza e una tassatività ancor maggiori di quelle necessarie al loro operare congiunto. Nel momento in cui i due concetti sono scissi, costituendo il disvalore specifico di singole fattispecie di reato, il rigoroso rispetto del principio di determinatezza impone che la loro precisazione non possa essere demandata alle preferenze degli interpreti. Non a caso, i primi pronunciamenti della Cassazione hanno specificato il concetto di induzione del nuovo art. 319 - *quater* c.p., integrandolo con elementi di struttura estranei alla norma, quali ad esempio l'ingiustizia del male minacciato o l'indebito vantaggio, per poi precisare che «l'induzione richiesta per la realizzazione del delitto previsto dall'art. 319 comma 1 - *quater* c.p., non è diversa, sotto il profilo strutturale, da quella del previgente art. 317 c.p., pertanto quanto all'induzione vi è continuità normativa tra le due norme essendo formulate in termini del tutto identici»<sup>8</sup>. Il passo successivo, per la verità facilmente prevedibile, è stato

il rapido proliferare di interpretazioni discordanti in seno alla Corte di legittimità. Discordanze culminate con l'ordinanza del 9 maggio 2013, con cui la Sesta Sezione ha rimesso alle Sezioni Unite penali l'individuazione del criterio di distinzione e di reciproca delimitazione tra la riformata figura di concussione e la nuova fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità. Con la paradossale conseguenza che l'approssimazione giuridica che ha caratterizzato l'attività di novellazione ancora una volta ha demandato al potere giudiziario un compito che sarebbe spettato al legislatore.

## **2. La sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, n. 1228 del 24 ottobre 2013.**

E veniamo alla decisione delle Sezioni Unite del 2013, esaminando in rapida sequenza i suoi contenuti nomoflattici ed ermeneutici. La Cassazione ha così affermato quanto segue. Sussiste continuità normativa fra la concussione per induzione di cui al previgente art. 317 c.p. e il nuovo reato di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319 *quater*, introdotto dalla l. n. 190 del 2012, considerato che la pur prevista punibilità, in quest'ultimo, del soggetto indotto, non ha mutato la struttura dell'abuso induttivo, fermo restando, per i fatti pregressi, l'applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio di cui alla nuova norma. Il reato di concussione e quello di induzione indebita a dare o promettere utilità si differenziano dalle fattispecie corruttive, in quanto i primi due illeciti richiedono, entrambi, una condotta di prevaricazione abusiva del funzionario pubblico, idonea, a seconda dei contenuti che assume, a costringere o a indurre l'*extraneus*, comunque in posizione di soggezione, alla dazione o alla promessa indebita, mentre l'accordo corruttivo presuppone la *par condicio contractualis*

7 *Ibidem*. Per fare chiarezza, dunque, si sarebbe dovuto precisare quale tipologia di induzione si intenda sanzionare o in cosa quest'ultima consista, per poi decidere, una volta per tutte, se collocarne il disvalore nella concussione o nella corruzione dei soggetti qualificati, con conseguente adeguamento della disciplina in tema di istigazione alla corruzione ex art. 322 c.p., sedes materiae più appropriata.

8 Cfr.: Cass. Penale, Sez. VI, 3.12.2012, n. 7495, reperibile in *Massimario Cassazione*.

ed evidenzia l'incontro libero e consapevole della volontà delle parti. Il delitto di concussione, di cui all'art. 317, è caratterizzato, dal punto di vista oggettivo, da un abuso costrittivo del pubblico agente che si attua mediante violenza o minaccia, esplicita o implicita, di un danno "contra ius" da cui deriva una grave limitazione della libertà di determinazione del destinatario che, senza alcun vantaggio indebito per sé, è posto di fronte all'alternativa di subire un danno o di evitarlo con la dazione o la promessa di una utilità indebita e si distingue dal delitto di induzione indebita, previsto dall'art. 319 *quater*, la cui condotta si configura come persuasione, suggestione, inganno (sempre che quest'ultimo non si risolva in un'induzione in errore), di pressione morale con più tenue valore, condizionante della libertà di autodeterminazione del destinatario, il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione

non dovuta, perché motivata dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale, che giustifica la previsione di una sanzione a suo carico<sup>9</sup>. Sebbene l'art. 317 - *bis* c.p., modificato dalla l. n. 190/2012, non prevede tra i reati che comportano l'interdizione dai pubblici uffici l'induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319 - *quater* c.p., tuttavia, deve ritenersi che a tale reato consegua comunque detta pena accessoria, trattandosi di reato commesso con abuso di poteri<sup>10</sup>. Il tentativo di induzione indebita a dare o promettere utilità si differenzia dall'istigazione alla corruzione attiva di cui all'art. 322, commi 3 e 4, c.p., perché mentre quest'ultima fattispecie si inserisce sempre nell'ottica di instaurare un rapporto paritetico tra i soggetti coinvolti, diretto al mercimonio dei pubblici poteri, la prima presuppone che il funzionario pubblico, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, ponga potenzialmente il suo interlocutore in uno stato di soggezione,

avanzando una richiesta perentoria, ripetuta, più insistente e con più elevato grado di pressione psicologica rispetto alla mera sollecitazione, che si concretizza nella proposta di un semplice scambio di favori. Il reato di concussione e quello di induzione indebita a dare o promettere utilità si differenziano dalle fattispecie corruttive, in quanto i primi due illeciti richiedono, entrambi, una condotta di prevaricazione abusiva del funzionario pubblico, idonea, a seconda dei contenuti che assume, a costringere o a indurre l'*extraneus*, comunque in posizione di soggezione, alla dazione o alla promessa indebita, mentre l'accordo corruttivo presuppone la *par condicio contractualis* ed evidenzia l'incontro libero e consapevole della volontà delle parti.

### 3. Costrizione e induzione: un confine troppo incerto.

La sentenza in commento pone una demarcazione assolutamente necessaria tra l'induzione lecita e quella illecita, allo scopo di evitare



9 In motivazione, la Corte ha precisato che, nei casi ambigui, l'indicato criterio distintivo del danno antiggiuridico e del vantaggio indebito va utilizzato, all'esito di un'approfondita ed equilibrata valutazione del fatto, cogliendo di quest'ultimo i dati più qualificanti idonei a contraddistinguere la vicenda concreta.

10 In motivazione la Corte ha precisato che la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici deve essere modulata nella sua durata in base alle norme generali di cui agli artt. 29, 31 e 37 c.p.

che qualsivoglia ordine dell'autorità diventi un delitto, con la conseguenza di smantellare i caposaldi dell'apparato pubblico, vale a dire la gerarchia e il principio di direzione. La sentenza si occupa, quindi, della ricerca di un criterio distintivo tra l'ipotesi riformata di concussione e la nuova fattispecie di dazione indebita. Secondo questa ricostruzione, il confine tra le due norme va rintracciato in forza di un elemento oggettivo: il tipo di conseguenza prospettata al privato. Se, nella concussione, il privato paga per sottrarsi a un danno ingiusto, nell'induzione, invece, il privato paga, cercando di influenzare la discrezionalità del pubblico ufficiale, per conseguire vantaggi illeciti. Inoltre, nella sentenza, si specifica che, nell'art. 317 c.p., vi è costrizione della vittima perché si è impiegata una minaccia; nell'art. 319 - *quater* c.p., invece, non può parlarsi propriamente di minaccia perché il danno non sarebbe *iniuria datum*. Si delinea, poi, un confine tra le norme precedenti e la corruzione; in questi casi, infatti, il privato paga per ottenere benefici illegittimi ben determinati ex art. 319 c.p., oppure per assoggettare l'intera funzione del pubblico ufficiale ai propri interessi, ex art. 318 c.p.<sup>11</sup> La precedente equiparazione tra la condotta di costrizione e quella d'induzione conferiva alla norma incriminatrice una portata troppo ampia, con la conseguenza di sanzionare, in modo analogo, ipotesi tra loro non omogenee e cariche di un disvalore molto divergente. In entrambi i casi, comunque, il privato era considerato una vittima e, quindi, non era punito. È stato, soprattutto, questo aspetto e l'uso che, negli anni, è

stato fatto della norma da parte della giurisprudenza, a destare grande preoccupazione presso gli organismi internazionali incaricati di valutare la normativa anticorruzione<sup>12</sup>. Infatti, se poteva risultare comprensibile la mancata previsione di responsabilità penale per il privato che fosse stato costretto alla dazione o alla promessa dell'utilità indebita, maggiori dubbi sorgevano sull'adeguatezza della precedente disciplina nelle ipotesi di induzione, condotta dai confini non chiaramente definiti e difficilmente distinguibile dalla corruzione, poiché risultava complesso, alla prova dei fatti, qualificare il tipo di rapporto intercorrente tra il pubblico agente e il privato<sup>13</sup>. Le raccomandazioni provenienti dalla Convenzione anticorruzione OCSE in Italia hanno riguardato anche questo aspetto e, in particolare, la necessità di evitare che la fattispecie della concussione potesse risolversi in uno strumento di possibile esonero da responsabilità per la corruzione internazionale. Inoltre, il rapporto "Greco" ha individuato la necessità di evitare che le previsioni di cui al precedente art. 317 c.p. – non conosciuto nelle restanti codificazioni europee – consentissero al privato che desse denaro al pubblico ufficiale di sfuggire alla sanzione, presentandosi come vittima del reato di concussione. Con la riforma del 2012, si è voluto porre rimedio a questa situazione: la separazione della condotta di costrizione da quella di induzione è il precipitato di tali considerazioni<sup>14</sup>. In ragione di questa diversità strutturale delle due fattispecie, la Corte esclude che la distinzione tra l'art. 317 c.p. e l'art. 319 - *quater* c.p., possa essere fondata sulla supposta diversa intensità quantitativa della coazione: in altri termini, sarebbe erroneo supporre che il concusso non venga punito perché privo della libertà di agire diversamente, mentre l'indotto risponderebbe penalmente perché è pur sempre in grado di sottrarsi all'indebita richiesta. La sentenza, quindi, esclude che sia possibile attuare una comparazione sulla base dell'intensità della condotta tra induzione e costrizione, posto che, in un caso, si tratta di un reato a forma vincolata (concussione) e, nell'altro, di uno a forma libera (induzione indebita). Questa diversità strutturale tra le fattispecie fa sì che il criterio differenziale tra concussione e induzione non possa essere basato sul diverso grado di coazione. Dopo aver escluso, per le ragioni sopra esposte, di poter fare riferimento alla diversa intensità quantitativa della coazione, la S. C. individua come criterio



11 Cfr.: Venafro E., *Concussione e induzione indebita: un confine ancora irrisolto*, in *Cass. Penale*, 4, 2014, pag. 1243 e seg.  
 12 *Ibidem*.  
 13 Potendo quest'ultimo, in concreto, non trovarsi in un rapporto di reale soggezione rispetto al primo ma, piuttosto, su un piano paritetico, di vera e propria partecipazione all'accordo criminale.  
 14 Il delitto di concussione ha, infatti, subito un restringimento della propria area operativa, essendo ora limitato al solo fatto del pubblico ufficiale (e non più a quello dell'incaricato di pubblico servizio) che costringa il privato all'illecita dazione o promessa di denaro o altra utilità. La seconda fattispecie di reato, scorporata dall'art. 317 c.p. e ora inserita in un'ipotesi autonoma ex art. 319-*quater* c.p., dà vita al delitto di induzione indebita e mutua gli elementi qualificanti dalla previgente figura di concussione per induzione. Rappresenta, invece, un dato di assoluta novità l'inclusione nella sfera punitiva (sia pur in modo più lieve rispetto al pubblico agente) anche del soggetto che dia o prometta denaro o altra utilità e che, da persona offesa nell'originaria ipotesi di concussione per induzione, diventa, adesso, nell'art. 319-*quater* c.p., soggetto penalmente responsabile.

di differenziazione tra le due norme un elemento oggettivo: il tipo di conseguenza prospettata al privato<sup>15</sup>.

#### 4. Conclusioni.

A parere di chi scrive, nel contesto contemporaneo, non ha alcun senso distinguere le condotte induttive dalle condotte costrittive, potendo entrambe determinare in ugual misura una costrizione della volontà del *deceptus* idonea ed escluderne la punibilità e la colpevolezza, quanto meno sotto il profilo dell'esigibilità, e comportando la distinzione sia un indebolimento di tutela che un'ulteriore complicazione probatoria. Inoltre, non può negarsi l'impossibilità di una reale graduazione di gravità delle due condotte poiché tutti gli studi scientificamente condotti dimostrano come le corrotte, raggiunta la dimensione sistemica, protendano sempre a operare secondo lo schema dell'induzione e non della costrizione, vale a dire secondo le medesime logiche sfumate, che furono considerate costitutive della così detta concussione ambientale. Il punto maggiormente critico della nuova fattispecie, tuttavia, si palesa quello della punibilità del concusso per induzione, scelta che offre il fianco a una vasta serie di criticità: problemi criminologici afferenti all'inesigibilità del comportamento alternativo lecito; problemi dogmatici relativi alla determinazione del dolo e alla natura del rimprovero di colpevolezza rivolgibile al privato, al quale dovrà essere necessariamente excepto di non aver opposto resistenza all'induzione subita dal soggetto qualificato; problemi di politica criminale correlati al suo produrre un certo incremento della "cifra nera" della corruzione, essendo evidentemente come la stessa sia palesemente idonea a costituire uno stimolo al suo superamento<sup>16</sup>. La criminalizzazione del soggetto indotto alla dazione, infatti, risulta un vero e proprio paradosso criminologico, specie là dove uno Stato come quello italiano, caratterizzato da un estremo livello di anomia, voglia imporre ipocritamente al diritto penale il ruolo di una propulsione moralizzatrice della popolazione cui le norme sono indirizzate. Inoltre, la coerenza sistematica del diritto penale vorrebbe che medesimi concetti non possano essere utilizzati in modo polisenso a secondo dei singoli reati. Pertanto, se si ritiene che l'induzione non elida la libertà di cognizione, di volizione e di reazione del soggetto passivo, che anzi ha il dovere morale di opporvisi, essendo altrimenti sanzionato con pena detentiva sino a tre anni (come fatto nel recente art. 319 - *quater* c.p.), allora non si potrebbe

INTERESSARCI  
ALLE VOSTRE  
CONDIZIONI DI  
VITA? SUVVIA  
FANNO TALMENTE  
SCHIFO CHE NON HANNO  
NESSUNA ATTRATTIVA.



ritenere che la medesima condotta induttiva possa escludere la punibilità in altre fattispecie di reato. È, dunque, evidente che tale disposizione non tiene conto della dimensione vittimologica reale e degli studi sociologici del settore<sup>17</sup>.

Da ultimo, ove si volesse sanzionare comunque il soggetto «indotto» non si potrebbe prescindere dalla natura dell'atto (contrario o conforme ai doveri d'ufficio) di cui quest'ultimo avesse beneficiato, essendo riconoscibile al conseguimento di un vantaggio illecito, pur indotto dalla controparte, un disvalore sicuramente più evidente del pagamento indotto per la realizzazione di un atto di ufficio cui il privato avrebbe avuto comunque diritto. In conclusione, le modifiche apportate in tema di concussione non comportano alcun ausilio nella miglior definizione del confine tra concussione e corruzione e, al di là della simbolica deterrenza general-preventiva derivante dall'incremento delle pena, determinano maggiore confusione dogmatica e un sostanziale indebolimento della tutela<sup>18</sup>.



Lucia Murgolo  
avvocato in Foggia

15 Ciò significa che l'art. 317 c.p., potrà ritenersi integrato solo nel caso in cui il pubblico ufficiale abbia prospettato al privato un danno ingiusto; per converso, stante il carattere residuale dell'art. 319-*quater* c.p. (è induzione tutto quello che non è costrizione), questa fattispecie deve trovare applicazione tutte le volte in cui il pubblico ufficiale prospetta una qualsiasi conseguenza dannosa che derivi dalla legge.

16 Cfr.: Silvestre P., *La riforma novellistica dei reati contro la p.a. nell'ottica del diritto penale sostanziale*, cit., pag. 2312.

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*. Sul tema si possono consultare anche: Maruotti R. G., *La Cassazione tra vecchia e nuova Concussione per induzione*, in *Questione Giustizia*, 11.2.2013; Manna A., *La differenza tra concussione per costruzione e induzione indebita: riflessioni a margine del dispositivo delle Sezioni Unite*, in *Archivio Penale*, 1, 2013, pag. 15 e seg.

# ***Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini e il diritto della madre all'anonimato del parto.***

*La delicata questione alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale n. 278 del 22 novembre 2013*

## **1. PREMESSA**

Il presente commento ha il fine di porre in risalto alcuni aspetti relativi ad una recente pronuncia della Corte Costituzionale del 22 novembre 2013 n. 278, che affronta nuovamente la delicata questione del bilanciamento tra il diritto della donna all'anonimato del parto ed il soddisfacimento della contrapposta aspirazione del figlio alla conoscenza delle proprie origini.

L'Italia, assieme alla Francia e al Lussemburgo, è uno dei pochi Paesi europei che mantiene l'istituto del parto anonimo, strumento volto a garantire alla donna di poter partorire non clandestinamente, in condizioni sanitarie adeguate, senza dover per ciò subire la costituzione di diritto della filiazione.

Al diritto all'anonimato della madre, tuttavia, si contrappone quello del figlio alla conoscenza delle proprie origini.

La normativa italiana ha sempre guardato con sfavore ad un simile diritto: tale comportamento ha fatto in modo che anche la legge di riforma dell'adozione mantenesse intonsa la disciplina sull'anonimato della madre, nonostante il suo carattere profondamente innovativo in materia di diritto all'informazione dell'adottato.

La Corte Costituzionale, già investita della medesima questione nel 2005, aveva mostrato di non aver recepito l'orientamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: atteggiamento che, unito all'inattività del legislatore, ha

condotto nel 2012 alla condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo.

## **2. IL DIRITTO DELLA MADRE ALL'ANONIMATO DEL PARTO E IL DIRITTO DEL FIGLIO A CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI**

Il diritto della donna all'anonimato del parto<sup>1</sup> si pone in rotta di collisione con un principio giuridico antagonista che si è affermato in ambito internazionale: il diritto a conoscere le proprie origini come diritto fondamentale della persona, riconosciuto e tutelato in importanti fonti sovranazionali<sup>2</sup>.

Nel nostro ordinamento il diritto di rivendicare la verità sulla propria identità ha un sicuro referente, sul piano costituzionale, nell'art. 2, considerato come norma *"aperta ed elastica"* nella quale trovano garanzia tutti gli interessi afferenti alla sfera individuale e strumentali alla realizzazione della persona<sup>3</sup>.

La conoscenza delle proprie origini non va vista soltanto nella sua veste di diritto fondamentale della persona in quanto necessario mezzo di costruzione della propria identità, ma anche come interesse funzionale alla tutela del diritto alla salute ex art. 32 Cost., data l'importanza crescente assunta dalle informazioni genetiche nella diagnosi, nella cura e nella prevenzione di molte patologie. È infatti noto che alcune diagnosi e terapie sono possibili solo se si dispone del DNA, delle cellule staminali o del midollo dei genitori biologici.

