

CULTURA E DIRITTI

1
2021

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista quadrimestrale • anno X • numero 1 • gennaio-aprile 2021

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Quadrimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

Condirettori

Andrea Mascherin e Salvatore Sica

Direttore responsabile

Salvatore Sica

Comitato scientifico

Fabio Addis, Gabriella Elvira Autorino, Francesco Cardarelli, Paolo Carbone, Renato Clarizia, Rosanna De Nictolis, Gianluca Maria Esposito, Andrea Federico, Marzia Ferraioli, Giuseppe Franco Ferrari, Alberto Gambino, Luigi Kalb, Marcello Maggiolo, Daniele Marrama, Emanuela Navarretta, Paolo Pisa, Maria Alessandra Sandulli, Mario Sanino, Salvatore Sica, Giuseppe Spoto, Vincenzo Zeno Zencovich, Attilio Zimatore

Comitato dei revisori

Piero Guido Alpa, Stathis Banakas, Adolfo Di Majo, Bénédicte Fauvareu-Cosson, Alfonso Moreno Hernandez, Jay P. Kesan, Fiona Macmillan, Salvatore Mazzamuto, Sergio Perongini, Pietro Rescigno, Salvatore Sica, Francesca Sorbi, Giorgio Spangher, Giuseppe Spoto, Pasquale Stanzione

Coordinamento editoriale

Giuseppe Spoto

Numero chiuso in redazione il 22 marzo 2021

Hanno collaborato a questo numero: Alessandro Caponi, Maria Stefania Cataleta, Giulia Corsini, Micaela Lottini, Michele Salazar, Giancarlo Savi

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press

(Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per la eventuale pubblicazione gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it

Gli autori devono allegare un breve *abstract* in inglese al contributo inviato alla redazione

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Criteri redazionali" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it) e in calce al presente volume

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-3318-094-6

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.

Indice

- 7 Editoriale
Salvatore Sica

Orientamenti

- 11 Note in tema di pegno anomalo
Giulia Corsini

Formazione forense

- 39 Il titolo di avvocato “specialista”
Giancarlo Savi

Diritto europeo e comparato

- 77 L'inefficacia della normativa sui collaboratori di giustizia nella vicenda di Lea Garofalo
Maria Stefania Cataleta

Professioni, cultura e società

- 99 Il Consiglio di Stato e la sperimentazione tra limiti alla ricerca scientifica e difesa del benessere degli animali
Micaela Lottini
- 127 Il diritto di uso esclusivo al vaglio delle Sezioni Unite
Alessandro Caponi

Biblioteca

- 159 Recensione a *Quichotte* di Salman Rushdie e a *Chisciotte* di Antonio Moresco
Michele Salazar

Editoriale

Salvatore Sica

Il primo fascicolo del 2021 si apre con la speranza di un ritorno alla normalità delle cose, dopo l'emergenza sanitaria che ha spinto il mondo delle professioni a ripensare il tradizionale modo di organizzazione del lavoro. Questo radicale cambiamento delle abitudini, causato prevalentemente dalla pandemia, è destinato a produrre numerosi strascichi, condizionando il futuro in direzione dell'apertura di un nuovo modo di concepire le relazioni sociali, guardando alle risorse offerte dalla tecnologia non come uno spauracchio da demonizzare, ma come una opportunità, che deve essere coordinata e sfruttata in tutte le potenzialità immaginabili, senza però abbandonare i valori fondamentali e i bisogni di relazioni interpersonali autentiche. Probabilmente nulla potrà tornare come prima, così disconoscere i cambiamenti che sono avvenuti in un breve, ma intenso arco di tempo, è certamente un errore da evitare, ma altrettanto sbagliato è ritenere che la riforma digitale ed il lavoro telematico siano la panacea di ogni problema di disorganizzazione della pubblica amministrazione e degli uffici giudiziari nel nostro ordinamento.

Questo numero di Cultura e diritti sembra voler realizzare un ponte immaginario tra passato e futuro, perché pur essendo ancorato all'approfondimento di temi tradizionali, affronta tali argomenti alla luce di una prospettiva moderna, che si interroga, ad esempio, se pensiamo al saggio di Giulia Corsini, sulla nozione di pegno, secondo l'inquadramento dogmatico consolidato dalla dottrina, senza tralasciare le opportunità che derivano dalle forme "anomale" di costituzione di garanzia su beni mobili senza spossessamento o ai risultati offerti dalla c.d. "tokenizzazione" e dalla c.d. "*blockchain*".

Le medesime considerazioni valgono per le osservazioni di Giancarlo Savi sulle novità in tema di avvocato "specialista", che stimolano a riflettere sulle potenzialità connesse alla specializzazione, ben consapevoli di alcune criticità che gli ordinamenti professionali sapranno certamente superare, in vista dell'esercizio di un'attività professionale che è profondamente mutata rispetto al passato e che deve confrontarsi con le esigenze dell'età moderna e di un sapere sempre più specialistico.

Nella parte dedicata al diritto europeo e comparato possiamo condividere le riflessioni di Maria Stefania Cataleta sul dovere dello Stato di difendere e proteggere i collaboratori e i testimoni di giustizia, leggendo le pagine del drammatico caso di Lea Garofalo. L'invito a riflettere sull'inefficacia della normativa sui collaboratori di giustizia adottata in passato richiama la necessità di tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in merito alla problematica della protezione del diritto alla vita che andrebbe comunque assicurato quando vi sono

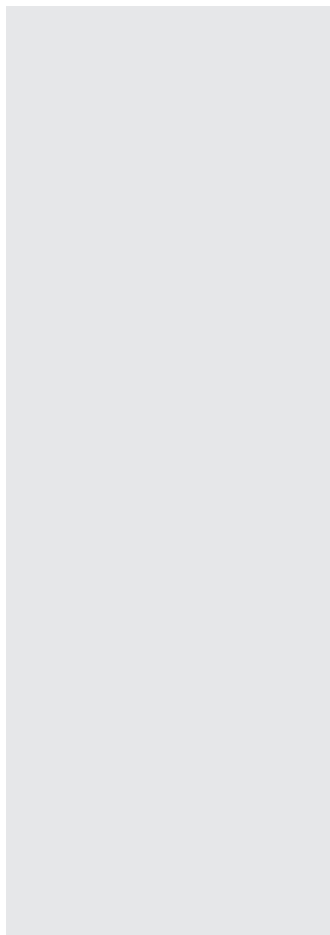
soggetti che rinunciano ai programmi di protezione, non per l'esercizio di una effettiva libertà di scelta, ma solo perché tali programmi risultano inadatti a garantire una reale tutela degli interessati.

Il fascicolo prosegue con la rassegna giurisprudenziale di alcuni argomenti di grande attualità. Micaela Lottini affronta il tema dei limiti della ricerca scientifica e della tutela degli animali, alla luce di una recente sentenza del Consiglio di Stato, mentre Alessandro Caponi approfondisce la questione della creazione pattizia del c.d. diritto reale di "uso esclusivo" su una porzione di parte comune dell'edificio, commentando quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione che hanno risolto sul punto una questione di particolare importanza e di difficile interpretazione.

La rubrica dedicata alle recensioni ospita due consigli di lettura proposti da Michele Salazar che ci presenta una comparazione tra il *Quichotte* di Salman Rushdie e il *Chisciotte* di Antonio Moresco e che accogliamo con molta curiosità.

Un numero pieno di contributi interessanti che testimoniano i passi avanti compiuti in direzione di una formazione e di un aggiornamento professionale al passo con i nuovi tempi.

ORIENTAMENTI



Note in tema di pegno anomalo

Giulia Corsini

Premessa sulla responsabilità patrimoniale

L'ordinamento giuridico italiano disciplina un sistema di responsabilità patrimoniale che viene in rilievo tutte le volte in cui il debitore, per una causa a lui imputabile, non adempie l'obbligo di eseguire la prestazione dovuta a favore del creditore. In altri termini, la funzione di un siffatto sistema risulta essere quella di garantire il risultato del rapporto obbligatorio – ossia la soddisfazione del credito – nonostante l'inadempimento del debitore.

Più nel dettaglio, l'impianto codicistico prevede che la garanzia generica (art. 2740 c.c.) sia affiancata da una garanzia specifica la quale si sviluppa nelle forme del pegno, dell'ipoteca e del privilegio. Inoltre, alle garanzie reali si accostano quelle personali la cui peculiarità consiste nel rafforzare la tutela del creditore mediante l'estensione della garanzia patrimoniale ai beni, presenti e futuri, di un soggetto terzo garante.

Se da un lato vige il principio di universalità della responsabilità patrimoniale – in virtù della quale nessun bene rientrando nel patrimonio sfugge alla garanzia generica, salvi i casi espressamente previsti dalla legge – e della *par condicio creditorum*¹, dall'altro lato vi sono una serie di ipotesi in cui questa assolutezza della garanzia e tale uguaglianza tra i creditori risultano essere derogate. Ciò avviene tutte le volte in cui vengono poste in essere delle cause legittime di prelazione mediante le quali si attribuisce il diritto di ottenere soddisfazione del proprio credito con priorità rispetto agli altri creditori, nel rispetto della graduatoria legale.

I privati, sentendo la necessità di tutelarsi efficacemente, ricorrono a forme di garanzia che rendono l'inadempimento antieconomico per il debitore, così inducendolo ad onorare l'obbligazione assunta (quasi fosse una sorta di *astreinte*), e conferiscono, al contempo, uno strumento che consente al creditore di soddisfarsi agevolmente tutte le volte in cui il suo credito non venga restituito.

¹ Si osserva come, nella realtà tale principio difficilmente risulta essere effettivo dal momento che la regola generale del codice civile è quella dell'esecuzione individuale pertanto il creditore potrebbe far espropriare i beni del debitore senza esser tenuto a rispettare le esigenze di parità di trattamento degli altri creditori. A ben vedere, pertanto, l'unica procedura in grado di garantire la parità tra creditori risulta essere quella concorsuale. Difatti, in tal caso, l'iniziativa individuale risulta essere preclusa sia al debitore sia ai creditori.

Tra le varie forme di garanzia specifica normativamente previste, quella oggetto di interesse è il pegno nella sua formulazione tradizionale e, soprattutto, nelle sue varie sfumature.

Il pegno nei suoi aspetti essenziali

Il pegno esprime un concetto proteiforme dal momento che esso indica una pluralità di nozioni quali il diritto reale di garanzia, il diritto del creditore pignoratizio, il bene oggetto della garanzia ed infine il contratto costitutivo del rapporto.

Questa complessità era nota già ai tempi del codice civile del 1865 dal momento che in esso si coglieva la distinzione tra il pegno di diritto civile (collocato nel libro dedicato ai contratti) e quello di diritto commerciale (sito nel codice di commercio).

Nel codice odierno invece la disciplina evidenzia particolari aspetti del pegno. Difatti, da un'attenta lettura delle norme codicistiche, è possibile cogliere non solo le analogie strutturali e funzionali esistenti tra il pegno e l'ipoteca, ma anche gli effetti che derivano dalla costituzione del pegno sulla *res*. In altri termini, l'attuale disciplina sembra evidenziare soprattutto le conseguenze che derivano dalla costituzione del pegno – quali la costituzione di una garanzia e il diritto del creditore – piuttosto che il contratto, fonte del rapporto tra creditore e debitore².

Sebbene i contrasti in dottrina e giurisprudenza circa l'individuazione della corretta natura del pegno siano sempre in essere, le tesi maggioritarie avanzate sono volte a qualificare il diritto di pegno come un diritto reale. Tale convinzione è ancorata alla circostanza per la quale il diritto di pegno «oltre ad inerire perfettamente alla cosa e seguirne tutte le vicende, presenta la caratteristica dell'opponibilità, sia sotto il profilo della tutela che sotto quello del c.d. diritto di seguito»³. Ed infatti, la parola “pegno” deriva etimologicamente da “pugnus” sottolineando che l'essenza di tale garanzia consiste proprio nella consegna manuale e materiale della cosa gravata al creditore.

Per quel che concerne il piano della tutela, al creditore pignoratizio si riconoscono l'azione reale di rivendicazione della cosa ricevuta in pegno sia le azioni a difesa del possesso (art. 2789 c.c.). In merito, invece, al diritto di seguito, la consegna della *res* o del documento rappresentativo di essa è produttivo di effetti nei confronti di tutti i soggetti che si dovessero trovare in una situazione di conflitto di interessi con il creditore pignoratizio.

Ne discende quindi una situazione in virtù della quale il debitore risulta essere privo del potere di disposizione del bene, privazione finalizzata a garantire

² E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, CEDAM, 1990, pp. 56 ss.

³ M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Mes-sineo e continuato da Mengoni, Milano 1980, p. 246.

al creditore pignoratizio l'esercizio concreto di una serie di poteri «rilevanti sia nel rapporto *inter partes* che in quello *erga omnes*, che gli assicurano un'idonea soddisfazione dei suoi interessi»⁴.

Ebbene, questa realtà si pone in essere mediante la costituzione, a favore del creditore pignoratizio, di una riserva *ad rem* particolare: infatti il diritto non si estende a tutto il patrimonio del debitore bensì si concentra esclusivamente su un bene determinato, il quale risulta essere assoggettato ad una riserva di utilità la quale si sostanzia nella possibilità per il creditore di esercitare dei poteri esecutivi sul bene oggetto di garanzia.

Strumentale e connesso alla riserva di utilità è, ovviamente, il riconoscimento del diritto di prelazione mediante il quale il creditore può non solo soddisfare le proprie pretese ma soprattutto ha il diritto di realizzarle con preferenza rispetto ad altri eventuali soggetti potendo quindi opporre, ai creditori chirografari, tale situazione di preferenza.

La garanzia e la prelazione sono pertanto due aspetti strettamente legati ma distinti e scindibili. Difatti, affermare il contrario, sostenendone l'unitarietà, significherebbe non aver colto la differenza esistente tra il diritto reale (ossia il pegno) e la stessa prelazione.

Come giustamente osservato, il pegno privo del diritto di prelazione – ipotesi che si verifica ogniqualvolta non vi sia stata la *traditio* del bene – non può dirsi privo di contenuto. Difatti, il diritto di sequela attribuito dal pegno viene riconosciuto a favore del creditore anche in tutte le ipotesi in cui non si dovesse avere il diritto di prelazione, consentendogli quindi di far vendere il bene per soddisfare le proprie pretese anche nell'eventualità in cui fosse stato alienato a terzi. Lo stesso può dirsi nel caso in cui il pegno sia stato costituito su un bene appartenente ad un soggetto terzo, diverso dal debitore. Detto altrimenti, «Disconoscere questi due effetti del pegno senza prelazione significa non distinguere tra *diritto reale e prelazione*, ovvero significa dimenticare che il pegno, prima di essere (*eventualmente*) una causa di prelazione, è (*necessariamente*) un diritto reale su cosa altrui»⁵. Tale distinzione, tra l'altro, emerge anche dagli articoli del codice civile⁶ i quali talvolta riconoscono il diritto di prelazione e talaltra disciplinano la garanzia.

Ciò che la prelazione comporta è il carattere di assolutezza ed esclusività del diritto di garanzia e di sequela riconosciuto al creditore. Difatti, per il creditore sarà possibile vantare le proprie pretese non soltanto nei confronti dei soggetti passivi del rapporto (potere riconosciutogli anche in caso di assenza del diritto di prelazione), bensì anche nei confronti di tutti coloro che si trovano in una posizione concorrente e che, in assenza della prelazione, sarebbero poste sullo stesso piano del creditore.

⁴ L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Jovene, 1971, pp. 102 ss.

⁵ G.E. COLOMBO, *Pegno bancario: le clausole di estensione, la prova della data*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I/1982, p. 204.

⁶ Artt. 2787, 2788, 2798, 2800 c.c. e art. 237 delle disposizioni transitorie.

La garanzia dunque incide sull'aspetto interno, ossia attiene al rapporto, mentre la prelazione ha una rilevanza esterna incidendo sul regime della circolazione dei diritti e quindi sull'opponibilità del titolo e sulla soluzione dei conflitti di interesse tra il debitore, il creditore garantito ed i terzi⁷.

Il pegno è una causa legittima di prelazione che attribuisce al creditore un diritto reale sui beni mobili, sulle universalità di mobili, sui crediti e sugli altri diritti. Viene comunemente definito come un contratto reale dal momento che si costituisce mediante la consegna effettiva della cosa o del documento oggetto di pegno affinché il creditore ne abbia l'esclusiva disponibilità. Non occorre, invece, il rispetto di alcuna formalità posto che la forma scritta e l'identificazione del credito servono ai soli fini della prelazione, l'assenza delle quali pertanto impedisce al creditore pignoratizio di rendere opponibile la garanzia reale verso gli altri eventuali creditori del datore di pegno.

Il pegno è caratterizzato dall'accessorietà nel senso che risulta essere connesso e dipendente dal credito garantito e non potrebbe essere altrimenti posto che il pegno, fungendo appunto da garanzia dell'obbligazione, non potrebbe non presupporre l'esistenza di un credito.

È stato così affermato⁸ che dal rapporto di accessorietà tra il diritto di pegno e l'obbligazione garantita discendono molteplici conseguenze. In particolare, in caso di nullità dell'obbligazione principale, il contratto di pegno sarà inefficace; in caso di sottoposizione del credito a condizione, anche il pegno sarà soggetto alla stessa; la garanzia del pegno si estende al capitale del credito, ai suoi accessori e agli interessi e spese, salvo sia previsto diversamente; il pegno si estende alla cosa data in pegno, nonché ai suoi frutti, interessi e dividendi.

Il pegno è altresì indivisibile e, ai sensi dell'art. 2799 c.c., garantisce il credito finché questo non sia integralmente soddisfatto. Tale caratteristica è dovuta all'evidente necessità di impedire l'insorgere di problematiche nell'esercizio dell'azione esecutiva, quali si potrebbero facilmente verificare in caso di divisibilità della garanzia.

Tuttavia, nulla impedisce alle parti di derogare tale aspetto inserendo una clausola volta a prevedere la possibilità di ottenere la restituzione parziale dei beni in presenza di un parziale soddisfacimento del credito. Così come è lo stesso codice civile ad ammettere un'eccezione al principio di indivisibilità in tema di anticipazione bancaria. In merito a tale ultimo aspetto, l'art. 1849 c.c. dispone che il debitore, anche prima della scadenza del contratto, possa ritirare in parte i titoli e le merci date in pegno previo rimborso proporzionale delle somme anticipate e delle altre somme spettanti alla banca e sempre che il credito residuo risulti sufficientemente garantito⁹.

⁷ E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, op. cit., pp. 62-69.

⁸ G. FAGGELLA, *Il pegno commerciale*, Vallardi, 1924, p. 28.

⁹ E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, op. cit., pp. 72 ss.

Il pegno ed il requisito della *traditio*

La *traditio* rappresenta un elemento caratterizzante l'istituto del pegno la cui funzione e necessità sono state oggetto di interesse e di studi approfonditi.

Secondo la dottrina dell'Ottocento¹⁰, lo spossessamento aveva la funzione di pubblicità di fatto e sottolineava la necessità di rendere palese l'esistenza di un vincolo gravante sui beni del debitore, a tutela della garanzia patrimoniale generica e della *par condicio creditorum*, esercitando al contempo una forma di coazione psicologica tale da indurre il debitore all'adempimento.

Sotto la vigenza del codice civile del 1865 e del codice di commercio del 1882, il dibattito sul ruolo del possesso nel pegno vedeva una divisione tra coloro che lo ritenevano necessario ai fini della validità del contratto, secondo lo schema tipico del pegno "civile", e tra quelli che, invece, ritenevano che il possesso fosse necessario ai fini dell'efficacia del contratto, richiamando l'impostazione tipica del diritto "commerciale". Ad ogni modo, nonostante le diverse impostazioni, la consegna della *res* appariva essere sempre un elemento fondamentale, legato all'esistenza stessa del contratto, esattamente come lo è l'iscrizione per l'istituto dell'ipoteca.

In una posizione diametralmente opposta si poneva invece un'altra parte della dottrina¹¹ che intendeva il pegno come un istituto indicativo di un "diritto al valore". Ebbene, secondo tale autore, con la costituzione di un diritto reale di garanzia, veniva alienato un valore, proporzionale al valore dell'obbligazione garantita. Da ciò ne derivava che la trasmissione della *res* non appariva necessaria ai fini dell'esistenza della garanzia reale dal momento che la *traditio* era necessaria solamente nella fase, eventuale, dell'escussione¹².

Si deve attendere il 1942 per avere l'unificazione del concetto di pegno civile e commerciale. La riunione è inoltre accompagnata dall'attribuzione, in modo chiaro, dell'essenzialità della consegna della cosa ai fini della validità del contratto. Ebbene, ai sensi dell'art. 2786, 1° co., c.c. "*il pegno si costituisce con la consegna*".

Alla luce di tale novità, le forme di spossessamento attenuato non erano ben viste e si andava affermando, sempre con maggior convincimento, che lo spossessamento doveva essere «effettivo, cioè tale che possa valere come pubblicità rispetto ai terzi» avendo esso la funzione di «elemento costitutivo della garanzia e di mezzo per premere sulla volontà del debitore»¹³.

¹⁰ Tra i tanti, GALDI, *Trattato del pegno civile e commerciale ed anticresi*, Napoli 1900, p. 67; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, IX, *Dei contratti in specie*, Torino 1886, p. 456.

¹¹ G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Torino 1894, pp. 56 ss.

¹² La teoria di Chironi fu contestata da molti autori dell'epoca quali M. Giorgianni, G. Gorla, D. Rubino. Tuttavia, tale impostazione ebbe il merito, quantomeno, di apportare un approfondimento allo studio delle garanzie reali, così distinguendo tra il valore d'uso e il valore di scambio di un bene: nei diritti reali la *res* vale per l'utilità che se ne può ricavare espropriandola.

¹³ G. GORLA, *Del pegno*, in R. NICOLÒ - V. ANDRIOLI - G. GORLA, *Tutela dei diritti*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA - G. BRANCA, Bologna-Roma 1954, pp. 294 ss.

Successivamente all'entrata in vigore del codice del 1942, fu evidenziato un interessante aspetto dello spossessamento. Secondo una dottrina¹⁴, la *traditio* non era necessaria ai fini del soddisfacimento della funzione di pubblicità e, contrariamente a ciò, essa costituiva un «diaframma che ostacola quella conoscenza». Secondo l'attenta analisi della dottrina, lo spossessamento realizza, non una pubblicità dell'esistenza del diritto reale di garanzia quanto, piuttosto, un ostacolo al debitore il quale, qualora fosse mosso da cattive intenzioni, non potrebbe far conseguire ad un altro soggetto la situazione possessoria. In altri termini, la funzione dello spossessamento è quella di impedire che un terzo possa acquistare la proprietà della cosa libera dal diritto del creditore ai sensi di quanto previsto dall'art. 1153, secondo comma, c.c. A riprova di ciò, la dottrina evidenzia come sia lo stesso art. 2786, secondo comma, c.c. a prevedere che la *res* oggetto di pegno possa persino rimanere nella disponibilità del debitore in con-custodia con il creditore, sempre che il costituente sia impossibilitato a disporre senza la cooperazione del creditore.

Alla luce di quanto affermato dalla dottrina, la funzione del possesso quindi non è altra se non quella di impedire che tramite l'esercizio del potere di disposizione del bene il terzo possa acquistarlo libero dal vincolo. Vero è che, al di là della funzione che si vuole attribuire allo spossessamento, queste impostazioni risultano essere ancora molto lontane dall'approdo odierno posto che il contesto attuale, come si vedrà di seguito, ammette la costituzione del pegno senza spossessamento ma con una semplice iscrizione in appositi registri (al pari di quanto avviene per l'ipoteca).

Altra questione ampiamente dibattuta riguarda la natura – consensuale o reale – del contratto di pegno¹⁵. In particolare, la dottrina è divisa tra i fautori della teoria tradizionale e i fautori della teoria consensualistica. Secondo i primi la *traditio* rappresenta l'elemento essenziale del procedimento formativo della sequenza negoziale mentre per i secondi il ruolo centrale è ricoperto dal *pactum* posto che la consegna della *res* svolge una funzione meramente esecutiva.

Nello specifico, tra i sostenitori della teoria classica, la *traditio* viene intesa in vari modi. Se ne elencano alcuni a titolo esemplificativo: come una condizione di efficacia del negozio¹⁶; come un momento di trasformazione del rapporto da atipico a tipico¹⁷; come un elemento della fattispecie ed un suo effetto¹⁸.

¹⁴ S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.*, diretto da A. CICU - F. MESSINEO, XIV, I, t. 1, Milano 1957, p. 281.

¹⁵ Il dibattito si estende fino a contestare la configurabilità di una categoria connotata dalla realtà posto che nel nostro sistema vige il principio fondamentale del *consensus*.

¹⁶ PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, Padova 1939, p. 19; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano 1946, p. 415.

¹⁷ MAJELLO, *Custodia e deposito*, Edizioni scientifiche italiane, 1958, p. 288.

¹⁸ GORLA, *Il dogma del «consenso» o «accordo» e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *St. in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino 1960, p. 928; GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, Milano 1968, p. 207.

Invece, tra i fautori della tesi consensualistica, vi è chi sostiene che ci si trova innanzi ad uno “scandalo giuridico” tutte le volte in cui si limita l'autonomia negoziale imponendo, a pena di inefficacia, la consegna¹⁹; altri invece sostengono che i contratti reali siano ormai un “feticcio storico”²⁰; infine vi è chi ne evidenzia l'inadeguatezza sulla base di considerazioni di economia del diritto degli scambi e facendo riferimento in particolare all'attività bancaria nella quale si opera principalmente mediante una «moneta scritturale, cioè una serie di scritturazioni che alterano tutto il momento della realtà»²¹.

A ben vedere, tuttavia, la *traditio* altro non è che una figura neutra che può svolgere quindi tanto una funzione centrale quanto una secondaria di esecuzione del contratto. Sembrerebbe quindi doversi far riferimento, di volta in volta, al tipo di contratto ed alla funzione che lo stesso intende perseguire. Detto altrimenti, la consegna svolge una funzione integrativa ed esecutiva al contempo e, garantendo all'*accipiens* la ricezione della cosa, realizza altresì la funzione precipua che le parti intendevano perseguire mediante la stipulazione del contratto.

Ciò premesso, secondo l'orientamento maggioritario, il contratto di pegno è reale e si perfeziona pertanto mediante la trasmissione della cosa pignorata al creditore. Questa impostazione esiste sin dal codice del 1865 il quale, ai sensi dell'art. 1878 c.c. prevedeva che il pegno fosse un contratto mediante il quale «il debitore dà al creditore una cosa mobile». La giurisprudenza²² tuttavia aveva presto precisato come la consegna fosse un elemento necessario solamente verso i terzi posto che le parti dovevano ritenersi vincolate in virtù del semplice contratto.

Questa conclusione è stata poi definitivamente raggiunta anche dalla dottrina la quale quindi afferma che l'espressione “il pegno si costituisce con la consegna” (art. 2786 c.c.) fa riferimento al diritto di pegno, e non al patto. Ne discende pertanto che in caso di difetto della consegna, il contratto sorge validamente ma si limita ad avere una natura obbligatoria dal momento che il diritto reale di pegno non può dirsi costituito.

Oggi quindi si deve ritenere che il pegno sia costituito da due fasi distinte: una consensuale rappresentata dalla conclusione del *pactum* e una reale rappresentata dalla *traditio*. Trattasi, tra l'altro, di un qualcosa affine a quanto avviene in riferimento all'ipoteca nella quale si distingue il titolo per la costituzione e la costituzione.

Si potrebbe dunque concludere affermando che nel contratto di pegno la consegna altro non sarebbe che l'atto mediante il quale si consente al creditore

¹⁹ R. SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I/1971, p. 543, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, UTET, 2004, p. 343.

²⁰ SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli 1984, p. 159.

²¹ FERRO - LUZZI, *Lo sconto bancario*, in *Riv. dir. comm.*, I/1977, p. 153.

²² Cass. Torino, 27 ottobre 1987, in *Mon. Trib.*, 1898, p. 124; Cass. Torino, 15 novembre 1900, *ivi*, 1901, p. 116.

di attuare la garanzia, ossia lo spossessamento del debitore, così togliendo al *tradens* la possibilità materiale di dare al bene una destinazione diversa.

Se questa è dunque la funzione dello spossessamento, ne deriva una conseguenza rilevante: si può impedire di dare una destinazione diversa alla *res* anche mediante strumenti tecnici diversi dalla *traditio* di modo che pare opportuno escludere la consegna tra gli elementi essenziali del contratto di pegno tipico²³. Ciò significa che il mancato spossessamento non può impedire di qualificare il rapporto posto in essere come un contratto di pegno, a patto che venga comunque assicurata un'adeguata tutela al creditore (ma anche al debitore) e pertanto a condizione che la *traditio* venga sostituita da atti aventi una funzione analoga, ossia di individuazione della *res* vincolata e di impossibilità di determinarne la fuoriuscita dal patrimonio del debitore a danno del creditore pignoratizio.

Lo spossessamento

Differentemente da quanto previsto per le garanzie personali, per le quali è consentito ai privati di predisporre schemi negoziali atipici, le garanzie reali, incidendo sui diritti reali, costituiscono un *numerus clausus* tradizionalmente ritenuto insuscettibile di estensione. Ebbene, nonostante tale rigidità previsions, nella prassi si sono progressivamente sviluppate nuove forme di garanzie mobiliari che rappresentano l'incontro fra il "tipo" codicistico e le esigenze del mercato e dei privati.

Invero, il legislatore ha perseguito l'intenzione, non solo di rafforzare la sicurezza dei traffici economici imponendo agli operatori di assumere responsabilmente ogni vincolo giuridico, bensì anche di renderli più celeri e meno farraginosi.

L'esigenza è particolarmente sentita anche alla luce del rapporto della Banca Mondiale "*Doing Business 2016*", secondo il quale il sistema giuridico italiano risulta essere quello in cui i diritti legali dei creditori sono i più deboli, al pari, in termini di demerito, di quello del Portogallo²⁴.

Concetto chiave dell'evoluzione dell'istituto del pegno è certamente lo spossessamento del debitore. Il legislatore ha difatti acquisito la consapevolezza della necessità per il debitore di non esser privato del possesso del bene posto

²³ E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, op. cit., pp. 84 ss.

²⁴ Lo riporta E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza (occasional paper)* della Banca d'Italia n. 356, settembre 2016, pp. 9 ss., disponibile sul sito www.bancaditalia.it. Il report della Banca Mondiale è reperibile sul sito www.doingbusiness.org. La stessa dottrina aveva difatti evidenziato, già da tempo, come in Italia lo spossessamento costituisca un ostacolo ad un efficiente utilizzo del pegno a garanzia dei finanziamenti all'impresa (G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli 1980, pp. 10 ss.), diversamente da quanto previsto invece nei sistemi stranieri i quali disciplinano forme di prelazione che prescindono da tale requisito.

che, specialmente nei rapporti imprenditoriali, lo stesso risulta essere di importanza fondamentale.

Difatti mantenersi ancorati ai moduli classici della realtà porta solo al mantenimento di una dimensione anacronistica e paradossale. Come osservato in dottrina, se si riconosce la prelazione al creditore pignoratizio solamente quando il contratto di pegno è posto in essere mediante lo spossessamento effettivo del debitore, il pegno appare per sua natura inidoneo alla costituzione di garanzie sulle merci da parte dell'imprenditore, e al tempo stesso «questa circostanza risulta contraddittoria con l'esigenza dell'imprenditore medesimo di mantenere la disponibilità sulle merci su cui ha concesso la garanzia. Essendo necessariamente inserite nel processo produttivo, tali merci non potranno mai essere sottratte al controllo fisico dell'imprenditore»²⁵.

Ripercorrendo brevemente la vicenda storica dello spossessamento, si nota la divisione tra i sostenitori della teoria estensiva che ammetteva la costituzione del pegno senza spossessamento e i fautori della teoria restrittiva. I primi, riconoscendo la possibilità che le merci date in pegno rimanessero presso l'azienda debitrice, erano comunque osteggiati dalla giurisprudenza che rimaneva ferma nel dichiarare l'inopponibilità della garanzia agli altri creditori²⁶.

Ma quale era la ragione che spingeva, e tutt'ora spinge, la dottrina ad elaborare forme elastiche dell'istituto del pegno? Il motore che induce il legislatore ad apportare delle novità normative era, ed è, ancora una volta, l'economia. Difatti, se l'oggetto della garanzia rimane legato indissolubilmente alla consegna, finisce per essere un «bene morto» per l'economia²⁷. Alla base di tale affermazione vi è la convinzione che lo spossessamento si pone in contrasto con le esigenze dell'impresa. Difatti, ai sensi degli articoli 2082 e 2555 c.c., la capacità organizzativa dell'imprenditore viene posta al centro della definizione di impresa, non potendo essa esplicarsi senza la disponibilità dei beni. In altri termini, «l'impresa richiede il possesso»²⁸.

A partire dal secondo dopoguerra, il sistema economico ha iniziato a basarsi principalmente sul capitale finanziario nel processo produttivo con la conseguente attribuzione di ruolo decisivo al finanziamento esterno. Tali fattori hanno contribuito maggiormente all'elaborazione di forme di garanzie mobiliari senza spossessamento, capaci di costituire un pegno sui beni impiegati quotidianamente dall'imprenditore per la gestione dell'azienda. Tali forme di garanzie reali incentivavano il debitore ad estinguere il proprio debito. La giurisprudenza tuttavia, come già evidenziato, continuava ad opporsi a tali estensioni, temendo che il mancato spossessamento potesse dar vita a vicende illecite²⁹.

²⁵ G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli 1980, p. 11.

²⁶ Cfr., *ex multis*, Cass. 16 maggio 1977, n. 1968, in *Giust. Civ.*, I/1977, pp. 1331 ss.

²⁷ COSÌ F. FERRARA JR, *Ipoteca mobiliare ed insieme un contributo alla teoria della pubblicità*, Roma 1932, p. 129.

²⁸ N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli 1965, pp. 62 ss.

²⁹ V. OCCORSIO, *Pegno non possessorio: uno studio su oggetto della garanzia e poteri del creditore*, Edizioni scientifiche italiane, 2019, pp. 35 ss.

Il mutamento vero e proprio si ebbe quando il legislatore decise finalmente di intervenire per fronteggiare i mutamenti di alcuni settori dell'economia, *in primis*, quello agrario.

L'imprenditore agricolo (ossia il coltivatore di allora) infatti subisce un danno ingente ogniqualvolta venga privato dell'uso degli animali, degli attrezzi agrari, delle scorte vive e morte, comportando essa una disarticolazione e disorganizzazione dell'azienda agraria³⁰.

E così, nel 1985 viene emanata la legge n. 401 mediante la quale si è riconosciuta la possibilità di costituire il pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata non solo mediante le modalità previste dal codice civile all'articolo 2786, ma anche mediante «l'apposizione sulla coscia a cura del creditore pignoratizio, in qualunque fase della lavorazione, di uno speciale contrassegno indelebile e con la contestuale annotazione sui registri vidimati annualmente». Ebbene, negli anni a venire sono state introdotte altre ipotesi in cui la costituzione del vincolo avviene tramite modalità di registrazione speciali³¹ tra le quali si rinviene certamente la costituzione del pegno sui prodotti lattiero caseari avvenuta grazie alla legge n. 122/2001.

Questi sotto-tipi di pegno sono stati definiti come figure «anomale» la cui funzione di garanzia viene realizzata, non con la consegna del bene, bensì mediante strumenti alternativi idonei a rendere conoscibile ai terzi (e quindi agli stessi opponibile) l'esistenza del vincolo sul bene oggetto di garanzia.

Il pegno anomalo, pertanto, prevede che il bene rimanga nella sfera di disponibilità del debitore, consentendogli di usare la stessa *res*, eventualmente trasformandola (esattamente come accade per le cosce fresche di suino o i prodotti lattiero caseari) oppure raffinandola (al pari di quanto avviene per i depositi di greggio) e trasferendo la garanzia sul prodotto finito.

Può pertanto dirsi che, ad oggi, si è raggiunta la consapevolezza che l'oggetto del pegno consiste nell'utilità conseguibile in un momento successivo a quello della costituzione della riserva, ossia nel momento eventuale della esecuzione realizzata da parte del creditore.

Detto altrimenti, tra la costituzione della garanzia – per la quale è sufficiente che vi sia la stipulazione di un contratto *inter partes* – e lo spossessamento del bene occorre operare una scissione³².

³⁰ G. TRAPANI, *Il cd. Pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, 1963, p. 100.

³¹ Si veda, a titolo esemplificativo, il pegno dei titoli conferiti alla Monte titoli ai sensi dell'art. 7 della l. 289/1986, il pegno su strumenti di debito pubblico (d.m. 5 gennaio 1995, pegno su strumenti finanziari (d.lgs. 58/1998 e d.lgs. 34/1998).

³² Questa tesi è stata peraltro avallata anche dalle S.U. della Cassazione che, nella sentenza 16725/2012 definiscono il pegno come un diritto reale che si concreta nella realizzazione di una riserva di utilità economicamente apprezzabile e che si traduce nel «diritto di conseguire il ricavato dell'aggiudicazione del bene o del diritto sottoposto a pegno, quale valore (non solo e non tanto, come d'uso, quanto) di scambio del bene o del diritto stesso».

Le varie tipologie di pegno

Dal quadro esposto si nota lo svilimento del dogma della realtà delle garanzie mobiliari dovuto alle esigenze di maggiore flessibilità ed elasticità della prassi economica che ha portato all'elaborazione – tramite un'interpretazione estensiva degli schemi tipici del codice civile – di molteplici fattispecie a carattere obbligatorio e consensualistico.

In particolare, oggi, si osserva la presenza del pegno irregolare, di cosa futura, il pegno *omnibus*, non possessorio ed infine rotativo. Ciascuna di queste fattispecie presenta elementi di sostanziale novità e differenziazione rispetto alla figura tradizionale della causa di prelazione oggetto di interesse.

Nello specifico, il pegno irregolare prevede che il bene vincolato sia un bene fungibile (per lo più si tratta di una somma di denaro) che viene consegnato al creditore, salvo l'obbligo di questi di restituire il *tantundem* una volta che il debitore abbia onorato i propri obblighi, adempiendo l'obbligazione garantita. In caso di inadempimento il creditore, invece, sarà obbligato a restituire la sola eccedenza rispetto al valore della prestazione garantita così realizzando una compensazione che opera in automatico allo scadere infruttuoso del termine di adempimento. Secondo taluni si tratta di una proprietà temporanea³³, mentre secondo altri si tratta di un'alienazione con funzione di garanzia non lesiva del divieto del patto commissorio posto che il creditore è legittimato a trattenere presso di sé esclusivamente la somma garantita e non l'intero valore della *res*.

Il pegno di cosa futura (derivante dal *pignus nominis* romanistico), disciplina il caso in cui il debitore fornisce al creditore come garanzia un bene non ancora esistente. Figura di dubbia ammissibilità mediante la quale si ammette, teoricamente, una garanzia mobiliare senza spossessamento in grado di far sor-

³³ La proprietà temporanea è una figura giuridica non condivisa in via unanime dalla dottrina posto che interferisce con alcuni principi fondamentali dell'ordinamento civile quali il corollario della tipicità dei diritti reali, della tassatività degli atti soggetti a trascrizione e della universalità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. Invero, la proprietà temporanea si discosta dalla figura tradizionale per l'assenza di uno dei suoi caratteri essenziali: la perpetuità. Ciononostante, un orientamento dottrinale minoritario ritiene di poter rinvenire tale figura giuridica all'interno della disciplina civilistica e richiama, a tal proposito, gli istituti della sostituzione fedecommissaria (art. 692 c.c.) e della proprietà superficiaria (art. 952 c.c.). Inoltre, sempre secondo tale orientamento, l'art. 1322 c.c. consentirebbe in ogni caso di costituire contratti atipici di proprietà temporanea, al pari di quanto avviene in materia di multiproprietà e di negozio fiduciario. L'orientamento maggioritario, tuttavia, si oppone all'idea di riconoscere all'autonomia contrattuale una valenza tale da poter derogare ai principi tradizionali del codice civile. A sostegno di tale conclusione, si evidenzia come l'art. 1322 c.c. ammetta solamente la creazione di contratti atipici e non anche di diritti reali. Inoltre, l'art. 2643 c.c. – in materia di trascrizione – enumera espressamente gli atti costitutivi, modificativi ed estintivi di diritti reali soggetti a trascrizione e, in tale elenco, non si rinviene la proprietà temporanea. Da ciò ne discenderebbe, inammissibilmente, l'impossibilità di opporre tale diritto reale a terzi, così privandolo della caratteristica che lo distingue dai diritti diversi da quelli reali.

gere un vincolo cogente tra le parti anche se il bene che ne forma oggetto non è presente nel patrimonio del debitore (o del terzo costituente). Tale *species* di pegno farebbe quindi sorgere «un vincolo che astringa a costituire il pegno», ossia una sorta di preliminare del pegno³⁴.

Oggi la sua ammissibilità sembra esser riconosciuta pacificamente ritenendo che il pegno su cosa futura sia una “fattispecie a formazione progressiva”³⁵ la quale può dirsi conclusa nel momento in cui la *res* viene ad esistenza nel patrimonio del debitore e viene consegnata. La stipulazione del contratto rappresenta quindi solo il momento iniziale di tale *iter*. Ne discende tuttavia che, stante il carattere successivo della *traditio*, tale pegno non ha (sin da subito) effetti reali ma meri effetti obbligatori. Detto altrimenti, gli effetti reali della garanzia sorgono solo a condizione che il bene pignorato sia stato individuato – il che può avvenire mediante una scrittura con data certa, scrittura necessaria anche in caso di spossessamento fittizio come avviene con i titoli dematerializzati – e consegnato.

Sebbene il creditore possa sentirsi maggiormente protetto in presenza di effetti reali stante il sorgere del diritto di prelazione (il che comporta, tra le varie conseguenza, l'inefficacia nei confronti del creditore garantito degli atti di aggressione da parte di altri creditori, tanto nell'ipotesi di esecuzione individuale quanto in quella concorsuale), non bisogna dimenticare che anche il contratto ad effetti obbligatori riconosce una valida tutela. In particolare, il creditore garantito ha diritto a possedere la cosa – e di esperire le azioni possessorie – e di esercitare il diritto di ritenzione potendo così respingere qualsiasi eventuale pretesa di restituzione del bene avanzata da soggetti terzi acquirenti³⁶.

Similmente, nel c.d. pegno di bene indiviso il debitore costituisce un pegno su una quota astratta di un bene e, fintanto che non viene sciolta la comunione sulla *res*, la garanzia ha unicamente l'effetto di obbligare il debitore alla futura concessione del vincolo sulla quota che risulterà essere di sua spettanza a seguito della divisione del bene. In entrambi i casi, dunque, la peculiarità consiste nella circostanza che il bene dedotto non è ancora nella piena disponibilità del debitore e che, conseguentemente, il contratto ha effetti obbligatori e non reali.

³⁴ G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Torino 1894, pp. 466 ss.

³⁵ M. COSTANZA, *Dubbi sull'esistenza di pegno di cose future*, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 135. L'Autore afferma che la volontà delle parti è già perfetta nel momento della stipulazione dell'accordo nel quale «risultano determinati sia il credito da garantire che il pegno da offrire in garanzia, mentre l'elemento che deve verificarsi in futuro, per il completamento della fattispecie, è meramente materiale, consistendo esso (oltre che nella venuta ad esistenza della cosa), nella consegna di questa al creditore». Cfr. anche Cass., n. 6969/1996, in *Giur. It.*, 1998, p. 467, con nota di L. MASTROMATTEO, *Pegno irregolare di cosa futura, scrittura avente data certa e opponibilità al fallimento*; e in *Fallimento*, 1997, p. 263 con nota di L. PANZANI, *Pegno irregolare di saldo liquidato di c/c e data certa dell'atto*.

³⁶ V. OCCORSIO, *Pegno non possessorio: uno studio su oggetto della garanzia e dei poteri del creditore*, op. cit., pp. 57 ss.

Nel pegno *omnibus* vi è un contratto di pegno munito di una clausola c.d. di estensione e viene impiegato soprattutto nel diritto bancario, prevedendo l'ampliamento dell'oggetto del pegno su tutti i «titoli o valori di pertinenza del correntista che siano comunque e per qualsiasi ragione detenuti dall'azienda di credito o pervengano ad essa successivamente» (art. 10 delle condizioni generali relative al rapporto banca-cliente). Dunque le parti istituiscono un vincolo su uno o più beni mobili a garanzia di tutti i crediti presenti e futuri che l'Istituto maturerà nei confronti del cliente debitore. In realtà tale fattispecie, che viene descritta anche come una forma di esasperazione del diritto di ritenzione, è stata fortemente ostacolata dal momento che molti hanno ritenuto fosse un'obbligazione invalida stante l'indeterminatezza dei crediti oggetto di garanzia. Tuttavia, grazie alla previsione dell'importo massimo garantito, nonché grazie all'elaborazione della teoria della fattispecie a formazione progressiva³⁷, enucleata per il pegno di cosa futura, è stato possibile dare vita anche a questa particolare forma di pegno.

Infine, si definisce pegno rotativo quella garanzia alla quale accede il patto di rotatività prevedendo quindi la facoltà per il debitore di sostituire il bene che forma oggetto del rapporto senza alcuna novazione dello stesso. Altrettanto particolare (nonché altrettanto discussa) è la figura del pegno non possessorio il quale ammette la costituzione del vincolo su dei beni che non vengono tuttavia sottratti al possesso del debitore. Queste ultime due cause di prelazione verranno analizzate di seguito ma si premette che rappresentano l'emblema dell'adeguamento del diritto alle esigenze del commercio.

Pegno rotativo

I beni di impresa sono fisiologicamente e continuamente in trasformazione pertanto la figura del pegno ha dovuto necessariamente evolversi tenendo a mente proprio questa peculiarità. Per tale ragione la dottrina prima e la giurisprudenza poi hanno dato vita alla figura del c.d. pegno rotativo.

Come preannunciato nel paragrafo precedente, nel pegno rotativo vi è la clausola di "rotatività" che prevede la possibilità di sostituire l'oggetto della garanzia senza effetti novativi rispetto alla garanzia originaria (purché la sostituzione avvenga a parità di valore) e quindi senza che in tale modo possa essere assoggettata ad azione revocatoria ordinaria fallimentare ogni successiva sostituzione dei beni³⁸.

Per il vero, il pegno rotativo non rappresenta una novità assoluta dell'ordinamento poiché nella prassi bancaria è nota ormai da diverso tempo la possi-

³⁷ Teoria propria delle norme generali sul trasferimento o la costituzione dei diritti reali sulla scorta di quanto previsto dall'art. 1378 c.c. ai sensi del quale, nei contratti aventi ad oggetto cose generiche (ossia indeterminati, futuri o altrui), la proprietà o il diritto reale si costituisce o trasferisce all'atto dell'individuazione della *res* nel patrimonio del disponente.

³⁸ E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, Torino 2005, pp. 249 ss.

bilità di introdurre la c.d. clausola di sostituzione mediante la quale si consente di sostituire il bene oggetto di garanzia senza dare vita ad un nuovo rapporto. Questa prassi è sorta al fine di consentire alle banche, garantite tramite il pegno di titoli obbligazionari, di ottenere nuovi titoli allo scadere dei primi, senza che tale attività comportasse l'interruzione del contratto di pegno³⁹.

Inoltre, occorre evidenziare come tale meccanismo di sostituzione non rappresenti affatto un *unicum* del diritto bancario bensì è contemplato in molteplici altri settori. Si veda ad esempio la materia degli strumenti finanziari dematerializzati o dei contratti di garanzia finanziaria; si veda l'art. 46 t.u.b. il quale, pur disciplinando un caso di privilegio e non di pegno, ammette un meccanismo rotativo per i finanziamenti di medio-lungo termine alle imprese; si veda la l. 119/2016 in materia di pegno non possessorio nei rapporti di impresa; per ultimo, ma non per importanza, si veda la l. 401/1985 sui prosciutti d.o.c. e la l. 122/2001 sui formaggi a lunga stagionatura nonché il decreto Cura Italia per i prodotti agricoli e alimentari DOP e IGP.

Non solo, ma la rotatività e la non possessorietà, a fianco all'accezione tradizionale di pegno, è altresì ammessa in altri ordinamenti giuridici. Si veda a titolo esemplificativo l'ordinamento anglosassone nel quale sono previste tre forme di garanzie convenzionali accomunate dalla previsione di un accordo consensuale tra le parti mediante il quale vengono conferiti dei diritti reali sui beni sui quali gravano il c.d. *pledge*, *mortgage* o *charge*⁴⁰.

Quello che maggiormente assomiglia al pegno del codice civile è il *pledge* e la disciplina prevede che vi sia il trasferimento materiale del possesso del bene a favore del creditore il quale ha il diritto di trattenerlo fino all'adempimento dell'obbligazione principale. Tale trasferimento può sostanzarsi sia nel «*handing over of the goods*» sia nella semplice consegna di «*symbolical or constructive delivery*». Probabilmente, uno degli aspetti più interessanti del *pledge* è il c.d. «*negative pledge*» (usato specie nelle operazioni finanziarie internazionali) il quale consiste in una clausola in base alla quale la società debitrice si impegna a non accordare in futuro, senza il preventivo consenso scritto del creditore, alcuna ulteriore garanzia. Sebbene tale clausola non conferisca alcuna prelazione, è tuttavia previsto che in caso di inadempimento vi siano una serie articolata di conseguenze⁴¹.

Il *mortgage* invece è il contratto mediante il quale il debitore, pur ritenendo il possesso della cosa che serve a sicurezza del credito, ne trasferisce la pro-

³⁹ M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno" ma non troppo*, in *Le Nuove Leggi Civili commentate*, 3/2018, p. 714.

⁴⁰ E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, op. cit., pp. 103 ss.

⁴¹ Per i riferimenti sul *pledge*, GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, London 1988, 2nd edn., p. 17; PENN - SHEA - ARORA, *The Law and Practice of International Banking*, II, London 1987, p. 362; MARSHALL, *Rights in security over moveables, cautionary obligations and bankruptcy*, Edinburgh 1983, p. 420.

prietà al creditore con l'obbligo, per quest'ultimo, di trasferirla nuovamente al debitore non appena venga soddisfatta la sua pretesa. Si tratta pertanto di una vendita con patto di riscatto che viene applicata tanto nel caso in cui la *res* sia un mobile quanto nel caso in cui si tratti di un immobile.

Infine, nel sistema di *common law*, è possibile rinvenire anche la *charge* in virtù della quale il creditore e debitore si accordano stabilendo il diritto del creditore di soddisfare le proprie pretese – fino a concorrenza del credito – sul ricavato della vendita dei beni del debitore, con privilegio sui creditori chirografari e su quelli aventi un titolo sorto successivamente alla costituzione della *charge*.

In particolare, è possibile aversi la c.d. *fixed charge* se il bene oggetto di garanzia – di cui il debitore non può disporre senza il consenso del creditore – è specifico e determinato o determinabile, o futuro, già presente nel patrimonio del debitore o sta per entrarvi. In questo ultimo caso, il creditore diventa titolare di un *inchoate security interest* che consente la retroattività della costituzione della garanzia: quando il bene entra nel patrimonio del debitore, il vincolo si considera costituito *ex tunc*. In alternativa alla *fixed charge*, è possibile costituire la c.d. *floating charge* mediante la quale il debitore pone in essere una garanzia sul proprio magazzino (*goods*), patrimonio (*assets*) o sull'insieme dell'attivo della sua impresa (*undertaking*) ma mantenendone la piena disponibilità fino al momento patologico della c.d. *crystallisation*⁴². In tal modo l'effetto di garanzia viene posticipato nel tempo dal momento che non insiste su un bene o un complesso di beni indicati dal debitore fin dal loro nascere, bensì «*it floats like a cloud over the whole assets from time to time falling within a generic description, but without preventing the mortgagor from disposing of these assets in the usual course of business until something occurs to cause the charge to become crystallised or fixed*»⁴³. Detto altrimenti, la garanzia non attribuisce al creditore alcun effetto reale immediato nonostante riconosca un diritto di garanzia con efficacia retroattiva.

L'utilità di quest'ultima forma di garanzia esaminata deriva dal fatto che, non essendo possessoria, consente al debitore di continuare ad impiegare liberamente le proprie merci senza dover paralizzare la propria attività imprenditoriale. Il creditore, a sua volta, potrà comunque aggredire, in caso di *crystallisation*, il patrimonio del debitore, includendo anche gli ulteriori beni che fossero

⁴² La *floating charge* ha ispirato il legislatore italiano il quale ha elaborato la figura analoga del c.d. pegno di azienda, le cui origini, per il vero, risalgono al periodo romano. Si tratta di un istituto infelice che non ha mai trovato una significativa diffusione tanto che né il codice civile del 1865 né il legislatore di settore lo hanno mai disciplinato positivamente. Nel 1942 il legislatore, pur non avendo previsto *expressis verbis* tale forma di pegno, ha tuttavia positivamente, all'art. 2784, 2° co., c.c., il pegno sulla "universalità di mobili" così ammettendo che l'azienda possa essere oggetto di garanzia.

⁴³ GOWER, *Principles of modern company law*, London 1979, 4th edn., p. 107.

eventualmente entrati a far parte dell'*undertaking*⁴⁴. Gli elementi in presenza dei quali è possibile parlare di *floating charge* sono stati individuati da parte di un autore il quale ritiene che essi sono tre: deve trattarsi di una categoria di beni della società presenti e futuri; tali beni, nel corso degli affari, possono cambiare *from time to time*; nella *charge* deve essere previsto che la società conservi il potere di disporre dei beni⁴⁵.

Ciò premesso, il pegno rotativo può essere di due generi: possessorio o non possessorio (ossia quando è possibile costituire il vincolo senza che i beni oggetto della garanzia vengano consegnati). La sua rotatività consente di sostituire il bene oggetto del pegno senza che ciò comporti il venir meno *ab origine* del diritto di prelazione riconosciuto al creditore.

In ambo i casi occorre che nel patrimonio del costituente siano presenti quantomeno *dei* beni – quindi non necessariamente *i* beni che saranno poi oggetto di eventuale espropriazione – e si impedisce altresì che la garanzia si estenda automaticamente a tutti i beni che entrano a far parte del patrimonio aziendale.

Figura affine al pegno rotativo è il pegno “fluttuante” il quale prevede che la garanzia sia costituita – e sia già opponibile – su beni che non sono ancora determinati. Essi infatti verranno individuati solo in un secondo ed eventuale momento ossia nella fase patologica dell'escussione. Il pegno sarà quindi valido ed efficace grazie al semplice riferimento, nel contratto, alla loro generica presenza nel patrimonio aziendale del debitore.

Da tali tratti essenziali si deduce l'impossibilità di invocare una surrogazione reale dal momento che la garanzia non grava sin da subito su un bene determinato. Manca, in altri termini, la *res* da sostituire.

Parte della dottrina ritiene quindi che un siffatto pegno non possessorio sia altro e diverso dal pegno rotativo discendendo, come diretta conseguenza, l'impossibilità di qualificare tale forma di pegno fluttuante come un pegno anomalo. Difatti si tratterebbe semplicemente di un sotto-tipo del pegno comune⁴⁶.

Un'altra questione riguarda la possibilità di qualificare, al contrario, il pegno rotativo come pegno “fluttuante”. Il dubbio è sorto a causa della norma sul pe-

⁴⁴ PALMER, *Company Law*, 24th edn., by SCHMITTOFF, I, London-Edinburgh 1987, p. 710.

⁴⁵ Per un quadro comparatistico aggiornato sulle forme di garanzia senza spossessamento, si veda E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, II/2017, pp. 241 ss.

⁴⁶ Parte della dottrina, tra cui E. GABRIELLI e V. OCCORSIO, ritiene che il pegno non possessorio rappresenti una *species* del pegno di diritto civile mentre secondo un'altra parte il pegno non possessorio sarebbe *naturaliter* rotativo (cfr. R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli 2018, pp. 50 ss., F. LAMANNA, “Decreto banche”. *Iper-tutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, Milano 2016, p. 19; ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio “a tutto campo”*, in *Guida Normativa - Il Sole 24 Ore*, luglio 2016, p. 9; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2016, p. 12).

gno su strumenti finanziari⁴⁷ la quale, nel prevedere un sistema di sostituzione dei beni dati in garanzia, parla di costituzione di «vincoli sull'insieme». A ciò si aggiunga che nella Relazione al Decreto risulta che lo stesso è preposto a disciplinare «il pegno “fluttuante” (regolare o irregolare) nel regime di dematerializzazione dei titoli».

Ebbene, nonostante sia indubbio che la permanenza del vincolo apporti un «connotato di rotatività»⁴⁸ anche alla garanzia fluttuante, le due fattispecie vanno comunque tenute distinte posto che, nel pegno rotativo occorre individuare i singoli strumenti finanziari sia ai fini della costituzione del pegno sia ai fini della loro sostituzione/integrazione; nel pegno fluttuante invece i beni oggetto della garanzia sono indeterminati.

Al di là della teoria che si preferisce sposare rimane il fatto che il pegno rotativo ha il pregio di aver esaltato ed evidenziato l'importanza del valore del bene, valore che diventa requisito essenziale per il regolare funzionamento della garanzia stessa.

Una figura affine al pegno rotativo è certamente il pegno non possessorio di cui alla l. 119/2016. O meglio, il pegno non possessorio è di regola anche un pegno rotativo dal momento che la rotatività opera laddove «non sia stato diversamente disposto nel contratto». Difatti il debitore o il terzo datore di pegno sono autorizzati a trasformare, alienare o a disporre dei beni gravati da pegno, nel rispetto della loro destinazione economica. Questi atti comportano il trasferimento del pegno, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo e senza che ciò comporti la costituzione di una nuova garanzia.

Il decreto n. 18/2020 Cura Italia e il confronto con il pegno non possessorio

In passato la giurisprudenza contestava non tanto la validità in sé della clausola rotativa quanto piuttosto la possibilità che ogni sostituzione della *res* potesse ricollegarsi alla pattuizione originaria. Si escludeva, cioè, la possibilità di derogare agli articoli 2786 e 2787 c.c. (rispettivamente, al principio di realtà e di specialità) e quindi la possibilità di escludere una novazione al momento della sostituzione del bene.

Successivamente⁴⁹ la giurisprudenza ha invece ritenuto che la sostituzione non comportasse affatto la nascita di una nuova garanzia al momento della sostituzione ma lasciava intatta la garanzia originaria. La ragione di tale approdo va rinvenuta nel fatto che ben presto la giurisprudenza ha compreso che l'interesse del creditore non è quello di ottenere il conseguimento della

⁴⁷ Art. 34 d.lgs. 213/1998, poi confluito in modo pressoché invariato, nell'art. 83-*octies* del T.U.F.

⁴⁸ E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, pp. 49 ss.

⁴⁹ Cass. sent. n. 5264 del 1998.

res bensì di ottenere una utilità reale, ossia il valore economico rappresentato dalla *res*. Giunti a tale consapevolezza, ne è discesa la piena ammissibilità della clausola rotativa e dell'esclusione della novazione poiché, mantenendo fermo quel determinato valore, qualsiasi forma di sostituzione può dirsi ammissibile⁵⁰. In altri termini, il bene oggetto della garanzia viene valutato non tanto nella sua specifica individualità ma come un bene avente una sua "componente di valore". A riprova di ciò, già il pegno non possessorio veniva inteso come un pegno di valore.