1 La legge di ordinamento dello stato civile, riformata con D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, consente infatti alla madre, all'art. 30, 1° comma, di non essere nominata nella dichiarazione di nascita. Il D.M. Salute n. 349/2001 contempla la mancata menzione nel certificato di assistenza al parto. In realtà è tecnicamente possibile rintracciare le generalità della puerpera dal raccordo tra il certificato di assistenza alla nascita, rilasciato dal personale sanitario che certifica l'avvenuto parto, con la cartella clinica custodita presso il luogo dove è avvenuto il parto.

2 È doveroso ricordare: la Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989 (ratificata dall'Italia con L. 27 maggio 1991 n. 176), in particolare l'art. 7, che ha sancito il diritto del fanciullo "nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori". Il documento finale della Conferenza Mondiale sull'Infanzia, firmato a New York il 30-9-1990, che al punto 15 richiama il diritto di ciascun bambino di trovare la propria identità. La Convenzione dell'Aja, del 29 maggio 1993, sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale (ratificata dall'Italia con L. 31.12.1998, n. 476), il cui art. 30 si riferisce espressamente alle informazioni sulle origini del minore che siano in possesso delle competenti autorità di ogni Stato contraente; tale disposizione prevede la conservazione di tali informazioni comprese quelle sull'identità della madre e del padre (biologici), e che alle stesse sia assicurato l'accesso da parte del minore o del suo rappresentante *"nella misura consentita dalla legge dello Stato"*. La Raccomandazione 1443 (2000) del 26 gennaio 2000 del Consiglio d'Europa, intitolata "Per il rispetto dei diritti del bambino nell'adozione internazionale", con cui l'assemblea del Consiglio d'Europa ha invitato gli Stati ad *"assicurare il diritto dei bambini adottati a sapere delle proprie origini al più tardi al raggiungimento della maggior età ed eliminare dalla legislazione nazionale ogni clausola contraria"*.

3 Cfr. Cass. civ., 7.02.1996, n.978; Corte Cost. 3.02.1994, n. 13. In dottrina, si veda, per tutti: A. Barrera, *Principi fondamentali*, sub art. 2, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977, pp. 84 e ss; D. Messinetti, voce Personalità (diritti della), in *Enc. del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, 371 ss.

Ed invero nel passato la giurisprudenza di merito, pur avendo assunto posizioni variegata dinanzi alle richieste di accedere alle informazioni relative all'identità dei genitori biologici<sup>4</sup>, ha ritenuto, prevalentemente, che si potesse autorizzare tale accesso solo in presenza di motivi di eccezionale gravità e, in modo particolare, in presenza di gravi motivi di salute<sup>5</sup>.

### 3. LA CONOSCENZA DELLE ORIGINI DELL'ADOTTATO E LA LEGGE SULL'ADOZIONE

La disciplina in tema di adozione, di cui alla L. 4 maggio 1983, n. 184, è improntata alla segretezza sulle origini dell'adottato e sull'identità dei genitori biologici.

I limiti soggettivi di tale segreto si esplicano, infatti, in due direzioni: a) come divieto di divulgazione della qualità di figlio adottivo<sup>6</sup>; b) come divieto di ricerca della paternità e della maternità biologica dell'adottato.

Con riferimento al secondo profilo, la disposizione di legge, oggetto di attenzione in questa sede, è l'art. 28 che, nel corso degli anni, ha subito tutta una serie di modifiche e integrazioni ad opera di successivi interventi normativi.

Tale norma, nella formulazione antecedente la riforma introdotta con L. 28 marzo 2001, n. 149, disponeva che il divieto di divulgazione di notizie circa l'origine dell'adottato, dovesse essere osservato anche se a richiedere le informazioni fosse stato lo stesso adottato: una volta sorto il rapporto adottivo se ne voleva tutelare la segretezza; si voleva, cioè, tutelare quello che viene considerato un vero e proprio diritto di non sapere in capo all'adottato di fronte al tentativo dei



terzi (e, precisamente, dei genitori biologici) di imporre una conoscenza non necessaria e non desiderata<sup>7</sup>.

La legge di riforma dell'adozione ha fatto della disciplina sulle informazioni riguardanti i genitori biologici uno dei punti di maggiore novità.

È stato infatti sancito l'obbligo per i genitori adottivi di informare il figlio riguardo le circostanze della sua nascita (art. 28 comma 1). Inoltre, la novella legislativa ha introdotto la possibilità per l'adottato di conoscere le sue origini biologiche assoggettandola però ad una serie di cautele variamente graduate relativamente alla sua età e alle ragioni della ricerca<sup>8</sup>.

Ai sensi dell'art. 28 comma 7, così come sostituito dall'art.

4 Alcune pronunce hanno escluso categoricamente che l'adottato potesse accedere alle informazioni relative alle proprie origini in nome dell'esigenza di tutelare la riservatezza: cfr. Trib. Min. Torino 4 febbraio 1986, in *Dir. Fam. Pers.*, 1986, p. 186. Altre pronunce distinguono la posizione dell'adottato in funzione della sua età, riconoscendo il diritto di conoscere le proprie origini solo all'adottato maggiorenne: cfr. Trib. Min. Emilia Romagna 30 gennaio 1996, in *Dir. Fam. Pers.*, 1996, p. 656; Trib. Min. Perugia 27 febbraio 2001, in *Dir. Fam. Pers.*, 2001, p. 627.

5 In questo senso: Trib. Min. Roma 30 maggio 1994, in *Dir. Fam. Pers.*, 1994, p. 1315; Trib. Min. Perugia, 19 luglio 1999, in *Dir. Fam. Pers.*, 1999, p. 1260; Trib. Min. Perugia, 4 dicembre 2001, in *Rass. giur. umbra*, 2002, 417; App. Palermo 11 dicembre 1992, in *Dir. Fam. Pers.*, 1993, p. 587.

6 L'art. 28, comma 2, della legge n. 184/1983 dispone che "qualunque attestazione di stato civile riferita all'adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore e dell'annotazione di cui all'art. 26, comma 4". L'art. 73, della medesima legge, prevede una sanzione penale per l'ipotesi di rivelazione di notizie atte a rintracciare il minore adottato o, comunque, relative allo stato di figlio adottivo.

7 Cfr. Pret. Bari 30 dicembre 1986, che ha ordinato d'urgenza la cessazione dei comportamenti della madre naturale volti a ristabilire i contatti con il figlio abbandonato alla nascita, ritenendo che l'adottato, in base alla legge n. 431 del 1967 e, a fortiori, ai sensi della legge n. 184/1983, ha il diritto di ignorare l'identità dei propri genitori naturali. L'ordinanza è pubblicata in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 105, con commento di C. Scognamiglio, "Sul diritto dell'adottato ad ignorare l'identità dei propri genitori naturali".

8 In primo luogo, l'accesso ai dati summenzionati è consentito in linea generale e senza limitazioni all'adottato che abbia compiuto venticinque anni. Invece, per l'adottato maggiorenne infraventicinquenne è ammesso "se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica", previa autorizzazione del Tribunale per i minorenni (art. 28 comma 5), mentre non è necessario adire il Tribunale quando i genitori adottivi siano deceduti o divenuti irrimediabilmente (art. 28 comma 8); infine, per il minorenni, è consentito ai genitori adottivi "se sussistono gravi e comprovati motivi, su autorizzazione del Tribunale", oppure direttamente al responsabile della struttura ospedaliera o di un presidio sanitario, "ove ricorrano i presupposti della necessità e dell'urgenza e vi sia grave pericolo per la salute del minore" (art. 28 comma 4).



177, comma 2, del D.lgs. 20.06.2003, n.196 (*“Codice in materia di protezione dei dati personali”*), rimane invece assolutamente preclusa la conoscenza di tali informazioni all’adottato la cui madre abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata<sup>9</sup> ai sensi dell’articolo 30, comma 1, del DPR 3 novembre 2000, n. 396 (*“Regolamento dello stato civile”*).

In questa ipotesi il legislatore, operando una valutazione comparativa degli interessi coinvolti, ha ritenuto che il diritto alla riservatezza della madre, attraverso il veto opposto da questa, al momento del parto, alla propria identificazione successiva, dovesse prevalere sulla pretesa dell’adottato di conoscere le proprie radici<sup>10</sup>.

Tale preclusione all’accesso non è però illimitata: l’unico “temperamento” della norma consiste nel disposto dell’art. 93, comma 2, del D.lgs. 196 /2003, secondo cui *“il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia*

*dichiarato di non voler essere nominata [...], possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità della legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento”*. Prima del decorso dei cento anni opera il vincolo del comma 3° dell’art. 93 ad osservare le *“opportune cautele”* per evitare che la madre sia identificabile .

#### **4. LA PRECEDENTE SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE DEL 25 NOVEMBRE 2005, N. 425: L'INFONDATEZZA DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL NOVELLATO ART. 28, COMMA 7, L. 184/83**

Con sentenza n. 425/2005 la Corte Costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 28, comma 7, della Legge n.184/1983, così come sostituito dall’art. 177 comma 2° del d.lgs.196/2003, nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare l’adottato all’accesso delle informazioni sulle proprie origini senza aver previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica.

La questione, sollevata dal Tribunale per i Minorenni di Firenze con ordinanza del 21/07/2004, scaturisce dalla vicenda di un trentenne adottato all’età di pochi mesi che, spinto dal desiderio di conoscere le proprie origini, chiedeva di poter accedere alle informazioni circa l’identità della madre biologica la quale, però, al momento del parto, aveva dichiarato l’intenzione di non essere nominata.

Ad avviso del rimettente, la negazione a priori dell’autorizzazione all’accesso alle notizie sulla propria famiglia biologica per il solo fatto che il genitore abbia dichiarato di non voler essere nominato, costituirebbe una violazione del diritto di ricerca delle proprie origini e dunque del diritto all’identità personale dell’adottato ai sensi dell’art. 2 Cost.<sup>11</sup>.

La Corte però ritiene la questione infondata sulla base di un’argomentazione prettamente incentrata sulle finalità che la norma persegue<sup>12</sup>.

9 Disciplina che ha i suoi antecedenti storici nell’esperienza delle *“ruote degli esposti”*, che consentivano alle madri di lasciare i figli ad Istituti di ricovero senza farsi riconoscere. La norma riproduce testualmente il dettato del previgente art.70 regio decreto 9 luglio 1939 n.1238.

10 Si realizzerebbe per tale via una eccezionale ipotesi di legge in cui, al contrario di quanto avviene per tutti i diritti e le libertà fondamentali, il diritto del figlio a sviluppare pienamente e liberamente la sua personalità cede, senza alcuna possibilità di bilanciamento, rispetto al diritto alla riservatezza della madre. Cfr. P.Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006.

11 Oltre ad essere *“lesiva del diritto alla salute ed all’integrità psico-fisica”*, ai sensi dell’art. 32 Cost., e a violare il principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 Cost., *“in quanto sottopone ad una diversa disciplina due soggetti che si trovano nella medesima condizione, cioè l’adottato la cui madre non abbia dichiarato alcunché e quello la cui madre abbia dichiarato di non voler essere nominata, senza tenere in alcuna considerazione l’eventualità che possa aver cambiato idea”*.

12 *“La norma impugnata mira evidentemente a tutelare la gestante che - in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale - abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l’anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita: e in tal modo intende - da un lato - assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e - dall’altro - distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest’ultimo ben più gravi”*. *“Pertanto la norma impugnata, in quanto espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda, non si pone in contrasto con l’art. 2 della Costituzione”* (cfr. Corte Cost., sentenza 425/2005, par. 4).



Il Giudice costituzionale, alla correttezza di una costruzione teorica del bilanciamento degli interessi coinvolti nella vicenda, aveva preferito un'interpretazione più funzionale per evitare in concreto quelle che chiama "decisioni irreparabili" (aborto clandestino, infanticidio o abbandono di minore).

Una prima immediata critica opposta a tale pronuncia riguarda la sua scarsa lungimiranza e la sua lampante contrarietà all'orientamento della Corte Europea in materia di parto anonimo, con particolare riferimento alla "sentenza *Odièvre*"<sup>13</sup>: diversi autori<sup>14</sup>, nell'analizzare la stessa pronuncia, avevano preventivato una condanna di Strasburgo all'Italia, che infatti è puntualmente arrivata.

##### **5. LA CONDANNA DELL'ITALIA DA PARTE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO CON LA SENTENZA N. 33783/09 DEL 25 SETTEMBRE 2012 (GODELLI CONTRO ITALIA)**

Come preannunciato, la Corte Europea ha condannato l'Italia che ha ingiustificatamente ignorato il precedente *Odièvre c. Francia*<sup>15</sup>.

La ricorrente Anita Godelli, dopo aver attivato un iter amministrativo (Ufficio dello Stato civile) e giurisdizionale (Tribunale, Tribunale per i Minorenni e Corte d'Appello) per avere informazioni sull'identità della madre, si vede negare tali notizie in applicazione dell'art. 28, comma 7 della L. 184/1983; adisce dunque la Corte di Strasburgo per violazione del suo diritto alla vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8 della Cedu, in quanto tale norma (rubricata "*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*") ricomprende, secondo la stessa Corte, anche l'interesse dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini.

La Corte Europea osserva<sup>16</sup> che "*il diritto di conoscere la propria ascendenza rientra nel campo di applicazione della nozione di "vita privata" che comprende aspetti importanti*

13 La Corte di Strasburgo aveva avuto modo di pronunciarsi in materia di parto anonimo già nel 2003 nella sentenza *Odièvre c. Francia* (n. 42326/98 del 13 febbraio 2002, in [www.echr.coe.int/echr/](http://www.echr.coe.int/echr/)), giudicando ragionevole il sistema francese di bilanciamento tra il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini e quello della madre all'anonimato del parto. La legge francese, infatti, basata sul principio del consenso, istituisce un ente preposto, a richiesta dell'adottato, a mettersi in contatto con la madre naturale rimasta anonima, per ricercarne il consenso a rivelare la sua identità al figlio abbandonato; solo nel caso la donna lo accetti, le sue generalità verranno rivelate, in caso contrario rimarranno sconosciute.

14 Cfr. A.O. Cozzi, *La Corte Costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in Giur. Cost., 2005, 6; E Bolondi, *Il diritto della partorientente all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo*, Nuova Giur. Civ. Comm., 2009, vol. II, pp. 291-295.

15 Tale pronuncia esprime chiaramente la posizione di Strasburgo in materia di parto anonimo e poteva, anzi doveva, mettere in guardia l'Italia, evitandole la condanna della Corte europea.

16 *Godelli c. Italia*, n. 33783/09 del 25 settembre 2012, in [www.echr.coe.int/echr/](http://www.echr.coe.int/echr/).

## **La Corte Costituzionale ribadisce quindi, come già nella sua decisione del 2005, l'importanza della tutela dell'anonimato come strumento di salvaguardia della vita e della salute sia della madre sia del figlio, in quanto utili a garantire che la nascita avvenga in condizioni ottimali e a distogliere la donna dal ricorso a “decisioni irreparabili”.**

*dell'identità personale di cui fa parte l'identità dei genitori. [...]. L'art. 8 [Cedu] tutela un diritto all'identità ed allo sviluppo personale e quello di allacciare e approfondire relazioni con i propri simili ed il mondo esterno. A tale sviluppo contribuiscono la scoperta dei dettagli relativi alla propria identità di essere umano e l'interesse vitale, tutelato dalla Convenzione, ad ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità riguardante un aspetto importante dell'identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori. La nascita, e in particolare le circostanze di quest'ultima, rientrano nella vita privata del bambino, e poi dell'adulto, sancita dall'art. 8 della Convenzione”<sup>17</sup>.*

Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo ritiene che la normativa italiana non abbia cercato di stabilire un equilibrio ed una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa, in quanto viene data una preferenza incondizionata all'interesse all'anonimato della madre, oltrepassando così il margine di discrezionalità dello Stato in materia.

Pertanto, ad avviso della medesima Corte, vi è stata violazione dell'art. 8 della Convenzione<sup>18</sup>.

### **6. IL REVIREMENT OPERATO DALLA CONSULTA CON LA DECISIONE IN COMMENTO: LA ILLEGITIMITÀ DELLA “IRREVERSIBILITÀ DEL SEGRETO” EX ART. 28, COMMA 7, L. 184/83**

Con la sentenza n. 278 del 22 novembre 2013 la Corte Costituzionale torna sul tema del diritto del figlio adottato a conoscere le proprie origini e, con una sentenza additiva di principio, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della L. n. 184/1983, come sostituito dall'art.177, comma 2, del D.lgs. 196/2003, “nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre - che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 - su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione”<sup>19</sup>.

La pronuncia del Giudice costituzionale avviene nell'ambito di un giudizio di legittimità che viene sollevato dal Tribunale per i Minorenni di Catanzaro con ordinanza n. 43 del 13/12/2012<sup>20</sup>.

Il caso si presenta molto simile a quello già deciso dalla Consulta nel 2005, tanto che il parametro costituzionale utilizzato è lo stesso (artt. 2, 3 e 32 Costituzione), a cui si aggiunge l'art. 117, comma 1, in riferimento alla sopracitata “sentenza Godelli” e all'art. 8 della Cedu.

Ovviamente questa volta la Consulta, che non ha potuto ignorare la giurisprudenza della Corte Europea, riprende in gran parte quanto già esposto nella decisione del 2005,

17 Peralto, già nel 1989, la Corte, con la sentenza *Gaskin c. Regno Unito*, ricorso n. 10454/83, ha ritenuto che il fascicolo formato al momento della nascita sostituisca i ricordi e l'esperienza dei genitori di un bambino. Essendo talvolta l'unico mezzo per conoscere con precisione gli aspetti squisitamente personali dell'infanzia, dell'evoluzione e del vissuto, siffatto fascicolo potrebbe rappresentare “la principale fonte di informazione” sul passato e sugli anni di formazione del richiedente. Su tale presupposto la Corte ha affermato l'esistenza di un interesse, protetto dall'art. 8 CEDU, a ricevere informazioni idonee ad assicurare la conoscenza e la comprensione della infanzia e degli anni di formazione. Alcuni anni dopo, la Corte europea, con la sentenza del 7 febbraio 2002, *Mikulic c. Croazia*, ricorso n. 53176/99, ha evidenziato come le notizie sulla nascita siano necessarie per la formazione della personalità e per stabilire i dettagli della identità della persona.

18 A differenza di quanto avvenuto nella causa Odièvre, la ricorrente, pur avendo dimostrato un interesse autentico a conoscere l'identità della madre - comportamento che presuppone delle sofferenze morali e psichiche - non ha avuto accesso a nessuna informazione sulla famiglia biologica che le permettesse di stabilire almeno parziali radici della sua storia: la donna si è vista opporre un rifiuto assoluto e definitivo di accedere alle proprie origini personali (cfr. *Godelli c. Italia*, cit. par. 69).