Diverse sono le disposizioni che il legislatore ha dedicato al settore agricolo e a quello della pesca. Gli interventi sono stati sia di tipo sociale sia di tipo economico ossia volti a garantire liquidità alle imprese agroalimentari⁵¹ e, quello che si va ad analizzare è proprio l'introduzione della possibilità di costituire pegno rotativo sui prodotti DOP e IGP, inclusi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose⁵².

Si tratta di un intervento normativo non isolato posto che esso si aggiunge ad altre forme di garanzie reali non possessorie già previste nell'ordinamento. Insieme al pegno sui prosciutti ed il pegno sui prodotti lattiero caseari a lunga stagionatura, questo ultimo intervento si inserisce nella tendenza al rinnovamento delle forme di garanzia reale che si è andata sviluppando nel corso degli anni, a partire dal 1980 e culminata nel 2016 con l'emanazione della l. n. 119/2016 disciplinante il pegno non possessorio in materia di impresa e nel 2020 con l'emanazione della l. n. 27/2020 in materia di pegno rotativo agricolo.

⁵⁰ G. STELLA, *Il pegno non possessorio alla luce delle disposizioni del Decreto Legge n. 59/2016*, p. 8.

⁵¹ Nel decreto Cura Italia, convertito nella legge n. 27/2020, gli aiuti al settore agricolo sono pervenuti sotto forma di integrazioni salariali, indennità e proroghe dei termini per la presentazione di domande relative ai trattamenti di disoccupazione agricola. Per quel che concerne gli aspetti economici invece si registra l'aumento ed il versamento dei contributi PAC; l'istituzione di un fondo di 100 milioni di euro per la copertura di interessi su finanziamenti bancari e sui mutui contratti dalle imprese appartenenti al settore agricolo, della pesca e dell'acquacoltura; l'estensione alle imprese agricole della possibilità di avvalersi degli interventi del Fondo di garanzia previsto per le PMI e la possibilità di costituire pegno rotativo sui prodotti DOP e IGP, inclusi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose.

⁵² Tra i provvedimenti che concernono le bevande spiritose – ossia quelle alcoliche destinate al consumo umano e che possiedono delle caratteristiche organolettiche particolari – si segnalano il decreto n. 5195/2010 del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali nonché il regolamento CE n. 110/2008. In attuazione dell'art. 17 del citato regolamento CE sono stati emanati i decreti ministeriali relativi al «Mirto di Sardegna» (8 giugno 2016), al «Liquore di Limone di Sorrento», al «Liquore di Limone della Costa di Amalfi» ed al «Nocino di Modena». Recentemente è stato emanato il regolamento UE 2910/787 che ha abrogato il precedente regolamento CE n. 110/2008 ed ha aggiornato le norme relative alla definizione, alla designazione, alla presentazione ed all'etichettatura delle bevande spiritose nonché a rivedere le modalità di registrazione e protezione delle indicazioni geografiche delle bevande spiritose.

Il decreto n. 18/2020 dedica l'art. 78, secondo comma *duodecies* – rimasto invariato nella legge di conversione – al pegno rotativo sui prodotti agricoli e alimentari a denominazione di origine protetta, inclusi quelli vitivinicoli e le bevande spiritose. Nello specifico, ai sensi del suddetto articolo, tali prodotti «possono essere sottoposti a pegno rotativo, attraverso l'individuazione, anche per mezzo di documenti, dei beni oggetti di pegno e di quelli sui quali il pegno si trasferisce nonché mediante l'annotazione in appositi registri». Inoltre, la disciplina relativa ai registri menzionati dal comma citato è stata disciplinata dal decreto ministeriale attuativo della legge di conversione del decreto Cura Italia. Infine, all'art. 78, secondo comma, *quaterdecies* si afferma che «il pegno rotativo di cui al comma 2 -*duodecies* si applicano gli articoli 2786 e seguenti del codice civile, in quanto compatibili».

Ebbene, dal punto di vista oggettivo, il pegno rotativo riguarda prodotti agricoli, alimentari, vitivinicoli e bevande spiritose, sempre che, ovviamente, si tratti di prodotti DOP e IGP posto che la *ratio* di tale intervento normativo è quello di incentivare e tutelare le imprese in grado di valorizzare le peculiarità nazionali.

Il pegno rotativo disciplinato dal legislatore «pandemico»⁵³ sembrerebbe essere l'evoluzione del pegno non possessorio disciplinato dal recente intervento della l. 119 del 2016⁵⁴ e che, sin dalla sua emanazione, è stato impiegato dagli imprenditori agricoli. Per il vero, il nuovo istituto sembrerebbe potersi qualificare come una *species* del *genus* pegno non possessorio disciplinato dalla l. 119/2016. Difatti, la norma citata, essendo volta a disciplinare la costituzione del pegno da parte della generale categoria degli imprenditori, potrebbe risultare talvolta inadeguata a disciplinare i rapporti che coinvolgono imprenditori *agricoli*.

Per verificare se questo quadro normativo si pone effettivamente in tali rapporti, pare necessario effettuare un confronto tra le due tipologie di pegno rotativo e pegno non possessorio.

In entrambi i casi la disciplina risulta essere soggettivamente vincolata, ossia riferita esclusivamente agli imprenditori (in generale nella l. 119/2016, imprenditori agricoli nella l. 27/2020). Può quindi concludersi affermando che ci si trova innanzi ad una garanzia tipicamente imprenditoriale ma che lascia aperta la possibilità per gli imprenditori di ricorrere al pegno tradizionale di diritto comune. Detto altrimenti, sono richiesti sia il requisito formale dell'iscrizione al registro delle imprese sia il requisito sostanziale consistente nell'afferenza del credito allo svolgimento di un'attività di impresa. Sono pertanto esclusi tutti coloro che non possono esser qualificati come imprenditori o che agiscono per scopi estranei a quelli imprenditoriali.

⁵³ DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. bancario*, II/2020, Sez. I, pp. 253 ss.

⁵⁴ E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. It.*, 2017, p. 1717.

Per quel che concerne il lato attivo del rapporto, e quindi la figura del creditore, la dottrina sembra esser conforme nel sostenere la non necessarietà della qualifica di imprenditore per quel che concerne la l. 119/2016⁵⁵. Diversamente invece accade in merito al pegno rotativo agricolo stante la *ratio* di tale intervento che risulta esser volto a garantire proprio quelle operazioni di finanziamento bancario. Ne discende che il creditore del pegno rotativo agricolo sarà obbligatoriamente un intermediario bancario autorizzato alla concessione di finanziamenti ai sensi dell'art. 106 t.u.b.⁵⁶.

In merito al profilo oggettivo, il decreto Cura Italia circoscrive la sua applicabilità ai soli prodotti identificativi del *made in Italy* (DOP o IGP) escludendo quelli immateriali, quelli registrati, i crediti ed infine le partecipazioni azionarie o sociali. È stato tuttavia evidenziato come tale limitazione possa comportare soluzioni particolari. Difatti, se l'attività del datore di pegno si svolge a ciclo continuo, il pegno si trasferisce senza soluzione di continuità sui differenti beni previsti nel contratto. Tuttavia, qualora l'attività sia strutturata su dei cicli di lavorazione temporalmente distinti, con un intervallo di tempo tra la vendita dei prodotti e l'acquisto di nuova materia prima, si dovrebbe avere un'estinzione del pegno per poi esser costituito nuovamente. Senonché una siffatta soluzione si porrebbe certamente in contrasto con la *ratio* del pegno rotativo e, per tale ragione, parte della dottrina ritiene preferibile concludere che il pegno rimane in vita in attesa di vincolare un nuovo oggetto previsto dalle parti. Per tutelare il creditore sarebbe pertanto necessario riconoscergli la possibilità di impiegare strumenti di garanzia ulteriori, vincolando ad esempio i crediti del debitore e/o le somme incassate dalla vendita dei prodotti⁵⁷.

Ebbene si tratta di una disciplina diversa da quella prevista dalla l. 119/2016 dal momento che oggetto della garanzia non possessoria possono essere i beni mobili, immateriali o crediti, purché inerenti l'esercizio d'impresa⁵⁸. Tuttavia questa divergenza non sembrerebbe escludere la possibilità per il creditore pignoratizio di beneficiare ugualmente della tutela disciplinata dal pegno non possessorio potendo pertanto «promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di

⁵⁵ F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa tit. cred.*, I/2017, p. 234, nonché G. BARILLA, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. Comm.*, I/2017, p. 583.

⁵⁶ T. RUMI, *Il pegno rotativo agricolo nel decreto Cura Italia*, in *Riv. di dir. agroalimentare*, 3/2020, p. 679.

⁵⁷ A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, in *www.dirittobancario.it*, 27 aprile 2020.

⁵⁸ La disciplina esclude invece i beni mobili registrati e siffatta esclusione ha dato vita a notevoli difficoltà interpretative analizzate in maniera approfondita da M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno" ma non troppo*, op. cit., p. 707. In particolare, posto che tale limitazione è volta ad escludere tutti i beni suscettibili di ipoteca mobiliare (autoveicoli, navi e aeromobili), ci si è chiesti se siano assoggettabili o meno alcuni «pezzi pregiati» del complesso aziendale e, nello specifico, se lo siano i marchi registrati e le quote di s.r.l.

abuso nell'utilizzo dei beni da parte del debitore o del terzo concedente il pegno» nonché la possibilità di opporre la garanzia ai terzi del nuovo pegno agricolo.

Passando ora al registro, come preannunciato, la disciplina è contenuta nel d.m. 23 luglio 2020 che si è occupato di dare attuazione al decreto Cura Italia. In virtù del d.m. è stabilito che sia il creditore a dover compiere una serie di attività. Innanzitutto deve individuare i prodotti DOP e IGP da sottoporre al pegno. Successivamente, deve provvedere all'annotazione del pegno sul registro apposito il quale sarà poi conservato dal debitore, salvo diversa intesa tra le parti. Con la registrazione il pegno prende grado e diventa opponibile ai terzi nonché nelle procedure esecutive e concorsuali. Ne discende pertanto che, al pari di quanto previsto per il pegno non possessorio, si deroga vistosamente alla disciplina ordinaria del pegno di diritto comune dal momento che il diritto di prelazione diviene esercitabile non all'atto dello spossessamento bensì all'atto della registrazione. Dunque, in modo analogo a quanto previsto per l'ipoteca, i conflitti eventuali tra i vari creditori saranno risolti in base al criterio dell'anteriorità dell'iscrizione.

Si evidenzia tra l'altro che tale meccanismo risolutivo dei conflitti tra creditori trova applicazione anche laddove abbia operato la clausola rotativa⁵⁹. Difatti, la sostituzione del bene originario con il nuovo, non comportando alcun effetto novativo, non può derogare alla regola dell'anteriorità dell'iscrizione. Sebbene ciò abbia dato vita a non poche incertezze, si tratta di una soluzione perfettamente in linea sia con quanto previsto dalla legge sia con il principio della *par condicio creditorum*. D'altronde si ricorda ancora una volta che oggetto del pegno non è la *res in sé* per sé bensì il suo valore.

A tal proposito occorre aprire una digressione sul tema della surrogazione e sul valore del prodotto sostituito. In caso di deprezzamento dei beni oggetto di pegno rotativo, è tutt'ora discusso se si debba offrire dei beni sostitutivi che rispettino il limite del valore attuale dei beni sostituiti oppure il valore originario della garanzia. In altri termini, ci si domanda se la clausola di sostituzione debba essere sempre accompagnata dalla clausola di integrazione o meno.

Secondo l'opinione prevalente, si dovrebbe rispettare il limite del valore attuale mentre per la Banca d'Italia e la Consob⁶⁰ sembrerebbe necessario in-

⁵⁹ Nello specifico, si possono presentare diversi casi di contrasto: potrebbe presentarsi il caso di conflitto tra creditore pignoratizio non possessorio ed acquirente dei beni oppignorati (ipotesi che si verifica ogniqualvolta si deroghi alla rotatività e ciononostante il bene venga venduto); tra più creditori pignoratizi non possessori; fra creditore pignoratizio non possessorio e creditore con pegno di diritto comune; infine, fra creditore pignoratizio non possessorio e creditori privilegiati *ex art. 46 t.u.b.* Per una trattazione completa in tema di conflitti tra creditori pignoratizi e altri aventi causa sui beni costituiti in pegno non possessorio si veda M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno" ma non troppo*, *op. cit.*, pp. 720 ss.

⁶⁰ La Banca d'Italia e la Consob hanno espresso il loro parere in materia di pegni costituiti su strumenti finanziari dematerializzati.

trovare di fronte ad un caso di aumento del valore del bene pignorato, come avviene tipicamente sulle materie prime che consentono al debitore di proseguirne la lavorazione (si veda il pegno di formaggi e di prosciutti), si tende ad ammettere l'estensione della garanzia anche al plusvalore acquisito dal bene.

Detto altrimenti, la soluzione maggiormente accolta ritiene che, in mancanza di una clausola di integrazione, la sostituzione debba avvenire avendo come riferimento il valore attuale ossia quello che il bene iniziale ha nel momento in cui fuoriesce dal patrimonio del costituente. Nel caso dei prodotti agricoli semilavorati tale regola comporta che, nella generalità dei casi, il debitore sarà tenuto a vincolare un valore maggiore rispetto a quello iniziale posto che tali beni subiscono spesso un apprezzamento. Questa conclusione, d'altronde, si pone in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale esaminato all'inizio del paragrafo.

Un'altra questione che si è sollevata in materia di pegno rotativo – nonché in materia di pegno non possessorio – riguarda la possibilità di costituire la garanzia su crediti futuri e indeterminati (ma determinabili). Per la soluzione di tale profilo si è ricorso allo studio di quanto affermato in relazione alla l. 119/2016. A tal riguardo si è ritenuto ammissibile costituire un pegno su credito futuro ritenendo che esso non si ponga in contrasto con l'istituto stante la previsione dell'importo massimo. Ebbene, la previsione di tale limite comporta la mitigazione della clausola *omnibus* e rende il credito determinabile, così rispettando l'art. 1346 c.c.

Nel caso del pegno rotativo, l'art. 78 sembrerebbe escludere, come preannunciato, che la garanzia possa avere ad oggetto beni diversi dai prodotti DOP e IGP. Tuttavia, se si ritiene di poter applicare la medesima soluzione a cui si è giunti nel pegno non possessorio, non solo si confermerebbe che il pegno rotativo è una *species* di quello senza spossessamento, ma si supererebbe altresì il problema della clausola che altrimenti sarebbe invalida per contrasto con la regola della determinatezza del credito garantito⁶¹.

Infine, non può non menzionarsi il tema dell'escussione della garanzia, momento che realizza la tutela del creditore. Ancora una volta sembra necessario ricorrere alla l. 119/2016 per superare le lacune ed i silenzi del nuovo testo legislativo in materia di pegno rotativo dal momento che non viene indicato se le modalità di escussione siano quelle previste dal codice civile, dall'art. 1, comma 7 della l. 119/2016 o quelle dell'escussione semplificata di cui all'art. 44 t.u.b.

⁶¹ A. DOLEMITTA, *Clausola cd di pegno «omnibus»*, in *Riv. dir. banc.*, 2/2014, p. 2 nega l'ammissibilità delle clausole di «estensione della garanzia reale». Sulla stessa posizione si pongono coloro che reputano tali clausole nulle o per indeterminatezza o per causalità essendo manifestamente prive di meritevolezza della tutela. Cfr. a tal riguardo G.E. COLOMBO, *Pegno bancario: le clausole di estensione, la prova della data*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1/1982, pp. 196 ss.

Sebbene la soluzione prescelta dalla dottrina⁶² sia quella disciplinata dal menzionato art. 44 t.u.b., stante l'inadeguatezza ed i limiti dell'art. 2797 c.c. (suscettibile di essere bloccata dal debitore), sembrerebbe doversi, al contrario, preferire la soluzione di cui alla l.119/2016 il quale prevede delle modalità di escussione flessibili, in un'ottica di autotutela esecutiva⁶³.

L'art. 44 t.u.b. infatti presuppone la costituzione di un privilegio convenzionale il quale, tuttavia (e contrariamente da quanto accade in materia bancaria) non risulta essere previsto dall'art. 78. Come noto, il privilegio, ancorché convenzionale, deve pur sempre rinvenire la propria fonte nella legge. A tal proposito, autorevole dottrina⁶⁴ evidenzia come «i privati non possono creare nuove forme di privilegi che non siano predeterminate dalla legge, essendo tutt'al più rimessa alla loro volontà la convenzione che [...] consente talora, in determinate fattispecie (indicate dal comma ult. dell'art. 2745 c.c.) di rendere operativo un privilegio comunque già previsto dalla legge». Ebbene, nell'ipotesi del pegno agricolo non vi è alcuna traccia di privilegio.

Pertanto, la regola contenuta nell'art. 44 t.u.b. risulterebbe comunque meno favorevole di quella sancita per il pegno non possessorio posto che, in quest'ultimo, l'esecuzione coattiva per inadempimento del debitore prevede che sia effettuata direttamente dal creditore (senza l'intervento preventivo del giudice) e senza limiti temporali stringenti nonché stante la possibilità per il creditore di appropriarsi direttamente del bene fino a concorrenza della somma garantita.

Altrettanto inidonea sembrerebbe essere la soluzione approntata dall'art. 2797 c.c. stante la natura deperibile dei beni oggetto di garanzia. Non v'è chi non veda, infatti, che in caso di opposizione del debitore alla vendita stragiudiziale, i prodotti agricoli vincolati potrebbero facilmente deperire e perdere, pertanto, ogni valore.

Ebbene, si ritiene che la soluzione migliore sia proprio l'istituto dell'escussione marciata prevista per il pegno non possessorio e ciò anche alla luce del carattere speciale del pegno rotativo. In particolare, sembrerebbero applicabili sia la vendita che l'appropriazione del bene in capo al creditore mentre andrebbero escluse sia la locazione del bene (stante la facile deperibilità dei prodotti agro-alimentari) sia l'escussione/cessione del credito stante la natura della *res* (ossia un prodotto e non un credito, appunto). Per compensare l'assenza del controllo giudiziale sulla procedura di vendita e tutelare il debitore – che altrimenti sarebbe esposto a rischi eccessivi – la l. 119/2016 prevede che il creditore debba pubblicizzare sul portale delle vendite pubbliche le proprie intenzioni nonché la possibilità di avvalersi di operatori esperti scelti da ambo le parti o,

⁶² Cfr. A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, cit.

⁶³ Lo evidenzia E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza possesso*, op. cit., p. 1716.

⁶⁴ S. CICCARELLO, voce *Privilegio (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano 723 ss. Cfr. anche G. TUCCI, *I privilegi*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino 1985, p. 463.

in mancanza, designati dal giudice. Infine, si richiede anche la notificazione al debitore dell'intenzione di procedere all'escussione della garanzia.

In conclusione, l'intervento normativo in analisi deve essere accolto con favore, dal momento che esso rafforza l'accesso al credito di numerose imprese strategiche del settore agricolo (in primo luogo i produttori), permettendo allo stesso tempo che le stesse valorizzino il capitale immobilizzato destinato a restare per molto tempo depositato presso i magazzini prima dell'immissione in commercio di tali beni.

Cenni in tema di dematerializzazione

In materia di pegno non possessorio è sorta una questione relativa all'individuazione dell'oggetto del pegno. Nello specifico, la legge stabilisce che possono costituire oggetto di garanzia i beni mobili, beni immateriali o crediti, purché siano inerenti all'esercizio di impresa mentre viene espressamente esclusa la categoria dei beni mobili registrati. La dottrina si è pertanto interrogata sul significato vero e proprio di beni mobili, anche immateriali, registrati.

Difatti, sebbene tale espressione impedisca la costituzione di un pegno non possessorio su beni suscettibili di ipoteca mobiliare (autoveicoli, navi e aeromobili), rimane incerta l'assoggettabilità di alcuni beni "pregiati" del complesso aziendale. Detto altrimenti, ci si domanda se i marchi registrati, i brevetti e in generale i diritti di proprietà industriale titolati, nonché le quote di s.r.l. siano assoggettabili al pegno non possessorio. Mentre per i primi è richiesta la trascrizione dell'atto costitutivo di prelazione presso l'Ufficio italiano brevetti e marchi (art. 138, 1° co., cod. prop. ind), per i secondi è previsto che il pegno sia iscritto nel registro delle imprese.

La dottrina è conforme nell'escludere l'assoggettabilità di queste due categorie di beni mobili immateriali, tuttavia è divisa tra chi sostiene che la *ratio* di tale esclusione vada rinvenuta nell'impossibilità di assoggettare tali beni persino al pegno di diritto comune e chi, invece, ritiene che la ragione vada individuata nell'opportunità di preservare l'integrità del sistema pubblicitario, evitando così di creare un doppio canale per la costituzione e la pubblicità delle prelazioni non possessorie. Difatti, si potrebbe creare un conflitto circa l'individuazione del grado delle rispettive prelazioni tra il registro dei beni ipotecati e il registro delle *res* oggetto di pegno non possessorio. Alla luce di tali orientamenti, si ritiene pertanto che tali beni immateriali non siano assoggettabili alla disciplina del pegno non possessorio.

Al di là della tesi che si intende sposare, emerge chiaramente come tale dibattito abbia posto in luce il problema generale della dematerializzazione dei beni. Si tratta di un fenomeno che evidenzia le difficoltà che il giurista si trova ad affrontare essendo egli costretto ad agire con le tradizionali categorie tecnico-giuridiche, spesso inadeguate a plasmare le novità che la tecnologia porta costantemente, anche nel mondo del diritto.

In particolare, sono molteplici i fenomeni innovativi – quali la *blockchain*⁶⁵, l'internet delle cose, i *big data* e, in generale, l'intelligenza artificiale – che hanno comportato un mutamento del linguaggio giuridico, e non solo.

Per quel che interessa, sembra essere doveroso menzionare il token, ossia il certificato digitale rappresentativo di beni e servizi. Esso consente non soltanto di identificare in modo esatto *quel* determinato prodotto, convertendo tutti – o parte dei – diritti su di un bene⁶⁶ ma anche (o forse soprattutto) di realizzare una liquidità immediata.

Questa smaterializzazione dei diritti proprietari apporta, come è ovvio, dei vantaggi estremamente significativi anche nel settore agroalimentare dal momento che si consente agli operatori di far circolare diritti indipendentemente dal trasferimento fisico dei beni. Non occorre certo spiegare quali e quanti benefici apporterebbe la tokenizzazione al mercato dei vini e dei formaggi di lunga stagionatura, dal momento che l'imprenditore agricolo avrebbe una liquidità immediata, senza dover attendere il completamento del processo di invecchiamento del prodotto.

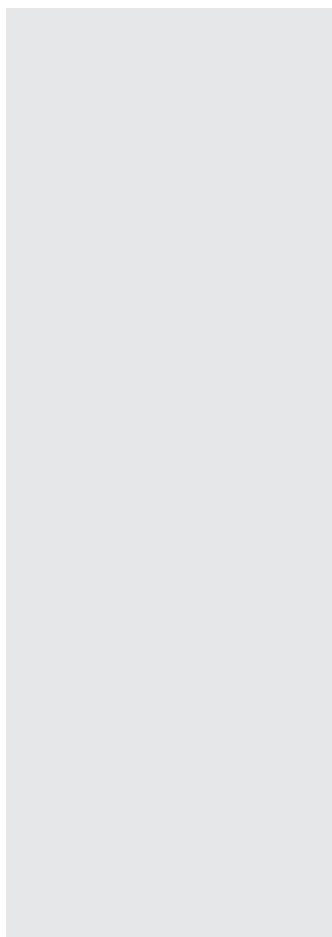
Inevitabilmente, tuttavia, questa smaterializzazione può portare anche degli svantaggi o, quantomeno, dei rischi stante la natura deperibile dei prodotti agroalimentari. La dottrina però è stata pronta nell'elaborare delle possibili soluzioni quali ad esempio l'assegnazione di una scadenza al certificato, di modo che la validità dello stesso sia connesso alla durata del bene, oppure l'applicazione della disciplina del pegno rotativo, prevenendo pertanto che, in caso di deperimento del bene, lo stesso venga sostituito con un altro prodotto.

Conclusivamente, è evidente come le nuove tecnologie cambino radicalmente le regole giuridiche e impongano di ridefinire la morfologia degli istituti giuridici tradizionali. Tuttavia, è indubbio che i benefici apportati alle attività degli imprenditori agroalimentari siano ingenti. Sembra pertanto compito del giurista individuare le soluzioni e le strategie idonee ad adeguare l'ordinamento giuridico alle novità, nella speranza che non avvenga il contrario, ossia che non venga impedito l'ingresso di questi nuovi istituti stante la loro apparente incompatibilità con le categorie tecnico giuridiche tradizionali.

⁶⁵ La *blockchain* indica l'insieme di registri digitali (nati nell'ambito delle criptovalute) che consentono l'inserimento di nuovi dati senza modificare le informazioni inserite in precedenza. Essa apporta molteplici vantaggi quali la decentralizzazione, tracciabilità, mancanza di intermediari, trasparenza, immutabilità del registro. Nel settore agroalimentare consente di gestire le scorte, ridurre sprechi con vantaggi sia per imprenditori che per i consumatori. Per esempio, in materia di *food safety*, la piena trasparenza dei passaggi consente di intervenire in modo diretto, senza ostacolare la produzione, individuando l'autore effettivo del danno, superando il sistema della responsabilità di filiera a vantaggio di un sistema di responsabilità diretta.

⁶⁶ Si parla a tal proposito di rappresentazione digitale di un bene materiale ed essa consente all'interessato di acquistare, non tanto il bene fisico, bensì un certificato di proprietà digitale, emesso su di una piattaforma *blockchain*.

FORMAZIONE FORENSE



Il titolo di avvocato “specialista”

Giancarlo Savi

Premessa

Atteso da tempo dai più, sulla Gazzetta Ufficiale del 12 dicembre 2020 è stato infine pubblicato il d.m. Giustizia 1° ottobre 2020 n. 163, atto normativo che ha integrato e reso definitivo il regolamento già adottato con il d.m. Giustizia 12 agosto 2015 n. 144¹, siccome parzialmente annullato in sede giurisdizionale amministrativa².

L'atto è frutto di lunga istruttoria, pareri ed indagini conoscitive.

L'entrata in vigore di questa disciplina, differita a sessanta giorni (cioè al 10 febbraio 2021), ha di nuovo sollecitato l'Avvocatura italiana a confrontarsi, *si licet*, “con il nuovo che avanza”, sommuovendo rumorosamente tutte le sensibilità culturali di quanti sono artefici primi delle dinamiche che conducono alla retta tutela di ogni posizione soggettiva di diritto ed interesse, giuridicamente rilevante.

Com'era prevedibile sono subito riapparse le più disparate posizioni, oscillanti tra un sentire soddisfatto che segnando il traguardo raggiunto ne esalta l'opportunità e quello contrario che ne esalta le criticità.

Prima di addentrarci nella disamina dei punti nodali della disciplina pare opportuno evidenziare subito la fonte primaria da cui trae origine questa potestà regolamentare, rinvenibile nell'art. 9, l. 31 dicembre 2012 n. 247³.

¹ Il provvedimento, nel tenore testuale coordinato, viene riportato in calce, onde poter utilmente e meglio fruire di queste notazioni di prima riflessione.

² Cfr., Cons. Stato, Sez. IV, 28 novembre 2017 n. 5575, in *Foro amm.*, 2017, n. 11, 2245.

³ Art. 9. *Specializzazioni*

1. È riconosciuta agli avvocati la possibilità di ottenere e indicare il titolo di specialista secondo modalità che sono stabilite, nel rispetto delle previsioni del presente articolo, con regolamento adottato dal Ministro della giustizia previo parere del CNF, ai sensi dell'articolo 1. 2. Il titolo di specialista si può conseguire all'esito positivo di percorsi formativi almeno biennali o per comprovata esperienza nel settore di specializzazione.

3. I percorsi formativi, le cui modalità di svolgimento sono stabilite dal regolamento di cui al comma 1, sono organizzati presso le facoltà di giurisprudenza, con le quali il CNF e i consigli degli ordini territoriali possono stipulare convenzioni per corsi di alta formazione per il conseguimento del titolo di specialista. All'attuazione del presente comma le università provvedono nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

4. Il conseguimento del titolo di specialista per comprovata esperienza professionale maturata nel settore oggetto di specializzazione è riservato agli avvocati che abbiano maturato

Altra notazione preliminare riguarda la tecnica di normazione regolamentare posta in essere nella specie; quanti attendevano l'atto normativo in parola, ragionevolmente reputavano che con esso venisse esaustivamente disciplinato ogni aspetto riservato di norma all'esplicazione della fonte secondaria.

Diversamente, e proprio in relazione all'aspetto saliente dei percorsi formativi che l'avvocato dovrà seguire ed utilmente concludere, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento in commento, e cioè quanto ai programmi dei singoli corsi (che vengono promossi con l'intesa di più "anime", attraverso un comitato scientifico ed un comitato di gestione), la norma secondaria rinvia all'intervento dirimente di una commissione permanente costituita presso lo stesso Ministero della Giustizia⁴, che dovrà elaborare «le linee generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione specialistica, tenendo conto delle migliori prassi in materia»; con la perentoria precisazione secondo cui, «I corsi di specializzazione non possono avere inizio se non è stata verificata la conformità dei relativi programmi didattici a quanto disposto dal presente regolamento e alle linee generali elaborate a norma del comma 2. La verifica di cui al presente comma è svolta dal Ministero della Giustizia, tenuto conto delle proposte della commissione permanente di cui al comma 2».

In una parola, la fonte secondaria rimanda ad altra fonte *sub* secondaria, proprio quanto al contenuto sostanziale maggiormente caratterizzante l'impegno di studio, approfondimento e confronto, per l'avvocato che intenda elevare le proprie conoscenze scientifiche e capacità professionali in prospettiva di una qualificazione "specialistica"; cosicché l'effettiva fonte normativa del più prezioso contenuto è riposta nelle mani di questa Commissione permanente; e non è neppure l'ultima parola per l'effettivo avvio concreto dei corsi, rimanendo comunque il Ministro della giustizia sovrano nella verifica del programma proposto nel singolo caso, autorizzandone o non autorizzandone l'avvio.

un'anzianità di iscrizione all'albo degli avvocati, ininterrottamente e senza sospensioni, di almeno otto anni e che dimostrino di avere esercitato in modo assiduo, prevalente e continuativo attività professionale in uno dei settori di specializzazione negli ultimi cinque anni. 5. L'attribuzione del titolo di specialista sulla base della valutazione della partecipazione ai corsi relativi ai percorsi formativi nonché dei titoli ai fini della valutazione della comprovata esperienza professionale spetta in via esclusiva al CNF. Il regolamento di cui al comma 1 stabilisce i parametri e i criteri sulla base dei quali valutare l'esercizio assiduo, prevalente e continuativo di attività professionale in uno dei settori di specializzazione.

6. Il titolo di specialista può essere revocato esclusivamente dal CNF nei casi previsti dal regolamento di cui al comma 1.

7. Il conseguimento del titolo di specialista non comporta riserva di attività professionale.

8. Gli avvocati docenti universitari di ruolo in materie giuridiche e coloro che, alla data di entrata in vigore della presente legge, abbiano conseguito titoli specialistici universitari possono indicare il relativo titolo con le opportune specificazioni.

⁴ Composta di due magistrati ordinari nominati dallo stesso Ministero, due avvocati nominati dal Consiglio nazionale forense e due professori universitari nominati dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

Demandare l'intervento centrale, certamente complesso e delicato, ad una Commissione ministeriale composta di sei membri, che peraltro dovrebbero essere individuati tra coloro che sono disponibili ad un simile diuturno impegno, evidentemente mossi soltanto dal "sacro fuoco ideale", stante il fatto che il ruolo è onorifico, senza oneri per le finanze pubbliche e con capacità professionali così rilevanti ed estese (le linee guida riguardano ben trentanove diverse specialità, dell'intero arco dello scibile giuridico), lascia perplesso anche il prudente interprete.

Ad ogni modo, verranno stilati degli elenchi di personalità da cui attingere la nomina dei componenti di questo organo che finirà al centro delle dinamiche autorizzatorie dei corsi, e si potrà eventualmente correggere l'impianto, ad esempio strutturando più Commissioni almeno distinguendole per competenza in sintonia con le principali branche del diritto.

Merita comunque di essere sottolineato il metodo seguito: anche in questo caso si ripresenta chiaramente la problematica della reale fonte normativa; in effetti l'autorità chiamata a regolamentare il comando primario, non vi attende esaustivamente, ma lo delega a sua volta, attraverso la creazione di ulteriori organi che chiama a formarla in concreto, disegnando piuttosto un procedimento amministrativo.

Come da tempo noto, il proliferare di organi chiamati a formare l'effettivo comando giuridico realizzato nei fatti, come in un fenomeno a cascata incontenibile, oltre a rendere il nostro ordinamento giuridico positivo in pratica sterminato, si sviluppa secondo un procedere sostanzialmente ad ostacoli di dubbia ragionevolezza, finendo per esporre al pericolo dell'incertezza l'intero impianto.

Questo metodo inoltre finisce per comprimere ogni miglior intenzione volgente alla stella polare dell'efficienza, come dell'autonomia propria di ogni elaborazione di studio ed approfondimento, e finisce per mettere in pericolo la stessa effettiva applicazione della norma primaria, che corre il rischio di essere svilita proprio nel momento della sua concreta realizzazione; questa minuziosa normazione per segmenti autonomi (se non atomizzati), rimessa in mani di una pluralità di soggetti, sino ad intersecarsi e confondersi con la mera attività amministrativa, rischia di perdersi in eccessive questioni e sottigliezze, evocando la nota decadenza dei bizantinismi.

Questo quanto puntualmente accaduto: le poche Scuole di alta formazione specialistica forense che erano state attivate sotto il regime del d.m. Giustizia n. 144/2015, seppur secondo regime transitorio⁵, che erano giunte a bandire il

⁵ Per lodevole iniziativa di alcune Associazioni forensi specialistiche maggiormente rappresentative a livello nazionale (come tali riconosciute periodicamente secondo un complesso procedimento), in convenzione con il Consiglio nazionale forense, che in genere agisce attraverso la propria Scuola superiore dell'avvocatura, ed un ambito dipartimentale di giurisprudenza od equivalente struttura di una delle Università legalmente istituite.

terzo o quarto biennio, con l'entrata in vigore del regolamento in parola hanno dovuto revocare l'iniziativa, curandosi soltanto di portare a compimento i corsi in atto, siccome rientranti come vedremo meglio *infra*, nella c.d. disciplina transitoria; tali corsi che in genere erano programmati con inizio nel mese di gennaio 2021, dovranno perciò attendere prima le linee guida della Commissione ministeriale, una volta nominata, procedere alla stipulazione delle convenzioni, formare i nuovi organi scientifici e gestori, i quali formuleranno il programma ed il bando pubblico per l'ammissione dei candidati, sottoponendo il tutto al potere autorizzatorio finale del Ministero della Giustizia.

Con una buona dose di ottimismo, se ne riparlerà almeno a distanza di diversi mesi⁶, con pericolo di inciampi seri come in ogni attività amministrativa così complessa, e nella specie la giurisdizione amministrativa è stata già chiamata ad intervenire in più frangenti.

La pazienza è una delle virtù che non manca al ceto forense, ma altra cosa è la frustrazione che da lungo tempo aleggia e sempre sul versante delle disfunzioni che affronta nell'esercizio della propria funzione in concreto e nel quotidiano.

Natura e spessore del titolo di avvocato “specialista”

Il quadro normativo che è stato delineato fa emergere l'espressione di un dato caratterizzante la formazione della qualità specialistica che indica la via del più alto livello del sapere peculiare di settore del professionista già esercente l'attività di avvocato, a ciò abilitato dall'esame di Stato di cui agli artt. 33, comma 5°, della nostra carta fondamentale, 46 e 22, comma 1°, l. 31 dicembre 2012 n. 247.

Il legislatore aveva già espresso, in maniera davvero inequivoca, l'esigenza che la professione dell'avvocato risponda ad un notevolissimo livello qualitativo, invero ben indicato ad iniziare dal tenore dell'impegno solenne (art. 8, l. n. 247/2012) che conclude il procedimento di iscrizione all'Albo, dall'obbligo di curare costantemente la propria formazione (art. 11, l. n. 247/2012), ed il rispetto dei canoni deontologici che costellano il concreto operare anche sotto il profilo del dovere di competenza.

Con la previsione dell'ulteriore affinamento delle competenze che incarnano il titolo di specialista di settore, lo spessore che il legislatore esige obiettivamente si innalza, alla ricerca di ulteriore impegno e risultato⁷; l'obiettivo sociale

⁶ La stessa entrata in vigore del Regolamento, differita di sessanta giorni, come in esordio visto, è elemento significativo.

⁷ La stessa espressione qualificativa utilizzata – “specialista” –, al di là della possibile disquisizione linguistica sull'eleganza o meno di una tale trasposizione rispetto a quanto originatosi in particolari settori tecnici o scientifici, è indizio di un certo peso; l'etimologia di significato nel nostro contesto ci conduce al peculiare valore dell'affinamento di speciali capacità, che si allontanano dalla norma, dalla consuetudine, in senso migliorativo e maggiore, evocando il sinonimo di chi eccelle (cfr. *Dizionario della lingua italiana Treccani*,

perseguito dalla norma primaria risiede di tutta evidenza nell'interesse ad una prestazione di qualità consona, attraverso accurata e sistematica acquisizione di maggiori capacità professionali, mettendo al contempo il nostro ordinamento positivo in linea con la similare regolamentazione diffusamente introdotta in ambito UE.

Solo per limitarci a tre esempi, tra i tanti possibili:

-i docenti chiamati ad intervenire nei corsi formativi di specialità (secondo equilibrata chiamata di avvocati, magistrati e professori universitari) debbono aver maturate le più alte qualifiche soggettive nel rispettivo ambito di appartenenza;

-la formazione è segnata dalla costante frequenza su arco temporale almeno biennale, in un contesto numericamente limitato, in presenza, e dal superamento di verifiche stringenti a conclusione del primo anno per poter accedere al successivo anno di corso ed alla sua conclusione per l'utile conseguimento del titolo, mediante prova d'esame scritta e orale, avanti a commissioni esterne formate secondo titoli anche qui di massimo livello (pari a quelli del corpo docente);

-il mantenimento del titolo è condizionato dal proseguimento di importante obbligo formativo su base annuale, mediante il conseguimento di crediti formativi specialistici, con rilevante impegno orario dedito alla cura ed all'aggiornamento della stessa formazione, che costituisce pertanto un percorso ininterrotto.

Se di ciò non sembra potersi dubitare, il titolo di "specialista" non sembra seguire le c.d. logiche mercantili, che si sono di recente affacciate anche nell'esercizio professionale del ministero difensivo, né sembra potersi prefigurare una prospettiva specialistica di massa.

È probabile che tra i "moventi" delle specializzazioni forensi vi sia sotteso il tentativo di alcuni settori del ceto professionale di conseguire un effetto riflesso, diciamo in sé e per sé ed in astratto "deviante", che inerisce il contenimento del numero eccessivo di professionisti iscritti negli Albi, attraverso tale "distinzione"; seguendo la stessa linea tendenziale emersa in relazione all'abilitazione per l'esercizio del patrocinio presso le corti superiori, oggi conseguibile solo per severo esame di Stato specifico, da chi ha maturato una anzianità professionale di almeno cinque anni ovvero otto anni con frequenza ed utile superamento di peculiare corso formativo presso la Scuola superiore dell'avvocatura, evoluzione non a caso impressa dalla stessa l. 31 dicembre 2012 n. 247 (art. 22).

Appare invece fisiologico che tali percorsi siano destinati a minoranze numeriche, secondo logica di forte motivazione soggettiva del professionista, che effettivamente sente l'esigenza di approfondire e conseguire maggiori capacità

Roma 2017); la similitudine prossima sembra potersi rinvenire con le specialità dei dottori in medicina e chirurgia.

operative in un determinato settore, cui è evidentemente dedito in prevalenza o vorrà dedicarsi.

La chiave di volta interpretativa invero appare dettata già nella norma primaria che il regolamento ha inteso attuare, secondo cui, «il conseguimento del titolo di specialista non comporta riserva di attività professionale».

D'altronde, la lungimiranza del legislatore risponde a ragionevolezza nel momento in cui evidentemente non trascura di considerare che anche l'avvocato privo del titolo di "specialista" può ben rendere prestazioni di rango eccellente; e non è certo scontato che sul campo l'avvocato "specialista" adempia meglio od assicuri risultati concreti migliori solo per il fatto di aver conseguito il titolo; la previsione perciò si pone sul piano della ragionevolezza probabilistica, fondata sulla presunzione di prestazioni dell'avvocato qualitativamente conformate, in virtù dello sforzo che ha posto in essere con l'approfondimento e la cura costante nel tempo del proprio sapere, che di norma comporta appunto maggiori capacità professionali.

Nessuna differenziazione ricorre allora tra l'avvocato iscritto all'Albo e quello legittimato ad aggiungersi all'elenco che nell'ambito dello stesso Albo indica quanti hanno anche conseguito il titolo di "specialista" in una determinata materia (non più di due di cui ai campi elencati nel comma 1°, dell'art. 3, del regolamento in commento, e/o non più di tre rientranti nei settori civile, penale ed amministrativo, di cui ai commi 3°, 4° e 5°, stesso art. 3), comparando così nel detto elenco.

Non si tratta perciò di un diverso *status* abilitativo del professionista: l'unico elemento che segna distinzione è la possibilità di rendere pubblico questo ulteriore percorso formativo, utilmente conseguito, affinché evidentemente la scelta della committenza possa dirigersi con maggior consapevolezza verso l'opera del professionista che in astratto appare meglio "attrezzato" in un determinato settore di questioni e controversie giuridiche. Nulla di più!

Ponendo peraltro avvertenza ai pericoli sottesi alla logica pubblicitaria propria del moderno "consumo", nella specie dei c.d. "servizi legali", che mal si confà all'opera del patrocinio e della difesa; difatti, la storia ci ha consegnato l'immagine millenaria di "un uomo che si erge a difesa di un altro uomo", nella quale ognuno intravede motivazione profonda, secondo tratti intrisi nel senso etico, su cui affonda le radici anche la rilevanza costituzionale della funzione, come il suo novero tra i diritti inviolabili dell'uomo. Assestandoci all'epoca corrente oggi è comunque un postulato obiettivamente condiviso quello secondo cui il contratto che ha per oggetto la prestazione d'opera intellettuale forense non è un rapporto meramente privatistico, ma rileva nell'esercizio della giurisdizione: l'avvocato è parte del servizio pubblico di Giustizia.

Arduo il tentativo di condensare questo *officium*, per tentare di definirlo, anche per chi conosce profondamente e vive questo peculiare ruolo sociale; tuttavia alcune indicazioni si stagliano nitidamente: la passione, l'ispirazione solidale e la fiducia, la sete di sapere, la ricerca inesauribile e per converso

la consapevolezza dell'ignoranza, la forza ed il metodo dei comportamenti, la consapevolezza del ruolo sociale e la fedeltà ai valori e principi espressi dalla carta costituzionale e dalle altre fonti sovraordinate, la lungimiranza ed il senso di responsabilità (invero di grande spessore), l'umiltà del dubbio ed il coraggio lucido di confrontarsi, l'inesauribile sacrificio e la dedizione, il senso di rispetto delle istituzioni come dell'altro e, per ciò stesso, l'autorevolezza.

Come si coglie già a piene mani è il "sapere", nel senso più ampio e nobile dei significati attribuiti alla stessa parola, al centro di questa professionalità dalla straordinaria rilevanza pubblica.

In questo senso, anche la norma regolamentare sembra corrispondere all'indicazione di una tale via maestra: nessuna riserva o protezione dell'attività e perciò stesso, nessun profitto economico diretto, ma la severità di approfondire ed affinare nello specifico il livello della preparazione scientifica.

Questo passaggio non è di semplice descrizione, attenendo anche ai mutamenti epocali recenti.

Come noto, i dottori in giurisprudenza del nostro Paese, limitandoci all'esperienza storica Repubblicana fondata sulla carta costituzionale del 1948, ha visto molte generazioni di laureati cui è stato brillantemente trasmesso un sapere secondo le categorie dogmatiche del diritto e delle sue fonti, di matrice diciamo romanistica – per mera agevolezza definitoria –, nelle diverse partizioni di settore, che consentiva l'agevole soluzione del caso specifico, con discrezionalità applicativa guidata dal principio di legalità.

La situazione è considerevolmente mutata sotto l'influenza delle norme sovraordinate ed in particolare di quelle che ci derivano dall'appartenenza all'U.E., disomogenee alle nostre tradizionali categorie, rispondenti a principi generali su cui basare la soluzione casistica, ma con una discrezionalità ampia, in sostanza con rovesciamento della piramide, alla cui base v'è la regola del caso concreto piuttosto che quella positiva.

La prova lapalissiana di quanto andiamo scorrendo la si ritrova a piene mani nei nostri repertori giurisprudenziali.

Basta analizzare una qualsiasi sentenza della Suprema Corte di legittimità sino a tempi recenti, per ritrovare, appunto nelle mani di giuristi (intendendo per tali ovviamente tutti gli artefici di tali dinamiche, cioè avvocati e magistrati), formati solidamente per categorie e schemi dogmatici, praticati e tradotti in concreto per esperienza lunga e raffinata, secondo carriere ancora rigorosamente ispirate all'effettivo scrutinio di merito sul campo, una preparazione professionale di tale spessore da consentire la soluzione di ogni questione secondo schemi consolidati e ragionevolmente prevedibili.

Se si mettono a confronto questi profili professionali, fatti evidenti dalle motivazioni dei provvedimenti, in genere estremamente accurate, con le ultimissime generazioni di giuristi che svolgono quelle stesse funzioni, attraverso l'analisi di qualsiasi sentenza, ci si avvede dell'enorme dilatazione della discrezionalità di applicazione concreta delle norme giuridiche positive.

In sostanza, si è prodotta, probabilmente nostro malgrado, una sorta di incomunicabilità tra le generazioni, emergendo sempre più la legge del caso concreto⁸, piuttosto che la norma generale verificata nella singola fattispecie secondo la dinamica della sua ricostruzione e prova in concreto, con “disagio” diffuso proprio del c.d. “consumatore dei servizi legali”.

Oggi difatti, più di ieri, anzi enormemente più di ieri, i risultati decisori in sede giurisdizionale non sono razionalmente prevedibili come in passato, affidati anche a repentini mutamenti ermeneutici⁹, con frequenti ribaltamenti tra un grado e l'altro, secondo percentuali statistiche significative; la sede giurisdizionale viene consequenzialmente percepita dal c.d. “consumatore” come una sorta di “torre di Babele” lontana, frutto di elaborazioni astruse, come estranea al sentire sociale autentico, di cui invece dovrebbe essere espressione; si affaccia peraltro in maniera sempre più evidente la rilevanza del pensiero personale del giudicante o della maggioranza che si forma nei collegi, ove la fonte normativa risulta riletta addirittura secondo opzioni ideologiche, anche di aperta contestazione del comando legislativo nel suo ontologico significato.

Questi pochi tratti descrittivi del più ampio contesto del sistema Giustizia attuale, di cui non può proprio sottacersi lo stato di profonda crisi¹⁰, appare opportuno tenerlo ben presente anche e proprio in proposito del tema delle specialità forensi, qui in commento.

Difatti, questa articolata e complessa realtà vede comunque portata ad ulteriore sviluppo concreto l'indicazione del legislatore tesa alla prospettiva di soddisfazione della preparazione professionale – da curare con costante impe-

⁸ Del quale è bene tener presenti anche i tratti ideologici, come incuranti dello squilibrio manifesto che si è prodotto tra i poteri dello Stato secondo l'impianto dato dal costituente, per l'estendersi di quello giudiziario; una elaborazione dottrinarla di questa impostazione si rinviene, tra altri, in P. GROSSI, *A proposito de “il diritto giurisprudenziale”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 1 ss.

⁹ Tra gli innumerevoli esempi recenti, può menzionarsi l'alterna vicenda afferente l'art. 5, comma 6°, l. div.: dopo circa un trentennio di inossidabile indirizzo, un nuovo approccio è stato espresso da Cass., Sez. I, 10 maggio 2017 n. 11504, in *Fam. dir.*, 2017, p. 636, con notazioni di E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, e di F. DANOVÌ, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*; innovazione che ha dato luogo alla composizione espressa da Cass., Sez. un., 11 luglio 2018 n. 18287, in *Fam. dir.*, 11/2018, numero monografico, *L'assegno di divorzio dopo la decisione delle Sezioni Unite tra continuità e cambiamento*, con notazioni di C.M. BIANCA - V. CARBONE - M. DOGLIOTTI - E. QUADRI - M. SESTA - G. SERVETTI - F. DANOVÌ - E. AL MUREDEN - A. FUSARO - C. RIMINI - P. PITTARO. Sia consentito rinviare anche a G. SAVI, *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 425.

¹⁰ Concetto d'altronde lucidamente espresso, invero con severe parole, anche nella relazione svolta all'inaugurazione dell'anno giudiziario del 16 gennaio 2021, dal primo presidente della Corte di Cassazione, P. CURZIO. Simile la preoccupazione che viene espressa, seppur sotto altra luce, da quanti descrivono un forte declino dei diritti; cfr., da ultimo, G. DI COSIMO, *La parabola dei diritti*, Torino 2020.

gno di approfondimento e studio – per specifici settori, che sembrano oramai allontanarsi gli uni dagli altri, anche all'interno delle tradizionali tre categorie, diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo, nei cui ambiti tradizionalmente molti limitavano e limitano l'attività, salvi i settori c.d. interdisciplinari¹¹.

Queste riflessioni, come già appare intuitivo, ci possono portare assai lontani, e persino ad un ripensamento globale della stessa laurea magistrale in giurisprudenza, probabilmente da riservare nel numero unicamente a coloro che, per evidenti inclinazioni, capacità e merito, sono destinati all'esercizio effettivo delle c.d. professioni legali, secondo piani di studio da rimodulare, probabilmente ritornando saggiamente all'antico, con solidi sbarramenti sui fondamentali del primo approccio sistematico allo studio, prima di poter passare alle materie che si dipartono e sviluppano.

I settori di specializzazione ed i percorsi formativi

Il Regolamento disegna tredici settori di specializzazione, diciamo principali, con decisivi riflessi sulla strutturazione dei corsi formativi. Per i primi tre, corrispondenti alle tradizionali "macroaree" del civile, del penale e dell'amministrativo, sono previsti sotto "indirizzi" di specializzazione, undici per il civile, sette per il penale e otto per l'amministrativo, risolvendo uno dei punti critici che erano stati severamente rilevati in sede giurisdizionale, in esito all'impugnativa della versione primigenia del d.m. Giustizia n. 144/2015.

Si è sopra già evidenziato il limite numerico alle specializzazioni conseguibili, sia attraverso i percorsi formativi *ad hoc* che attraverso l'alternativa della comprovata esperienza; questo limite apre a riflessioni razionalmente perplesse, non potendosi escludere in via di principio il ricorrere del merito "geniale", d'altronde neppure sconosciuto al nostro ordinamento positivo; si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi sancita nell'art. 106, comma 3°, della carta costituzionale, dell'avvocato chiamato all'ufficio di consigliere di cassazione per "meriti insigni"¹².

¹¹ Tra questi, secondo l'elenco contenuto all'art. 3, comma 1°, del d.m. Giustizia in commento, sembra spiccare vistosamente il "diritto della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni", che non a caso corrisponde alle sparute ipotesi di concreta istituzione delle Scuole di alta formazione specialistica forense, nell'immediatezza, sotto il regime transitorio, secondo la prima versione del d.m. Giustizia 12 agosto 2015 n. 144, oggi definitivamente integrato e modificato con il d.m. Giustizia 1° ottobre 2020 n. 163. L'esempio maggiormente emerso è quello promosso dall'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia, d'intesa con il Consiglio nazionale forense ed in convenzione con il dipartimento di giurisprudenza dell'Università Roma Tre, giunto addirittura al suo quarto biennio, come emerge dal bando e dal programma pubblicato su www.osservatoriodirittofamiglia.it.

¹² Da ultimo, in esito al bando (posti disponibili per gli anni 2015-2017), il Consiglio Superiore della Magistratura ha nominato otto consiglieri per meriti insigni (di cui tre professori universitari ordinari e cinque avvocati abilitati al patrocinio presso le corti superiori); il numero di domande proposte ammissibili alla valutazione di merito era risultato pari a quattro

Ma non sarebbe neppure l'unica perplessità: diciamo che qualche specialità sembra disarmonica (ad esempio il diritto dell'Unione Europea, che in realtà al pari ad esempio del diritto costituzionale, dovrebbe ritenersi comune a tutto lo scibile giuridico, essendo sotteso in primo luogo quale fonte normativa, mentre non sembrano potersi profilare spazi di autonomia sul versante dell'esercizio professionale dedicato, tanto più che anche l'eventuale elemento delle Corti adite non è elemento che rileva come settore di specializzazione), mentre forse altri settori mancano all'appello (tra altre, viene dato di pensare alle nuove competenze richieste sul versante delle varie forme di mediazione, conciliazione e negoziazione assistita¹³, oppure alle materie rientranti nella giurisdizione dei Tribunali militari, di alcune particolarissime materie di competenza del Giudice amministrativo o dei Tribunali delle Acque Pubbliche, seppur queste ultime trovino una probabile ragione nel trascurabile peso numerico dei professionisti dedicati).

Tutto è ovviamente perfezionabile, e lo stesso Regolamento mostra esatta consapevolezza di tanto, nel momento in cui all'art. 4 risulta formulata opportuna riserva di aggiornamento e modificazione dell'elenco (mettendo al riparo il Regolamento da eventuali impugnazioni per ciò solo), seguendo ovviamente la stessa procedura di formazione normativa prefigurata dall'art. 1, comma 3°, l. 31 dicembre 2012 n. 247.

In realtà l'elenco delle specializzazioni sembra discostarsi notevolmente dal riscontro riflesso attraverso il panorama delle associazioni tra avvocati accomunati dalla dedizione ad un certo settore; come poi si vedrà *infra*, molti dei settori individuati non hanno mai visto una spontanea formazione associativa tra professionisti accomunati dall'esigenza di condividere argomenti e temi tipici di quegli ambiti di attività, o soltanto di essi. D'altronde, l'elenco ufficiale delle Associazioni forensi specialistiche maggiormente rappresentative sul territorio nazionale, il cui riconoscimento da parte del Consiglio nazionale forense viene rigorosamente revisionato ogni tre anni, è elemento di riscontro obiettivo, vedendo all'appello soltanto i settori specialistici tipici più diffusi (oltre alle tre macroaree, particolarmente significativi sono ad esempio i campi della famiglia, del lavoro, del tributario, etc.), statisticamente riscontrabili in connessione al numero degli affari che si presentano sia in sede giudiziale che stragiudiziale.

per i primi ed a quarantanove per i secondi, ma tra questi ultimi quindici profili professionali sono risultati rivestire compiutamente gli eccezionali requisiti richiesti dalla norma costituzionale, superando il vaglio istruttorio di idonea conformità al requisito del "merito insigne" (cfr. l'atto deliberativo, che comprende il documento istruttorio, sul sito del CSM, www.csm.it, assunto all'unanimità, nella seduta della terza commissione, sull'O.d.G. del 5 ottobre 2017, n. 281, pp. 71 ss.).

¹³ Evidentemente non ritenute per ciò solo caratterizzanti una distinta specializzazione, rispetto ai settori di elezione individuati, ove possono essere praticate (in genere e prevalentemente nell'ambito civilistico e sotto più profili), al pari del potenziale criterio di competenza delle Corti.

L'elemento che desta una certa preoccupazione è costituito dal fatto che un elenco così nutrito – trentanove diverse specialità –, non solo non colga nel segno di quanto ricercano realmente gli avvocati per sé stessi, ma possa comportare il rischio di una eccessiva frammentazione, ponendoci di fronte all'interrogativo se risulti davvero positivo un profilo professionale di "micro-specializzazione".

Ma anche alcune materie sono state volutamente distinte su una "linea di confine" che nel concreto vivente non esiste; un esempio su tutti: il "diritto successorio" (dizione non esattamente condivisibile), quale sottosettore del civile, distinto dal "diritto della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni", non risponde ad una qualche realtà di esercizio professionale tipico e neppure a razionalità; l'avvocato che è dedito a tali materie tratta senz'altro entrambi i settori, siccome intrinsecamente connessi e reciprocamente interdipendenti.

Tra altre perplessità, anche il sistema dei percorsi formativi delineato appare in qualche modo non esente da alcuni rilievi; tutte le trentanove specialità sono accomunate dallo stesso impegno di studio ed approfondimento, quando appare evidente che tra un settore e l'altro corrono differenziazioni tali da far emergere il fattore tempo o inadeguato, o sovrabbondante; si pensi ai settori interdisciplinari (quale è emblematico il "diritto della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni"), ove l'affinamento delle capacità professionali interseca praticamente con tutti i settori; mentre al contrario alcuni settori od indirizzi si riferiscono ad attività di autentica "nicchia".

Altra singolarità riguarda gli indirizzi sottostanti alle tre macroaree civile, penale e amministrativo; ebbene, in questi indirizzi del settore (che si possono conseguire sino al massimo di tre) il percorso formativo specialistico prevede un primo anno dedicato alla "parte generale", evidentemente comune a tutti gli indirizzi; la specialità vera e propria si concentrerebbe perciò soltanto nel secondo anno; questa indicazione del Regolamento in commento lascia davvero perplessi se solo si considera che possono iscriversi ai corsi solo Avvocati già abilitati, i quali si presume, per ontologica evidenza, possiedano la parte generale di quelle tre fondamentali diramazioni del nostro ordinamento positivo, non foss'altro che per il lungo ed articolato studio magistrale alle spalle ed il superamento dello stesso esame di Stato abilitativo.

Differenze con i titoli di specializzazione "accademici" conseguiti dai dottori in giurisprudenza. La specializzazione dei magistrati

Proseguendo il nostro percorso analitico, i fugaci cenni appena ripercorsi, mettono in luce intanto l'occasione persa dal legislatore, che non ha ritenuto, come risulta invece necessario e comunque estremamente opportuno, coordinare le specializzazioni forensi con quelle accademiche, e neppure di coordinare l'esigenza di formazione specialistica dell'avvocatura con la pari esigenza di formazione specialistica dei magistrati; questi ultimi difatti, dopo l'assunzione della

funzione, vedono solo percorsi formativi occasionali, nel senso di formazione dedicata ai più disparati argomenti cui gli organi giudicanti e quelli requirenti vengono periodicamente ammessi a frequentare presso la Scuola superiore della magistratura nella sua nota collocazione in Scandicci di Firenze.

L'ordinamento universitario, limitando la nostra attenzione alla laurea magistrale in giurisprudenza, presenta Scuole specialistiche *post-laurea*¹⁴, *Master* di secondo livello e dottorati di ricerca.

Si tratta di titoli accademici interamente normati nell'ambito dell'istruzione universitaria e della ricerca scientifica, in genere essenziali per la carriera accademica, comunque rilevanti quali titoli anche nelle carriere più elevate dell'amministrazione pubblica ovvero quali titoli del *curriculum* personale di quanti operano nei più disparati settori di rilevanza nell'ambito giuridico; tra questi titoli è infine da segnalare la recente peculiare istituzione delle Scuole di specializzazione per le professioni legali, specificamente dedicate alla preparazione dell'esame di abilitazione alla professione di avvocato, all'esame del concorso per l'accesso alla magistratura ed all'esame per il concorso notarile, seppur tale limitatissima finalità – comportante unicamente un accesso privilegiato alle prove d'esame od un minor periodo di praticantato –, ne segna di tutta evidenza il livello istituzionale di primissimo approccio pratico assai lontano da quello di cui qui si discute; importante però il segno di una condivisione sin dal momento formativo delle principali professionalità giuridiche.