19 Così il dispositivo della sent. 278 del 2013.

20 Il Tribunale rimettente rileva che a dispetto della “riconosciuta possibilità dell'adottato che abbia compiuto i 25 anni di accedere ad informazioni riguardanti i propri genitori biologici, previa autorizzazione del Tribunale per i minorenni, tale possibilità è, invece, esclusa laddove - come nel caso di specie - le informazioni si fossero riferite alla madre che avesse dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396”.



apportando però al suo ragionamento alcuni importanti correttivi.

La Corte Costituzionale ribadisce quindi, come già nella sua decisione del 2005, l'importanza della tutela dell'anonimato come strumento di salvaguardia della vita e della salute sia della madre sia del figlio, in quanto utili a garantire che la nascita avvenga in condizioni ottimali e a distogliere la donna dal ricorso a "decisioni irreparabili".

Secondo la Consulta il diritto all'anonimato della madre e il diritto a conoscere le proprie origini del figlio rappresentano valori costituzionali di primario rilievo<sup>21</sup>; tuttavia, mentre le precedenti sentenze della Corte Costituzionale del 2005 e della Corte Europea del 2012 richiamavano la necessità di operare un equo bilanciamento degli interessi in gioco, la pronuncia in esame cambia radicalmente prospettiva. Specifica infatti come, in realtà, l'obiettivo del ricorso presentato non sia ottenere un bilanciamento di due diritti contrapposti, visto il loro carattere necessariamente alternativo, quanto piuttosto

di introdurre nel sistema normativo la possibilità di verificare la persistenza della volontà della madre naturale di non essere nominata, abbattendo la barriera dell'irreversibilità del segreto, giudicata in contrasto con gli artt. 2 e 3 della Costituzione.

La Corte Costituzionale, richiamando opportunamente la "sentenza Godelli", sottolinea che tale decisione "invita a riflettere" sul "profilo diacronico della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre": la normativa odierna difatti risulta troppo rigida perché prevede che la scelta della donna sia irreversibile, cristallizzandosi al momento del parto<sup>22</sup>.

Ebbene, è proprio questa "irreversibilità del segreto" a rendere illegittima la norma in questione<sup>23</sup>.

Ed invero, secondo la Corte, "una volta intervenuta la scelta per l'anonimato, la relativa manifestazione di volontà assume connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad "espropriare" la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione; trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio, che finisce per avere un'efficacia espansiva

21 (...) "Il fondamento costituzionale del diritto della madre all'anonimato riposa, infatti, sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili. E ciò perché, la salvaguardia della vita e della salute sono, i beni di primario rilievo presenti nel nostro ordinamento. Bene di primario rilievo oltretutto, significativo per il nostro sistema costituzionale, è altresì il diritto del figlio a conoscere le proprie origini - e ad accedere alla propria storia parentale. (...) E il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale".

22 Per la Corte, prospettare un termine centenario per l'acquisizione dei dati identificativi della madre, come statuito dall'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003, significa di fatto riconoscere in capo alla donna una sorta di "diritto all'oblio", le cui finalità non vengono condivise.

23 La Corte non risolve la questione utilizzando la via, forse più facile, della violazione del parametro di legittimità costituzionale ex art. 117, primo comma, Cost., ma dichiara l'incostituzionalità per violazione degli articoli 2 e 3 Cost., ritenendo assorbiti gli altri motivi di censura formulati in riferimento agli ulteriori parametri. Ciò la Corte, senza ricorrere a "tutele esterne", costruisce una motivazione del tutto autonoma trovando, in particolare, nell'art. 2 Cost., sia il fondamento del diritto all'identità personale, inteso non solo come diritto ad una corretta rappresentazione di sé, ma anche come "diritto di conoscere le proprie origini", sia del diritto all'anonimato della madre che, tuttavia, non va inteso come immodificabile, ma come frutto di una "opzione eventualmente revocabile".

esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione proprio sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, ab origine, collegare il vincolo del segreto su chi lo abbia generato”.

Per superare la rigida contrapposizione tra i due interessi, la Consulta introduce una fondamentale distinzione fra “genitorialità giuridica”, intesa come l’instaurarsi del rapporto di filiazione e degli obblighi ad esso collegati, e “genitorialità naturale”, vale a dire il crearsi di una relazione di fatto fra madre e figlio, priva di qualsiasi vincolo giuridico. Mentre la scelta per l’anonimato impedisce l’insorgenza della prima, all’opposto non appare ragionevole rendere impossibile l’eventuale instaurarsi di un rapporto fra madre e figlio: *“ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost.*

*In altri termini, mentre la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una “genitorialità giuridica”, con effetti inevitabilmente stabilizzati “pro futuro”, non appare ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla “genitorialità naturale”: potendosi quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (in seguito alla iniziativa del figlio), proprio perché corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta”<sup>24</sup>.*

La Corte delle Leggi tuttavia, dopo aver chiarito quale sia il nodo problematico della disciplina e aver raccomandato i correttivi adeguati, non può che affidarsi al legislatore<sup>25</sup>.

Precorrendo l’intervento del Parlamento, il Tribunale per i Minorenni di Firenze ha ritenuto, tuttavia, di poter dare immediata attuazione al *dictum* della Corte accogliendo la richiesta, avanzata da una donna, di verificare se fosse ancora interesse della madre biologica mantenere l’anonimato sulla propria identità.

Con ordinanza del 07 maggio 2014 il medesimo Tribunale ha delegato il “*giudice relatore a disporre, con le dovute cautele,*

*le necessarie ricerche atte a verificare l'attuale volontà della madre biologica della ricorrente”<sup>26</sup>.*

## 7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dal quadro della giurisprudenza europea richiamata, emerge con chiarezza la criticità del nostro sistema normativo che, nella disciplina dell’art. 28, comma 7 cit., non prevede alcuno strumento di contemperamento dei differenti interessi coinvolti.

È per questa ragione che la Corte Costituzionale, nell’individuare il vizio della norma nell’irreversibilità del segreto opposto dalla madre al momento del parto, è intervenuta, con la sentenza in commento, demandando al legislatore di introdurre apposite disposizioni volte a consentire l’accertamento della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata.

In materia, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha giudicato ragionevole il sistema francese di bilanciamento tra il diritto dell’adottato alla conoscenza delle proprie origini e quello della madre all’anonimato del parto.

La legge francese<sup>27</sup> infatti, basata sul principio del consenso, istituisce un ente<sup>28</sup> preposto - a richiesta dell’adottato - a mettersi in contatto con la madre naturale rimasta anonima, per ricercarne il consenso a rivelare la sua identità al figlio abbandonato; solo nel caso la donna lo accetti le sue generalità verranno rivelate, in caso contrario rimarranno sconosciute.

La disciplina francese potrebbe offrire un ottimo spunto per il legislatore italiano, in quanto assolutamente compatibile con il nostro sistema.

Non sono invero mancate proposte di legge volte ad introdurre nel nostro ordinamento un sistema di interpello simile al modello francese, ma fino ad oggi senza esito<sup>29</sup>.

L’adeguamento effettivo della normativa italiana agli standard europei rimane, purtroppo, dopo dieci anni, ancora da approntare.

Un simile adeguamento normativo sarebbe auspicabile anche in materia di fecondazione eterologa ove si pone, parimenti, il problema di un difficile bilanciamento tra il

24 Cfr. Corte cost., sent. n. 278 del 2013 punto 5.

25 “Sarà compito del legislatore introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all’anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto” (Cfr. Corte Cost., sentenza 278/2013, par. 6).

26 Tribunale per i Minorenni Firenze, Sez. civile, ordinanza del 07.05.2014.

27 La disciplina dell’*Accouchement soous X* deriva dalle seguenti disposizioni: art. 57 *code civil francais* e art. L222-6 *code de l'action sociale et de familles*. La normativa è stata parzialmente modificata con l. n. 93 del 22 gennaio 2003.

28 Si tratta del CNAOP, organo indipendente - composto da magistrati, rappresentanti delle associazioni che si occupano della materia e professionisti con buona esperienza dei termini della questione - al quale l’interessato può rivolgersi per rimuovere, con l’accordo della madre, il segreto sulle proprie origini.

29 Il riferimento è alle proposte di legge C-1899 del 12 novembre 2008 e C-3030 del 10.12.2009; si segnalano anche le proposte di legge C-2919 del 11.11.2009 e S-1898 del 18.11.2009.



## Genitori di Cuore

diritto all'anonimato del donatore dei gameti con il diritto alla conoscenza delle origini biologiche (non potendosi di certo relegare quest'ultimo fondamentale diritto della persona entro gli stretti confini dell'istituto dell'adozione).

Infatti, la normativa italiana in tema di procreazione medicalmente assistita, a differenza di quella di molti Paesi europei, nulla prevede circa la possibilità per il nato da fecondazione eterologa di ottenere informazioni sul donatore al fine di conoscere le proprie origini biologiche.

Al riguardo, specie dopo l'intervento della Corte Costi-

tuzionale con la recentissima sentenza del 10 giugno 2014 n. 162<sup>30</sup>, non potrà più bastare l'argomentazione fondata sul presupposto che il ricorso alla fecondazione eterologa è vietato<sup>31</sup>.



*Michele Appice  
avvocato in Foggia*

30 Con cui la Consulta ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili". È importante rilevare che, sul tema dell'accessibilità "all'anagrafica" del donatore, la citata sentenza della Corte Cost., dopo aver richiamato la disciplina sull'anonimato nella donazione di cellule e tessuti, fa espresso riferimento al novellato art. 28 della L. 184/83 e alla sentenza della medesima Corte n. 278/2013.

31 È importante evidenziare che, in base ad un recente orientamento del Comitato Nazionale per la Bioetica, "il segreto sulle modalità della procreazione è opzione non raccomandabile, contraria alla stabilità della famiglia e al rispetto della vita privata di ciascuno dei suoi componenti". Nella seduta plenaria del 25 novembre 2011, lo stesso Comitato ha approvato il parere "Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa", elaborato dal Prof. Lorenzo D'Avack, vicepresidente vicario del Comitato.

# P C T

## L'AVVOCATO TELEMATICO

**C**on l'approssimarsi dell'obbligatorietà del processo telematico il legislatore ha ritenuto necessario, con l'emanazione del D.L. 24.06.2014 n. 90, modificare l'art. 16-bis DL n. 179/2012, scaglionare l'entrata in vigore del processo civile telematico prevedendo che il deposito telematico del ricorso per decreto ingiuntivo e degli atti, diversi da quelli introduttivi, fosse obbligatorio a partire dal 30.06.2014 solo per i processi iniziati a partire da tale data. Per i processi già pendenti al 30.06.2014, invece, il deposito telematico diventerà obbligatorio a partire dal 31.12.2014.

Per i processi innanzi le Corti di Appello, poi, il deposito telematico degli atti da parte dei difensori precedentemente costituiti sarà obbligatorio a partire dal 30.06.2015.

Il Ministro della giustizia, però, potrà individuare le corti di appello nelle quali anticipare, ovviamente nei procedimenti pendenti, il termine fissato dalla legge per l'obbligatorietà del deposito telematico.

Il medesimo decreto legge, inoltre, ha modificato alcune norme per tentare di risolvere alcune incertezze emerse con l'uso più frequente del processo telematico.

È stato modificato il comma 7 dell'art. 16-bis innanzi citato e, nel confermare che il deposito telematico si ha per avvenuto quando viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata, si è precisato, modificando quanto stabilito nel D.M. 44/2011 (c.d. regole tecniche), che il deposito si considera avvenuto in



giornata quando la ricevuta è generata entro la fine del giorno e non, come indicato nel prefato decreto ministeriale, entro le ore 14.00.

Inoltre, si è precisato che se il messaggio di posta elettronica eccede la dimensione massima stabilita nelle specifiche tecniche il deposito degli atti o dei documenti può essere eseguito mediante gli invii di più messaggi di posta elettronica certificata che saranno, ovviamente, considerati tempestivi se avvenuti entro lo stesso giorno.

L'art. 16-sexies del D.L. 179/2012, modificato dall'art. 52 comma 1 lettera b) prescrive, inoltre, che possa procedersi alla notifica degli atti di parte in cancelleria solo nel caso in cui non sia possibile procedere alla notifica presso l'indirizzo di posta elettronica certificata risultante dagli elenchi, per causa imputabile al destinatario. Tale norma, in sostanza, rende quasi superflua l'elezione di domicilio avendo il procuratore l'obbligo di notifica degli atti presso l'indirizzo di posta elettronica certificata.

Si è provveduto a modificare l'art. 133 c.p.c. introducendo l'obbligo di comunicare la sentenza alle parti mediante biglietto di cancelleria contenente il testo integrale del provvedimento e non solo il dispositivo. Tale modifica, unita a quella dell'art. 45 disp. att. c.p.c., esonera le parti dall'onere di recarsi in cancelleria per prendere visione dei provvedimenti emessi, atteso che allo stato tutte le comunicazioni devono contenere il testo integrale del provvedimento.

È stato altresì precisato (art. 45 comma 1 lettera b), qualora ne fosse stato bisogno, che comunque la comunicazione della cancelleria pur contenente il provvedimento per intero non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni.

Norma parimenti rilevante è l'art. 16-bis del d.l. 179/2012 comma 9-bis con il quale si stabilisce che il difensore, il consulente tecnico, il professionista delegato, il curatore ed il commissario giudiziale possano estrarre con modalità telematiche duplicati, copie analogiche o informatiche degli atti e dei provvedimenti ed attestare la conformità delle copie estratte ai corrispondenti atti contenuti nel fascicolo informatico.

Inoltre, è stato previsto che tali copie non siano soggette al diritto di copia autentica.

Un problema di carattere pratico potrà presentarsi nel momento in cui un difensore debba ottenere copia di un provvedimento con formula esecutiva.

Benché il difensore, infatti, possa attestarne la conformità all'originale contenuto nel fascicolo informatico, non potrà apporvi la formula esecutiva. Quindi, le alternative saranno due: la prima è che il difensore porterà una copia del provvedimento estratto dal fascicolo digitale, attestandone la conformità, ed il cancelliere vi apporrà esclusivamente la formula esecutiva, la seconda è che dovrà essere il cancelliere

## *“Tale previsione supera il problema di dover far firmare il verbale di udienza nel caso di assunzione di prova testimoniale o interrogatorio di formale”*

a rilasciare la copia conforme con la formula esecutiva ma in tale caso sarà necessario versare i diritti di copia.

Altra rilevante modifica è stata introdotta dall'art. 45 comma 1 lett. a) d.l. 90/2014 il quale, cambiando l'art. 126 c.p.c., ha eliminato la necessità della sottoscrizione del verbale di udienza da parte dei soggetti intervenuti prescrivendo che del verbale sia data lettura in udienza.

Tale previsione supera il problema di dover far firmare il verbale di udienza nel caso di assunzione di prova testimoniale o interrogatorio di formale.

Nulla cambia, invece, in ordine all'esistenza del fascicolo cartaceo, atteso che permane l'obbligo di depositare gli atti di costituzione e i documenti ad essi allegati in formato cartaceo.

È stata, inoltre, prevista la possibilità, attraverso l'aggiornamento delle specifiche tecniche del deposito degli atti, per gli avvocati non costituiti, di essere autorizzati a visionare temporaneamente un fascicolo senza dover accedere in cancelleria.

L'avvocato dovrà allegare l'istanza di consultazione firmata digitalmente, - contenente il riferimento al fascicolo di cui si richiede l'accesso, il codice fiscale della parte che ha concesso la delega ed i dati del delegato -, e la delega scansionata. Il tutto dovrà essere inoltrato alla cancelleria che autorizzerà l'accesso temporaneo al fascicolo.

Il processo telematico, seppure a piccoli passi, sta diventando realtà. Certo le difficoltà non mancano e non mancheranno, agli avvocati, come sempre, è stato richiesto un contributo. La speranza è che dopo l'entrata in vigore del processo telematico e del relativo assestamento del sistema gli obiettivi vengano raggiunti e si ottenga una giustizia al tempo stesso più celere e giusta.



*Michele de Angelis  
avvocato in Foggia*

# TRUFFA CONTRATTUALE

## *Induzione in errore e disposizione patrimoniale*

**P**reliminarmente occorre inquadrare la condotta fraudolenta in esame, al fine di stabilire i confini oltre i quali il reo con la sua attività, insidiando il rapporto contrattuale a fini svantaggiosi per la controparte, miri ad ottenere una situazione per sé vantaggiosa nella quale siano ravvisabili gli estremi della truffa.

Va peraltro subito precisato che poiché tale attività criminosa può alterare negativamente il rapporto contrattuale durante tutta la sua fase dinamica, essa potrà essere analizzata durante tutto l'iter naturale del rapporto. Infatti, la condotta fraudolenta potrà insinuarsi efficacemente sia nella fase "iniziale", nella quale la frode determina la volontà traendo in inganno il soggetto passivo inducendolo a prestare un consenso che altrimenti non sarebbe dato; sia nella fase "formativa", nella quale la frode viene ad alterare l'equilibrio contrattuale, modificando il rapporto già sorto trasformandolo in un dannoso mezzo per conseguire un ingiusto profitto; sia infine nella fase, per così dire, "esecutiva" del rapporto, nella quale la frode si avvale del regolamento già concluso per provocarne l'estinzione o la modifica, sempre al fine di conseguire un ingiusto profitto.

La volontà delle parti, pur viziata, diventa così fonte ordinatrice del rapporto stesso, per cui gli effetti e il regolamento dipendono sempre, in ultima analisi, dalla volontà del privato. È in sostanza ciò che accade esattamente per la generalità dei contratti e dei negozi *inter vivos* in generale, cui l'ordinamento col riconoscere obbligatorietà e tutela del rispetto dei risultati, attribuisce il crisma della giuridicità. Solo che nella fattispecie qui analizzata interviene e si insinua un elemento fuorviante tale da influire sulla volontà stessa della controparte al punto da costituire la sola ragione del suo sorgere, oppure tale da farla deviare dal suo iter naturale.

Questo elemento fuorviante che costituisce il nucleo centrale ed essenziale del delitto di truffa, è "l'inganno" che si realizza attraverso gli artifici o i raggiri che il reo tesse al fine di indurre in errore la controparte, al fine cioè di provocare una inesatta conoscenza della realtà sulla quale si basa la volontà di concludere il contratto, che altrimenti sarebbe stato concluso a condizioni

diverse, e tutto ciò allo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto con l'altrui danno.

Accanto alla esigenza di esaminare il sacrificio della libertà di disposizione durante tutta la "vicenda contrattuale" si presenta rilevante l'esigenza di inquadrare l'operazione economica regolata dalla volontà viziata del consenso.

Tale valutazione ovviamente potrà prescindere dal considerare il dato caratterizzante la fattispecie ex art. 640 c.p. e cioè la presenza attiva del soggetto offeso, la sua partecipazione cioè alla realizzazione del delitto. Nella truffa infatti, l'agente mediante artifici o raggiri riesce ad ottenere che la vittima si danneggi da sé, cosicché il risultato criminoso sarà in pratica frutto della cooperazione tra il reo e la sua vittima. Tuttavia è nell'azione fraudolenta iniziale del reo, che si annida il mezzo ingannatorio che, con l'attentare alla libertà del consenso, di fatto mira, tramite una determinazione volitiva viziata, alla disposizione patrimoniale.