Risulta però già ad un tale così sommario approccio riepilogativo, come tutti questi ambiti abbiano una comunanza ontologica, accentuando sì ognuno un aspetto od una specifica esigenza formativa, ma su basi obiettivamente accomunate.

Quel che ai nostri fini rileva (trascurando in questa sede la posizione degli avvocati al contempo professori universitari di ruolo risolta dallo stesso art. 9, comma 8°, l. 31 dicembre 2012 n. 247) è il fatto che anche la norma regolamentare in commento esprime la precisazione secondo cui, l'avvocato che abbia conseguito anche tali titoli accademici, può legittimamente farne uso, ma senza che nell'Albo possa prevedersi una sezione ad essi dedicata.

Una volta ammesso il legittimo utilizzo anche di tali titoli la maggiore differenza di condizione pubblica risiede nel sistema di diffusione del dato qualitativo del singolo, che non può contare sull'ufficializzazione desumibile dall'Albo istituzionale, ma solo su canali pubblicitari diciamo "privatistici".

Resta sullo sfondo una questione che solo la concreta realtà rivelerà nei suoi esatti termini, diciamo, semplificando rozzamente, "mercantili".

¹⁴ A titolo esemplificativo, tra altre, risultano particolarmente significative le esperienze della Scuola di specializzazione in diritto civile, istituita presso l'Università di Camerino (durata triennale), quella della Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica, istituita presso l'Università di Bologna (durata biennale), e quella della Scuola di specializzazione in diritto penale e criminologia, già istituita presso l'Università La Sapienza di Roma (durata biennale), oggi cessata.

Nonostante i peculiari tratti del ruolo professionale sopra delineati, ogni singolo avvocato, come in ogni attività umana che comporta impegno di energie ed una organizzazione stabile, giocoforza risponde anche al criterio dell'utile risultato economico, non foss'altro che per effetto del generale canone di auto-responsabilità di ognuno per sé stesso.

Il dato diciamo dubbioso è riflesso dal contesto sociale in cui il singolo avvocato si trova ad operare nel concreto, o meglio sarebbe a dire, nella realtà sociale di cui è egli stesso espressione; optare o meno per il conseguimento di un titolo specialistico indubbiamente comporta segnare in qualche modo il proprio profilo professionale pubblico, anche solo ad indicarne blandamente questa o quella sensibilità per un settore piuttosto che per un altro; ovviamente, ove venga ufficializzato con la richiesta di inserimento nell'apposita sezione dell'Albo circondariale di iscrizione, opzione certamente non obbligata.

Da tanto però possono conseguire ricadute economiche, secondo il noto e basilare principio della domanda di questa prestazione forense, piuttosto che di quella.

Con ciò si vuol evidenziare che il singolo avvocato potrebbe avere precipuo interesse ad approfondire la propria capacità professionale in un determinato settore ma non avere interesse a renderlo noto, onde mantenere anche una capacità operativa diciamo, ancora con rozza sommarizzazione, "generalista", per non chiudersi alla possibilità di svolgere prestazioni routinarie di bassa o media difficoltà, ovvero comunque di poter utilmente operare secondo evenienze, accettando anche incarichi su più versanti del sapere giuridico, magari ad alta redditività, pur sempre fermi i doveri deontologici, tra cui quello di adeguata competenza rispetto all'incarico accettato.

Qui saranno i dati statistici e reddituali della categoria¹⁵ a disvelare, in prosieguo di tempo, l'effettivo impatto di questa riforma, una volta entrata a regime.

Certo un esempio su tutti rende evidente la questione: in una piccola realtà locale, magari con spiccata vocazione in un certo settore imprenditoriale o pubblico, la condizione economica del singolo avvocato è ben diversa da quella di chi opera in un contesto metropolitano!

Il miglioramento della condizione economica del singolo avvocato, perseguito attraverso l'approfondimento della propria capacità professionale, non risponde certo ad automatismi, tanto meno possono profilarsi più o meno scontati.

Tutto ciò poi accomuna il ceto forense alla struttura giudiziaria.

¹⁵ Come noto è la Cassa nazionale di previdenza forense che meglio analizza ciclicamente l'andamento dei risvolti economici dell'avvocatura, distinguendo minuziosamente la condizione di questo o quel segmento professionale, per l'evidente riflesso costituito dall'obbligo previdenziale, con risultati invero fortemente disomogenei, per aree, per età, per genere, ecc.; dati rinvenibili annualmente sulla Rivista *La Cassa Forense*, come sul sito istituzionale www.cassaforense.it.

La specialità del sapere non può difatti che riguardare tutti gli artefici delle dinamiche di tutela dei diritti e degli interessi.

In realtà l'apparato organizzativo dell'Amministrazione giudiziaria vede già partizioni tendenzialmente specialistiche: basti riflettere sulla suddivisione in sezioni (civili e penali, con ulteriore suddivisione tra loro per materie, lavoro e tributaria) della Corte di Cassazione, ovvero sulla distinta giurisdizione amministrativa (anch'essa "sezionalizzata") e contabile, per avvedersene con tutta evidenza; simile partizione specialistica ricorrere presso le Corti di merito di maggiori dimensioni, che rispondono giocoforza al dato numerico degli affari annuali che risultano iscritti nei ruoli.

Da considerare peraltro che anche nei Tribunali di modeste dimensioni sono tabellati magistrati con funzione specifica (lavoro e previdenziale, fallimentare, su tutti), oltre alla suddivisione tra il civile ed il penale.

Il problema più grave si presenta per l'ampiezza di queste due macroaree, all'interno delle quali sono peraltro già strutturate peculiari competenze (si pensi alla sezione agraria od alla funzione G.I.P./G.U.P.).

Il Consiglio Superiore della Magistratura, ben consapevole della problematica di sistema, non ha mancato di richiamare i capi degli uffici ad averne riguardo, privilegiando una tendenziale specializzazione nel momento della formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari¹⁶.

Come si vede dalla riforma in direzione specialistica dell'avvocatura non può non seguire univocamente la conforme strutturazione degli organi giudiziari locali di primo grado, ivi compreso il giudice di pace.

Questo tema evoca una chiara esigenza di riforma anche delle dimensioni circondariali dei tribunali, in modo che si possa rinvenire su tutto il territorio nazionale una omogenea struttura tendenzialmente "specialistica", o se si vuole non "generalista" nel senso sostanzialmente esasperante sinora emerso in molte sedi, di dimensioni eccessivamente ridotte; risulta così davvero necessario che ogni tribunale possa contare almeno su una duplice sezione civile ed una duplice sezione penale, oltre a tutte le altre funzioni già tabellate *ad hoc*, cui si auspica venga presto aggiunta la c.d. sezione famiglia sopra menzionata.

Si è suggerito ancora da parte del Consiglio Superiore della Magistratura, che l'efficienza minima di un tribunale non possa prescindere dall'assegnazione di un numero minimo di magistrati, individuato in 21/22 unità, che la

¹⁶ Emblematico su tale versante il postulato da cui muove, solo per limitarci ad uno degli esempi di maggior pregnanza, la Circolare 25 gennaio 2017 sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il triennio 2017/2019, in www.csm.it, relativamente all'assetto della giustizia familiare e minorile da attuarsi all'insegna della specializzazione; peraltro, in tale direzione, involgente una delle specializzazioni a più alto tasso di complessità ed interdisciplinarietà, stanno anche importanti progetti legislativi all'esame del Parlamento, sull'istituzione del c.d. tribunale della famiglia, riforma che non ha ancora raggiunto il giusto approdo, nonostante l'evidenza oramai segnalata unanimemente.

prospettata sezione famiglia dovrebbe portare a 25 unità; è su questa dimensione che dovrebbe stagliarsi una ridisegnata mappa territoriale che, uscendo finalmente dai retaggi medioevali possa ragionevolmente rispondere al criterio guida dell'efficienza secondo il "grido di dolore" che da tempo sale da tutto il Paese, approdando peraltro a massive istanze di condanna dello Stato per negata giustizia, o per le troppe "ingiustizie" acclamate.

L'autonomo percorso del riconoscimento della specializzazione forense per titoli

L'art. 8 del Regolamento in commento, disegna un percorso alternativo per l'avvocato già in condizione di "comprovata esperienza", fatta evidente dagli affari trattati nella materia (senza tener conto di quelli ripetitivi e tenendo invece conto di quelli di maggior pregnanza), su arco temporale corrispondente all'ultimo lustro, nonché di ogni altro titolo che militi nella medesima direzione.

Il possibile riconoscimento di questa autonoma valenza soggettiva appare non solo opportuna ma estremamente significativa; qui non è il positivo esito di un percorso formativo apposito, ma il risultato conseguito sul campo, in conformità peraltro alla concreta evidenza di figure professionali di indubbio valore che raggiungono traguardi unanimemente riconosciuti; queste professionalità non potevano trascurarsi sino al punto di farle in buona sostanza come regredire "sui banchi di scuola", quando la maestria emerge già acquisita compiutamente.

La verifica di una tale condizione è affidata ad una Commissione costituita presso il Consiglio nazionale forense, composta anche qui da insigni componenti individuati prevalentemente dal Ministero della Giustizia (art. 6, comma 4°); in verità la Commissione sarà composta unicamente da avvocati (in numero prevalente) e professori universitari di massima qualificazione. Qualche sorpresa ricorre per il fatto che, a differenza delle Commissioni di esame intermedio e finale per l'utile conclusione dei percorsi formativi nelle Scuole di specialità (art. 7, commi 8° e 13°), non è previsto alcun componente con la qualifica di "magistrato", nonostante il criterio diciamo "polifonico" risultasse sotteso all'intero sistema¹⁷, già con la formazione del corpo docente, con significato di evidente opportunità scientifica e di utile estensione dell'esperienza in tutti i ruoli.

Come sopra cennato, peraltro, una riforma organica ed armonica del sistema specialistico, che si auspica in un futuro non lontano accomuni realmente le Università e le Accademie in genere, come gli altri artefici della ricerca ed il Foro, inteso quest'ultimo come comprensivo delle sue immancabili figure di spicco, non potrà che veder "travasati" i saperi proprio ed anche tra avvocati e magistrati; ed il rilievo non potrà che valere in reciproco tra queste tre componenti.

¹⁷ V. l'art. 7, comma 12°, lett. b).

L'atto normativo in commento sul punto sembra andare in una direzione parzialmente diversa; sfugge il senso di questa apparente contraddizione, che peraltro il Ministero della Giustizia può nei fatti sanare, individuando nelle nomine di prevalente propria competenza almeno un componente magistrato tra i non pochi impegnati anche come docenti nei vari percorsi formativi di tale livello.

Merita di essere evidenziato il peculiare accertamento della comprovata esperienza in parola, affidato ad un "colloquio" – ineludibile, come ha cura di precisare il tenore normativo – avanti alla Commissione appena menzionata, nel corso del quale non si procede all'esame obiettivo dell'astratto scibile acquisito dal singolo che domanda un tale riconoscimento, bensì alla "discussione" dei titoli presentati; o meglio, così pare di poter desumere, l'accertamento dell'adeguatezza dell'esperienza maturata nel corso dell'attività professionale e formativa, viene veicolata dalla discussione sui titoli presentati.

Se ben si riflette, non si tratta di una novità, costituendo un metodo già emerso nel nostro ordinamento positivo, a partire dalla discussione della tesi di laurea, sino al conferimento delle cattedre, menzionando anche il ricordo diciamo "mitico" della libera docenza universitaria.

Come appare indubbio i titoli devono riferirsi sia alla concreta attività professionale posta in essere in una casistica numericamente rilevante o comunque di incisivo spessore, che alla formazione conseguita; non risulterà allora evenienza eccezionale la sussistenza di incarichi di docenza, di relazione in seminari e convegni, di lezioni, di pubblicazioni scientifiche, come il conseguimento di attestati conclusivi di corsi formativi, tra i quali spiccano proprio quelli rilasciati dalle Scuole di specialità forense istituite sotto il vigore dell'originario d.m. Giustizia n. 144/2015, che hanno operato in regime transitorio, oggi pienamente recuperabili ai sensi dell'art. 14, esattamente in conformità ai cinque anni precedenti all'emanazione del Regolamento in commento.

Comunque, questo percorso alternativo della "comprovata esperienza" presenta delicate questioni.

L'avvocato che domanderà tale riconoscimento deve risultare iscritto all'Albo circondariale ed aver esercitato ininterrottamente l'attività professionale per un tempo pari ad almeno otto anni, dei quali gli ultimi cinque, «in modo assiduo, prevalente e continuativo in uno dei settori di specializzazione» enucleati dal Regolamento (art. 8, comma 1°, lettera b).

Nella dizione della norma non sembra rinvenirsi alcuna contraddizione, poiché non rileva soltanto l'esperienza specialistica in sé e per sé, per un periodo di almeno cinque anni, ma anche un più ampio arco temporale che contribuisce obiettivamente a configurare la stessa nozione di "esperienza", in termini persino di ovvietà (la norma si cura di precisare che deve sussistere congiuntamente il doppio requisito), tanto più che assume un peso di straordinaria rilevanza anche il profilo della rettitudine deontologica, come vedremo *infra*.

L'opzione normativa appare comunque obiettivamente in linea con la norma primaria e con il canone della ragionevolezza; non va trascurato poi che

l'art. 22, della l. 31 dicembre 2012 n. 247, per il conseguimento dell'abilitazione al patrocinio innanzi alle Corti Superiori, si orienta in termini assimilabili se non sovrapponibili.

Il Regolamento non si preoccupa di profili professionali di avvocati magari più giovani, in equivoca posizione marginale (che il "mercato" sta purtroppo evidenziando, soprattutto nei centri metropolitani), in rapporto di sostanziale dipendenza nei fatti da un avvocato o da più avvocati organizzati in studi di grandi dimensioni od addirittura strutturati in associazione o società professionali, che operano senza la spendita del proprio nome ed in genere senza neppure un qualche contatto con la parte che conferisce il mandato. L'intero sistema appare però chiaramente disegnato sul profilo individuale di ogni avvocato, persino nelle forme societarie, ragione per cui se l'attività esercitata non comporta la spendita del nome, ma si sostanzia come un'attività collaborativa nei soli fatti, trattasi di "esperienza" talmente anomala (di chi sarebbe in realtà l'esperienza del collaboratore sostanzialmente "subordinato" o del suo committente che ne assume la paternità?) e di ardua verifica affidabile, scissa da ogni criterio di responsabilità e rispondente ad opzioni prettamente soggettive (perciò autoresponsabili), che non può avere rilevanza, tanto meno ai peculiari fini qui in commento; ciò non toglie che resta aperta la strada del conseguimento del titolo attraverso i detti corsi formativi e comunque il rientro nel ruolo dell'esercizio personale diretto dell'attività, quale unica forma ammessa dall'ordinamento, che regola il rapporto di prestazione professionale forense (anche nell'accezione derogatoria dello svolgimento della funzione quale dipendente da Enti pubblici).

Nella norma si rinviene la dizione «incarichi professionali fiduciari rilevanti per quantità e qualità...», risultanti da «documentazione giudiziale o stragiudiziale»; anche qui non sembra rinvenirsi particolare antinomia o una ipotetica discriminazione nella qualificazione "fiduciaria"; prescindendo dal possibile distinguo per il fatto che la norma si riferisce anche ad eventuale attività stragiudiziale, in ogni caso anch'essa da documentare, questa espressione sembra a prima vista richiamare la caratteristica saliente che di norma connota il rapporto che corre tra chi conferisce l'incarico e l'avvocato, come noto retto sul presupposto di reciproca fiducia¹⁸; in questo senso quell'espressione risulterebbe persino ridondante; il suo significato appare allora chiaro in diversa direzione, volendo significare che deve trattarsi di incarichi conferiti dalla parte rappresentata e non per nomina officiosa o secondo criteri di assolvimento ad un *munus* di categoria (quale ad esempio svolgere il ruolo di tutore o di curatore speciale, ovvero quello di difensore per incarico officioso).

¹⁸ Cfr., in primo luogo, l'art. 11 del Codice deontologico forense. Utile poi riflettere sulla nomina del difensore nel processo penale, che distingue quella di fiducia da quella officiosa (artt. 96 e 97 c.p.p.); mentre il patrocinio e l'assistenza nel processo civile di norma è espressione di affidamento della parte, risultando del tutto residuali le ipotesi di investimento del ruolo da parte dell'Ufficio. D'uopo precisare che la natura fiduciaria non è esclusa dall'ammissione al beneficio dell'onere del patrocinio a carico dell'Erario.

Prosegue la norma, qualificando numericamente su base annua gli incarichi (almeno dieci), ammonendo però che non rileva la trattazione di «affari che hanno ad oggetto medesime questioni giuridiche e necessitano di un'analoga attività difensiva».

Al secondo comma, si indirizza la Commissione di valutazione¹⁹ alla verifica intanto della “congruenza” dei titoli presentati e degli incarichi documentati con il settore di specialità per il quale si domanda il riconoscimento del titolo, e poi, evidentemente in loro difetto, a valutare se possa derogarsi al numero minimo di incarichi, qualitativamente diversificati, in virtù della loro «natura e della particolare rilevanza... e delle specifiche caratteristiche del settore e dell'indirizzo di specializzazione».

Come si vede sussiste importante discrezionalità, in ragione del fatto che gli incarichi possono risultare della più varia natura ed impegno.

Quel che appare dirimente è il fatto che la positiva valutazione dell'esperienza deve comunque rinvenirsi in un'effettiva esperienza rispetto alla materia racchiusa nel settore o nell'indirizzo specialistico in cui sono stati suddivisi i principali settori (civile, penale, amministrativo); questa estensione però può emergere con chiarezza anche attraverso lo svolgimento di peculiari attività mostrate dal candidato, che non rispondono sufficientemente al *cliché* numerico, variabile nel contenuto e nel tipo di attività che ha richiesto, come la norma detta d'ordinario.

Potendo la medesima valutazione fondarsi validamente anche a prescindere dai rigidi parametri appena evidenziati, assume un peso la motivazione dell'eventuale deroga che la Commissione è chiamata ad esprimere; con ciò si vuol dire che l'istanza avanzata dal candidato, il quale reputi di poter invocare legittimamente quella deroga, fondandola sulla documentazione di incarichi particolarmente incisivi o significativi, dovrà risultare adeguatamente motivata anche ove si concluda per la sua reiezione, seppur agevolata dall'impianto già insufficiente numericamente secondo il normale quadro di elementi valutativi richiesti.

Trattasi di discrezionalità di grande rilievo.

Questo tratto induce anche a riflettere sulla particolare responsabilità della Commissione di valutazione, che può trovarsi a dare un responso rispetto a profili professionali di lungo corso che potrebbero (e l'ipotesi non sembra neppure prospettabile come evenienza rara) impersonare un bagaglio culturale e di capacità professionali superiori a quelle personali dei singoli componenti la Commissione.

Con il che emerge l'estrema delicatezza del sistema disegnato e l'autoresponsabilità cui sono chiamati gli organi preposti.

Si vuol dire che il Consiglio nazionale forense, come i Consigli dell'ordine circondariale, rispondono ad un sistema di nomina che ne comporta la selezione secondo regola elettiva (peraltro con vincolo ad un ricambio della rappre-

¹⁹ Costituita come visto secondo il disposto dell'art. 6, comma 4°.

sentanza veloce nel tempo), mentre è in pratica solo casuale la coincidente ricorrenza anche dell'elemento di eccellenza qualitativa del singolo professionista che risulta eletto, seppur ovviamente in sede nazionale sono sempre emersi profili autorevoli; oggi, il sistema risulta fortemente squilibrato nei numeri tra le generazioni, per effetto del massivo incremento degli iscritti all'Albo registrato negli ultimi anni, con conseguente peso elettorale incontrastato proprio dei "meno esperti", soprattutto nella formazione dei Consigli territoriali.

Questo fenomeno è già emerso nell'operato delle commissioni d'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense, troppe volte smentite nel loro operato e nei giudizi di merito, da parte della competente autorità giurisdizionale amministrativa, a volte secondo rilievi persino imbarazzanti già sul piano della mera legittimità.

Con la valutazione in commento potrebbe persino accadere che un candidato al titolo di specialista per comprovata esperienza, vieppiù se di lunga e consolidata esperienza, possa risultare valutato in concreto persino del proprio *ex* tirocinante, divenuto nel frattempo avvocato o professore universitario, rispetto al quale è stato invero Maestro; è pur vero che antica massima di saggezza ci ricorda che il buon Maestro viene sempre superato dall'allievo, ma l'esempio non può non far riflettere adeguatamente, senza ipocrisie; neppure di senso opposto però: il candidato non può trascurare di considerare come ogni profilo professionale è opportunamente soggetto a valutazioni periodiche anche stringenti (si pensi ai criteri adottati per i professori universitari di ruolo, persino ove già ordinari, od alle valutazioni progressive dei magistrati).

Si dirà è la casuale fisiologia di ogni "esame", ma lo stesso esempio induce l'interprete anche ad una particolare prudenza, attenzione e senso di responsabilità istituzionale, già a monte, con la formazione delle rose dei possibili commissari, che debbono perciò risultare personalità di indubbia autorevolezza.

Ciò è tanto vero che nel Regolamento si rinviene una singolare norma, secondo cui, dopo la discussione dei titoli proposti e prima della comunicazione dell'eventuale giudizio negativo, l'interessato deve essere nuovamente "sentito".

Difatti, l'art. 6, comma 5°, così testualmente si esprime: «Il Consiglio nazionale forense non può rigettare la domanda senza prima aver sentito l'istante».

Appare indubbio che questo atto si colloca in un momento successivo al "colloquio" regolato nel comma precedente ed al giudizio negativo espresso dalla Commissione di valutazione.

Volendo darne una interpretazione che faccia coincidere il colloquio con questo obbligo di sentire il candidato prima di rigettarne la domanda, emergerebbe anche una sciatteria normativa di tale manifesta gravità da escludere subito e radicalmente l'ipotesi ermeneutica in parola.

Qualche cenno sul funzionamento delle Scuole di specializzazione forense

Secondo l'art. 7, comma 3°, il Consiglio nazionale forense o il Consiglio dell'ordine circondariale organizzano i corsi formativi di specialità stipulando conven-

zioni con le articolazioni universitarie di giurisprudenza; queste convenzioni prevedono una struttura organizzativa composta di un Comitato scientifico (sei membri di cui tre di nomina universitaria), e di un Comitato di gestione composto invece di cinque membri di cui uno con funzioni di direttore e coordinatore.

Invero, il Consiglio nazionale può anche convenzionarsi d'intesa con le Associazioni specialistiche forensi maggiormente rappresentative, riconosciute come tali ai sensi dell'art. 35, comma 1°, lettera s), l. 31 dicembre 2012 n. 247²⁰.

Si rimarca l'evidente significato di quel "può" agire d'intesa, espresso nell'art. 7, comma 3°, secondo capoverso, del Regolamento.

Questo snodo merita particolare attenzione almeno sotto tre profili:

- nella norma di legge primaria delegante (art. 9, l. n. 247/2012) non si fa menzione di tali associazioni forensi; tuttavia, non appare prospettabile un potenziale vizio per eccesso di delega, nel momento in cui queste strutture associative spontaneamente costituite tra avvocati accomunati dall'interesse precipuo in un determinato specifico settore di attività professionale, sono razionali articolazioni dello stesso ceto professionale siccome sostanzialmente governate dal suo organo di vertice, il Consiglio nazionale stesso, secondo severi requisiti e vincoli che ne condizionano l'attività (pur fondata sulla libera adesione del singolo), attraverso una complessa procedura di riconoscimento, sul versante numerico e di diffusione dell'attività sul territorio nazionale, sulle garanzie interne di funzionamento democratico ispirato a sostanziale gratuità e sulla qualità proprio dell'offerta formativa, con periodica verifica della persistente ricorrenza dei requisiti che ne legittimano il riconoscimento a livello nazionale; in concreto, l'attuale panorama vede l'emergere di attività associative di particolare valore anche sul versante scientifico con contributi di tutto rilievo, con pubblicazioni, riviste, siti di aggiornamento costante, divenuti veri e propri centri di riferimento degli avvocati nell'elaborazione culturale del settore di competenza in cui operano, con diffusione più o meno capillare su tutto il territorio nazionale, l'organizzazione di eventi formativi periodici e l'istituzione di vere e proprie Scuole formative interne strutturate già in tempi risalenti rispetto alla riforma in parola²¹;

²⁰ L'art. 35 detta i compiti istituzionali del Consiglio nazionale forense e sul punto così dispone:

«S) istituisce e disciplina con apposito regolamento l'elenco delle associazioni specialistiche maggiormente rappresentative, nel rispetto della diffusione territoriale, dell'ordinamento democratico delle stesse nonché dell'offerta formativa sulla materia di competenza, assicurandone la gratuità».

²¹ L'esempio dell'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia ne costituisce oggi evidente archetipo, solo considerando: il numero dei soci avvocati, superiore a 2.500; la sua capillare diffusione in tutti i distretti giudiziari, su ben 94 circondari di tribunale; la presenza risalente di una Scuola interna, la cui attività è proseguita in regime transitorio secondo la normativa in commento per tre bienni – pari ad oltre 240 ore complessive ognuno –, utilmente frequen-

- la norma si riferisce unicamente alle associazioni "specialistiche" e non alle c.d. "generaliste" che svolgono attività associativa di più vasto respiro su ogni questione di interesse del ceto forense, ivi compresi i risvolti sostanzialmente assimilabili alle istanze "sindacali" della categoria, non delimitato ad uno specifico settore di competenza professionale, che è invece l'oggetto specifico statutario delle associazioni specialistiche;
- mentre per il Consiglio nazionale forense convenzionarsi anche con una associazione specialistica è mera facoltà, tanto più che si è dotato da tempo della Scuola superiore dell'avvocatura, per i Consigli dell'ordine circondariale è imprescindibile, facendo emergere l'esigenza di chiamare a raccolta appropriate energie rispetto allo scopo, che in sede locale non sono ritenute scontate (la stessa presenza di strutture universitarie di giurisprudenza si rinviene solo in alcune città); tanto ciò è vero che nel regime transitorio regolato dall'originario d.m. Giustizia n. 144/2015, per la parte rimasta in vigore, non risulta essere stato organizzato ed avviato alcun corso di specialità forense dai Consigli territoriali; inoltre, già nelle sedi di formazione continua ordinaria degli avvocati, secondo l'obbligo fissato nell'art. 11, l. 31 dicembre 2012 n. 247, è emerso il ruolo predominante se non esclusivo dell'iniziativa delle stesse associazioni specialistiche, o comunque il loro contributo determinante.

Si potrebbe adombrare il dubbio secondo cui allora l'eventuale iniziativa dei Consigli dell'ordine territoriali, a differenza di quella del Consiglio nazionale forense, pur anche quest'ultimo di rilevanza pubblica, risulta come subordinato al consenso di una associazione di diritto privato.

L'assunto ipotizzato non sembra però condivisibile.

Il ruolo e la strutturazione delle associazioni specialistiche forensi maggiormente rappresentative sul territorio nazionale, risulta già ben presente e peculiarmente regolato dalla norma di legge primaria; difatti, l'art. 35, l. 31 dicembre 2012 n. 247, oltre alla lettera s), sopra evocata, presenta anche il più ampio disposto consultivo di cui alla lettera l), che consente di desumerne un preciso

tata ad oggi da oltre 400 avvocati, di cui il terzo biennio non ancora concluso all'entrata in vigore del Regolamento in commento; Scuola che ha chiamato a raccolta un corpo docente di centinaia di studiosi ed artefici delle concrete dinamiche nelle varie sedi di tutela, accogliendo il contributo e l'apporto di più sedi universitarie, mettendo a confronto praticamente tutte le scuole di pensiero, come le Corti di giustizia ed il Foro più qualificato; la pubblicazione di una Rivista trimestrale, *L'Osservatorio sul diritto di famiglia - Diritto e processo*, che ha ottenuto il riconoscimento del valore scientifico da parte dell'ANVUR; la gestione di un sito *internet*, www.osservatoriofamiglia.it e l'edizione di una *newsletter* settimanale, con *spot* di aggiornamento infrasettimanale, divenuti vero e proprio punto di riferimento nell'elaborazione e la catalogazione di repertoriazione del settore; la banca dati accumulatasi, particolarmente attenta anche alla giurisprudenza di merito ed alle prassi, non è di minor utilità rispetto ai migliori prodotti editoriali. Inoltre, l'elaborazione culturale vede da tempo una sinergica coesione integrativa con l'*European association for family and succession law*.

ruolo istituzionale che si eleva dal mero connotato privatistico al momento stesso che interviene il riconoscimento, sostanzialmente integrativo della stessa organizzazione del Consiglio nazionale forense.

Questa norma risulta del seguente tenore:

«... l) consulta le associazioni specialistiche di cui alla lettera s), al fine di rendere il parere di cui all'articolo 9, comma 1».

Il ruolo è quindi chiaramente “istituzionalizzato” a pieno titolo ed allo specifico fine specialistico, quale parte integrante del livello di vertice dell'avvocatura, e non a livello locale, ben diverso comunque dall'ipotizzata mera rilevanza privatistica²².

Semmai emerge una problematica del tutto opposta, che nei fatti conferma il convincimento in parola; rispetto alle trentanove specialità elencate nel Regolamento risulta già acclarato che molte non vedono la presenza sul territorio nazionale e con i requisiti che il Consiglio nazionale forense ha dettato, di alcuna associazione di avvocati dediti al settore od all'indirizzo.

Questo dato di realtà è stato tenuto ben presente dal Ministero che ha emanato il Regolamento, in quanto è il Consiglio nazionale forense che in questi settori od indirizzi deve attivarsi direttamente (disponendo peraltro della Scuola superiore dell'avvocatura), non essendo lo stesso organo di vertice neppure tenuto a convenzionarsi con le associazioni specialistiche ridette, tanto più ciò emerge ove non ne esistano.