È quest'ultimo il momento rilevante ai fini della determinazione del danno sul quale si dovrà porre attenzione. Infatti, l'offesa alle libere determinazioni e, in genere, una qualsiasi condotta fraudolenta che, insidiando un rapporto contrattuale, alteri l'equilibrio giuridico infrangendo il dovere di lealtà, di correttezza, di buona fede, non è di per sé sufficiente a dare alla truffa il carattere di reato patrimoniale; finché ci si limita ad accertare che senza l'inganno o le indebite pressioni il soggetto passivo avrebbe indirizzato in altro senso la propria attività patrimoniale, non si fa che constatare l'offesa dell'interesse ad una libera motivazione, che rispetto agli interessi patrimoniali ha un mero valore strumentale.

L'impronta patrimoniale deriva al reato solo dal bilancio della vicenda, vale a dire dal danno che eventualmente ne è derivato al soggetto passivo. Non sempre, infatti, al giudizio negativo dell'ordinamento nei confronti delle offese alle libere determinazioni, si accompagna il verificarsi di quella situazione patrimoniale che qualifica il reato di truffa e cioè una "*deminutio patrimonii*". Difatti la pura e semplice stipulazione di un contratto pur viziato nel consenso, non porta ad alcuna



*deminutio patrimonii*, ma solo costituisce il pericolo che l'ingannato compia una prestazione che, sminuendo il suo patrimonio, integri il delitto di truffa. Tale pericolo non è sufficiente a configurare il reato e l'ingannato è danneggiato solo se effettua la propria prestazione.

Il reato di truffa, che è di danno e non di pericolo, si consuma con l'effettivo conseguimento da parte dell'agente di un bene economico o di altro bene suscettibile di valutazione patrimoniale e con la definitiva perdita dello stesso da parte del soggetto passivo.

Si viene con ciò a fissare anche il momento consumativo della truffa (a lungo dibattuto in giurisprudenza), accogliendo la tesi secondo cui occorre l'esistenza di un danno concreto ed effettivo del patrimonio inteso in senso economico e non meramente giuridico. Solo in base alla valutazione dei risultati della vicenda potrà quindi darsi un volto al comportamento illecito. Dovrà perciò confrontarsi tutta la condizione patrimoniale prima e dopo la disposizione condizionata dall'errore: là dove tale condizione patrimoniale riveli un *minus* rispetto alla situazione precedente c'è truffa.

Occorre quindi procedere alla constatazione dell'obiettivo diminuzione patrimoniale, compito che, di fronte ai diversi criteri di misurazione possibili, si presenta tra i più complessi.

Al fine di agevolare tale determinazione, bisognerà quindi fissare il criterio di misurazione da adottare, che andrà scelto tra due forme estreme: da un lato vi è una concezione rigorosamente economica di patrimonio basata esclusivamente sul danaro come termine di paragone e sul puro valore intrinseco; dall'altro vi è una concezione giuridica che considera il patrimonio come somma di diritti patrimoniali di una persona.

Tale teoria considera la truffa sempre e solo come attacco contro singoli diritti patrimoniali, non potendosi compensare in alcun modo la perdita di un diritto individualizzato. Se a prima vista si può pensare

ad una valutazione puramente economica, da un esame approfondito del problema appare evidente come possa prescindersi dal considerare gli interessi individuali, si deve cioè considerare la particolare situazione di colui che è danneggiato, col limite invalicabile, di poter costantemente computare l'interesse individuale leso in termini economici.

Se, invece, non può pervenirsi ad un simile computo, colui che pur inganna non commette truffa, mentre all'ingannato non restano che i rimedi civili.

La soluzione contraria, che tenesse conto solo del sacrificio della libertà di disposizione di un diritto patrimoniale senza tener conto di qualsivoglia valore economico, non farebbe altro che allargare a dismisura l'ambito operativo della norma, falsando la stessa costruzione logica della truffa, la quale, col punire soltanto l'infrazione del dovere di buona fede, perderebbe il suo carattere di reato patrimoniale.

La nostra legge, infatti, punisce la condotta fraudolenta solo se causativa di un pregiudizio economico, solo colui la cui forza economica è ridotta o sminuita è danneggiato e non chiunque si senta leso o ostacolato da un negozio condizionato dall'errore. La concezione contraria, se può essere presa in considerazione *de lege condenda*, non è certo conforme né al testo né al sistema del nostro codice.

Occorre, in pratica, combinare le due concezioni possibili di patrimonio: l'economica e la giuridica.

Si dovrà partire da concetto economico, ma tale concetto deve essere integrato e completato da quello giuridico. Occorre peraltro precisare che, se pur si deve considerare la particolare situazione di colui che è danneggiato, non è ai suoi personali bisogni particolaristici che si deve fare riferimento, ma a quelli dell'ambiente sociale cui quella persona appartiene. Il danno va quindi valutato con criteri oggettivi senza tener conto delle considerazioni personali del soggetto leso; tale valutazione, però, non va fatta in astratto ma va calata nella situazione reale dell'ambiente sociale del danneggiato.



Daniele Ulivieri  
p. avvocato in Foggia

# NUOVE TENDENZE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ NOTARILE

## *Una riflessione sugli obiettivi delle regole della responsabilità civile*

**A** fronte della disciplina unitaria dedicata dal legislatore al contratto d'opera intellettuale, si è andata formando, da parte della giurisprudenza, una pluralità di regole mirate ad adattare l'unico schema negoziale previsto dal codice civile alle differenti esigenze sorte nei diversi ambiti professionali.

Scopo di questi interventi giurisprudenziali è quello di dare più intensa tutela agli interessi dei clienti, ormai divenuti più simili a dei consumatori, che si rivolgono ai professionisti affidando loro beni tutelati anche da norme di rango costituzionale.

Questi sensibili mutamenti giurisprudenziali hanno interessato, negli ultimi decenni, anche la categoria notarile, per lungo tempo esclusa dal progressivo cambiamento di orizzonte del regime giuridico delle professioni liberali.

Il motivo di tale esclusione è da rintracciare nella peculiarità della figura del notaio, che non è solo un libero professio-

nista, ma anche pubblico ufficiale. Proprio quest'ultimo ruolo aveva indotto la dottrina a ritenere che la fonte degli obblighi notarili fosse la legge e non, invece, il contratto concluso con i clienti.

Una lettura più moderna del rapporto intercorrente tra il notaio e i suoi clienti ha rimosso queste perplessità, rendendo necessario riconsiderare la disciplina delle obbligazioni nascenti dal contratto d'opera intellettuale e verificare i confini della diligenza nell'adempimento.

Gli aspetti pubblicistici che caratterizzano questa professione non precludono quindi la qualificazione in termini contrattuali del rapporto con le parti: la giurisprudenza ricostruisce oggi pacificamente la responsabilità notarile come duplice, rispecchiando così la molteplicità delle funzioni racchiuse nella figura. Infatti, da un lato le c.d. attività funzionali di documentazione, certificazione e traduzione della volontà delle parti in schemi compatibili con l'ordinamento



giuridico attengono ad una sfera più propriamente pubblicistica; dall'altro le attività di adeguamento facoltativo, ossia di consulenza e assistenza del cliente in tutte le fasi della realizzazione dell'atto sono assimilabili a quella serie di adempimenti richiedibili ad un qualsiasi libero professionista. La violazione del contratto di prestazione d'opera professionale, dunque, genera sia responsabilità *ex contractu*, non dissimile da quella delineata con riferimento alle altre professioni intellettuali, sia responsabilità *extracontrattuale* *ex art. 2043 c.c.*

In tale quadro, la valutazione dell'attività del notaio va effettuata attraverso i parametri della diligenza, prescindendo dall'ormai superata distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

Sotto questo aspetto, la responsabilità notarile appare sempre più decisa alla luce della mera *culpa levis*, in conseguenza della progressiva diminuzione della sfera di applicazione dell'art. 2236 c.c.: al notaio si richiede una diligenza "più che qualificata", che rischia di non trovare eccezione neppure in quei casi di speciale difficoltà, ormai casisticamente rari.

Inoltre, la parabola della responsabilità contrattuale del notaio è andata espandendosi anche in relazione all'aumento dei doveri accessori alla prestazione richiesta dalle parti: lo si constata agevolmente, non solo riguardo all'attività preparatoria rispetto alle compravendite immobiliari, e cioè al ben noto tema delle visure ipocatastali, ma anche con riferimento agli adempimenti successivi al ricevimento di atti, come le trascrizioni ed iscrizioni e, ancora, in relazione alla consulenza fiscale in ordine agli atti stipulati, al controllo della validità giuridica ed alla verifica dei presupposti della stipula, con particolare riferimento ai poteri di chi vi interviene. L'ultimo profilo interessa, invero, non solo la responsabilità contrattuale, ma anche quella aquiliana.

In un'epoca nella quale la logica della responsabilità civile sembra affermarsi diffusamente in campo professionale, non è sbagliato domandarsi se gli obiettivi ad essa sottesi possano considerarsi raggiunti nel settore notarile.

Gli obiettivi delle regole della responsabilità civile, come ormai ampiamente noto, sono principalmente due: in primo luogo, in ottemperanza al principio di integrale riparazione del danno, il risarcimento svolge una funzione essenzialmente riparatrice, mirando alla reintegrazione dell'equilibrio alterato dall'illecito. Infatti, primaria finalità di queste regole è quella di risarcire il danneggiato per l'intera perdita subita in conseguenza dell'illecito, escludendo invece i risarcimenti che

oltrepassino la misura del pregiudizio effettivamente subito.

In secondo luogo, il risarcimento svolge anche una funzione di deterrenza mirata a dissuadere chiunque dal compiere, volontariamente o colposamente, atti pregiudizievoli per i terzi.

In tempi recenti, inoltre, la responsabilità civile si è evoluta e si è espansa anche in virtù del suo rapporto sinergico con il meccanismo assicurativo: tale legame è maggiormente evidente nei casi in cui l'assicurazione costituisce oggetto di vero e proprio obbligo legislativo.

Lo strumento assicurativo è sicuramente utile, poiché consente l'attuazione del principio di integrale riparazione del danno alla persona, nonché di quelle funzioni sussidiarie, come la distribuzione migliore delle perdite e l'allocatione dei costi, maggiormente legate agli aspetti economici della responsabilità civile.

Con un sistema di assicurazione obbligatorio ci si allontana, però, dal ruolo preventivo che le regole della responsabilità, sia civile che penale, svolgono nel nostro ordinamento.

Nel caso della responsabilità notarile, la polizza assicurativa obbligatoria ed il Fondo di garanzia<sup>1</sup> consentono una copertura totale per i danni derivanti sia da illecito civile che da reato. D'altra parte, il fatto che il notaio sia tenuto a versare la propria quota assicurativa, nell'ambito dei contributi che ogni anno versa all'Ordine, potrebbe funzionare, in sostanza, come una sorta di esonero. Difatti, se da un lato il credito risarcitorio vantato dalla vittima trova sicura soddisfazione nell'intervento dell'istituto assicurativo, dall'altro si perde quella ragionevole pressione sul professionista da cui discende la possibilità di migliorare in futuro la qualità della prestazione.

A tal proposito, il monito della giurisprudenza – ormai costante nell'affermare che l'obbligo di impiegare la diligenza qualificata non è limitato alla prestazione richiesta dalle parti, ma si estende anche ai doveri accessori<sup>2</sup> – rischia di rimanere inascoltato, o perlomeno di ridursi a prerogativa del solo notaio scrupoloso.

Non deve poi trascurarsi un ulteriore dato: il giudice che deve riconoscere o meno la sussistenza di una responsabilità civile potrebbe, incolpevolmente, essere sollecitato ad affermarla sapendo che il danneggiante è completamente protetto da una garanzia assicurativa.

Il rischio è quello di innescare un circolo vizioso: una condotta poco diligente da parte del notaio potrà più facilmente provocare

1 L'art. 19 della l. 16 febbraio 1913, n. 89 rende obbligatorio a carico del Consiglio Nazionale del Notariato il ricorso a forme collettive di assicurazione per la responsabilità civile derivante dall'esercizio dell'attività notarile.

Un'ulteriore forma di tutela è rappresentata dal Fondo di garanzia destinato al risarcimento dei danni patrimoniali di origine penale da chiunque subito e non coperti dalle polizze di cui agli artt. 19 e 20 della l. 16 febbraio 1913, n. 89.

2 Cfr. tra le più recenti: Cass., 31 maggio 2006, n. 13015, in *Corr.giur.*, 2007, p.378; Cass., 31 luglio 2012, n. 13617, in *Vita not.*, 2013, p. 343.

**“La certezza del diritto, in Italia, è passata – e tuttora passa – anche attraverso gli studi notarili: più le norme sono numerose, complesse e caotiche, più i notai diventano indispensabili”**

dei danni sia alle parti, sue clienti, che ai terzi, estranei al rapporto d'opera professionale. Tutto questo si risolve, in sede civile, in un fiorire di pronunce di condanna al risarcimento dei danni, vanificando, paradossalmente, il ruolo di *gatekeeper*<sup>3</sup> che il notaio svolge nel nostro ordinamento.

Allora, meritano senz'altro apprezzamento quelle pronunce che si collocano nel senso di una limitazione dei confini della responsabilità, mostrandosi particolarmente attente alla necessità di individuare precisamente il contenuto dell'obbligazione e l'area del danno risarcibile.

La dilagante responsabilità del notaio sembra trovare un argine nel rigore richiesto dalle corti della prova del danno sofferto e del nesso di causalità con la condotta negligente tenuta dal professionista, aspetti spesso sottovalutati da attori frettolosi. Ad esempio, nel caso in cui il notaio abbia mancato di rilevare i pregiudizi preesistenti su un bene oggetto di compravendita immobiliare, non trovano soddisfazione le pretese di chi agisca senza attendere l'inadempimento del debitore o l'avvio della procedura esecutiva.

Il notaio è senz'altro dotato di una “tasca più profonda”, alla quale si può facilmente attingere quando vi sia bisogno di risarcire i soggetti danneggiati, ma non bisogna dimenticare che tale tasca si riempie pur sempre grazie agli onorari versati dai clienti del professionista: il costo finale dei premi assicurativi rischia dunque di essere sopportato dagli stessi soggetti ai quali si intende offrire tutela.

Se, dunque, l'esistenza di un sistema di assicurazione obbligatoria può addirittura pregiudicare il raggiungimento dell'obiettivo della prevenzione, lo stesso potrebbe però essere perseguito sul piano della responsabilità disciplinare attraverso il ricorso all'articolato sistema sanzionatorio previsto dalla Legge Notarile (l. 16 febbraio 1912, n. 89).

Infatti, se sul piano civile le perdite patrimoniali possono essere trasferite in capo ad un soggetto materialmente in grado di fronteggiarle, lo stesso non può dirsi per le sanzioni pecuniarie di carattere disciplinare, che il notaio dovrà pagare di tasca propria. Ciò vale, a maggior ragione, per il mancato guadagno conseguente all'irrogazione della sanzione della sospensione o, nei casi più gravi, della destituzione.

A margine della trattazione, ci si può anche interrogare –

senza pretesa di esaustività – sul futuro del notariato in Italia.

Il notariato latino, una delle istituzioni più antiche della tradizione giuridica romanista, vede in questo periodo la sua funzione messa in discussione: in particolare, l'opinione pubblica è severa con la categoria e ciclicamente si levano proposte di abolizione, finora non accolte. La stessa sicurezza giuridica, della quale sono garanti i notai, viene percepita sempre più come un costo sostenuto dal singolo e non come un beneficio della collettività.

Di conseguenza, si porrebbe il problema – di incerta risoluzione – di individuare nel nostro sistema altre categorie professionali astrattamente in grado di assorbire le competenze del notaio.

I notai sono infatti dei guardiani importanti in molte economie, in particolare quando si tratta di verificare e garantire la circolazione dei diritti di proprietà, che costituiscono il fondamento stesso dei mercati. E proprio in un momento come questo occorre dare certezze ancora maggiori ai mercati, specialmente a quello immobiliare, nel quale si registra un sensibile calo delle transazioni.

La certezza del diritto, in Italia, è passata – e tuttora passa – anche attraverso gli studi notarili: più le norme sono numerose, complesse e caotiche, più i notai diventano indispensabili.

Se, dunque, non è possibile mettere in dubbio l'utilità della categoria, è però possibile mettere in luce una certa resistenza della stessa ad adeguarsi ai mutamenti giuridico-economici, che stanno interessando l'intero panorama delle professioni intellettuali. I cambiamenti, invero auspicabili, possono essere attuati solo attraverso una coraggiosa autoriforma che consenta di affrontare, in tutta loro complessità, i problemi posti da tempi radicalmente nuovi. L'ambizioso obiettivo è quello di contemperare la solennità del ruolo con la necessità di adeguarlo a contesti giuridici ed economici in continua evoluzione.

E' un'esigenza ben rappresentata dalla formula del “continuo mobile”, in cui il termine continuo rappresenta, in questo caso, il collegamento con la tradizione latina del notariato, con la fedeltà ai valori sulla scorta dei quali è nata questa antica istituzione, mentre l'attributo mobile apre alle spinte evolutive, che ne giustificano la futura esistenza.

avv. in Foggia  
Elena Menga



3 Il notaio è un custode della legalità: ammettendo alla circolazione giuridica solo atti conformi alla legge, svolge una fondamentale funzione antiprocessuale.

# DIRITTO ALLA SALUTE E MEDICINA DIFENSIVA

Ogni periodo storico è connotato da pulsioni, tensioni e ideali che traggono forza dalle viscere più profonde dell'uomo e della società in cui vive e che tendono a trovare giustificazione teorica in un discorso narrativo che, una volta cristallizzato, assume una veste prettamente "ideologica". Con quest'ultimo termine, utilizzato di volta in volta con connotazioni e sfumature più o meno positive o negative, si vuole comunque designare il tentativo della ragione di ricondurre a schemi razionali (e perciò comprensibili e governabili) il pelago, spesso tempestoso, delle vicende umane.

Il diritto (in senso obiettivo), fenomeno sociale che per sua stessa natura vive in continua dialettica con le pulsioni, gli ideali e le ideologie che orientano l'agire umano, subisce un continuo fenomeno di profonda formazione e riforma che ne consente il costante aggiornamento e dà luogo, in periodi di medio-lungo tempo, alla identificazione di vere e proprie "stagioni".

Trascorso il lungo inverno del positivismo giuridico e dei suoi tardi epigoni, mi sia consentito di affermare senza onere di dimostrazione – onere la cui soddisfazione richiederebbe spazi e forze non disponibili in questa sede – che oggi gli operatori del diritto si trovano a vivere nella "stagione dei diritti", caratterizzata dal sopravvento della metodologia dell'argomentazione per diritti soggettivi rispetto a quella per sussunzione *sub norma*.

Le ragioni dell'affermarsi di questa nuova ragione sono ovviamente molteplici, ma trovano il loro alveo naturale nel progressivo movimento di attuazione delle Carte dei Diritti, a partire dalla prima parte della Carta Repubblicana sino alla ultimogenita Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (già Carta di Nizza).

Il lettore, se ha avuto la pazienza di giungere sin qui, si starà giustamente chiedendo il motivo di questo prolisso preambolo ad un articolo dedicato alla responsabilità dell'operatore sanitario.

Il motivo è semplice.

La tesi di chi scrive è che gli orientamenti giurisprudenziali via via affermatasi nel corso degli ultimi decenni nei nostri uffici

giudiziari in materia di responsabilità medica – e soprattutto nel campo elettivo del cd. "medico strutturato", ossia dipendente da un ente organizzato, prevalentemente a carattere ospedaliero – testimoniano in controtendenza proprio la dinamica di progressiva attuazione di un diritto soggettivo, il "diritto alla salute", cui la nostra carta fondamentale ha autorevolmente attribuito il sacrosanto crisma di "diritto fondamentale dell'individuo", ma che proprio per questa ragione corrano il rischio di pretermettere un'adeguata considerazione (bilanciamento?) dei termini della correlativa posizione soggettiva passiva, gravante sui soggetti obbligati alla tutela del diritto, ovvero del personale sanitario.

Una pur superficiale disamina degli orientamenti ermeneutici maturati nel campo della responsabilità, tanto civile che penale, dell'operatore sanitario consente di mettere a fuoco il progressivo aggravamento della posizione, sostanziale e processuale, del soggetto "debitore" della prestazione medica, assunto al ruolo di vero e proprio "garante" della salute del "creditore" paziente.

Nel settore della responsabilità civile, se fino agli anni '80 del secolo appena trascorso poteva ritenersi prevalente all'interno della giurisprudenza un orientamento volto a leggere il dettato dell'art. 2236 c.c.<sup>1</sup> quale norma di "esenzione della responsabilità per colpa lieve", a far data dagli anni '90 l'affermarsi nel contenzioso legale di pretese risarcitorie avanzate nei confronti delle strutture sanitarie ha portato alla ribalta l'attività di assistenza sanitaria e con essa il rispetto dei livelli di qualità e appropriatezza clinica delle prestazioni sanitarie oltreché degli standard organizzativi e strutturali, oggetto di obbligazioni di natura contrattuale, principali e accessorie, contribuendo ad un progressivo oblio della valutazione degli elementi di imputazione colposa. Come è stato acutamente osservato, "si è così trascorsi da regole ispirate al paradigma della responsabilità professionale (...) a regole che, adeguandosi alla natura "organizzata" dell'attività sanitaria (...) hanno inteso, in un'ottica di tutela dei diritti del paziente, trasferire sull'ente che eroga servizi sanitari il rischio dell'accadimento di danni che sono correlati allo svolgimento di tale attività"<sup>2</sup>. Complice la

1 Responsabilità del prestatore di opera - "Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave".

2 Raffaella De Matteis, "Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal sistema unitario di disciplina al sistema a doppio binario", in "La responsabilità in ambito sanitario", Cedam Padova, 2014, pag. 134.

## Art.32 cost.

- **“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.**
- **Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”**

regola processuale del cumulo improprio di responsabilità tra ente e personale sanitario, chiamati a rispondere in un unico giudizio delle pretese risarcitorie avanzate dal paziente, si è assistito ad una progressiva unificazione dello statuto della responsabilità medica, integralmente ricondotta in ambito contrattuale<sup>3</sup>, con la conseguenza di accollare al medico, a fronte dell’allegazione da parte del paziente dell’esistenza di un obbligo contrattuale e del relativo inadempimento o inesatto adempimento – da intendersi nella sostanza come risultato inaspettatamente peggiore rispetto a quello comunemente conseguente al trattamento medico applicato – l’onere, invero assai gravoso<sup>4</sup>, di fornire la prova liberatoria del “*verificarsi di un evento imprevedibile e non superabile con l’adeguata diligenza*”<sup>5</sup>. Sempre nell’ambito di detto statuto unitario, l’ambito di applicazione della esenzione di responsabilità prevista dall’art. 2236 c.c. si è venuto a limitare ai soli casi di lieve mancanza di perizia (con esclusione della negligenza e dell’imprudenza, mai giustificabili) e, dal punto di vista delle circostanze, ai soli casi di particolare complessità, identificati con trattamenti di patologie non ancora sperimentate o sufficientemente studiate o ancora dibattute ovvero con situazione cliniche cd. “emergenziali”.

Nel settore della responsabilità penale, l’adozione un po’ disinvolta, a fini esplicativi dell’esistenza del nesso di

causalità tra condotta ed evento nei processi per accertamento dei reati di lesioni e omicidio colposo (artt. 589 e 590 c.p.), della teoria della imputazione oggettiva dell’evento<sup>6</sup>, fortunatamente ricondotta a più matura riflessione dalle Sezioni Unite della Cassazione<sup>7</sup>, affiancata dal progressivo superamento dell’indirizzo ermeneutico che estendeva l’esenzione di responsabilità per colpa lieve ex art. 2236 c.c. al settore penale sulla base di più che ovvie considerazioni di natura sistematica<sup>8</sup>, e da un’interpretazione a dir poco generosa del principio di corrispondenza tra imputazione e condanna<sup>9</sup>, ha

reso sempre più frequente l’esito condannatorio dei processi intentati nei confronti dei medici, senza peraltro che a ciò abbia corrisposto alcun miglioramento qualitativo del livello della sanità.

La conseguenza della definizione di un regime della responsabilità sanitaria dai caratteri così rigidi e gravosi ha naturalmente suscitato un forte malumore nella classe medica, già alle prese con problematiche – comuni ad altre categorie professionali – di percezione di svilimento del proprio ruolo sociale, fornendo un *humus* congeniale al progressivo sorgere e affermarsi di quella prassi distorta di condotta sanitaria che viene comunemente indicata con il termine “medicina difensiva”.

Con tale termine, inteso in senso tanto interventistico che astensionistico, secondo una definizione ormai invalsa nel settore medico-legale, si intende l’operare medico attuato mediante la prescrizione di test, trattamenti e visite, oppure il rifiuto di pazienti o trattamenti ad alto rischio, primariamente allo scopo di evitare accuse, a prescindere da valutazione di appropriatezza della scelta clinica.

Valutazioni statistiche hanno quantificato l’incidenza sulla spesa medica nazionale di condotte di medicina di stampo prettamente difensivo nella misura – invero allarmante, specie in tempi di *spending review* - del 15%.

3 Il riferimento ovvio è quello alla teoria della responsabilità contrattuale da contatto sociale elaborata dal prof. Carlo Castronovo e recepita dalla Corte di Cassazione a far data dalla pronuncia 22.1.1999 n. 589.

4 Si rifletta sul fatto che l’attività medica, pur avvalendosi di conoscenze scientifiche maturate nel campo della ricerca bio-medica, conserva ontologicamente la natura di “arte”, connotata da accentuati profili di empirismo, chiamata a prestare la propria cura a persone malate – e non a malattie – ciascuna delle quali differente dall’altra e sovente affette da fenomeni di comorbilità.

5 Cass., 13.4.2007, n. 8826. Ma vedasi anche Cass. SS.UU. 11.1.2008, n. 577.

6 Teoria di matrice tedesca affermata in tale ambito quale correttivo del criterio della *condicio sine qua non*, ma utilizzata in Italia anche in chiave sostitutiva.

7 Ci si riferisce ovviamente alla nota sentenza delle SS.UU. Franzese del 10.7.2002, n. 30328, secondo la quale l’evento infausto deve essere collegato alla condotta errata del medico con un alto o elevato grado di credibilità razionale ovvero di probabilità logica.

8 Si rinvia in proposito, per l’autorevolezza dell’autore, alle riflessioni svolte da Domenico Pulitanò in “Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo”, su [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)

9 Sui criteri di applicazione dell’art. 516 c.p.p. vds Cass. 4.5.2005 n. 38818 e Cass. 19.5.2009, n. 31968.



È questo il contesto in cui, accogliendo le pressioni del ceto sanitario (e non solo), il legislatore è intervenuto con la promulgazione della L. 8 novembre 2012, n. 189, di conversione del D.L. 13 settembre 2012, n. 158, recante “Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute” (cd. Legge Balduzzi), che dedica alla disciplina della responsabilità degli operatori sanitari talune disposizioni compendiate nell’art. 3.

La disposizione di maggior interesse – e che ha attratto da subito l’attenzione degli studiosi e degli operatori giuridici – è quella contenuta nel primo comma dell’articolo 3, a tenore del quale *“l’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

Il dettato estremamente conciso ed ermetico della disposizione normativa si presta ovviamente ad una molteplicità di interpretazioni.

A chi scrive appaiono tuttavia difficilmente controvertibili due punti fermi:

a) l’introduzione nella materia penale medica di una causa di esenzione da responsabilità per colpa lieve concessa all’operatore sanitario che abbia improntato la propria condotta curativa a *“linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica”*;

b) l’esplicita riconduzione della responsabilità civile del medico, in difetto di titolo contrattuale, alla sfera della responsabilità aquiliana per colpa.

Il legislatore, avvertito della necessità di attenuare il carico di responsabilità del medico, chiamato all’esercizio di una

professione di innegabile interesse pubblico ma gravemente esposta al rischio di errore, foriero dell’adozione di scelte “difensivistiche” distoniche rispetto alla tutela della salute del paziente e alle sempre più pressanti esigenze di contenimento della spesa pubblica sanitaria, ha infatti operato un bilanciamento degli opposti interessi agendo da un lato, in materia penale, esonerando il medico avveduto e aggiornato dalle ipotesi di responsabilità per colpa lieve e d’altro canto, in materia civile, ricollocando al centro della disciplina risarcitoria l’elemento della colpa<sup>10</sup>.

Un simile bilanciamento non appare né nuovo né arbitrario. Basti ricordare come la Corte Costituzionale, chiamata a suo tempo a pronunciarsi sulla questione di illegittimità costituzionale sollevata nei confronti delle norme contenute negli artt. 589 e 42 (*rectius* 43) del codice penale - interpretati conformemente al diritto allora vivente come escludenti la responsabilità del medico per colpa lieve ex art. 2236 c.c. - per ritenuto contrasto con l’art. 3 della Costituzione, avesse adottato una sentenza di rigetto ritenendo adeguato il contemperamento tra *“due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso”*<sup>11</sup>.

L’accoglienza dell’intervento del legislatore da parte dei giudici italiani è stata sin qui improntata ad una certa timidezza, sintomatica della reticenza ad accettare percepiti arretramenti nella linea di tutela di diritti fondamentali e della vischiosità degli approcci ermeneutici, refrattario a imprevisti *revirements*, pur se imposti dal sopravvenuto mutamento del formante “per eccellenza” del discorso giuridico.

La Corte di Cassazione penale, chiamata ad applicare la norma sopravvenuta ai processi già in corso in virtù dei

10 Oltre che limitando l’entità della liquidazione del danno mediante l’invito rivolto al giudice a tenere conto, nella fase di *aestimatio*, evidentemente in chiave mitigatoria, dell’osservanza da parte del medico delle linee guida e *best practises*, nonché ancorando il risarcimento alle tabelle già introdotte dagli articoli 138 e 139 del D. Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, sin qui operanti solo nella materia del risarcimento del danno da responsabilità civile per veicoli e natanti.

11 Corte Costituzionale n. 166 del 1973.

# STATUTO



peculiari principi regolatori della successione di leggi nel tempo (art. 2 comma 4 c.p.) ha certamente colto l'effetto parzialmente abrogatorio dell'art. 3 L. 189/12 nella materia della responsabilità colposa del medico, ma è parsa limitarne la portata ai soli casi "nei quali si faccia questione di essersi attenuti a linee guida"<sup>12</sup>, ovvero ai casi di cd. "colpa per adesione".

In materia civile è possibile segnalare come ad un primo orientamento decisamente conservativo, imperniato sulla difesa del binario unico di responsabilità contrattuale del medico e dell'ente ospedaliero, si è di recente affiancato un orientamento più aperto e recettivo<sup>13</sup>, secondo il quale "il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare)".

Come ben si comprende la materia appare ancora incandescente, in forma magmatica, suscettibile d'inter-

venti e interpretazioni ancora in attesa di consolidamento, e comprensibile risulta l'apprensione con cui il ceto medico ne sta seguendo le vicende.

L'auspicio di tutti gli operatori, tanto del diritto che della medicina, è che l'approdo a soddisfacenti livelli di "certezza giuridica" intervenga quanto prima, così da poter apprezzare l'efficacia o meno della normativa in termini di riduzione del ricorso a pratiche di medicina difensiva, nell'interesse tanto dei pazienti esposti a inutili trattamenti medico-diagnostici, quanto della collettività, chiamata a sopportare l'onere economico d'ingenti costi di assistenza non corrispondenti all'incremento degli *standard* curativi.



Mauro Gallina  
Giudice della VII Sezione Penale  
del Tribunale di Milano

12 Cass. Pen., Sez IV, n. 11493 del 24.1.2013, Pagano, riv. 254756.

13 Il riferimento è alla nota pronuncia del Trib. Milano, sez. I civ., sentenza 17 luglio 2014 (Est. Gattari).

# Ancora una grande riforma

Convertito in legge e pubblicato nella G.U. n. 261 del 10 novembre 2014, il Decreto-Legge 12 settembre 2014 n. 132. Una riforma per una giustizia civile più ...civile.

Si legge dal sito dei Deputati del PD:

“Questa riforma è un passo importante verso una giustizia civile più efficiente e più vicina al cittadino.

Tempi certi per i processi; dimezzamento dell'arretrato; chiusura del primo grado di giudizio entro un anno, e non tre come purtroppo è oggi; un processo più lineare e comprensibile. Questi sono i risultati che contiamo di ottenere con la riforma.

I processi civili pendenti sono oggi 5 milioni. Questo provvedimento si basa su una triplice strategia: aggredire direttamente l'arretrato agevolando il trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti anche in appello; favorirne lo smaltimento con l'introduzione del nuovo istituto della negoziazione assistita; rendere più veloce il processo esecutivo. L'obiettivo è di migliorare la vita ai tanti cittadini da anni bloccati nelle lunghe procedure della giustizia civile, garantire maggiore attenzione ai diritti della persona, dei minori e della famiglia, dare una spinta agli investimenti attraverso una giustizia veloce ed efficace”.

da “Regulae Juris” illustrate, Collana “Motti, regole, detti celebri” - Simone Editore

*Non sufficit litem insituere, si non in ea pervseveres*  
(Papiniano)

*Non è sufficiente iniziare la lite, ma si deve perseverare  
in essa (fino alla sentenza)*





Detto in questo modo davvero sembra un risultato straordinario. Si stenta a crederci: possibile che fosse così semplice e che nessuno ci abbia pensato prima?

Il cittadino comune rimarrà folgorato dalla piacevole sorpresa, ma noi abbiamo il dovere di immaginare, con la necessaria freddezza e buona disposizione d'animo (per non correre il rischio, s'intende, d'essere annoverati fra pur nobilissimi rapaci notturni", quali benefici effetti le urgenti (sic!) misure possano assicurare e come possano garantire "una maggiore funzionalità ed efficienza della giustizia civile".

Faremo necessario esercizio di estrema sintesi, e di tanto chiediamo scusa ai pazienti lettori, per necessità e per rifiuto dell'opposto metodo seguito dal Legislatore che, da troppo tempo ormai, ignora cosa sia la chiarezza e la capacità di semplificare.

*L'incipit* è perentorio e folgorante: il Legislatore ci dice, all'art. 1 del Decreto Legge convertito, come si elimina o si dimezza l'arretrato.

Semplice: le parti, d'accordo, possono richiedere al giudice di promuovere un procedimento arbitrale ecc... ecc...

E così il Genio riesce a immaginare che i litiganti, con i loro illustri procuratori decidano, magari dopo anni di lite e una faticosa istruttoria, di chiedere al giudice di trasmettere il fascicolo al presidente del Consiglio dell'Ordine ecc... innescando un procedimento nel processo che, nella migliore delle ipotesi, richiederà un tempo tecnico assolutamente non trascurabile (verifica del giudice, trasmissione del fascicolo,

individuazione e nomina del collegio arbitrale, accettazione).

Se poi nel grado d'appello il procedimento arbitrale non termina con la pronuncia del lodo in 120 giorni (in primo grado, invece, cosa succede?), è prevista la riassunzione nei successivi 60 giorni, pena l'estinzione.

Più che geniale, risolutivo.

Ma se i litiganti, forse presi da stanchezza, dovessero decidere che è opportuno e conveniente porre fine alla lite, perché mai, una volta folgorati da pensiero così saggio, non dovrebbero, magari ottenuta una concorde sospensione del processo ex art. 296 c.p.c., sperimentare esse stesse, autonomamente e in tempi più ristretti, le soluzioni possibili? E perché mai non potrebbero rivolgersi direttamente al Consiglio dell'Ordine?

E forse non accade già ora, nella prassi e sia pure in forme surrettizie, che le parti tentino di conciliarsi, anche più volte, nel corso della lite?

Senza dire, essendocene già occupati, dell'esistenza dell'art. 185 bis c.p.c. che, se applicato sistematicamente e con interpretazione orientativa, esso si avrebbe formidabile e risolutiva efficacia deflattiva.

Il Genio legiferante, non contento d'aver inventato la media-conciliazione e senza aver riflettuto, o meglio, senza aver dato conto sulla sua mancata efficacia deflattiva, ha pensato bene di regalarci lo strumento della negoziazione assistita, ricomprendendovi questa volta la materia del risarcimento del danno da circolazione stradale, prima esclusa dalla media-

conciliazione (essendo, prima ancora, compresa). Dimentico dei problemi creati e non ancora risolti e persino dei profili d'illegittimità costituzionale o delle pronunce ancora incompiute.

Ovviamente il Genio tiene a rassicurarci: restano ferme "le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e di mediazione, comunque denominati".

Evviva la semplificazione, evviva la chiarezza!

Se pensavamo che Democrazia significasse anche chiarezza, trasparenza, immediata comprensibilità delle norme; semplicità e facilità per tutti di accesso al Giudice. Non avevamo capito. Nossignori, non avevamo capito che occorre in ogni caso rivolgersi a dei veri specialisti che, di fronte al caso, sappiamo discernere, pesare, distinguere, scegliere, eccepire, avvertire e bene orientare. Salvo, beninteso, a ricorrere, d'accordo con lo specialista dell'altra o delle altre parti del processo, al proce-



dimento arbitrale previsto dall'art. 1, quando la lite sia sorta, nonostante i filtri e gli sbarramenti escogitati.

Bisogna dire, a questo punto, per non essere rimproverati d'aprioristica ostilità ai colpi di genio che si susseguono per risolvere la crisi della Giustizia, che, per quanto attiene alla convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati,

assunta a condizione di procedibilità per le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione da veicoli e natanti; così come per quanto attiene alla separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento ecc..., finalmente s'intravede una strada dritta verso la deflazione e verso la semplificazione.

Resta da vedere, se non cambiano le condizioni che, soprattutto in certe e vaste zone d'Italia, hanno trasformato il sacrosanto diritto al risarcimento in una sorta di disinvoltato e truffaldino ammortizzatore sociale, come, le fallite ordinarie trattative stragiudiziali fra danneggiato e Assicuratore per la rca, possano trovare, invece, componimento in sede di negoziazione assistita.