Il ruolo sinergico del Comitato scientifico attiene peculiarmente alla programmazione ed alla individuazione delle docenze più appropriate sui singoli argomenti e temi del corso, che propone al Comitato di gestione.

V'è però un elemento caratterizzante l'attività del Comitato di gestione che appare particolarmente significativo, proprio a conferma della genuina ispirazione delle Scuole di specialità forense.

Il movente “culturale” si staglia ancora con limpidezza, animato unicamente dalla consapevolezza di indispensabile approfondimento e studio nei singoli settori; questa conclusione deriva dal fatto che l'intero costruito organizzativo si basa sulla regola secondo cui i costi organizzativi e gestori di tali attività non gravano in alcun modo sulle finanze pubbliche; difatti, la ripartizione dei costi da sostenere per l'organizzazione dei corsi, complessivamente intesi, gravano sugli stessi professionisti che ne beneficiano, senza possibilità di solo adombrare utilità o profitti per alcuno degli Enti convenzionati, mettendo in luce anche il profilo etico di più alto spessore e socialmente meritorio, cioè secondo stretta autoresponsabilità di categoria, diciamo senza secondi fini di sorta.

²² Il Consiglio nazionale forense ha approvato il Regolamento sulle associazioni specialistiche maggiormente rappresentative con atto in data 11 aprile 2013 n. 1, in conformità alla riforma dell'Ordinamento forense del 2012, mentre il Regolamento sulle associazioni forensi c.d. “generaliste” è stato approvato con atto in data 16 luglio 2014 n. 4, entrambi rinvenibili sul sito istituzionale www.consiglionazionaleforense.it.

Un elemento univocamente significativo merita poi di essere segnalato: i corsi oltre a svolgersi in presenza su una sede centrale, possono anche essere seguiti a distanza con modalità telematiche; in tal caso, il Comitato di gestione garantisce la presenza nella sede esterna di un *tutor*, anche per il rilevamento delle presenze in unica sede locale, e di un sistema audiovisivo che consenta ai discenti di interloquire con il docente in tempo reale. Ebbene, il costo di iscrizione per la frequenza deve risultare identico a quello sostenuto dai partecipanti nella sede del corso; questo elemento sta a significare che si è voluto opportunamente garantire una sede di riferimento centrale, ineliminabile per il buon esito dei corsi stessi, stante l'ovvia quanto necessaria interattività tra il corpo docente ed i discenti, che altrimenti verrebbe messa in pericolo da sistemi telematici a distanza, ove con tale modalità risultassero di costo inferiore; in ogni caso, il corso non può essere utilmente frequentato isolatamente dal singolo avvocato collegato in via telematica.

La revoca del titolo di avvocato "specialista"

Intanto giova segnalare come lo stesso ottenimento del titolo è inibito a coloro cui è stata comminata, nei tre anni precedenti la presentazione della domanda, una sanzione disciplinare definitiva diversa dall'avvertimento, conseguente ad un comportamento realizzato in violazione del dovere di competenza o di aggiornamento professionale; ed a coloro che nei due anni precedenti hanno subito la revoca del titolo di specialista anteriormente conseguito.

La revoca del titolo è regolata dall'art. 12. Vi provvede il Consiglio nazionale forense:

- nel caso di irrogazione di una sanzione disciplinare definitiva, diversa dall'avvertimento, conseguente ad un comportamento realizzato in violazione del dovere di competenza o di aggiornamento professionale;
- nel caso di mancato adempimento degli obblighi di formazione continua ovvero dell'obbligo di deposito nei termini della dichiarazione e della documentazione di cui all'articolo 9, comma 1° (adempimento degli obblighi di formazione specialistica a norma degli artt. 10 e 11, per la valida conservazione nel tempo del titolo).

Questo obbligo di costante formazione ed aggiornamento professionale di settore od indirizzo, per poter mantenere il titolo di "specialista" nel tempo, risulta particolarmente stringente ed impegnativo, seguendo peraltro il doppio binario descritto per il conseguimento del titolo; difatti, con scansione triennale deve ricorrere la partecipazione – che la norma qualifica "proficua e continuativa" – a scuole o corsi di alta formazione nello specifico settore di specializzazione pari ad un numero di crediti formativi non inferiore a settantacinque e, comunque, a venticinque per ciascun anno²³; ma anche dimostrando

²³ Non sembrano potersi proprio ipotizzare deroghe, quale prefigurate per l'obbligo di formazione continua ordinaria dell'avvocato, esonerato per ragioni di età, o in ragione della

di avere esercitato nel triennio di riferimento in modo assiduo, prevalente e continuativo attività del settore od indirizzo titolato, mediante la produzione di documentazione, giudiziale o stragiudiziale, comprovante incarichi professionali fiduciari rilevanti per quantità e qualità, almeno pari a dieci per anno (con riproposizione dello stesso criterio secondo cui non si tiene conto degli affari che hanno ad oggetto medesime questioni giuridiche e necessitano di un'analoga attività difensiva, come le eccezionali deroghe numeriche previste dall'articolo 8, comma 2°, sopra esaminate).

Inoltre, ed è questa l'ipotesi che desta peculiare attenzione, il Consiglio nazionale forense, di propria iniziativa o su segnalazione del Consiglio dell'ordine di appartenenza o di terzi – dizione che sembra doversi intendere come chiunque – può dar corso al procedimento per la revoca del titolo di avvocato specialista, nei casi di «grave e comprovata carenza delle specifiche competenze del settore di specializzazione», emersa in concreto.

In sostanza, è la prova sul campo che deve aver mostrato severa contraddizione del titolo posseduto²⁴, minandolo a tal punto da legittimarne la radicale sanzione revocatoria; si intravede in questa evenienza l'emergere di fattispecie di errore ed inadeguatezza nello svolgimento della prestazione professionale che evidenziano una oggettiva distanza rispetto alla media qualità che connota l'obbligazione di mezzi esigibile dall'avvocato "specialista" in quel settore od indirizzo di attività; nonostante l'accento cada sulla gravità e sulla prova evidente, pare allora ricorrere una certa sovrapposizione con le fattispecie di responsabilità per danni, dovendo l'attenzione scendere sull'elemento della diligenza professionale posta in discussione; come noto, il sinallagma nel contratto di prestazione professionale forense esige già d'ordinario perizia e diligenza qualificata, secondo la regola generale *ex art. 1176, comma 2°, c.c.*, il cui riferimento è alla media qualitativa propria della prestazione nell'ambito di competenza, e non può sfuggire pertanto l'aggravamento dell'impegno professionale derivante dalla particolare competenza "specialistica"; peraltro, si delinea meglio la legittimazione alla segnalazione (ad opera di terzi), evidenziando che in concreto sarà rivestita principalmente da chi abbia patito una prestazione specialistica così "viziata", seppur i portatori di interesse concreto possono risultare molteplici (si pensi, tra i possibili esempi, alle parti del rapporto attinto dall'attività espletata, intese come tali anche le c.d. parti in senso sostanziale,

funzione, o di particolari qualità, come elencate nell'art. 11, comma 2°, l. 31 dicembre 2012 n. 247.

²⁴ Sembra da potersi escludere che il titolo di specialità conseguito, mai fatto oggetto di spendita nel relativo elenco dell'Albo circondariale di iscrizione, possa essere revocato, non essendosi concretizzata la sua efficacia esterna, che si perfeziona con la pubblicazione, appunto su espressa richiesta dell'avvocato; cosicché, l'eventuale opzione rinunciataria nei fatti alla valenza esterna del titolo, trascina con sé la ragione motiva sottostante che ne legittima la revoca.

all'organo requirente nei casi in cui promuove l'azione o interviene, all'organo giudicante, sino all'intero possibile contesto connesso, quale potrebbe risultare la compagnia assicurativa garante la responsabilità civile dell'avvocato)²⁵.

Possiamo allora trarre la sintesi: alla dimostrazione delle migliori capacità professionali acquisite e del merito assoluto necessario per l'ottenimento del titolo di avvocato "specialista", non può che corrispondere la sua revoca ove l'attività prestata in concreto – nonostante il titolo riconosciuto – faccia emergere la sopravvenuta inadeguatezza.

Il procedimento di revoca, teso ad acclarare tale evidenza, prevede la garanzia per l'interessato di essere preventivamente sentito, quale forma procedimentale persino ovvia; il Consiglio qui è organo giudicante in virtù della particolare evidenza delle carenze emerse, altrimenti risultando irrazionale la differenza con il conferimento del titolo affidato a Commissioni particolarmente titolate nel settore o nell'indirizzo.

La revoca del titolo comporta la cancellazione dall'elenco dell'Albo di iscrizione.

La norma si conclude con la previsione secondo cui, fermo quanto previsto dall'articolo 6, comma 2, lettera c), la revoca del titolo non impedisce di conseguirlo nuovamente.

La spendita abusiva del titolo di avvocato "specialista"

A tenore degli artt. 10 della l. 31 dicembre 2012 n. 247, e 17 del Codice deontologico forense, la spendita di un titolo non rispondente a verità (oltre che a trasparente correttezza, inequivocità, e scevro da ingannevolezze o suggestioni, espressioni tutte ben chiare e atte ad impedire qualsivoglia arguzia comunicativa), integra illecito disciplinare; ci si interroga se questo illecito può intendersi specificamente rilevante ai fini del conseguimento, del mantenimento e della revoca del titolo: se si ha riguardo alla sostanza sottesa, appare ben più grave di quelli sopra enumerati.

Ad ogni modo, giova calare l'attenzione sul fatto che l'odierno art. 2 del Regolamento in commento, ha visto l'abrogazione dell'originario comma 3° («Commette illecito disciplinare l'avvocato che spende il titolo di specialista senza averlo conseguito»).

²⁵ Come noto, a tenore dell'art. 12, l. 31 dicembre 2012 n. 247, l'avvocato è soggetto all'obbligo di assicurare la propria responsabilità civile professionale (oltre che stipulare polizza sugli infortuni), secondo massimali minimi di copertura del rischio stabiliti ogni cinque anni dal Ministero della Giustizia, sentito il Consiglio nazionale forense, e la violazione rileva disciplinarmente; l'obbligo è rafforzato incisivamente dal dovere di renderlo noto sia all'Ordine di appartenenza come al cliente. Le riflessioni condotte in questo ambito costituiscono occasione di un rilievo che appare persino scontato; come sopra evidenziato, verso l'avvocato "specialista" la prestazione professionale esigibile presuppone una diligenza ed accuratezza media di settore certamente conforme, con il che il rischio assicurato si profila giocoforza di maggior incidenza, con conforme ricaduta di oneri.

Del tutto evidente che l'illecito non è privo di copertura normativa a fronte delle previsioni enumerate appena sopra.

Tuttavia, giova osservare la ragione motiva per cui si reputa condivisibile tale opzione dell'impianto regolamentare; difatti, risponde ad evidente razionalità normativa che tutti i possibili illeciti deontologici trovino previsione e disciplina nella sede appropriata e non sparsa confusamente nelle fonti di vario grado ed in ogni dove, cioè in via occasionale ed atomizzata.

Conclusioni e prospettive

Questa analisi del Regolamento consente di apprezzare nella giusta luce i suoi tratti positivi, nella prospettiva di categoria più nobile: elevare la conoscenza e con ciò la capacità e la consapevolezza dell'avvocato consona al ruolo, che non sono certo oscurate dalle difficoltà di concreta prima applicazione che ci attendono all'orizzonte.

Con lo sguardo rivolto al futuro, oltre a questa preoccupazione per un concreto impulso ispirato dal canone dell'efficienza, non v'è dubbio che la riuscita dei corsi, come l'accertamento della comprovata esperienza, sotto il profilo qualitativo, è ora nelle mani del Ministero della Giustizia, del Consiglio nazionale forense, delle strutture universitarie convenzionate e delle associazioni specialistiche nei singoli settori di attività. Il ruolo che si prospetta per i Consigli dell'ordine locali risente invece dell'evidente limitazione operativa in concreto svolta, seppur il potere di iniziativa appare integro ed auspicabile, quantomeno nelle realtà ove risulta concretamente praticabile.

Solo attraverso un approccio di sereno accertamento e rispetto del merito, effettivo e che regga poi alla verifica sul campo in favore di quanti domanderanno più alte prestazioni professionali, potrà realmente dirsi realizzata l'autentica specializzazione del singolo avvocato.

Come ben si comprende nulla può darsi per scontato!

Una riflessione su tutte: la prospettiva realizzata non sembra poter tollerare "indulgenze" o "paternalismi" di categoria.

La severità della regola secondo cui la prestazione professionale richiesta ad uno "specialista" in un dato settore vede rimodulato anche il livello qualitativo della normale diligenza esigibile nell'adempimento dell'obbligazione²⁶, in senso crescente, necessariamente evoca verifiche anche a valle l'effettiva capacità conforme al titolo conseguito; la casistica che emergerà in proposito sarà l'autentica cartina di tornasole sulla riuscita o meno della stessa idea di specializzazione e dei percorsi che consentono l'utilizzazione del titolo, il cui mantenimento nel tempo è allora esattamente normato in senso stringente (artt. 10, 11 e 12).

²⁶ Canone sul quale, come abbiamo visto, si adagia l'eventuale responsabilità per dannosa prestazione del patrocinio e dell'assistenza.

La concretezza delle aule di Giustizia costituirà allora la vera e propria prova che il sapere del singolo avvocato ha raggiunto effettivamente il segno di livello, come all'auspicio giunto sino ai nostri giorni da millenaria esperienza.

* * *

DECRETO MINISTERIALE 12 agosto 2015, n. 144 (1).

Regolamento recante disposizioni per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista, a norma dell'articolo 9 della legge 31 dicembre 2012, n. 247.

(1) Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 15 settembre 2015, n. 214.

IL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA

Visto l'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2012, n. 247;

Visto l'articolo 9, comma 1, della legge 31 dicembre 2012, n. 247;

Acquisito il parere del Consiglio nazionale forense, espresso il 22 luglio 2014;

Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 28 agosto 2014;

Acquisiti i pareri delle Commissioni parlamentari competenti;

Visto l'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400;

Vista la comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri effettuata con note del 2 aprile, del 4 maggio e del 22 luglio 2015;

ADOPTA

il seguente regolamento:

Titolo I

Disposizioni generali

Art. 1. Oggetto del regolamento

1. Il presente regolamento disciplina le modalità per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista.

Art. 2. Avvocato specialista

1. Ai fini del presente decreto è avvocato specialista l'avvocato che ha acquisito il titolo in uno dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3.

2. Il titolo di avvocato specialista è conferito dal Consiglio nazionale forense in ragione del percorso formativo previsto dall'articolo 7 o della comprovata esperienza professionale maturata dal singolo avvocato a norma dell'articolo 8.

[3. Commette illecito disciplinare l'avvocato che spende il titolo di specialista senza averlo conseguito. (2)]

(2) Comma soppresso dall'*art. 1, comma 1, lett. a), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163*.

Art. 3. Settori di specializzazione (3)

1. L'avvocato può conseguire il titolo di specialista in non più di due dei seguenti settori di specializzazione:

- a) diritto civile;
- b) diritto penale;
- c) diritto amministrativo;
- d) diritto del lavoro e della previdenza sociale;
- e) diritto tributario, doganale e della fiscalità internazionale;
- f) diritto internazionale;
- g) diritto dell'Unione europea;
- h) diritto dei trasporti e della navigazione;
- i) diritto della concorrenza;
- l) diritto dell'informazione, della comunicazione digitale e della protezione dei dati personali;
- m) diritto della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni;
- n) tutela dei diritti umani e protezione internazionale;
- o) diritto dello sport.

2. Nei settori di cui alle lettere a), b) e c) il titolo di specialista si acquisisce a seguito della frequenza con profitto dei percorsi formativi ovvero dell'accertamento della comprovata esperienza relativamente ad almeno uno degli indirizzi di specializzazione indicati nei commi 3, 4 e 5, in conformità alle disposizioni del presente regolamento.

3. Al settore del diritto civile afferiscono i seguenti indirizzi:

- a) diritto successorio;
- b) diritti reali, condominio e locazioni;
- c) diritto dei contratti;
- d) diritto della responsabilità civile, della responsabilità professionale e delle assicurazioni;
- e) diritto agrario;
- f) diritto commerciale e societario;
- g) diritto industriale, della proprietà intellettuale e dell'innovazione tecnologica;
- h) diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza;
- i) diritto dell'esecuzione forzata;
- l) diritto bancario e dei mercati finanziari;
- m) diritto dei consumatori.

4. Al settore del diritto penale afferiscono i seguenti indirizzi:

- a) diritto penale della persona;
- b) diritto penale della pubblica amministrazione;
- c) diritto penale dell'ambiente, dell'urbanistica e dell'edilizia;
- d) diritto penale dell'economia e dell'impresa;

- e) diritto penale della criminalità organizzata e delle misure di prevenzione;
 - f) diritto dell'esecuzione penale;
 - g) diritto penale dell'informazione, di internet e delle nuove tecnologie.
5. Al settore del diritto amministrativo afferiscono i seguenti indirizzi:
- a) diritto del pubblico impiego e della responsabilità amministrativa;
 - b) diritto urbanistico, dell'edilizia e dei beni culturali;
 - c) diritto dell'ambiente e dell'energia;
 - d) diritto sanitario;
 - e) diritto dell'istruzione;
 - f) diritto dei contratti pubblici e dei servizi di interesse economico generale;
 - g) diritto delle autonomie territoriali e del contenzioso elettorale;
 - h) contabilità pubblica e contenzioso finanziario-statistico.

(3) Articolo così sostituito dall'*art. 1, comma 1, lett. b), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163*.

Art. 4. Aggiornamento dell'elenco delle specializzazioni

1. L'elenco dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3 può essere modificato ed aggiornato con decreto del Ministro della giustizia, adottato con le forme di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2012, n. 247.

Art. 5. Elenchi degli avvocati specialisti

1. I consigli dell'ordine formano e aggiornano, a norma dell'articolo 15, comma 1, lett. c) della legge 31 dicembre 2012, n. 247, gli elenchi degli avvocati specialisti sulla base dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3 e li rendono accessibili al pubblico anche tramite consultazione telematica. L'avvocato specialista può chiedere che nell'elenco siano specificati l'indirizzo o gli indirizzi di cui all'articolo 3, comma 2, sino a un massimo di tre per ciascun settore. (4)

(4) Comma così modificato dall'*art. 1, comma 1, lett. c), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163*.

Titolo II

Conseguimento del titolo

Art. 6. Disposizioni comuni

1. Per conseguire il titolo di avvocato specialista in uno dei settori di specializzazione previsti dall'articolo 3, l'interessato deve presentare domanda presso il consiglio dell'ordine d'appartenenza che, verificata la regolarità della documentazione, la trasmette al Consiglio nazionale forense.

2. Può presentare domanda l'avvocato che:

a) negli ultimi cinque anni ha frequentato con esito positivo i corsi di specializzazione di cui all'articolo 7, oppure ha maturato una comprovata esperienza nel settore di specializzazione ai sensi dell'articolo 8;

b) non ha riportato, nei tre anni precedenti la presentazione della domanda, una sanzione disciplinare definitiva, diversa dall'avvertimento, conseguente ad un comportamento realizzato in violazione del dovere di competenza o di aggiornamento professionale;

c) non ha subito, nei due anni precedenti la presentazione della domanda, la revoca del titolo di specialista.

3. Al fine dell'osservanza del limite di cui all'articolo 3 la domanda può contenere la rinuncia al titolo di specialista già conseguito.

4. Nel caso di domanda fondata sulla comprovata esperienza il Consiglio nazionale forense convoca l'istante per sottoporlo ad un colloquio per l'esposizione e la discussione dei titoli presentati e della documentazione prodotta a dimostrazione della comprovata esperienza nei relativi settori e indirizzi di specializzazione a norma degli articoli 8 e 11. Il colloquio ha luogo davanti a una commissione di valutazione composta da tre avvocati iscritti all'albo speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori e da due professori universitari di ruolo in materie giuridiche in possesso di documentata qualificazione nel settore di specializzazione oggetto delle domande sottoposte a valutazione nella singola seduta. Il Consiglio nazionale forense nomina un componente avvocato, i restanti componenti sono nominati con decreto del Ministro della giustizia. In previsione della seduta della commissione, il Consiglio nazionale forense e il Ministro della giustizia individuano i componenti in possesso della necessaria qualificazione nell'ambito di un elenco tenuto presso il Ministero della Giustizia comprendente tutti i settori di specializzazione. L'inserimento nell'elenco è disposto per gli avvocati su designazione del Consiglio nazionale forense e, per i professori di ruolo, su designazione del dipartimento di appartenenza. Gli avvocati e i professori universitari rimangono iscritti nell'elenco per un periodo di quattro anni. La commissione di valutazione è presieduta da uno dei membri nominati dal Ministro della giustizia e delibera a maggioranza dei componenti una proposta motivata di attribuzione del titolo o di rigetto della domanda. Il colloquio è diretto ad accertare l'adeguatezza dell'esperienza maturata nel corso dell'attività professionale e formativa nel settore di specializzazione in conformità ai requisiti e ai criteri di cui all'articolo 8. (5)

5. Il Consiglio nazionale forense non può rigettare la domanda senza prima avere sentito l'istante.

6. Il Consiglio nazionale forense comunica il conferimento del titolo all'istante ed al consiglio dell'ordine di appartenenza, ai fini dell'iscrizione negli elenchi di cui all'articolo 5.

7. Il titolo di specialista si intende conseguito con l'iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 5.

(5) Comma così modificato dall'*art. 1, comma 1, lett. d), nn. 1) e 2), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163*.

Art. 7. Percorsi formativi

1. I percorsi formativi consistono in corsi di specializzazione organizzati dai Dipartimenti o dalle strutture di raccordo di cui all'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 30 dicembre 2010, n. 240 degli ambiti di giurisprudenza delle università legalmente riconosciute e inserite nell'apposito elenco del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca. I corsi di specializzazione non possono avere inizio se non è stata verificata la conformità dei relativi programmi didattici a quanto disposto dal presente regolamento e alle linee generali elaborate a norma del comma 2. La verifica di cui al presente comma è svolta dal Ministero della Giustizia, tenuto conto delle proposte della commissione permanente di cui al comma 2.

2. Presso il Ministero della Giustizia è istituita una commissione permanente composta da sei componenti, di cui due magistrati ordinari nominati dal predetto Ministero, due avvocati nominati dal Consiglio nazionale forense e due professori universitari in materie giuridiche di prima e seconda fascia, anche a tempo definito, nominati dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca. La commissione elabora le linee generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione specialistica, tenendo conto delle migliori prassi in materia. La partecipazione alla commissione permanente non comporta alcuna indennità o retribuzione a carico dello stato, salvo il rimborso spese. L'incarico di componente della commissione ha durata quadriennale. La commissione è presieduta da uno dei componenti nominati dal Ministero della Giustizia; delibera a maggioranza dei componenti e, in caso di parità, prevale il voto del presidente.

3. Ai fini della organizzazione dei corsi, il Consiglio nazionale forense o i consigli dell'ordine degli avvocati stipulano con le articolazioni di cui al comma 1 apposite convenzioni per assicurare il conseguimento di una formazione specialistica orientata all'esercizio della professione nel settore e nell'indirizzo di specializzazione. Il Consiglio nazionale forense può stipulare le convenzioni anche d'intesa con le associazioni specialistiche maggiormente rappresentative di cui all'articolo 35, comma 1, lettera s), della legge 31 dicembre 2012, n. 247. (6)

4. I consigli dell'ordine stipulano le predette convenzioni d'intesa con le associazioni specialistiche maggiormente rappresentative di cui all'articolo 35, comma 1, lettera s), della legge 31 dicembre 2012, n. 247.

5. Le convenzioni di cui ai commi 3 e 4 prevedono l'istituzione di un comitato scientifico composto da sei membri di cui tre nominati da una delle articolazioni di cui al comma 1, uno dei quali con funzioni di coordinatore. Gli altri tre membri sono nominati da uno degli enti o delle associazioni di cui ai commi 3 e 4.

Il comitato scientifico delibera a maggioranza dei componenti e, in caso di parità, prevale il voto del coordinatore.

6. Le convenzioni di cui ai commi 3 e 4 prevedono, altresì, l'istituzione di un comitato di gestione composto da cinque membri di cui tre nominati da uno

degli enti o delle associazioni di cui ai commi 3 e 4, uno dei quali con funzioni di direttore e coordinatore. Il comitato di gestione delibera a maggioranza dei componenti.

7. Il comitato scientifico individua il programma dettagliato del corso di formazione specialistica, tenendo conto delle linee generali elaborate a norma del comma 2, con l'indicazione, da proporre al comitato di gestione, delle materie, delle ore destinate a ciascuna di esse, degli argomenti da trattare e dei docenti.

8. I docenti devono essere individuati esclusivamente tra i professori universitari di ruolo, ricercatori universitari, avvocati di comprovata esperienza professionale abilitati al patrocinio avanti le giurisdizioni superiori, magistrati che abbiano conseguito almeno la seconda valutazione, e, per particolari esigenze e per le sole materie non giuridiche, il cui carico non potrà superare un quinto del totale, esperti di comprovata esperienza professionale almeno decennale nello specifico settore di interesse.

9. Il comitato di gestione nomina i docenti tra quelli proposti dal comitato scientifico, cura l'organizzazione esecutiva dei corsi, e assume tutte le determinazioni necessarie per il loro corretto svolgimento.

10. Le convenzioni di cui ai commi 3 e 4 possono prevedere che le lezioni in cui si articolano i corsi avvengano a distanza con modalità telematiche. In tal caso il comitato di gestione garantisce la presenza nella sede esterna di un tutor, anche per il rilevamento delle presenze, e di un sistema audiovisivo che consente ai discenti di interloquire con il docente in tempo reale. Il costo di iscrizione per la frequenza a distanza deve essere uguale a quello sostenuto dai partecipanti nella sede del corso.

11. Il comitato di gestione, d'intesa con il comitato scientifico, determina la quota di iscrizione al corso in modo da garantire esclusivamente l'integrale copertura delle spese di funzionamento e docenza nonché delle spese di organizzazione e gestione, ivi incluse quelle relative al comitato di gestione e al comitato scientifico.

12. L'organizzazione dei corsi deve aver luogo in conformità ai seguenti criteri:

- a) durata almeno biennale e didattica non inferiore a 200 ore;
- b) composizione mista ed adeguata qualificazione del corpo docente;
- c) didattica frontale non inferiore a 100 ore;
- d) obbligo di frequenza nella misura minima dell'ottanta per cento della durata del corso;
- e) previsione di almeno una prova, scritta e orale, al termine di ciascun anno di corso, volta ad accertare l'adeguato livello di preparazione del candidato.

12-bis. Il corso, di durata complessiva almeno biennale, relativo ad uno dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a), b) e c), prevede una parte generale e una parte speciale di durata non inferiore a un anno destinata alla specializzazione in uno degli indirizzi afferenti al settore. (7)

13. La prova di cui al comma 12, lettera e), è valutata da una commissione nominata dal comitato scientifico e composta per almeno due terzi da membri

che, sebbene rientranti nelle categorie di cui al comma 8, non devono appartenere al corpo docente del corso.

(6) Comma così modificato dall'*art. 1, comma 1, lett. e), n. 1), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163*.

(7) Comma inserito dall'*art. 1, comma 1, lett. e), n. 2), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163*.

Art. 8. Comprovata esperienza

1. Il titolo di avvocato specialista può essere conseguito anche dimostrando la sussistenza congiunta dei seguenti requisiti:

a) di avere maturato un'anzianità di iscrizione all'albo degli avvocati ininterrotta e senza sospensioni di almeno otto anni;

b) di avere esercitato negli ultimi cinque anni in modo assiduo, prevalente e continuativo attività di avvocato in uno dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3, mediante la produzione di documentazione, giudiziale o stragiudiziale, comprovante che l'avvocato ha trattato nel quinquennio incarichi professionali fiduciari rilevanti per quantità e qualità, almeno pari a dieci per anno. Ai fini della presente lettera non si tiene conto degli affari che hanno ad oggetto medesime questioni giuridiche e necessitano di un'analoga attività difensiva (8).

2. Nell'accertamento dei requisiti di cui al presente articolo, la commissione di cui all'articolo 6, comma 4, valuta la congruenza dei titoli presentati e degli incarichi documentati con il settore e, se necessario, con l'indirizzo di specializzazione indicati dal richiedente. Anche in deroga al previsto numero minimo di incarichi per anno, la commissione tiene conto della natura e della particolare rilevanza degli incarichi documentati e delle specifiche caratteristiche del settore e dell'indirizzo di specializzazione. (9)

(8) Lettera così modificata dall'*art. 1, comma 1, lett. f), n. 1), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163*.

(9) Comma aggiunto dall'*art. 1, comma 1, lett. f), n. 2), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163*.

Titolo III

Mantenimento del titolo

Art. 9. Disposizioni comuni

1. L'avvocato specialista, ogni tre anni dall'iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 5, dichiara e documenta al consiglio dell'ordine d'appartenenza l'adempimento degli obblighi di formazione permanente nel settore di specializzazione, a norma degli articoli 10 ed 11.

2. Il consiglio dell'ordine di appartenenza:

a) cura la tempestiva trasmissione al Consiglio nazionale forense della dichiarazione e della documentazione, esprimendo parere non vincolante sul mantenimento del titolo di specialista;

b) ovvero comunica al Consiglio nazionale forense il mancato deposito della dichiarazione e della documentazione.

Art. 10. Aggiornamento professionale specialistico

1. Il Consiglio nazionale forense e i consigli dell'ordine, d'intesa con le associazioni forensi specialistiche maggiormente rappresentative di cui all'articolo 35, comma 1, lettera s), della legge 31 dicembre 2012, n. 247, promuovono l'organizzazione di corsi di formazione continua nelle materie specialistiche.