E resta da considerare la modesta incidenza percentuale dei procedimenti consensuali di separazione personale e di divorzio o di modifiche delle condizioni di separazione o di divorzio, sul numero enorme delle pendenze.

E senza commentare, per non correre il rischio dell'irridente invettiva, la sanzione da 2.000 a 10.000 euro (così ridotte quelle scritte in decreto) prevista per la violazione dell'obbligo, da parte dell'avvocato che abbia assistito alla *convenzione di negoziazione* (notata la ridicola ridondanza?) dell'obbligo di trasmettere entro 10 giorni ecc...

Come a dire: a) Il Codice deontologico forense non conta; b) un avvocato che assista a una convenzione di negoziazione, percependo compensi favolosi, può subire cospicue sanzioni; c) il Comune (quale Organo del Comune?), essendo dotato di notorio e acuto discernimento, ha una discrezionalità nello stabilire la misura della sanzione, che neppure alcun Giudice della Repubblica ha.

Quanto alle altre disposizioni, rinuncio, non dico a qualsiasi riflessione, ma persino alla lettura, dacché la mia età e la mia formazione su testi diversi, mi rendono incapace di comprendere persino il significato letterale di norme-manifesto e del linguaggio burocratese.

Continuando a sperare, tuttavia, che quando le norme siano effettivamente in vigore, la prassi e il buon senso di magistrati e avvocati sappiano, ancora una volta, tentare la semplificazione e la *reductio ad unum*, e porsi come criterio interpretativo accettabile e accettato.



*Aldo Consiglio*  
avvocato in Foggia

# Riforma in materia di esecuzioni civili

## L'esame critico di alcune novità.

Il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'ar-retrato in materia di processo civile, pubblicato nella G.U. n. 212 del 12 settembre 2014, convertito con L. 10 novembre 2014 n. 162, ha previsto alcune novità in materia di esecuzioni civili con lo scopo di rendere più efficace e celere il recupero forzoso del credito.

Allo stato, dunque, si procederà alla valutazione del contenuto del testo, cercando di individuarne presumibili pregi e criticità.

Con l'art. 18 del D.L. 12 settembre 2014 n. 132, è stato introdotto l'obbligo di depositare, nei processi esecutivi per espropriazione forzata, la nota di iscrizione a ruolo.

La ragione di tale innovazione è riconducibile - secondo la relazione di accompagnamento al decreto stesso - al fatto che la formazione dei fascicoli dei processi esecutivi, specie di quelli mobiliari, costituisce uno dei maggiori aggravati per la cancelleria, chiamata a far fronte ad un numero rilevantissimo di esecuzioni provvedendo autonomamente all'iscrizione a ruolo della procedura.

È sufficiente considerare che a livello nazionale il numero complessivo dei procedimenti per espropriazione forzata sopravvenuti è stato pari a 491.165 (nel 2009), 510.915 (nel 2010) e 527.304 (nel 2011), e, quindi, notevolmente superiore a quello delle cause di contenzioso ordinario (pari, rispettivamente, a 488.647, 446.283 e 389.390). Il personale di cancelleria adibito alle esecuzioni individuali è, però, generalmente minore di quello destinato alle sezioni civili.

Tutto ciò assume ancor più rilevanza in un Foro come quello foggiano, in cui il numero di esecuzioni civili (anche per l'elevatissimo contenzioso di origine previdenziale) è davvero ragguardevole. Per di più, molto spesso, i fascicoli formati dalla cancelleria terminano con l'estinzione per inattività delle parti.

Infatti, sia per le esecuzioni immobiliari che per quelle

Una serie di servizi telematici sicuri per:



mobiliari, le disposizioni codicistiche abrogate disponevano che il pignoramento fosse trasmesso direttamente dall'ufficiale giudiziario in cancelleria. Ne conseguiva che il fascicolo dell'esecuzione doveva essere formato dal cancelliere, che provvedeva anche all'iscrizione nell'apposito registro informatico.

Perciò, al fine di accelerare l'iscrizione dei processi per espropriazione forzata e consentire il recupero di risorse di personale di cancelleria si è ritenuto opportuno "responsabilizzare" gli avvocati, onerandoli di predisporre la nota di iscrizione a ruolo e di depositarla, unitamente al titolo esecutivo ed al precetto.

Il termine all'uopo assegnato al creditore procedente è di dieci giorni per l'espropriazione mobiliare presso il debitore e l'espropriazione immobiliare, mentre è di trenta giorni per l'espropriazione presso terzi, al fine di consentire allo stesso procedente di apprendere il contenuto della dichiarazione del terzo pignorato prima di valutare se procedere all'iscrizione a ruolo della procedura.

Detto termine decorre dalla notifica dell'atto di pignoramento o dall'esecuzione del pignoramento mobiliare presso il debitore. È previsto che la non tempestiva iscrizione a ruolo dell'esecuzione ad opera del creditore procedente determini l'inefficacia del pignoramento.

Ciò implica, per altro verso, anche una maggior “responsabilizzazione” degli ufficiali giudiziari e degli interi uffici n.e.p., chiamati a restituire con estrema sollecitudine gli atti e i verbali di pignoramento ai creditori procedenti.

Al fine di agevolare la conoscenza da parte del debitore dei dati contenuti nel pignoramento e funzionali all’esercizio di importanti poteri processuali a quest’ultimo riservati (ad esempio la presentazione dell’istanza di riduzione del pignoramento o di conversione) si è previsto che, sino al deposito dell’istanza di vendita, l’ufficiale giudiziario procedente conservi una copia del pignoramento mobiliare a disposizione dell’esecutato.

Si noti che l’ambito applicativo dell’intervento non comprende l’esecuzione per consegna o rilascio e quella degli obblighi di fare e non fare, posto che in tali procedure l’intervento del giudice dell’esecuzione è eventuale, essendo previsto dall’art. 610 c.p.c. quando “sorgono difficoltà” o dall’art. 611 c.p.c., quando è necessaria la liquidazione delle spese.

Ancora, va rilevato che, transitoriamente, l’obbligo di deposito della nota di iscrizione a ruolo si applica ai procedimenti esecutivi iniziati a decorrere dal trentesimo giorno successivo all’entrata in vigore della legge di conversione e che il deposito della nota di iscrizione a ruolo deve essere effettuato con modalità telematiche a decorrere dal 31 marzo 2015.

Rilevante norma, dal punto di vista pratico, è quella di cui all’art. 18 comma 4 del D.L. 132/2014 secondo cui il creditore deve allegare alla nota di iscrizione a ruolo alcuni atti (precetto, titolo esecutivo e pignoramento) e, dovendo trasmetterli telematicamente, si è espressamente conferito al difensore il potere di attestare la conformità all’originale delle copie informatiche dei predetti atti e documenti, da inviare con modalità telematiche.

Ulteriore novità è stata introdotta attraverso l’art. 19 del D.L. 12 settembre 2014 n. 132, con cui sono stati modificati i criteri di competenza territoriale per i procedimenti di espropriazione forzata di crediti.

Infatti, la lett. a) del comma 1 dell’articolo in commento abroga il secondo comma dell’art. 26 c.p.c., mentre la successiva lett. b) inserisce, dopo il predetto art. 26, il nuovo art. 26-bis rubricato “*Foro relativo all’espropriazione forzata di crediti*”. Pertanto, adesso, per tutti i soggetti diversi dalle amministrazioni pubbliche la competenza per i procedimenti di espropriazione forzata di crediti viene radicata presso il tribunale del luogo di residenza, domicilio, dimora o sede del debitore.



Nell’ipotesi in cui il debitore sia una pubblica amministrazione viene invece prevista la competenza del giudice del luogo dove il terzo debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede, facendo, però, salve le disposizioni contenute in leggi speciali che fissano diversi criteri di competenza esecutiva per l’espropriazione contro le pubbliche amministrazioni.

La ratio di questa disposizione sta nel favorire la concentrazione presso un unico Foro dei procedimenti di espropriazione di crediti a carico di un unico debitore e rivolti a più terzi debitori, onde consentire all’esecutato un più agevole diritto di difesa e un più facile ricorso all’istituto della riduzione del pignoramento (art. 546 co. 2 c.p.c.); ma anche per ridurre ulteriori inconvenienti, quali la necessità di notificare molte

plici atti di precetto in presenza di più terzi pignorati in forza di un credito vantato nei confronti di un unico debitore, nonché l'onere per il medesimo di proporre tante opposizioni per quanti sono i processi esecutivi generati da un'unica azione di recupero del credito.

Grande attenzione è stata dedicata dal legislatore anche alle modalità di ricerca telematiche dei beni mobili da pignorare (art. 19, co. 1, lett. c) e d) del D.L. 12 settembre 2014 n. 132), nel tentativo di dare significato e forza ad un istituto ritenuto da molto pressoché inutile.

Il criterio guida seguito per raggiungere questo scopo è stato quello dell'implementazione dei poteri di ricerca dei beni dell'ufficiale giudiziario, colmando l'asimmetria informativa esistente tra i creditori e il debitore in merito ai cespiti patrimoniali appartenenti a quest'ultimo.

A tal fine, quindi, è stato previsto che *"[...] il presidente del tribunale o un giudice da lui delegato dispone che l'ufficiale giudiziario acceda mediante collegamento telematico diretto ai dati contenuti nelle banche dati delle pubbliche amministrazioni o alle quali le stesse possono accedere e, in particolare, nell'anagrafe tributaria, compreso l'archivio dei rapporti finanziari, nel pubblico registro automobilistico e in quelle degli enti previdenziali, per l'acquisizione di tutte le informazioni rilevanti per l'individuazione di beni e crediti da sottoporre ad esecuzione, comprese quelle relative ai rapporti intrattenuti dal debitore con istituti di credito e datori di lavoro o committenti"*.

Perciò è previsto che l'accesso dell'ufficiale giudiziario alle banche dati possa aver luogo esclusivamente su autoriz-

zazione del presidente del tribunale o di un giudice da lui delegato, previa istanza accompagnata dal pagamento di un contributo unificato, al fine di soddisfare le esigenze di tutela della riservatezza connesse a tale operazione di ricerca dei beni da pignorare.

La competenza è radicata nel tribunale del luogo di residenza, domicilio, dimora o sede del debitore.

Terminate le operazioni di accesso alle banche dati, l'ufficiale giudiziario potrà accedere ai luoghi appartenenti al debitore nei quali si trovano i beni emersi dall'interrogazione delle banche dati per procedere al pignoramento.

Se la consultazione delle banche dati ha fatto emergere l'esistenza di più beni o crediti da colpire, la scelta su cosa assoggettare ad esecuzione è rimessa al creditore, replicando il modello generale che regola il pignoramento presso terzi.

A tal fine è previsto che il creditore possa chiedere di partecipare alle operazioni di pignoramento, come già disposto dall'art. 165 disp. att. c.p.c., e che l'ufficiale giudiziario, concluse le operazioni di ricerca telematica dei beni e prima di accedere ai luoghi, comunichi al precedente le banche dati interrogate e le informazioni dalle stesse risultanti a mezzo telefax o posta elettronica anche non certificata, dandone atto a verbale, invitandolo, quindi, ad esercitare la scelta. In caso di inerzia del creditore nei dieci giorni successivi, la richiesta di pignoramento diviene inefficace.

La disciplina della ricerca se da un lato appare di grande importanza per una maggior efficacia dello strumento esecutivo, dall'altro appare ulteriormente farraginoso





laddove ci si debba preliminarmente rivolgere al Presidente del Tribunale per essere autorizzati a richiedere tale ricerca. Probabilmente, un ulteriore aggravio di costi per i creditori e di lavoro per gli uffici giudiziari.

Novità assoluta nel nostro ordinamento è rappresentata dall'apposizione del vincolo d'indisponibilità sui crediti del debitore o sulle cose di quest'ultimo che sono in possesso di terzi per mezzo della notificazione al debitore e al terzo del verbale che dà atto delle operazioni di ricerca e individuazione dei beni.

Al fine di agevolare la celerità delle esecuzioni mobiliari presso terzi, inoltre, è stato opportunamente previsto che la dichiarazione sia resa dal terzo in ogni caso a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata.

Nello stesso senso si pone anche la modifica del primo comma dell'art. 547 c.p.c. in base al quale, quando all'udienza il creditore affermi di non aver ricevuto la dichiarazione, il giudice, con ordinanza, fissa un'udienza successiva.

L'ordinanza è notificata al terzo almeno dieci giorni prima della nuova udienza. Se questi non compare alla nuova udienza o, comparando, rifiuta di fare la dichiarazione, il credito pignorato o il possesso del bene di appartenenza del debitore, nei termini indicati dal creditore, si considera non contestato ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione e il giudice provvede a norma degli artt. 552 o 553 c.p.c.

Tutte queste modifiche apportate alle esecuzioni mobiliari (presso il debitore e presso terzi) sembrano poter dare un po' di slancio ad uno strumento che negli ultimi tempi ha patito non poco la farraginosità del sistema normativo e le eccessive

lungaggini procedurali, finendo per svilire le legittime pretese creditorie.

Di sicuro, bisognerà attendere un po' prima di poter valutare la reale bontà di tali disposizioni, specie in considerazione del fatto che (con particolare riguardo al pignoramento di beni mobili) la vendita coattiva del compendio staggito spesso porta a dei ricavi piuttosto esigui e certamente non soddisfattivi, costringendo i creditori a proseguire le azioni esecutive o ad accontentarsi di recuperi parziali.

Anche in materia di esecuzioni immobiliari sono state previste delle novità.

Anche, in questo caso, come anticipato innanzi, è stato previsto un termine più ristretto (dieci giorni) per l'iscrizione a ruolo a cura dell'avvocato del creditore procedente e, quindi, per il deposito dell'istanza di vendita.

Inoltre, sono state previste ulteriori misure che sono volte ad una maggior incisività dello strumento esecutivo.

Innanzitutto, è stato previsto (art. 19, comma 1, lett. h) contenente la modifica dell'art. 560, co. 3 c.p.c.) l'obbligo per il giudice dell'esecuzione immobiliare di ordinare la liberazione dell'immobile pignorato, non più quando provvede all'aggiudicazione o all'assegnazione, bensì, quando autorizza la vendita. Con tale misura si auspica di rendere più appetibile l'acquisto di un immobile posto in vendita libero da cose e persone. Di sicuro questa norma renderà meno felici i debitori, finora "rassicurati", per lo meno, dalla possibilità di restare all'interno dell'immobile durante il lungo lasso di tempo occorrente per arrivare all'aggiudicazione del bene.

Tuttavia, sorge contestualmente il problema di capire chi dovrà farsi carico della liberazione del compendio staggito. Le

prime soluzioni che vengono in mente sono quelle di onerare di questo incarico il professionista delegato alle operazioni di vendita o lo stesso creditore procedente.

Di certo, in entrambi i casi la previsione normativa potrebbe dar luogo ad un aggravio di costi per la procedura e, probabilmente, a non pochi problemi per l'onerato.

Inoltre, val la pena riflettere sulla possibilità di iniziare o meno le operazioni di vendita prima dell'effettiva liberazione dell'immobile. Infatti, considerando le lungaggini delle procedure esecutive per rilascio e le difficoltà pratiche che spesso sorgono in questi casi (basti pensare a quei debitori con famiglie numerose, animali domestici, bambini o disabili per il cui sgombero sarebbe necessario l'ausilio della forza pubblica e delle autorità sanitarie, a loro volta spesso afflitte dalla carenza di personale) si rischierebbe di iniziare le operazioni di vendita molto tempo dopo l'emissione dell'ordinanza di autorizzazione della vendita.

Di contro, però, dar luogo immediatamente alle operazioni di vendita significherebbe disapplicare la norma appena introdotta.

È previsto poi che l'ufficiale giudiziario provveda ad intimare alla parte tenuta al rilascio, o a colui al quale risulti che i beni appartengono, l'asporto entro un termine perentorio all'uopo assegnato.

In mancanza si provvederà alla vendita coattiva degli stessi in presenza di una specifica istanza della parte istante e del pagamento anticipato delle spese ad opera di quest'ultima ovvero, in mancanza, alla distruzione e smaltimento dei beni. Qualora vengano rinvenuti documenti inerenti lo svolgimento dell'attività imprenditoriale o professionale si prevede una specifica modalità di custodia degli stessi.

La somma ricavata dalla vendita del bene servirà anche per il pagamento delle spese e dei compensi di custodia e di asporto. L'eventuale eccedenza, invece, sarà impiegata per il pagamento dell'esecuzione per rilascio, quando i beni appartengono alla parte eseguita.

Se i beni appartengono ad un terzo che non li ha rivendicati prima della vendita, secondo le modalità previste, la somma eccedente il pagamento delle spese di custodia e trasporto è immediatamente versata al terzo.

Novità di rilievo è rappresentata dalla lett. b) del comma 2 dell'art. 19 del D.L. 132/2014 che, dopo l'art. 164 disp. att. c.p.c., ha previsto il nuovo art. 164-bis con il quale si stabilisce che, quando risulta che non è più possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori, anche tenuto conto dei costi necessari per la prosecuzione della procedura, delle probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo, è disposta la chiusura anticipata del processo esecutivo.

Infine, si segnala una novità introdotta con la riforma: il pignoramento di veicoli e natanti.

La lett. d-ter dell'art. 19 del D.L. n. 132/2014 ha introdotto, infatti, il nuovo art. 521-bis c.p.c. secondo cui, uniformandosi alla disciplina dell'esecuzione presso terzi, il pignoramento dei veicoli (auto, moto e rimorchi) si esegua mediante notificazione al debitore di apposito atto, contenente gli estremi identificativi del mezzo e l'intimazione di consegnarlo, unitamente ai relativi documenti di proprietà, entro 15 giorni all'Istituto Vendite Giudiziarie, operante nel circondario del luogo dove il debitore stesso abbia la residenza, il domicilio, la dimora o la sede.

Scaduto infruttuosamente tale termine, interverranno gli organi di polizia che, accertata la circolazione del bene pignorato, procederanno al ritiro della carta di circolazione, dei titoli e dei documenti di proprietà nonché a consegnare il bene pignorato all'istituto.

Nel frattempo, il creditore dovrà trascrivere l'atto nei pubblici registri automobilistici, depositando nella cancelleria del Tribunale competente, nota di iscrizione a ruolo e copie conformi del titolo esecutivo, del precetto, dell'atto di pignoramento e della nota di trascrizione, entro trenta giorni dalla comunicazione di avvenuta consegna del mezzo da parte dell'IVG, pena la perdita di efficacia del pignoramento stesso.

La disciplina appare certamente interessante e sembra poter offrire risultati migliori della normativa attuale. Infatti, la necessità di individuare fisicamente il bene da parte dell'ufficiale giudiziario, ha dato luogo a non poche difficoltà pratiche. Inoltre, la custodia affidata allo stesso debitore spesso poteva rivelarsi controproducente.