2. Ai fini del mantenimento del titolo di specialista l'avvocato deve dimostrare di avere partecipato in modo proficuo e continuativo a scuole o corsi di alta formazione nello specifico settore di specializzazione per un numero di crediti non inferiore a 75 nel triennio di riferimento e, comunque, a 25 per ciascun anno.

Art. 11. Esercizio continuativo della professione nel settore di specializzazione.

1. Il titolo di avvocato specialista può essere mantenuto anche dimostrando di avere esercitato nel triennio di riferimento in modo assiduo, prevalente e continuativo attività di avvocato in uno dei settori di specializzazione di cui all'articolo 3, mediante la produzione di documentazione, giudiziale o stragiudiziale, comprovante che l'avvocato ha trattato nel triennio incarichi professionali fiduciari rilevanti per quantità e qualità, almeno pari a dieci per anno. Ai fini del presente articolo non si tiene conto degli affari che hanno ad oggetto medesime questioni giuridiche e necessitano di un'analogha attività difensiva. Nella valutazione dei requisiti di cui al presente articolo, si applica quanto previsto dall'articolo 8, comma 2. (10)

(10) Comma così modificato dall'*art. 1, comma 1, lett. g), nn. 1) e 2), d.m. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163.*

Titolo IV

Revoca del titolo

Art. 12. Revoca del titolo

1. Il titolo di avvocato specialista è revocato dal Consiglio nazionale forense, a seguito di comunicazione del Consiglio dell'Ordine, nei seguenti casi:

a) irrogazione di sanzione disciplinare definitiva, diversa dall'avvertimento, conseguente ad un comportamento realizzato in violazione del dovere di competenza o di aggiornamento professionale;

b) mancato adempimento degli obblighi di formazione continua ovvero dell'obbligo di deposito nei termini della dichiarazione e della documentazione di cui all'articolo 9, comma 1.

2. Il Consiglio nazionale forense, di propria iniziativa o su segnalazione del consiglio dell'ordine o di terzi può dar corso al procedimento per la revoca del titolo di avvocato specialista nei casi di grave e comprovata carenza delle specifiche competenze del settore di specializzazione.

3. Prima di provvedere alla revoca del titolo il Consiglio nazionale forense deve sentire l'interessato.

4. La revoca del titolo è comunicata al consiglio dell'ordine per la cancellazione dall'elenco di cui all'articolo 5 ed ha effetto dalla notificazione del relativo provvedimento all'interessato a cura del medesimo consiglio dell'ordine.

5. Fermo quanto previsto dall'articolo 6, comma 2, lettera c), la revoca del titolo non impedisce di conseguirlo nuovamente.

Titolo V

Disposizioni transitorie e finali

Art. 13. Funzioni del Consiglio nazionale forense

1. Le funzioni affidate dal presente regolamento al Consiglio nazionale forense possono essere delegate ad apposito comitato, costituito da cinque componenti del Consiglio, designati dal Consiglio stesso.

2. Il comitato elegge il presidente e può delegare uno o più componenti per lo svolgimento delle funzioni istruttorie.

Art. 14. Disposizione transitoria

1. L'avvocato che ha conseguito nei cinque anni precedenti l'entrata in vigore del presente regolamento un attestato di frequenza di un corso almeno biennale di alta formazione specialistica conforme ai criteri previsti dall'articolo 7, comma 12, organizzato da una delle articolazioni di cui al comma 1 del medesimo articolo, ovvero dal Consiglio nazionale forense, dai consigli dell'ordine degli avvocati o dalle associazioni specialistiche maggiormente rappresentative di cui all'articolo 35, comma 1, lettera s), della legge 31 dicembre 2012, n. 247, può chiedere al Consiglio nazionale forense il conferimento del titolo di avvocato specialista previo superamento di una prova scritta e orale. All'organizzazione e alla valutazione della prova cui al periodo precedente provvede una commissione composta da docenti rientranti nelle categorie di cui all'articolo 7, comma 8, nominati dal Consiglio nazionale forense. (11)

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche a coloro che hanno conseguito un attestato di frequenza di un corso avente i requisiti previsti dal predetto comma iniziato prima della data di entrata in vigore del presente regolamento e alla stessa data non ancora concluso.

(11) Sull'applicabilità della disposizione di cui al presente comma vedi l'*art. 2, commi 1 e 2, d.m. 1° ottobre 2020, n. 163*.

Art. 15. Clausola di invarianza finanziaria

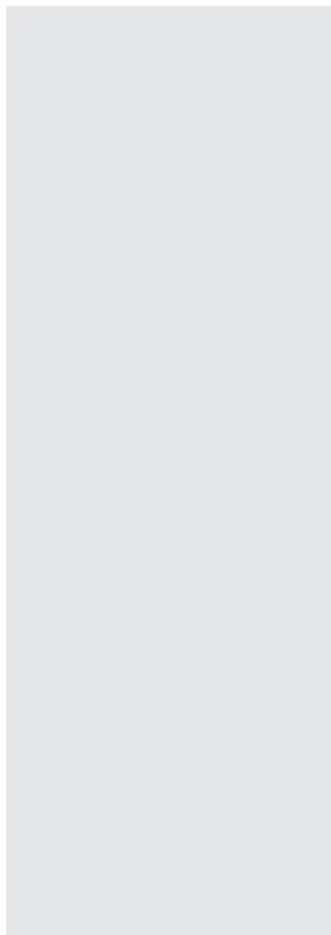
1. Dalle disposizioni del presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Art. 16. Entrata in vigore

1. Il presente regolamento entra in vigore decorsi sessanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e farlo osservare.

DIRITTO EUROPEO E COMPARATO



L'inefficacia della normativa sui collaboratori di giustizia nella vicenda di Lea Garofalo

Maria Stefania Cataleta

Introduzione

La legge 11 gennaio 2018, n. 6 recante “Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia” è entrata in vigore dal 21 febbraio 2018. La nuova legge detta le condizioni di applicabilità delle speciali misure di protezione per i testimoni di giustizia, introducendo una definizione più stretta di testimone di giustizia, figura diversa dal collaboratore di giustizia, che non ha commesso reati e che è vittima o ha assistito a crimini che ha deciso di denunciare all'autorità.

Testimoni di giustizia sono, pertanto, persone comuni che denunciano crimini mafiosi. Con la precedente normativa questa scelta ha significato quasi sempre cambiamenti di vita drastici, con la perdita del lavoro, di contatti con la famiglia ed il paese d'origine. D'ora in poi, la legge, approvata in via definitiva al Senato all'unanimità, tutela con più efficacia questi cittadini che si distinguono dai “collaboratori di giustizia”, dapprima equiparati ai c.d. “pentiti”. Una riforma attesa che permette di correggere i limiti e le ambiguità della normativa precedente, garantendo reddito, abitazione, percorsi personalizzati che tengano conto dei rischi. Ai testimoni di giustizia sarà permesso di continuare a vivere nei paesi d'origine senza rinunciare alla propria vita, con una maggiore protezione garantita a loro e alle loro famiglie, con misure volte ad assicurare un sostegno anche economico e con la presenza di figure specializzate con compiti di informazione, assistenza e supporto.

La vicenda della scomparsa e dell'assassinio della collaboratrice di giustizia Lea Garofalo ha seguito un percorso mediatico crescente e controverso, oscillante tra la quasi noncuranza originaria di chi ipotizzava un allontanamento volontario della donna ed una successiva rivalutazione del contributo della collaboratrice nella lotta alla mafia¹. Quella che si intende offrire in tale sede è una lettura giuridica diversa della vicenda, alla luce della inefficacia dell'allora

¹ A seguito della scoperta della morte di Lea Garofalo, i mass media hanno diffuso e commentato la notizia attribuendo alla collaboratrice la responsabilità di quell'epilogo, per aver volontariamente rinunciato al programma di protezione a causa della sua incoscienza e del suo disprezzo per le autorità. Disponibile su *www.zoomsud.it*, *Vita Liquida*, 18.10.2001, *Lea Garofalo. Storia triste di una collaboratrice di giustizia*, (consultato il 15 giugno 2011); *Denunciò le cosche: sequestrata e sciolta nell'acido a Monza*, *Il Sole 24 Ore*, 19.10.2010 n. 287, (consultato il 15 giugno 2011).

normativa sulla protezione dei collaboratori di giustizia rapportata all'attuale, secondo una chiave interpretativa inedita, vale a dire quella offerta dall'articolo 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sancisce e tutela il diritto alla vita di ogni individuo, in quanto valore universale².

L'esatta ricostruzione storica della vicenda è ben nota e scevra da ogni interpretazione distorta. Dopo aver fornito delle informazioni giudicate, solo in seguito, importanti per la lotta al crimine organizzato, Lea Garofalo scompare a Milano il 20 novembre 2009 e muore orrendamente per mano della mafia. Invero, nell'ottobre del 2013, grazie alle rivelazioni della donna, numerosi mafiosi sono stati arrestati nel corso di una inchiesta parallela a quella sulla sua morte. Cionondimeno, negli anni precedenti alla sua scomparsa, la collaboratrice di giustizia aveva lamentato a più riprese l'inefficienza di un programma di protezione che l'aveva isolata, ridotta in miseria ed esposta concretamente al pericolo di vita, essendo sfuggita miracolosamente ad un attentato mafioso ordito dall'ex compagno, destinatario delle sue rivelazioni. L'inefficacia della protezione l'aveva portata, infine, a rinunciare alla stessa, dopo esserne stata dapprima privata per ordine delle autorità, che avevano erroneamente giudicato non utili le rivelazioni della collaboratrice, la quale non sarebbe stata in pericolo di vita. I fatti hanno poi smentito la fondatezza e l'opportunità della decisione adottata dalle autorità preposte al programma. Alcuni mesi prima della sua scomparsa, Lea Garofalo aveva inviato al Quirinale una lettera con cui invocava la protezione dello Stato italiano, presagendo una morte «indegna» ed «inesorabile».

La vecchia normativa italiana sulla protezione dei collaboratori di giustizia e dei pentiti di mafia

La legge n. 45 del 13 febbraio 2001 conteneva la normativa che avrebbe dovuto proteggere i collaboratori di giustizia, che ha modificato la legge originaria n. 82 del 15 marzo 1991. Essa ha apportato delle modifiche di non poco momento alla precedente normativa mirante a salvaguardare l'incolumità di quanti, con le loro rivelazioni, donano un contributo importante e indispensabile nella lotta al crimine organizzato. All'inizio dell'epoca dei maxi processi, segnatamente negli anni 1990, tale protezione si era resa necessaria soprattutto a favore dei pentiti, vale a dire di coloro che hanno un passato come membri dell'organizzazione che, in seguito, hanno deciso di denunciare. A ben vedere, in luogo di rinforzare la protezione, e dunque di incentivare il fenomeno della collabora-

² In materia vedi A.A. AN-NA'IM, *Human Rights in Cross Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, Edited by Abdullahi Ahmed An-Na'im, University of Pennsylvania, Philadelphia 1991; R. CABRILLAC *et al.*, *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, Paris 1994; P. VAN DIJK, G. J. H. HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Oxford 2006.

zione, la legge mirava a ridurre il numero dei collaboratori, la cui protezione diventava sempre più onerosa per lo Stato. Alla luce dell'*affaire* Garofalo, si può stigmatizzare tale normativa come lacunosa ed inefficace, segnatamente per ciò che concerne i criteri applicabili per attribuire il beneficio della protezione. La presente analisi si rivolge soprattutto ai semplici testimoni o vittime, i quali rientrano nella categoria più ampia di collaboratori, pur non essendo pentiti, e si limita ad analizzare alcuni degli aspetti lacunosi della normativa applicata nel caso Garofalo, seguendo la linea direttrice offerta dalla normativa europea sull'obbligo di proteggere la vita in quanto obbligo di *facere* ricadente sullo Stato.

In primo luogo, la legge in parola subordina l'applicazione ed il persistere della misura di protezione speciale alla presenza di un rischio grave ed attuale, un criterio esposto per sua natura ad una valutazione discrezionale dell'organo, il quale deve esprimersi sulla esistenza di circostanze difficili da dimostrare prima che il rischio si materializzi. Altro punto debole della legge era offerto dal criterio della capacità di reazione del gruppo criminale, la cui forza intimidatrice sarebbe altresì circoscritta geograficamente nell'ambito ristretto del luogo in cui l'organizzazione si concentra maggiormente, come se lo stesso rischio reale e grave per la vita del collaboratore non possa estendersi oltre certi confini territoriali e come se, al contrario, l'allontanamento del collaboratore da un certo territorio affievolisca la violenza del gruppo criminale. La normativa in parola chiedeva di prevedere tutto questo.

Infine, allorquando le autorità avessero giudicato come mutate le condizioni di rischio che avevano determinato l'applicazione della misura speciale, questa avrebbe potuto essere modificata o finanche revocata. Ulteriore motivo di revoca poteva essere, altresì, la rinuncia volontaria dell'interessato o la trasgressione ad un obbligo relativo alla misura, Art. 13 *quater*, al di là della cessazione effettiva della situazione di rischio per la sua vita. A tale riguardo, l'art. 16-*ter* della legge parlava genericamente di effettiva cessazione della situazione di rischio³, senza considerare l'esperienza del passato, allorquando la diffidenza verso il programma di protezione ha indotto talvolta i collaboratori al suicidio piuttosto che rischiare di cadere nelle mani delle cosche⁴.

³ Art. 13-*ter* (Contenuto delle speciali misure di protezione) – 1. «I testimoni di giustizia cui è applicato lo speciale programma di protezione hanno diritto: a) a misure di protezione fino alla effettiva cessazione del pericolo per sé e per i familiari [...] 2. Le misure previste sono mantenute fino alla effettiva cessazione del rischio, indipendentemente dallo stato e dal grado in cui si trova il procedimento penale in relazione al quale i soggetti destinatari delle misure hanno reso dichiarazioni».

⁴ Primo fra tutti il suicidio di Rita Atria (17 anni), intervenuto a seguito della morte del giudice Paolo Borsellino. Tra le tante vittime della mafia in Italia, circa 160, ricordiamo: Lea Garofalo (35 anni), Maria Concetta Cacciola (31 anni), Emanuela Sansone (17 anni), Giuseppina Pesce, Graziella Campagna (17 anni), Francesca Familiari (20 anni), Carmela Pannone

Le due questioni fondamentali che sollevava la legge italiana erano in primo luogo quella di sapere se, per revocare la protezione, bisognava limitarsi a prendere in considerazione la volontà dell'interessato o la fine effettiva della situazione di pericolo; in secondo luogo, se la rinuncia ad un diritto da parte del suo titolare poteva autorizzare le autorità pubbliche ad astenersi dall'obbligo di rendere effettivo un diritto primordiale come quello alla vita, soprattutto allorquando la rinuncia poggia su una volontà non "autentica" legata ad una sfiducia dovuta all'inefficacia del servizio pubblico. Ancora una volta, l'esistenza o no di un rischio era lasciata alla discrezionalità delle autorità pubbliche. Sembra, pertanto, che la legge italiana al tempo in vigore non fosse conforme con gli standard europei imposti dalla CEDU, interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di diritto alla vita, se si considerano gli effetti della legge italiana nella lotta alla criminalità organizzata, ancora molto potente. La conseguenza è che un numero importante di testimoni non si sentiva protetto⁵.

L'attuale normativa italiana sui testimoni di giustizia

Il 21 febbraio 2018 sono entrate in vigore le nuove "Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia" per effetto della legge n. 6 dell'11 gennaio 2018⁶. Le nuove norme hanno integrato, ma non sostituito integralmente, la normativa in materia, alla quale si fa rinvio per quanto non previsto dalle nuove disposizioni, al fine di distinguere la posizione dei testimoni di giustizia da quella dei collaboratori di giustizia. L'art. 1 definisce l'ambito di applicazione delle misure di protezione che sono applicate, oltre che ai testimoni di giustizia, anche agli "altri protetti". Tale categoria si riferisce alle persone stabilmente conviventi con il testimone o a coloro i quali, per le relazioni che intrattengono con quest'ultimo, sono esposti a grave, attuale e concreto pericolo.

L'art. 2 offre una nuova definizione del testimone di giustizia; per cui è tale colui che rende, nell'ambito di un procedimento penale, dichiarazioni dotate di fondata attendibilità intrinseca – in precedenza era sufficiente la semplice attendibilità – e rilevanti per le indagini o il giudizio. L'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni è quella che non richiede riscontri esterni – requisito ancora richiesto con riguardo ai collaboratori di giustizia dall'articolo 9, comma 3 d.l. n. 8/91 – e che il magistrato ricava dalla presenza dei requisiti del disinteresse, della genuinità, della spontaneità, della costanza, della logica interna del

(5 anni), Gelsomina Verde (22 anni), Rossella Casini (18 anni), Tita Boccafusca, Concetta Iaria (36), Palmira Martinelli (14 anni).

⁵ Dopo il caso Garofalo, è nato in Italia un movimento di sensibilizzazione dell'opinione pubblica, per denunciare le condizioni di vita e i rischi dei collaboratori di giustizia, v. *www.archivistorico.corriere.it*, *Corriere della Sera*, 14.12. 2010, p. 25, *La "class action" di 70 testimoni di giustizia: abbandonati dallo Stato, rischiamo la vita*, disponibile su *www.corrieredellasera.it* (consultato il 15 giugno 2011).

⁶ In G.U. n. 30, del 06 febbraio 2018.

narrato⁷; assume, rispetto al fatto delittuoso oggetto delle sue dichiarazioni, la qualità di persona offesa ovvero informata sui fatti o di testimone; non è stato condannato per delitti non colposi connessi a quelli per cui si procede e non ha tratto profitto dall'essere venuto in relazione con il contesto criminale su cui testimonia; non è sottoposto a misura di prevenzione ovvero non sia proposto per l'applicazione di una tale misura, nel senso che non deve essere in corso di svolgimento il relativo procedimento, da cui si possa desumere la persistente attualità della pericolosità sociale del soggetto e la ragionevole probabilità che possa commettere delitti di grave allarme sociale; si trova in una situazione di pericolo grave, concreto ed attuale rispetto al quale appaiono inadeguate le misure ordinarie di tutela adottabili dalle autorità di pubblica sicurezza; la situazione di pericolo viene valutata in relazione alla qualità delle dichiarazioni rese, alla natura del reato, allo stato e grado del procedimento penale, nonché alle caratteristiche di prevedibile reazione dei singoli o dei gruppi criminali oggetto delle dichiarazioni.

L'art. 3 definisce le tipologie delle misure: misure di tutela (fisica); misure di sostegno economico; misure di reinserimento sociale e lavorativo⁸. L'individuazione di apposite disposizioni per i minori oggetto delle misure è demandata ai regolamenti di attuazione.

L'art. 4 stabilisce i criteri di scelta delle misure di protezione, che vanno personalizzate e commisurate al caso specifico. Le misure non possono comportare, se non eccezionalmente e per una durata limitata, diminuzione e perdita dei diritti goduti dal testimone prima delle dichiarazioni. Eccetto che per motivate ragioni di sicurezza, dovranno essere garantite al testimone la permanenza nella località di origine e la prosecuzione delle attività svolte in precedenza. Il trasferimento in località protetta e il cambio d'identità del testimone restano ipotesi eccezionali rispetto alle misure ordinarie, applicabili «quando le altre forme di tutela risultano assolutamente inadeguate rispetto alla gravità e attualità del pericolo» e devono, in ogni caso, tendere a riprodurre le condizioni di vita antecedenti, tenuto conto delle valutazioni espresse dalle competenti autorità giudiziarie e di pubblica sicurezza. In ogni caso dovrà essere garantita al testimone e agli altri protetti «un'esistenza dignitosa».

L'art. 5 offre una serie di misure di tutela, volte a garantire la sicurezza dei testimoni di giustizia, degli altri protetti e dei loro beni, da graduare in base all'attualità e gravità del pericolo. L'articolo riunisce in una sola disposizione le misure già previste dal d.l. del 1991⁹ e dal d.m. 161/2004, eliminando la distinzione tra misure di protezione adottate nella località di origine e quelle adottate col trasferimento in località protetta.

⁷ Cfr. Cass., Sez. 2, sent. n. 43278 del 24/09/2015.

⁸ Cfr. P. GIORDANO - G. TINEBRA, *Il regime di protezione*, e M. ALMA, *Sanzioni, difesa e regime transitorio*, entrambi in *Diritto penale e processo*, 5/2001, pp. 549 ss.

⁹ Art. 13, commi 4 e 5, del d.l. n. 8 del 1991.

Il sistema delle misure di tutela comprende: misure di vigilanza e protezione; misure di natura tecnica per la sicurezza di abitazioni, immobili ed aziende di pertinenza dei protetti; misure di sicurezza per gli spostamenti nel comune di residenza o in altro comune; il trasferimento in luogo protetto; speciali modalità di tenuta della documentazione e delle comunicazioni del sistema informatico; l'impiego di documenti di copertura; il cambiamento delle generalità, garantendone la riservatezza anche in atti della PA.

Il sistema delle misure di tutela è "chiuso" dalla previsione dell'impiego di «ogni altra misura straordinaria, anche di carattere economico, eventualmente necessaria, nel rispetto delle direttive generali impartite dal Capo della polizia-Direttore Generale della pubblica sicurezza». L'articolo 6 disciplina le misure di sostegno economico spettanti a tutti i testimoni di giustizia e agli altri protetti. Tali misure, attualmente – in base all'articolo 16-ter d.l. n. 8/1991 – riguardano il solo testimone sottoposto al programma di protezione con trasferimento in località protetta. La disposizione elimina il riferimento all'obbligo di garantire un tenore di vita non inferiore a quello precedente alle dichiarazioni, prevedendo che ai testimoni di giustizia sia assicurata una condizione economica equivalente a quella preesistente. Rispetto alla legislazione vigente sono introdotte le seguenti nuove misure di sostegno economico: l'esplicita previsione di un rimborso delle spese occasionalmente sostenute dal testimone o dagli altri protetti come esclusiva conseguenza delle speciali misure di protezione; il diritto ad un alloggio idoneo a garantire la sicurezza e la dignità dei testimoni e degli altri protetti (nel caso sia impossibile usufruire della propria abitazione o si sia trasferiti in località protetta). L'articolo 8 prevede un termine massimo di durata di sei anni delle speciali misure di protezione (sia di tutela che di assistenza economica e reinserimento lavorativo) fissato dalla Commissione Centrale, fatte salve le periodiche verifiche sulla gravità e attualità del pericolo e sull'idoneità delle misure. Nel caso in cui, al termine delle speciali misure di protezione, il testimone di giustizia e gli altri protetti non abbiano riacquisito l'autonomia lavorativa o il godimento di un reddito proprio, si prevede che il testimone e gli altri protetti accedano o alla capitalizzazione del costo dell'assegno periodico o a un programma di assunzioni nella pubblica amministrazione. Modificando l'articolo 10 d.l. n. 8/91, l'art. 9 muta la composizione della Commissione Centrale presso il Ministero dell'Interno cui, su richiesta dell'autorità giudiziaria, spetta decidere sull'adozione delle diverse misure di protezione, nonché sulle eventuali modifiche. La Commissione, infatti, viene integrata con un avvocato dello Stato e con un vicepresidente. L'art. 11 affronta la disciplina sulla proposta di ammissione alle speciali misure di protezione al nuovo status del testimone. La proposta alla Commissione centrale, che può riguardare anche soggetti coinvolti in fatti costituenti reati di criminalità comune, per i quali la competenza è, dunque, delle "Procure ordinarie", deve contenere anche l'attestazione della sussistenza dei requisiti del testimone di giustizia indicati dall'articolo 2. È previsto che la Commissione richieda informazioni, oltre che

al Servizio Centrale di protezione, anche al Prefetto del luogo di dimora del testimone. Infine, la disposizione impone la trasmissione al Tribunale dei minorenni, per le eventuali determinazioni di competenza, della proposta di misure di protezione relative a minori in condizioni di disagio familiare e/o sociale.

Gli articoli 12 e 13 riguardano l'applicazione del programma di protezione. L'articolo 12 fissa modifiche all'attuale disciplina del piano provvisorio di protezione, prevedendo che: la deliberazione della Commissione centrale avviene di regola senza formalità e, in ogni caso, entro la prima seduta successiva alla proposta dell'autorità giudiziaria proponente; il piano provvisorio deve assicurare agli interessati le speciali misure di protezione e condizioni di vita congrue rispetto alle precedenti; nel piano provvisorio, deve operare un referente del testimone di giustizia, con compiti sostanzialmente informativi del testimone sui contenuti delle misure e sui suoi diritti e doveri e che dovrà trasmettere alla Commissione centrale entro 30 gg. tutte le informazioni (personali, familiari, patrimoniali) degli interessati nonché chiedere la nomina, ove richiesto, di una figura professionale di supporto psicologico; è stabilito un termine di 90 gg., trascorso il quale, il piano provvisorio perde efficacia (attualmente, il piano provvisorio decade se entro 180 gg. la proposta del programma definitivo non è stata trasmessa dall'autorità proponente e la commissione non ha deliberato in tal senso). Il presidente della commissione centrale può disporre la prosecuzione del piano provvisorio di protezione per il tempo strettamente necessario a consentire l'esame della proposta da parte della commissione medesima. Il termine di 90 gg. è prorogabile fino a 180 con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e comunicato alla commissione centrale.

L'articolo 13 prevede modifiche alla disciplina relativa al Programma definitivo per la protezione. Tra le novità introdotte vi è l'espressa previsione dell'accettazione del programma; attualmente, le misure sono "sottoscritte" dagli interessati¹⁰, che contestualmente assumono l'impegno di:

- riferire tempestivamente all'autorità giudiziaria quanto a loro conoscenza sui fatti di rilievo penale;
- non rilasciare dichiarazioni su tali fatti a soggetti diversi dall'autorità giudiziaria, dalle forze di polizia e dal proprio difensore;
- osservare le norme di sicurezza prescritte;
- non rivelare o divulgare in qualsiasi modo elementi idonei a svelare la propria identità o il luogo di residenza qualora siano state applicate le misure di tutela.

La possibilità di modifica o revoca del programma definitivo (come di quello provvisorio) può avvenire in relazione all'attualità, concretezza e gravità del pericolo (rispetto a quanto previsto dall'articolo 13-ter del decreto legge n. 8 del 1991 è aggiunto il requisito della "concretezza"), nonché in relazione alle

¹⁰ Art. 12 d.l. n. 8/91 e 12 d.m. n. 161 del 2004.

esigenze degli interessati. Inoltre, va segnalata l'introduzione di un termine di 20 gg. dalla richiesta per decidere sulla richiesta di modifica o revoca (termine, attualmente, non stabilito), nonché la necessaria acquisizione dei pareri dell'autorità giudiziaria (se non hanno chiesto loro la modifica-revoca) e, eventualmente, del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, oltre all'introduzione di un termine semestrale per la verifica periodica del programma da parte della Commissione.

L'articolo 14 affida le modalità esecutive delle misure di protezione al Servizio centrale di protezione, la cui disciplina è contenuta nell'articolo 14 del decreto legge n. 8 del 1991. Le principali novità introdotte dalla riforma sono:

- il coinvolgimento del Servizio centrale anche in relazione all'esecuzione del piano provvisorio di protezione;
- le misure di protezione, provvisorie e definitive, nel luogo di residenza del testimone sono, invece, eseguite dagli organi di polizia sul territorio;
- l'individuazione, nell'ambito della sezione dell'ufficio che si occupa dei testimoni, del referente del testimone di giustizia.

Alla figura del referente del testimone di giustizia vengono attribuiti compiti di assistenza per tutta la durata del programma di protezione e anche successivamente, fino al riacquisto dell'autonomia economica (ad es., informare il testimone e gli altri protetti sui diritti che la legge gli assicura e sulle conseguenze derivati dall'attuazione delle misure). È una sorta di tutor che manterrà un rapporto costante, diretto e personale con il testimone di giustizia per tutta la durata delle misure speciali, con compiti di informazione, assistenza e collaborazione.

Sono state introdotte "Disposizioni finali e transitorie": in particolare, l'art. 20 dispone l'abrogazione dell'articolo 12, comma 3, del decreto legge n. 8 del 1991 che – in sede di assunzione degli impegni – esonera i testimoni di giustizia dall'obbligo di specificare tutti i beni posseduti e controllati.

L'articolo 21 modifica l'articolo 392 c.p.p., estendendo anche ai testimoni di giustizia la possibilità di essere ascoltati con incidente probatorio durante le indagini preliminari; attualmente, tale forma di assunzione della prova è prevista per i soli collaboratori di giustizia. L'articolo 22 introduce nell'ordinamento un'ulteriore circostanza aggravante ad effetto speciale del reato di calunnia. Il delitto in questione è punito dall'articolo 368 c.p. con la pena (base) della reclusione da 2 a 6 anni. L'aggravante, che consiste nell'avere commesso il reato per usufruire o continuare a fruire delle speciali misure di protezione previste dalla legge in esame, comporta un aumento da un terzo alla metà della pena base. Se uno dei benefici è stato ottenuto, l'aumento è dalla metà ai due terzi. L'articolo 23 è una norma transitoria in base alla quale è testimone di giustizia colui che, alla data di entrata in vigore della nuova legge, è sottoposto al programma o alle speciali misure di protezione.

L'articolo 24 modifica l'articolo 147-bis, comma 3, delle norme di attuazione del c.p.p., introducendovi una nuova lettera a-bis). La nuova disposizione aggiunge anche le persone ammesse al piano provvisorio o al programma de-

finitivo per la protezione dei testimoni di giustizia tra i soggetti, il cui esame in dibattimento avviene, di regola, a distanza¹¹.