Al contrario, tuttavia, va rilevato come l'affidamento in custodia all'IVG possa comportare una lievitazione delle spese di procedura che alla fine possono determinare uno svilimento del prezzo ricavato dalla vendita del bene staggito.

Probabilmente, una soluzione che contemperasse le esigenze contrapposte potrebbe consistere nel prevedere un tetto massimo per tali spese o la convenzione a tariffe concordate tra Tribunali e custodi, onde evitare che le somme ricavate dalle vendite non soddisfino i creditori procedenti.



*Fabio Filograsso*  
avvocato in Foggia

# Revoca del fallimento

## Note a margine di sentenza della Corte di Appello di Bari

N. R.G. 1037/2014  
REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
La Corte di Appello di Bari – Sezione Feriale – composta dai Magistrati

- Dott. Alessandro MESSINA - Presidente
- Dott.ssa Raffaella SIMONE - Consigliere Relatore
- Dott. Saverio U. De Simone - Consigliere
- ha pronunciato la seguente: SENTENZA 1290/2014

Nel reclamo in opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento ex art. 18 L.F. n. 267/1942, iscritto nel ruolo Generale degli affari contenziosi civili, n. r.g. 1037/2014 promosso da T. & Co. di T. D., in persona dell'omonimo titolare, .... omissis ...

- RICORRENTE -

E

Curatela del Fallimento T. & Co. di T. D., .... omissis ...

- RESISTENTE -

E

CR E. s.r.l., .... omissis ...

- INTERVENUTA -

E

P. A. s.r.l. .... omissis ...

- INTERVENUTA -

FATTO E DIRITTO

Rilevato in fatto che:

il Tribunale di Bari, con sentenza n. 93 depositata il 26/5/2014, ha dichiarato il fallimento a rito ordinario di T. D., imprenditore individuale, titolare della ditta T. & Co;

avverso la pronuncia T.D., nella detta qualità, ha proposto reclamo, ai sensi dell'art. 18 della L.F., adducendo la sopravvenuta carenza della condizione necessaria per la declaratoria di fallimento, in specie per la desistenza dei creditori istanti, in forza di atti datati 15/5/2014, non tempestivamente prodotti nel procedimento, chiedendo la revoca del fallimento;

la Curatela, costituitasi con comparsa dell'8/8/2014, ha eccepito l'inammissibilità del reclamo per la mancata rituale acquisizione degli atti di rinuncia in primo grado e l'infondatezza, per difetto di data certa degli atti di desistenza o, in subordine, per l'avvenuta insinuazione al passivo di otto creditori per la somma complessiva di € 430.000,00;

con comparsa del 31/7/2014 si sono costituiti nel procedi-

mento la CR E s.r.l. e la P.A. s.r.l., le quali hanno confermato gli atti di desistenza, rimettendosi alle determinazioni della Corte in ordine al reclamo;

Osservato in diritto che:

- secondo condivisibile orientamento di legittimità "Il nuovo procedimento per la dichiarazione di fallimento, non prevedendo alcuna iniziativa d'ufficio, suppone, affinché il giudice possa pronunciarsi nel merito, che la domanda proposta dal soggetto a tanto legittimato sia mantenuta ferma, cioè non rinunciata, per tutta la durata del procedimento stesso, derivandone, quindi, che la desistenza dell'unico creditore istante intervenuta anteriormente alla pubblicazione della sentenza di fallimento, pur se depositata solo in sede di reclamo avverso quest'ultima, determina la carenza di legittimazione di quel creditore e la conseguente revoca della menzionata sentenza" (Cfr. Cass. Sez. I, n. 21478/2013);

nel caso di specie la ditta T. ha prodotto in sede di reclamo dichiarazioni di desistenza da domanda di fallimento delle creditrici, recanti la data dattiloscritta 25/5/2014, corretta con annotazione manuale 15/5/2014, seguita da sottoscrizioni della parte e del difensore;

i creditori intervenuti nel presente procedimento ne hanno confermato il rilascio, sicché, in difetto di ulteriori contestazioni, la data deve ritenersi accertata ai sensi del secondo comma dell'art. 2704 c.c.;

la data dattiloscritta sulle due dichiarazioni è in ogni caso antecedente alla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, depositata il 26/5/2014;

a fronte della desistenza dei creditori che hanno dato vita all'azione, la pendenza del procedimento fallimentare non può giustificarsi in forza della mera insinuazione al passivo di altri creditori, ancorché per importi ingenti, non risultando costoro promotori di ricorsi per dichiarazioni di fallimento, in difetto dei quali, sia pur per ragioni sopravvenute la dichiarazione va revocata;

il tardivo deposito degli atti di rinuncia giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali fra le parti.

P.Q.M.

1) accoglie il reclamo e, per l'effetto, revoca il fallimento della ditta T. & Co. di T.D.;

2) compensa integralmente fra le parti le spese processuali.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio della Sezione



Feriale della Corte d'Appello di Bari, il 19/8/2014.

**Il Consigliere est.**

**Il Presidente**

**Dott.ssa Raffaella Simone**

**Dott. Alessandro Messina**

DEPOSITATO IN CANCELLERIA IL 27 AGOSTO 2014

### **Revoca del fallimento per rinuncia dell'istante.**

**C**on la decisione in esame la Corte di Appello ha revocato il fallimento valorizzando le dichiarazioni di desistenza e rinuncia rese dai creditori istanti, ma ignote al giudice di *prime cure*.

Nella fattispecie esaminata dalla Corte di Bari, infatti, la domanda del soggetto legittimato (il creditore), processualmente presente nella prima fase del procedimento svoltasi dinanzi al tribunale e definita con la sentenza dichiarativa di fallimento, era invece venuta a mancare per la sopravvenuta rinuncia nelle more della pronuncia e del deposito della decisione.

La sentenza riafferma l'applicazione del principio della domanda di parte al procedimento fallimentare conseguente alla riforma introdotta dal d.lgs. 9.1.2006 n. 5 e s.m. che per la salvaguardia della posizione di imparzialità e terzietà del tribunale e dei principi costituzionali del giusto processo, ha superato sul punto, abrogandolo, il potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento dell'imprenditore insolvente (cfr. art. 6 d.lgs. n. 267/1942 nel testo previgente alla riforma del 2006).

Nella motivazione, in particolare, il Giudice del reclamo richiama l'indirizzo interpretativo assunto dalla Suprema Corte (Cassazione 19.9.2013, n. 21478, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) e in *Fallimento*, 2014, 4, 423) secondo cui – venuto meno il fallimento d'ufficio – la domanda dei soggetti legittimati (nella specie il creditore) deve permanere per tutto il procedimento volto alla dichiarazione di fallimento, poiché diversamente quel procedimento deve essere definito senza pronunciare la sentenza dichiarativa.

La domanda di parte, infatti, nel nuovo contesto normativo disegnato dalla riforma, non costituisce una mera denuncia dell'insolvenza dell'imprenditore e la sua mancanza, anche se nel corso del procedimento si accerti l'esistenza dello stato di insolvenza, non consente al tribunale di dichiarare (comunque) il fallimento.

L'iniziativa del fallimento proposta dal creditore rappresenta, quindi, l'esercizio di una azione posta nel suo interesse e tale richiesta deve permanere per tutto il procedimento, non solo nella fase che si svolge dinanzi al tribunale ma anche nella eventuale fase di gravame che si svolge dinanzi alla Corte di Appello in seguito al reclamo proposto ai sensi dell'art. 18 della legge fallimentare.

La rinuncia dell'istante al ricorso acquisita agli atti prima di riservare la decisione consentirà al tribunale di dichiarare il “*non luogo a provvedere*”. La revoca del fallimento, invece, si avrà quando la rinuncia sia acquisita successivamente alla pronuncia di fallimento.

La rinuncia del creditore al ricorso viene ricostruita in termini di rinuncia agli atti del giudizio disciplinata dall'art.

306 c.p.c., che può essere resa in ogni fase del procedimento fallimentare, sia direttamente dinanzi al Giudice con dichiarazione a verbale, sia con autonomo atto da depositarsi agli atti del giudizio. Non sembra essere richiesta l'espressa accettazione del debitore. In proposito si può ritenere che tale rinuncia può essere implicitamente desunta dal comportamento assunto dal creditore dopo la proposizione del ricorso.

Non sembra ammissibile la rinuncia all'iniziativa di fallimento assunta dal debitore.

E' dubbio se sia rinunciabile la richiesta del Pubblico Ministero e se questa, come sembra ritenere Cassazione 18.6.2014 n. 13909 (in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)), riferendo della vicenda processuale definita con sentenza della Corte di Appello di

posto che la sua mancata partecipazione all'udienza non inficia in alcun modo il procedimento.

L'insinuazione al passivo dei creditori, secondo la Corte di Bari, non incide sulla valutazione della rinuncia, poiché la domanda di insinuazione non ha lo stesso oggetto del ricorso per fallimento volto, quest'ultimo, unicamente all'accertamento dei presupposti per l'apertura della procedura. Così come – d'altra parte – l'accoglimento del ricorso di fallimento non importa ammissione del creditore istante al passivo del fallimento prevedendosi una specifica domanda disciplinata dall'art. 93 L.F. Nel procedimento di opposizione alla dichiarazione di fallimento, pertanto, le risultanze dello stato passivo possono rilevare solo ai fini della verifica della sussistenza dello



Genova 12.2.2012, possa essere anche implicita: nella specie la rinuncia è stata desunta dal comportamento omissivo del P.M. che, dopo aver richiesto il fallimento dell'imprenditore, non è più comparso durante il procedimento prefallimentare. In senso contrario App. L'Aquila, 22.05.2012 (in *Fallimento*, 2012, 10, 1256) ha ritenuto non rinunciabile l'iniziativa del P.M. e, quindi, validamente pronunciata la dichiarazione di fallimento su iniziativa del pubblico ministero e di un creditore che abbia presentato dichiarazione di desistenza, anche in caso di assenza del pubblico ministero all'udienza prefallimentare,

stato di insolvenza (Cassazione 25.06.2013, n. 15869) ma non possono sostituire la domanda di fallimento.

La circostanza che la domanda di parte sia condizione necessaria per la pronuncia di fallimento e debba persistere per tutto il procedimento, importa che la desistenza del creditore, quale rinuncia alla decisione nel merito, determini la chiusura del procedimento prefallimentare con un provvedimento di archiviazione e non di rigetto della domanda. La valutazione del tribunale, infatti, non cade sul merito dell'istanza di fallimento e non può, quindi, comportare

una dichiarazione di rigetto che, invece, presuppone quella valutazione. La sentenza di revoca, in questo caso, si fonda su ragioni meramente processuali e ciò consente la riproposibilità dell'istanza di fallimento pur dopo il passaggio in giudicato della decisione.

Non vi è alternativa alla revoca del fallimento, neppure quando il tribunale abbia deliberato l'apertura del fallimento in costanza della domanda di fallimento. La conoscenza sopravvenuta dell'intervenuta rinuncia alla domanda di fallimento, come nella vicenda venuta all'esame della Corte di Bari, non consente di invocare l'istituto della chiusura del fallimento previsto dall'art. 118 della legge fallimentare e che opera *ex nunc*, come si potrebbe essere indotti a ritenere considerando che un conto è l'errore del tribunale nella valutazione delle condizioni e dei presupposti della dichiarazione di fallimento (che sostiene il provvedimento di revoca operante *ex tunc*), altro è la valutazione da parte del giudice del gravame di quelle condizioni e dei presupposti alla luce di nuovi e sopravvenuti elementi che il tribunale ha incolpevolmente ignorato o non poteva conoscere.

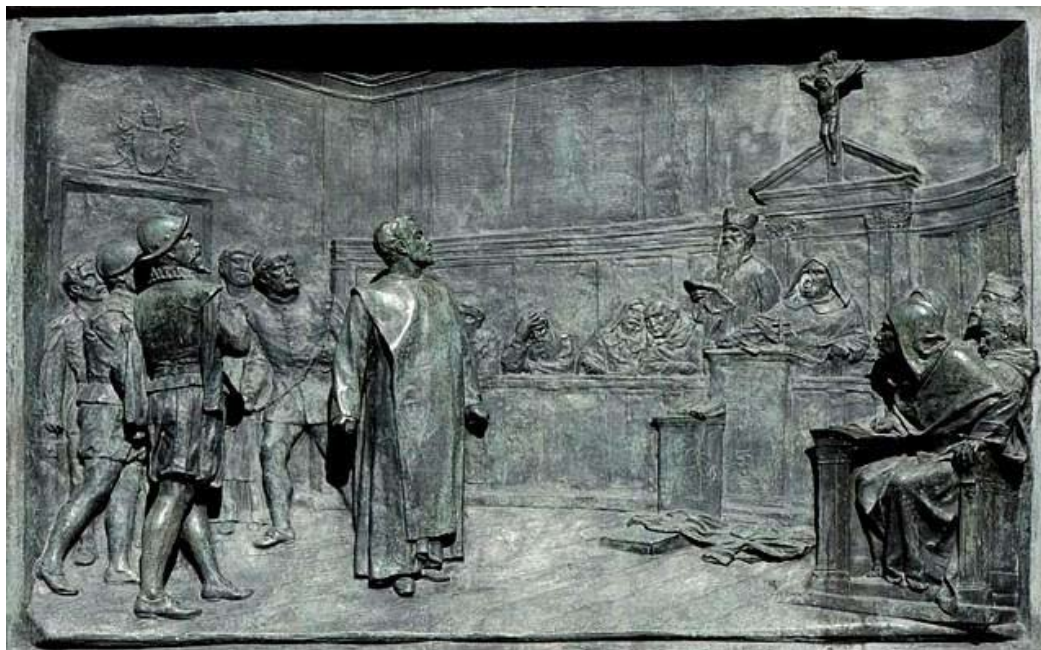
Il procedimento di impugnazione della sentenza che dichiara il fallimento, disciplinato dall'art. 18 del R.D. n. 267/1942, si fonda oggi (non più sull'opposizione dinanzi al tribunale come nella originaria previsione della legge del 1942 né sull'appello alla Corte di Appello disciplinato dalla riforma di cui al d.lgs. n. 6/2005) ma, in virtù del d.lgs. 12.9.2007 n. 169, sul reclamo alla Corte di Appello da proporre con ricorso che, a norma dell'art. 18, deve essere depositato in cancelleria entro trenta giorni decorrenti, per il debitore, dalla notificazione della sentenza, mentre per tutti gli altri interessati, dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese. Il reclamo – secondo l'interpretazione prevalente – è volto

ad assicurare l'effetto devolutivo pieno dell'impugnazione consentendo la valutazione di tutte le questioni relative alla sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi e della legittimazione ad agire del creditore istante. Il Giudice del gravame potrà valutare tutti gli elementi che gli vengono sottoposti, anche nuovi e non valutati dal Tribunale, senza i limiti propri dell'impugnazione cd ordinaria (art. 342 c.p.c.) il cui effetto devolutivo è fortemente limitato dalle disposizioni di cui all'art. 345 c.p.c. Il principio è consolidato nella interpretazione della Suprema Corte, per la quale al reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento non si applicano, per la sua specialità, i limiti previsti in tema di appello dagli artt. 342 e 345 cod. proc. civ. ed il relativo procedimento è quindi caratterizzato da un effetto devolutivo pieno, pur attenendo ad un provvedimento decisorio, emesso all'esito di un procedimento contenzioso svolto in contraddittorio e suscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata (cfr. Cass. civ., Sez. I, 02.04.2012, n. 5257; Cass. civ., Sez. I, 24.05.2012, n. 8227, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)). Per Cass. civ., Sez. I, 24.03.2014, n. 6835 (CED Cassazione, 2014) *“il “reclamo” avverso la sentenza dichiarativa di fallimento ex art. 18 legge fall., come modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che ha ridenominato il precedente istituto dell’“appello”, l’istituto, adeguandolo alla natura camerale dell’intero procedimento, è caratterizzato, per la sua specialità, da un effetto devolutivo pieno. Ne consegue l’inapplicabilità dei limiti previsti dagli artt. 342 e 345 cod. proc. civ. in tema di nuove allegazioni e nuovi mezzi di prova”*. Nello stesso senso anche Cassazione 19.03.2014, n. 6306 (CED Cassazione, 2014).

Ne consegue che, nel corso del procedimento, mancando la definitività della dichiarazione di fallimento la carenza, anche sopravvenuta, di una condizione essenziale, quale la iniziativa



portata dalla domanda di parte, determinerà la cessazione *ex tunc* degli effetti della sentenza di fallimento, salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura ai sensi dell'art. 18 comma 15 della legge fallimentare.



La Corte di Bari valorizza l'accertamento della anteriorità della data degli atti di rinuncia dei creditori rispetto alla "pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento". Va osservato, tuttavia, che la rinuncia può utilmente sopravvivere dinanzi alla Corte di Appello nel corso del giudizio di reclamo. La necessaria persistenza della domanda di parte per tutto il corso del procedimento prefallimentare, infatti, rende rilevante la rinuncia sia che questa intervenga durante la fase che si svolge dinanzi al tribunale, sia successivamente, se la carenza della domanda sopravvenga nel corso del giudizio di reclamo.

Sul punto si può richiamare la sentenza della Corte di Appello di Bologna n. 1933 dell'1.9.2014 (in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) resa in una fattispecie in cui la rinuncia del creditore istante era intervenuta dopo la dichiarazione di fallimento e pur dopo il deposito del reclamo proposto dal fallito. La Corte di Bologna, sulla scorta di una recente pronuncia della Suprema Corte (Cassazione 18.6.2014 n. 13909, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)), ha precisato che la desistenza dell'unico creditore e la rinuncia all'istanza di fallimento anche in sede di reclamo comporta, irrimediabilmente, la revoca della dichiarazione di fallimento pur legittimamente pronunciata dal tribunale.

Se il fallimento è revocato, restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura (art. 18

legge fallimentare). Va precisato, al riguardo, che la sentenza di revoca pronunciata dalla Corte di Appello non è immediatamente esecutiva come, invece, la sentenza di fallimento. La revoca del fallimento, inoltre, comporta l'applicazione dell'art.

119 della legge fallimentare, quinto comma, che prevede la pronuncia di specifici decreti da parte del tribunale volti ad attuare gli effetti della decisione una volta che questa passi in giudicato. Sarà il tribunale, pertanto, a disporre la definizione e la chiusura del procedimento ed a liquidare il compenso al curatore ai sensi dell'art. 18 ultimo comma. In proposito Cassazione 20.3.2014 n. 6553 ([www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) ha

ritenuto che *"in caso di revoca del fallimento, l'imprenditore tornato "in bonis" non ha diritto di ripetere dal curatore le somme liquidate per acconti sul compenso nel corso della procedura, ma solo di agire, per ottenere il rimborso di quanto detratto dall'attivo, nei confronti del soggetto sul quale tali oneri devono gravare per avere colpevolmente dato causa al fallimento"*.

La sentenza di revoca del fallimento per rinuncia del soggetto legittimato non investe il merito del giudizio prefallimentare, per cui il suo passaggio in giudicato non preclude la riproposizione della domanda di fallimento. Nessun dubbio che legittimati in tal senso possano essere altri creditori dell'imprenditore. Sulla base di elementi sopravvenuti, preesistenti ma non dedotti, potrebbe essere proposta dallo stesso creditore. La Cassazione (sentenza n. 13909/2014) ha peraltro affermato che la legittimazione spetta anche allo stesso ufficio del P.M. che abbia rinunciato alla domanda originariamente proposta<sup>1</sup>.

*Giuseppe Di Sabato  
Ricercatore in diritto commerciale  
e professore aggregato in diritto  
fallimentare presso  
l'Università degli Studi di Foggia,  
Dipartimento di Giurisprudenza.*



1 Per un primo approfondimento in tema di revoca del fallimento e rinuncia alla domanda, v. *Trattato delle Procedure Concorsuali* diretto da Ghia-Piccinnini-Severini, Vol. 1, Utet, 2010; *Fallimento e altre Procedure Concorsuali* diretto da Fauceglia e Panzani, Vol. 1, 2009, Utet; *Diritto Fallimentare*, AA.VV., 2013, Giuffrè; *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Ambrosini, 2006, Zanichelli; *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Zanichelli, 2006, Utet.

# LA CADUTA DEL MURO DI BERLINO, VISTA DA VICINO

## ...E 25 ANNI DOPO<sup>1</sup>

**1** *Cronaca della caduta del muro.* Ho avuto il privilegio di assistere “dal vivo” alla caduta del muro di Berlino, l’evento storico senz’altro più importante dopo la fine della seconda guerra mondiale, grazie ad un’amica giornalista, italiana, che da mesi seguiva da vicino le vicende politiche che portarono al fatidico 9 novembre 1989. Fu lei a

nascita, a lungo meditata dalle autorità della DDR, la Repubblica Democratica Tedesca, per porre fine all’esodo biblico del suo popolo verso la Germania federale, fu smentita solo poche ore prima con una delle più grandi menzogne della storia, pronunciata dal Primo Ministro tedesco-orientale, Walter Ulbricht, il 13 agosto del 1961: “Nessuno ha intenzione di



chiamarmi la sera del 9 per annunciarmi l’incredibile notizia, quasi ingiungendomi di raggiungerla alla Porta di Brandeburgo. Ero incredulo. È che, come la sua costruzione, la caduta del muro è stato un evento preparato e annunciato con largo anticipo e al tempo stesso inatteso e sorprendente. La sua

costruire un muro”. Poco dopo la mezzanotte, migliaia di soldati iniziarono a srotolare il filo spinato lungo una linea di 155 chilometri intorno ai quartieri occidentali della città e di lì a poco a erigere la barriera di cemento che ha diviso Berlino per ventotto anni.

<sup>1</sup> Questo scritto riproduce, molto in sintesi, il contenuto di un incontro “conviviale” svoltosi a Foggia il 6 novembre scorso su invito degli amici del Rotary Club Foggia “U. Giordano” e del suo Presidente, dott. Paolo di Fonzo, che ringrazio per avermi consentito di rievocare, accanto a fatti storici di così grande rilievo, anche una parte significativa della mia vita.



[www.berlin.de/FalloftheWall2014](http://www.berlin.de/FalloftheWall2014)

Anche la fine del muro fu preparata da una lunga incubazione. Le sue radici remote risiedono forse addirittura nell'invasione dell'Afganistan effettuata nel 1979 dall'Unione Sovietica a sostegno del locale governo comunista nel conflitto interno, che, protrandosi a lungo (fu il Vietnam sovietico), dissanguò l'economia dell'URSS, accentuandone il gap con quella del mondo occidentale e determinandone il declino come superpotenza e il suo crollo futuro<sup>2</sup>. Di sicuro senza questo antefatto non si comprenderebbero a pieno alcuni decisivi sviluppi storici immediatamente anteriori al novembre 1989, quali le riforme democratiche avviate da Gorbaciov in Unione Sovietica (Glasnost e Perestrojka), cui si legò la rinuncia, da parte sovietica, alla "difesa" armata dei regimi comunisti europei (come era invece avvenuto nel 1953 nella DDR, nel 1956 in Ungheria e nel 1968 in Cecoslovacchia).

Il vero e proprio "inizio della fine" fu però determinato da dichiarazioni rese da Gorbaciov nel corso del 1989 secondo le quali i "rapporti fra le due Germanie" non erano considerati più una questione di pertinenza sovietica. L'effetto ne fu l'accelerazione dello smantellamento della "cortina di ferro" iniziato con i nuovi regimi riformisti insediatisi in Polonia, Cecoslovacchia e Ungheria. In particolare, il 2 maggio 1989 il Governo ungherese rimosse il filo spinato alla frontiera con

l'Austria dove in poco tempo si riversarono migliaia di tedeschi dell'Est (che almeno all'interno del blocco sovietico avevano libertà di movimento), mentre tanti altri si rifugiavano nelle ambasciate della Germania occidentale di Budapest, Praga, Varsavia, al grido "Wir wollen raus!" (vogliamo uscire!): verso la libertà e il benessere. Ma accanto a chi voleva fuggire, cresceva la marea di chi voleva restare ("Wir bleiben hier!": restiamo qui!; "Wir sind das Volk": il popolo siamo noi), ma chiedeva democrazia, libere elezioni, libertà. Nascono diversi movimenti di diritti civili – Neues Forum (Nuovo Foro) e Demokratie Jetzt (Democrazia Adesso) i principali – in grado di mobilitare centinaia di migliaia di persone.

Le manifestazioni di piazza rovinano persino le solenni celebrazioni dei 40 anni di vita della DDR, svoltesi il 7 ottobre alla presenza di Gorbaciov. Il 18 ottobre Erich Honecker, Segretario generale della SED, il Partito socialista unitario, in carica dal 1971, è costretto a rassegnare le dimissioni. La SED e le autorità di Stato non riescono più a fronteggiare gli eventi. La caduta del muro è ormai nell'aria. La scintilla decisiva fu data dalla presentazione di un nuovo disegno di legge su visti e transito verso l'Occidente che, per essere ancora molto restrittivo, alimentò ulteriormente il fuoco delle proteste. Il Consiglio dei Ministri e l'intero Politbüro furono

2 Per inciso, secondo alcuni in Afganistan le superpotenze avrebbero di fatto perso entrambe la guerra fredda, visto che, con l'appoggio fornito alle opposizioni anticomuniste di quel Paese, comprese quelle ispirate al fondamentalismo islamico, anche gli Stati Uniti e i suoi alleati avrebbero finito con l'armare il fucile puntato più tardi contro l'Occidente.



costretti a dimettersi, mentre si preannunciava sul tema un nuovo disegno di legge.

Si arriva al 9 novembre: Die Wende (la “svolta”). Alle ore 19 circa, nell’annunciare in conferenza stampa nuove misure in materia di transito che avrebbero assicurato, “senza particolari formalità”, libertà di movimento ai cittadini tedesco-orientali, incalzato dalle domande dei giornalisti, il portavoce della SED, Günter Schabowski, risponde (in realtà improvvisando, non avendo ricevuto sul punto alcuna indicazione precisa) che esse sarebbero state operative “ab Sofort” (da subito). La notizia fa il giro del mondo (era caduto il muro!) sorprendendo tutti. Arrivò del tutto inattesa persino a quelli che saranno i principali protagonisti della riunificazione sul versante occidentale, il Cancelliere Helmut Kohl e il Ministro degli Esteri Hans-Dietrich Genscher, in quel momento a Varsavia per festeggiare l’insediamento del nuovo governo riformista polacco.

I cittadini della Germania dell’Est avevano appreso la notizia solo di rimbalzo, dai telegiornali delle televisioni occidentali, senza una conferma certa da parte delle proprie autorità di governo che, anzi, avevano schierato migliaia di soldati alle frontiere, ma senza impartire loro precisi comandi. La tensione era alle stelle. La scena di cui fui testimone alla Porta di Brandeburgo mi parve inizialmente inspiegabile.

Attraverso il colonnato della Porta s’intravedevano poche decine di persone che, lentamente, facevano pochi passi al di là del “confine” scrutando con circospezione i Vopos (i “poliziotti del popolo”) schierati immobili. Constatata la loro impassibilità (non sparavano!), queste persone tornavano indietro, sparendo. Strano atteggiamento da parte di gente che ha atteso la libertà da ventotto anni, si commentava con le poche decine di giornalisti occidentali presenti. Queste persone erano in realtà l’avanguardia coraggiosa di una moltitudine di parenti e amici che attendevano a distanza e che ben presto, rassicurati, si riversarono a migliaia nel settore occidentale. Le scene successive non avevano nulla a che fare con le immagini di folle festanti e di picconate al muro che il giorno dopo hanno fatto il giro del mondo. Quella sera, e per tutta la notte, si trattò piuttosto di un’invasione di spettri che si aggiravano silenti e attoniti per le vie di Berlino Ovest.

Intanto le cose andavano un po’ diversamente altrove, ad esempio al varco della Bornholmerstrasse, nel quartiere di Wedding, dove le guardie di frontiera, prive di ordini precisi, erano quasi sul punto di sparare sulla folla, quando il comandante del reparto, Harold Jaeger, si assunse la responsabilità (e il rischio di doverne poi rispondere ai superiori) di far alzare le sbarre, evitando la strage<sup>3</sup>.

3 L’episodio è stato rievocato in occasione della ricorrenza dei 25 anni dalla caduta del muro con un film, “Bornholmerstrasse”, trasmesso nel novembre scorso dalla televisione di Stato tedesca.

## 2. Le conseguenze della caduta del muro per la Germania e per l'Europa.

La caduta del muro di Berlino ha cambiato radicalmente la storia tedesca e quella del mondo, non necessariamente, però, in meglio, e comunque non senza complicazioni e problemi. A partire dalla data della ricorrenza nazionale: celebrare il 9 novembre si è infatti subito rivelato per i tedeschi impraticabile. La data era "compromessa" da due precedenti storici imbarazzanti: il 9 novembre 1918, l'abdicazione dell'Imperatore Guglielmo II dopo la sconfitta della prima guerra mondiale; il 9 novembre 1938, la "notte dei cristalli", il pogrom contro i negozi degli ebrei in tutta la Germania, preludio dell'olocausto. Si è dovuto quindi ripiegare sulla data del 3 ottobre, quella della riunificazione amministrativa delle due Germanie, nel 1990, divenuta festa nazionale.

La riunificazione non è stata indolore per il popolo tedesco. Il formidabile processo d'integrazione tra Est e Ovest che ne è conseguito (per alcuni si sarebbe però trattato piuttosto di Anschluss, un'annessione della DDR da parte della Germania federale<sup>4</sup>), è stato pagato ad Ovest con aumenti di tasse e tagli allo Stato sociale; ad Est col sistematico licenziamento, nel settore pubblico, di quanti "compromessi" col regime comunista, con lo smantellamento di gran parte delle industrie di Stato (spesso prelevate da quelle occidentali, anche a titolo gratuito o a prezzi simbolici, al solo scopo di eliminare la concorrenza) e con la disoccupazione di massa, del tutto sconosciuta prima. Il malcontento che ne è conseguito ha creato, specie negli anni immediatamente successivi alla riunificazione, non poche tensioni e nuove tendenze, come l'Ostalgie (la nostalgia per il vecchio mondo della DDR), ondate di neonazismo e razzismo, l'ostilità fra Wessis e Osis (Occidentali e Orientali), la resistenza del muro "nelle teste". Dopo venticinque anni, questi problemi sono tuttavia in buona parte superati, e Berlino è ormai una città magica, una delle capitali più vivibili al mondo: caratteristiche che le hanno valso la definizione di Woworeit, il Borgomastro uscente, di Berlino "povera" (per i debiti accumulati) ma "sexy".

Non meno controversi, e ancor più difficili da valutare sul piano storico, sono gli effetti della caduta del muro e della fine della guerra fredda per l'Europa e per il mondo intero.

Per l'Europa, i principali effetti sono stati probabilmente la nascita dell'Unione Europea (col Trattato di Maastricht del 1992), in sostituzione della Comunità Europea, e soprattutto dell'Euro e dell'Eurozona, con tutti i limiti legati al loro "peccato di origine", limiti emersi drammaticamente con



l'attuale crisi economica. Va infatti ricordata la complessa situazione che allora condusse (forse più in base a considerazioni di natura geopolitica che di razionalità economica) a realizzare questi progetti. La fine del bipolarismo e della guerra fredda apparivano infatti all'Europa un'imperdibile opportunità per assumere un ruolo economico e politico più rilevante nello scacchiere internazionale; un passo impossibile, però, senza la convinta partecipazione della Germania che, realizzata la riunificazione, sembrava volersi disimpegnare dal processo di integrazione europea per seguire un'autonoma politica di potenza nell'Europa centro-orientale. L'esigenza di legare "a filo doppio" la Germania al progetto europeo, soprattutto per volontà della Francia di Mitterand, comportò però una "fuga in avanti" verso la moneta unica, a condizioni sostanzialmente "dettate" dalla Bundesbank, con costi altissimi per gli altri Paesi dell'Eurozona, o almeno per quelli del Sud dell'Europa, come l'Italia. Non solo, infatti, questi Paesi rinunciarono alla possibilità di avvalersi sui mercati internazionali dei vantaggi derivanti dalla debolezza e dalla possibilità di svalutazione della propria moneta ma, per indurre i tedeschi a rinunciare al marco, valuta forte e affidabile, solido baluardo contro lo spauracchio dell'inflazione, dovettero accettare quella sorta di "costituzionalizzazione del monetarismo" (ovvero la cristallizzazione di una delle teorie relative al ruolo dello Stato e della spesa pubblica in economia, a scapito delle teorie, di stampo keynesiano, basate su una concezione più espansiva di tale ruolo), espressione dell'"ortodossia monetaria" cara ai governi di Bonn e di Berlino, compiuta con la creazione dell'Unione economica e monetaria per mezzo del Trattato di Maastricht del 1999 e con il c.d. Patto di stabilità e di crescita intercorso tra i Paesi dell'Eurozona che, a partire dal 2002, hanno adottato l'Euro come moneta unica<sup>5</sup>.

4 In tal senso si è espresso anche in Italia, molto di recente, V. Giacché, *Anschluss. L'unificazione della Germania e il futuro dell'Europa*, Reggio Emilia, Imprimatur Editore, 2013.

5 Ci sia consentito rinviare per un approfondimento di queste vicende al nostro lavoro *La crisi dell'euro, i nuovi "pilastri" dell'Unione economica e monetaria europea e il futuro della moneta unica*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2012, fasc. 2, p. XV ss.



**3.** *Le conseguenze della caduta del muro sul piano internazionale.* Per quanto riguarda il resto del mondo, il 1989 fu inizialmente salutato come l'avvio di un'epoca felice, contrassegnata da una maggiore coesione e cooperazione tra gli Stati. E già a partire dalla prima "guerra del Golfo" del 1991, contro l'Iraq di Saddam Hussein, si assistette ad una notevole rivitalizzazione, nel suo ruolo di garante della pace e della sicurezza internazionale, del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, non più sistematicamente paralizzato dal gioco dei veti incrociati dei Membri permanenti, tipico del periodo precedente. Molti, così, avevano scommesso, o sperato, che finalmente potesse completarsi il disegno del sistema di sicurezza collettiva previsto dalla Carta dell'ONU con la creazione di un esercito permanente sotto il controllo dell'Organizzazione (art. 43 e ss.), cosa impossibile da realizzarsi prima, nel clima della guerra fredda. Nel 1992 Fukuyama proclamava addirittura al "fine della storia" in un mondo pacificato dal trionfo del modello liberale di democrazia ed economia<sup>6</sup>.

La storia, tuttavia, si è rimessa presto in moto; e oggi sembra più aderente alla realtà (come mostrano drammaticamente i fenomeni Al Qaeda e ISIS) la "profezia" dello "scontro di civiltà" di Huntington<sup>7</sup>: l'"Impero del Male" – come l'America di Reagan definiva l'Unione Sovietica – è stato sostituito da tanti eredi del Male e da quella che Papa Francesco ha definito la "terza guerra mondiale frammentata", mentre l'ONU, dopo le iniziali illusioni, ha evidenziato al suo interno nuove divisioni e contrasti, fino agli attuali rigurgiti di guerra fredda tra l'Occidente e la Russia di Putin, cedendo spesso il passo, nella gestione della sicurezza e della legalità internazionali, a iniziative militari unilaterali da parte degli Stati<sup>8</sup>.

Su un punto, però, Fukuyama non ha avuto forse comple-

tamente torto. Se riportiamo il concetto di "fine della storia" al pensiero e alle pratiche economiche, il crollo del comunismo e il venir meno della competizione tra sistemi alternativi (tesi a dimostrare che il proprio modello di sviluppo fosse non solo efficiente, ma anche socialmente equo), ha lasciato il campo libero all'affermazione su scala planetaria del "pensiero unico" liberista e alla marcia trionfale del capitalismo finanziario. E proprio tali fenomeni, in base ad autorevoli e sempre più diffuse analisi, rappresentano la vera causa dell'attuale crisi economica, dell'abnorme crescita delle diseguaglianze, della disgregazione sociale<sup>9</sup> e dello svuotamento della stessa democrazia, anche all'interno dei Paesi occidentali<sup>10</sup>: un epilogo paradossale per una guerra condotta, dal punto di vista dei vincitori, proprio in nome della democrazia e della libertà!

Ovviamente, i fenomeni e i problemi appena evocati sono troppo complessi per affidarne la compiuta valutazione alle brevi considerazioni consentite in questa sede, che vanno quindi intese come semplici spunti di riflessione. Né con i dubbi e i rilievi critici sopra formulati si è voluto sminuire la portata e il valore di quanto realizzato dal popolo tedesco, che ha pienamente meritato di festeggiare con orgoglio e gioia i venticinque anni dalla sua ritrovata unità: un'impresa storica comunque grandiosa ed epocale, l'ennesima cui questo popolo, nel bene e nel male, ci ha da tempo abituati.

*Prof. Aldo Ligustro  
Ordinario di Diritto  
internazionale e attualmente  
Direttore del Dipartimento  
di Giurisprudenza  
dell'Università di Foggia*



6 Apparso in originale nel 1992, il volume di F. Fukuyama è stato pubblicato in Italia dalla Feltrinelli col titolo *La fine della storia e l'ultimo uomo. La democrazia liberale è il culmine dell'esperienza politica?*

7 S.P. Huntington, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, Garzanti, 2000, nella traduzione italiana. L'originale è del 1996.

8 Su questi aspetti v. per tutti P. Picone, *Comunità internazionale e obblighi erga omnes*, III ed., Napoli, Jovene Editore, 2013.

9 V. *ex multis* soprattutto l'opera del premio Nobel J.E. Stiglitz, *Il prezzo della diseguaglianza*, Torino, Einaudi, 2013 (trad. it.), e, con taglio giuridico, P. Picone, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2014, n. 1, 5 ss.

10 Il tramonto della democrazia nei Paesi occidentali per effetto, principalmente, delle politiche economiche evocate nel testo, è stato denunciato con forza già molto prima dell'emergere della crisi economica da C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003 (trad. it.).





ORDINE AVVOCATI FOGGIA