L'obbligazione positiva di proteggere l'individuo alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Il diritto alla vita è un principio tutelato dalla Costituzione italiana e dalla CEDU. La prassi giudiziaria italiana ha gradualmente introdotto gli standard europei prodotti dalla CEDU¹². In particolare, la Corte di cassazione ha affermato il principio dell'applicabilità immediata nel sistema italiano delle norme della CEDU¹³, in virtù della protezione costituzionale speciale attribuita alle norme della Convenzione. Il valore delle norme della CEDU come principi generali del sistema italiano trova conferma nell'art. 2 della Costituzione: in caso di contrasto tra la fonte europea e la fonte nazionale, il giudice deve interpretare la seconda alla luce della prima¹⁴, in virtù della preminenza della CEDU sulle norme interne e della loro applicazione diretta nel sistema giuridico italiano, a pena di un conflitto costituzionale¹⁵. La norma convenzionale è dunque direttamente applicabile, per essere superiore alla legge nazionale di rango non costituzionale¹⁶. In conseguenza, oggi in Italia, la protezione dei diritti fondamentali si realizza a più livelli.

¹¹ Cft. sul punto, A. BERNASCONI, *La riforma della legge sui collaboratori di giustizia: profili generali e intersezioni con le tematiche del "giusto processo"*, in *La legislazione penale*, 1-2/2002, p. 80 e A. SPATARO, *La nuova legge sui collaboratori di giustizia nel disegno di legge proposto dai Ministri dell'Interno e della Giustizia*, in *Diritto e giustizia on-line*, sez. commenti, marzo 4/2001.

¹² Firmato a Roma il 4 novembre 1950 e ratificato in Italia con la l. n. 848 del 1955.

¹³ In virtù dell'art. 8 della Costituzione che riconosce al Trattato una forza di resistenza sulle norme nazionali eventualmente in conflitto.

¹⁴ Questo orientamento è supportato dall'art. F del Trattato di Maastricht, secondo il quale l'UE rispetta i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU.

¹⁵ In effetti, è nel 2007, grazie alle sentenze n. 348 e n. 349 della Corte Costituzionale, meglio conosciute come le sentenze «gemelle», che le norme della CEDU hanno acquisito in Italia un rango più elevato diventando, con la Costituzione, uno dei parametri che permette di verificare la legittimità costituzionale della legge nazionale. Le due sentenze hanno specificato che l'art. 117 non aveva attribuito rango costituzionale alle norme della CEDU, ma aveva semplicemente imposto alla legge e al giudice nazionale di rispettarle, in quanto norme «interposte». In altri termini, il rango della Convenzione si interponeva tra il rango costituzionale ed il rango ordinario; tuttavia, la legge nazionale incompatibile con le norme della Convenzione, per effetto dell'art. 117, doveva essere considerata incostituzionale.

¹⁶ Le norme della Convenzione sono certamente superiori alla legge ordinaria, ma il loro rango resta inferiore alla Costituzione – la Costituzione nella sua interezza e non semplicemente i suoi principi supremi –, essendo a metà strada tra il rango ordinario ed il rango costituzionale, anche se il loro rango si avvicina a quest'ultimo. Al contrario, la dottrina Quadri attribuiva un rango costituzionale ai trattati internazionali, in virtù del principio *pacta sunt servanda*; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli 1968, pp. 64-68.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pur affermando l'esistenza di un principio, fissa un obbligo che mira a rendere effettivo il diritto alla vita¹⁷: «il diritto di ogni persona alla vita è protetto dalla legge [...]»¹⁸. In effetti, affinché la protezione assicurata da uno Stato sia efficace, l'azione di quest'ultimo non può limitarsi a proibire e sanzionare: questa azione deve essere concreta e deve poggiare sull'adozione di misure positive¹⁹, le uniche atte ad assicurare una prevenzione efficace. «[...] La Convenzione ha come scopo di proteggere dei diritti non teorici o illusori, ma concreti ed effettivi [...]»²⁰. La CEDU non si limita ad imporre allo Stato un comportamento passivo, consistente nell'impedirgli ogni ingerenza arbitraria nella vita dell'individuo: essa gli impone un comportamento attivo che renda effettivo l'esercizio del diritto reclamato. Necessaria per garantire l'effettività del diritto, l'obbligazione positiva è consustanziale al diritto garantito, vale a dire gli è «inerente»²¹. A una ingerenza attiva – risultato della violazione dell'obbligazione di non fare dello Stato – si aggiunge dunque una forma d'ingerenza passiva delle autorità pubbliche, risultato della violazione da parte dello Stato della sua obbligazione di fare. Nelle sue decisioni, la Corte lega intimamente l'obbligazione positiva e la giurisdizione dello Stato, sottolineando che l'art. 1 della Convenzione impone agli Stati parti di adottare tutte le misure adeguate al fine di permettere ai cittadini posti sotto la propria giurisdizione di godere realmente dei diritti che la Convenzione attribuisce loro²². A tale riguardo e perché si abbia violazione, è sufficiente che la protezione dello Stato sull'individuo sia semplicemente formale, senza essere reale. In violazione delle obbligazioni positive che incombono su di loro, le autorità pubbliche permettono ai terzi di interferire nella vita privata altrui; questo si verifica allorquando lo Stato non prende le misure materiali appropriate, ma anche quando esso non si dota di una legislazione o di una regolamentazione adeguata per proteggere un certo status giuridico²³.

¹⁷ J.- L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Litec, Paris 2005, pp. 23 ss.

¹⁸ Art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

¹⁹ H. J. STEINER - P. ALSTON, *International Human Rights in Context*, Oxford University Press, Oxford-New York 2000, pp. 294-295 e 734.

²⁰ Corte europea dei diritti umani, *Airey c. Irlanda*, sentenza del 9 ottobre 1979, par. 24.

²¹ V.F. SOUDRE - J.-P. MARGUÉNAUD - J. ANDRIANTSIMBAZOVINA - A. GOUTTENORE - M. LEVINET - G. GONZALES, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6^{ème} édition, PUF, Paris 2004, p. 21.

²² In particolare, si trattava della responsabilità della Moldavia per atti di tortura inflitti da un gruppo di secessionisti a dei cittadini moldavi; v. Corte eur. dir. uomo, *Ilascu et al. c. Moldavia e Russia*, ricorso n. 48787/99, Grande Camera, sentenza del 8 luglio 2004.

²³ La qualità della legge è anche richiesta affinché, grazie alla sua precisione e adattamento al caso concreto, sia compatibile con la preminenza del diritto; v. Corte eur. dir. uomo, *Godwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, sentenza del 27 marzo 1996, par. 31.

In una prospettiva di protezione reale, la responsabilità dello Stato può ugualmente essere messa in causa quando la violazione non si situa nel quadro di una relazione classica tra lo Stato e l'individuo, ma nel quadro dei rapporti tra privati²⁴. Del resto, l'effetto orizzontale della Convenzione non è che «un'estensione dell'opponibilità dei diritti dell'uomo ai rapporti interindividuali»²⁵, alla luce della quale lo Stato, in virtù dell'obbligazione positiva che incombe su di lui, deve adottare ogni misura ragionevole e adeguata per proteggere i diritti dell'individuo da ogni minaccia proveniente da terzi.

Nel caso *Opuz c. Turquie*, riguardante degli atti di violenza contro una sposa e la di lei madre – quest'ultima assassinata da suo genero –, la Corte ha posto l'accento sulla passività delle autorità locali che avrebbero potuto adottare delle misure di protezione concrete, poiché era ormai dimostrato che l'integrità fisica delle due donne era oggetto di una minaccia costante. Lo Stato aveva dunque fallito rispetto alla sua obbligazione positiva generale di predisporre un dispositivo efficace di protezione con un effetto dissuasivo, dimostrando così le *défaillances* della normativa esistente in materia, ma dimostrando allo stesso tempo di non avere adottato le misure esistenti o di averle adottate in modo insufficiente ed inadeguato. Nel caso di specie, i rappresentanti dello Stato non avevano adottato la diligenza di cui avrebbero dovuto dare prova proteggendo le due donne attraverso misure preventive appropriate, contro gli atti di violenza denunciati. In più, ha argomentato la Corte, le autorità pubbliche non potevano invocare il comportamento della vittima per giustificare l'assenza di misure di protezione necessarie che esse avrebbero potuto e dovuto prendere conformemente all'art. 2 e tanto più se si pensa che la loro inerzia si è rivelata manifestamente inadatta alla gravità della situazione.

Secondo la Corte, nessuna decisione era stata presa che potesse avere un effetto preventivo o dissuasivo di fronte a tale situazione di rischio, ciò che rivelava piuttosto una sorta di tolleranza che potrebbe aver prodotto, in virtù della sua impunità, un incoraggiamento del responsabile diretto delle continue violenze. La gravità e la crudeltà eccezionali delle sevizie inflitte – dimostrate dalle numerose ferite – ed il rischio di morte più volte corso, non avevano indotto le autorità a considerare inappropriato il comportamento adottato dagli agenti della forza pubblica, i quali, invece, avrebbero dovuto prendere delle decisioni più drastiche e adottare delle misure straordinarie onde evitare che dopo numerosi tentativi di omicidio, infine si producesse la violazione del diritto alla vita²⁶.

²⁴ F. SOUDRE - J.-P. MARGUÉNAUD - J. ANDRIANTSIMBAZOVINA - A. GOUTTENOIRE - M. LEVINET - G. GONZALES, *op. cit.*, pp. 31-38.

²⁵ J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDU et droit privé*, La Documentation française, Paris 2001, p. 77.

²⁶ Corte eur. dir. uomo, *Opuz c. Turchia*, ricorso n. 33401/02, sentenza del 9 giugno 2009, par. 196-197.

La problematica della protezione del diritto alla vita nel caso Garofalo

In materia di diritto al rispetto della vita, la Corte europea ha fissato dei criteri precisi che legano la responsabilità dello Stato alla difesa di questo diritto, non essendo ravvisabile la responsabilità per la violazione della sua obbligazione positiva in tutti i casi possibili e generali di attentato alla vita dei cittadini, malgrado l'estensione del campo di protezione ai rapporti individuali²⁷. Al fine di riscontrare una negligenza da parte degli organi dello Stato per non avere adottato delle misure di protezione adeguate, bisogna in effetti che il danno per la vita sia prevedibile, reale e concreto²⁸. Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, la prevedibilità del rischio per la vita di un cittadino obbliga lo Stato ad adottare delle misure di protezione ragionevoli e appropriate al caso specifico, indipendentemente dalla necessità stessa di identificare la vittima con precisione. Per considerare che esiste un rischio di attentato alla vita di una persona, bisogna inoltre che sussistano degli elementi concordanti e delle ragioni concrete, con un movente plausibile.

È allora possibile ravvisare una responsabilità nel comportamento dei rappresentanti dello Stato che hanno preso, ordinato e mai riconsiderato la decisione di interrompere la protezione di cui beneficiava Lea Garofalo? Si intende la responsabilità di coloro che hanno omesso di effettuare dei controlli adeguati in quanto alla sicurezza di questa collaboratrice e che si sono limitati a prendere atto della sua decisione di rinunciare alla protezione, non curandosi di tener conto del danno assoluto che questo avrebbe rappresentato per lei. L'analisi dei fatti sottolinea una certa arbitrarietà nella valutazione del rischio per la vita, nella misura in cui la valutazione non ha tenuto conto dell'esistenza di un rischio talmente concreto, da essere effettivamente confermato. Inoltre, l'analisi evidenzia l'esistenza di una normativa lacunosa e inappropriata a garantire la protezione del diritto alla vita.

Nel caso di specie, privata del suo status di collaboratrice e soprattutto dopo il tentativo di assassinio di cui era stata bersaglio, esistevano delle ragioni concrete e sufficienti che consentivano di prevedere un rischio reale di attentato alla vita di Lea Garofalo. Le autorità avevano già avuto conoscenza dell'esistenza di un rischio certo ed immediato per la vita di questa donna, resa più vulnerabile ancora per il fatto di non beneficiare più del programma di protezione²⁹. La asserita inutilità delle sue rivelazioni o la sua rinuncia volontaria alla protezione dello Stato non eliminavano la sua condanna a morte da parte

²⁷ Corte eur. dir. uomo, *Mme W c. Regno Unito*, ricorso n. 9749/82, sentenza del 28 febbraio 1983, par. 4.

²⁸ Corte eur. dir. uomo, *Mastromatteo c. Italia*, ricorso n. 37703/97, Grande Camera, sentenza del 24 ottobre 2002, par. 44-49.

²⁹ Corte eur. dir. uomo, *Osman c. Regno Unito*, ricorso n. 23452/94, Grande Camera, sentenza del 28 ottobre 1998, par. 115-116; *Edward c. Regno Unito*, sentenza del 14 marzo 2002, par. 56.

della mafia in quanto delatrice, né riducevano il livello di rischio, in ragione del fatto che ella aveva già collaborato con le autorità. In mancanza di qualsivoglia protezione, ella era ancora più esposta alla vendetta della cosca.

La rinuncia alla protezione giudiziaria avrebbe dovuto, *a contrario*, essere interpretata per ciò che realmente era: un atto di ribellione innanzi all'inefficacia della legge posta a protezione dei collaboratori e innanzi all'arbitrarietà delle pubbliche autorità che le avevano revocato una protezione di cui ella aveva invocato più volte la necessità, prima di rinunciarvi volontariamente come gesto di contestazione. È in tale spirito che la stessa aveva intrapreso numerosi ricorsi contro la decisione di revoca e, come *extrema ratio*, un mese prima della sua scomparsa, aveva scritto al Presidente della Repubblica³⁰. La sua rinuncia, dunque, non era che la manifestazione del suo sconforto e la sua decisione drammatica avrebbe dovuto produrre un rafforzamento dell'assistenza giudiziaria a suo beneficio, finanche contro la sua volontà, ma in nessun caso avrebbe dovuto provocare l'interruzione della protezione, vale a dire l'interruzione di ogni misura concreta capace di proteggere una persona contro la minaccia criminale perpetrata da qualcuno³¹. È evidente che il tentativo di assassinio non era stato tenuto in debito conto dalle autorità e che non era stata adottata la particolare prudenza che questo caso richiedeva.

Non vi è alcun dubbio che l'articolo 2 summenzionato obbliga lo Stato ad ottemperare al suo dovere fondamentale consistente nell'adottare tutte le misure necessarie per garantire la protezione delle persone poste sotto la sua giurisdizione, e che questo obbligo non è limitato ad interdire allo Stato di provocare la morte in modo volontario³². Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo già evocata, l'obbligazione dello Stato non si limita ad assicurare concretamente il diritto alla vita per il tramite di una legislazione penale capace di prevenire, reprimere e sanzionare i crimini³³. È ugualmente vero che lo Stato non è obbligato a dispiegare una protezione generica in tutti i possibili casi di minacce ipotetiche, sussistendo l'obbligo solo in certe circostanze preci-

³⁰ V. *Una lettera pubblicata tardivamente*, 2 dicembre 2010: «[...] Ora con questa mia lettera vorrei presuntuosamente cambiare il corso della mia triste storia. Vorrei Signor Presidente che con questa mia richiesta di aiuto lei rispondesse alle decine, se non centinaia di persone oltre a me che oggi si trovano nella mia stessa situazione. Ora non so sinceramente quanti di noi non abbiano mai commesso alcun reato e dopo aver denunciato diversi atti criminali si sono trovati catalogati come collaboratori di giustizia e quindi appartenenti a quella nota fascia di infami, così chiamati in Italia, piuttosto che testimoni di atti criminali [...] Lei oggi signor Presidente può cambiare il corso della storia [...] ho bisogno di aiuto, qualcuno ci aiuti. Please. Una giovane madre disperata.», disponibile su www.suddegenere.wordpress.com (consultato 15.06.2011).

³¹ Corte eur. dir. uomo, *Osman c. Regno Unito*, *ibid.*

³² Corte eur. dir. uomo, *Osman c. Regno Unito*, *ibid.*, par. 115.

³³ Corte eur. dir. uomo, *Magomadova et al. c. Russia*, ricorso n. 33933/05, sentenza del 17 settembre 2009.

se che impongono l'adozione preventiva di misure d'ordine pratico miranti alla protezione di individui la cui vita sia realmente minacciata³⁴.

L'obbligazione positiva dunque non è assoluta ma la valutazione delle circostanze di specie rivela una «disfunzione dei poteri pubblici» che implica la responsabilità delle autorità per non avere adottato tutte le misure possibili e adeguate miranti ad impedire l'attentato alla vita, a dispetto del fatto che esse erano perfettamente a conoscenza dell'esistenza di un rischio concreto di un esito fatale³⁵.

Nel caso di specie, le misure preventive appropriate esistevano – anche se in modo limitato – e consistevano nell'applicazione del programma di protezione, unica misura possibile capace di proteggere la vita di Lea Garofalo contro un rischio reale che si era già materializzato una volta. Tali misure non imponevano allo Stato alcun onere eccessivo, insopportabile o incompatibile con le misure di polizia e le risorse disponibili. In vista della prevedibilità evidente di una minaccia concreta alla vita di Lea Garofalo, era così possibile determinare in anticipo l'utilizzo e l'entità delle risorse previste dalla legge³⁶. Si tratta di misure imposte in determinate circostanze più fattuali che formali, poiché il diritto alla vita, secondo la formulazione che ne dà l'articolo 2, non è solo un principio.

L'obbligazione positiva impone che la legge da applicare – vale a dire la legge concernente i collaboratori di giustizia – sia efficace. Ora, una protezione realmente efficace deve essere tale da proteggere, anche quando le rivelazioni del collaboratore di giustizia non presentano più un'utilità per lo svolgimento dell'inchiesta, posto che la vita del collaboratore è ancora in pericolo. Del resto, se è vero che lo Stato realizza un investimento dal punto di vista economico, il cui plafond varia in funzione dell'utilità delle dichiarazioni del collaboratore, è ugualmente vero che occorre conciliare la tendenza a limitare l'entità di questo investimento con l'esigenza primaria di proteggere la vita del collaboratore. La necessità di limitare i costi non deve prevalere sul dovere dello Stato di continuare a proteggere una persona la cui vita continua ad essere minacciata. Questo argomento è ancora più valido per ciò che concerne i collaboratori che sono dei semplici testimoni, vale a dire che non hanno mai fatto parte dell'organizzazione criminale sulla quale donano delle informazioni. In altri termini, la protezione della vita di un collaboratore di giustizia, per definizione esposto al rischio della ritorsione dei criminali, dovrebbe, per risultare efficace, essere superiore a tutte le considerazioni sull'utilità delle sue rivelazioni, la valutazione della situazione dovendo focalizzarsi sull'esistenza reale di una minaccia per la vita della persona che ha fornito le informazioni.

³⁴ Corte eur. dir. uomo, *Mastromatteo c. Italia*, *ibid.*, par. 67; *Branko Tomašić et al. c. Croazia*, ricorso n. 46598/06, sentenza del 15 gennaio 2009, par. 50; *Opuz c. Turchia*, ricorso n. 33401/02, sentenza del 9 giugno 2009, par. 128.

³⁵ Corte eur. dir. uomo, *Cakici c. Turchia*, ricorso n. 23657/94, sentenza del 8 luglio 1999.

³⁶ Corte eur. dir. uomo, *Osman c. Regno Unito*, *ibid.*, par. 116.

Un'attenta interpretazione del caso di specie dimostra che le autorità conoscevano l'esistenza di una minaccia reale e immediata per la vita di Lea Garofalo per via dell'aggressione subita, e che queste hanno mancato al loro dovere, ovvero alla loro obbligazione positiva di proteggerla adottando tutte le misure che avrebbero annullato o in ogni caso ridotto il rischio. È di tutta evidenza che, né prima del tentativo di assassinio, né dopo questo, alcuna verifica è stata operata quanto all'assenza di rischio per la vita – così come lo richiedevano le circostanze – relativamente ad una cittadina particolarmente vulnerabile. Una rivalutazione del rischio avrebbe dovuto operarsi successivamente ad un episodio così grave, come il precedente attentato sventato: questo avrebbe certamente permesso di evitare il secondo episodio, vale a dire la sparizione e la morte della vittima.

La Corte ha già stabilito, in diverse decisioni, la necessità di fare una distinzione tra il dovere di una protezione generale dovuta alla collettività contro qualsivoglia crimine di cui potrebbe questa essere vittima, ed il dovere di proteggere degli individui ben identificati, per il quale il rischio di attentato alla vita è conosciuto in anticipo³⁷. In questa prospettiva, ci si può chiedere se è stato fatto tutto ciò che era ragionevolmente possibile per impedire che si avverasse il rischio previsto o che avrebbe dovuto essere previsto, ovvero se le autorità hanno impiegato tutta la dovuta diligenza al fine di assicurare che il rischio che correva questa donna fosse «ridotto al minimo»³⁸.

Inoltre, bisogna considerare che delle inchieste più rapide e fruttuose sui mandanti e l'esecutore dell'attentato fallito, avrebbero potuto frenare l'eventuale pianificazione di un'altra azione criminale contro la vittima, concretizzatasi poi nella eliminazione definitiva della stessa. Nel caso di specie, l'interruzione del programma di protezione avrebbe dovuto essere valutata con molta prudenza dalle autorità pubbliche, e ciò sia nel caso di una interruzione dovuta ad una decisione irrevocabile delle stesse autorità, sia nel caso di una interruzione risultante da una decisione presa volontariamente dalla persona in questione³⁹.

³⁷ Corte eur. dir. uomo, *Mastromatteo c. Italia*, *ibid.*, par. 69 et 74; *Osman c. Regno Unito*, *ibid.*, par. 116; *Branko Tomašić c. Croazia*, ricorso n. 46598/06, sentenza del 15 aprile 2009; *Opuz c. Turchia*, *ibid.*

³⁸ Non sottolineato nel testo. Per un orientamento contrario, v. Corte eur. dir. uomo, *Andronicou et Constantinou c. Cipro*, sentenza del 9 ottobre 1997.

³⁹ Lo stesso principio è stato sancito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in merito ad un caso analogo che ha portato alla condanna dell'Italia, giudicata responsabile per la morte di una donna e della sua giovane figlia selvaggiamente assassinate. Recidivo già condannato diverse volte per numerosi episodi di una violenza atroce a carattere sessista, il sig. Izzo continuava a beneficiare del regime di semi-libertà, a dispetto del dovere delle autorità giudiziarie di applicare e mantenere ogni misura ragionevolmente necessaria – in ragione della straordinaria caratura criminale dell'individuo – come testimoniato dalla sua fedina penale – per ridurre un rischio perfettamente prevedibile e reale per la vita altrui (salvo considerare che esigere di evitare un rischio sia una pretesa eccessiva!). Relativamente all'*affaire Maiorano et al. c. Italia* citato, la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata adita indipendentemente

Nel caso particolare di Lea Garofalo, l'intenzione di eliminarla fisicamente e l'assoluta libertà di azione della criminalità hanno mostrato in due occasioni la debolezza di una protezione che, al contrario, avrebbe dovuto essere senza crepe onde prevenire gli atti criminali annunciati e assicurare alla giustizia gli autori di minacce esistenti e non semplicemente ipotetiche, affinché non si realizzassero⁴⁰. Il dovere dello Stato di rispettare la volontà di una donna che aveva rifiutato la protezione, non doveva dunque essere considerato come superiore al dovere di proteggere quel bene supremo che era la sua vita⁴¹. Infatti, il tentativo di omicidio era stato talmente grave, che la decisione di interrompere la protezione non era giustificabile. Coerentemente con questa interpretazione e quantunque contro la sua volontà, la protezione della vita di questa persona mai avrebbe dovuto subire una interruzione e avrebbe dovuto essere mantenuta, conformemente all'articolo 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il diritto alla vita e il diritto all'autodeterminazione

La decisione di Lea Garofalo di rinunciare alla protezione era evidentemente una decisione suicida. In materia di condotte suicide, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che il diritto alla vita non fa nascere un diritto alla morte, soprattutto con l'aiuto di terzi o con il consenso formale o l'assenso delle autorità pubbliche. In altri termini, lo Stato non può accogliere passivamente una intenzione suicida, né contribuire alla sua realizzazione con delle azioni concrete. Nel caso *Pretty c. Royaume Uni*, una donna affetta da una malattia degenerativa, aveva chiesto alle autorità di non incriminare suo marito per averla aiutata a morire, in virtù della sua volontà di suicidarsi. Secondo l'orientamento della Corte, il fatto che la pratica dell'assistenza al suicidio sia ammessa in certi paesi non implica un diritto a morire.

Nel caso di specie, è possibile affermare che accogliendo la decisione suicida di sottrarsi alle sole misure atte a proteggerla da una morte certa, le autorità, da un lato, hanno rispettato la volontà di Lea Garofalo, ma, dall'altro, ne hanno facilitato la morte? In realtà, la decisione era suicida ma non lo era la volontà, dal momento che la volontà manifestata era unicamente quella di rifiutare, sulla base di una decisione dimostrativa estrema e pericolosa, una protezione che si era rivelata inefficace. In questo caso, la violazione dell'art. 8 sarebbe giustificata in vista della salvaguardia dell'art. 2 della CEDU. La protezione del

mente dalla conclusione delle vie di ricorso interne, sulla base del fatto che non si trattava di attribuire un indennizzo, ma di affermare un principio tutelato dalla Convenzione; v. Corte eur. dir. uomo, *Maiorano et al. c. Italia*, ricorso n. 28634/06, sentenza del 15 dicembre 2009, par. 115-116, 117-121; *Osman c. Regno Unito*, *ibid.*, par. 116.

⁴⁰ Corte eur. dir. uomo, *ibid.*

⁴¹ Nello stesso senso, v. Corte eur. dir. uomo, *Opuz v. Turchia*, *ibid.*

diritto alla vita sarebbe, pertanto, superiore rispetto al diritto all'autodeterminazione e giustificerebbe per questo una intrusione dello Stato nella vita privata. In considerazione di ciò, la Corte ha giudicato contraria alla Convenzione una accettazione generalizzata del suicidio assistito⁴².

Nell'*affaire* Garofalo, l'ingerenza nella vita privata avrebbe ridotto il rischio di lesione di un diritto superiore. Le autorità hanno dunque agito senza effettuare la minima valutazione critica della loro decisione, laddove un bilanciamento degli interessi in gioco era oltremodo necessario, poiché la protezione di un diritto fondamentale da parte di uno Stato va al di là del consenso del titolare del diritto e del rispetto pedissequo da parte dei funzionari, della norma scritta, essendo il fine principale quello di proteggere la dignità dell'essere umano in uno spirito di solidarietà.

Ci si interroga sulla questione se il diritto a far rispettare il diritto alla vita – che è altra cosa rispetto al diritto alla vita *tout court* – non sia, così come il diritto al rispetto della dignità, insuscettibile di rinuncia da parte del soggetto titolare, obbligando gli altri a conformarvisi a prescindere dalla volontà del titolare⁴³. Ma, ci si domanda soprattutto quale sia la linea di demarcazione tra questi concetti e se, nel caso Garofalo, l'obbligo di rispettare il diritto altrui alla vita non finisca per implicare anche l'obbligo di protezione persino contro la volontà dell'interessato⁴⁴.

⁴² Corte eur. dir. uomo, *Haas c. Svizzera*, ricorso n. 36983/97, sentenza del 20 gennaio 2011. La Corte ha tuttavia stabilito che la legislazione elvetica che autorizza il suicidio assistito non è in contrasto con l'art. 2, poiché il permesso del suicidio assistito è il frutto di un corretto bilanciamento tra interessi in gioco, l'interesse dell'individuo e gli interessi della collettività. La decisione della Corte poggia, altresì, sull'assenza del consenso in materia tra gli Stati, in ragione delle differenze storiche, politiche, culturali ed etiche degli Stati membri. A tale riguardo, v. Corte eur. dir. uomo, *Harroudj c. Francia*, ricorso n. 43631/09, sentenza del 4 ottobre 2012, p. 44: «[...] *La marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants est de façon générale ample lorsque les autorités publiques doivent ménager un équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il n'existe pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger*».

⁴³ Corte eur. dir. uomo, *Yaşa c. Turchia*, ricorso n. 22495/93, sentenza del 2 settembre 1998, par. 102-104; *Cakıcı c. Turchia*, ibid., par. 80, 87 e 106; *Tanrıkulu c. Turchia*, ricorso n. 23763/94, Grande Camera, sentenza del 8 luglio 1999, par. 109.

⁴⁴ A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, disponibile su www.forumcostituzionale.it: «[...] diritto alla vita, di cui ciascuno di noi può fare ciò che vuole. Non è, però, esattamente così [...] quest'ultima a certe condizioni è disponibile (o, diciamo meglio, "ragionevolmente disponibile"), la dignità no. Lo stesso Stato – com'è stato, ancora da ultimo, opportunamente rammentato – può chiedere ai suoi cittadini, nel momento in cui li chiama alla difesa della Patria, il sacrificio della vita (o, diciamo meglio, la sottoposizione al rischio della morte) ma non può, in alcun caso o modo, chiedere loro di rinunciare alla propria dignità», (consultato il 29 luglio 2013).

Conclusione

Alla luce dei fatti e delle considerazioni che precedono, dall'analisi giuridica effettuata e dall'interpretazione che la Corte europea offre dell'art. 2, è possibile ravvisare una forma di responsabilità dello Stato nella morte di Lea Garofalo? È possibile affermare che questa collaboratrice di giustizia è stata abbandonata dalle istituzioni e che il suo Paese avrebbe dovuto proteggere la sua vita attraverso una legislazione efficace, indipendentemente dall'asserita inutilità delle sue dichiarazioni ai fini dell'inchiesta e indipendentemente dalla sua volontà di essere protetta o no? È possibile ritenere che con la normativa entrata in vigore nel 2018 l'esito della vicenda sarebbe stato diverso?

Dall'analisi dei fatti emerge una duplice responsabilità: quella degli esecutori materiali e dei mandanti dell'omicidio, ma ugualmente quella dello Stato italiano per non aver protetto adeguatamente la vita di una collaboratrice di giustizia, che è dunque due volte vittima. È di tutta evidenza come Lea Garofalo non avrebbe perso la vita in presenza di misure di protezione efficaci. La stessa inefficienza della normativa è emersa in altri casi analoghi, laddove i collaboratori hanno lamentato una situazione di abbandono da parte delle istituzioni. Da un'analisi *ex post* dell'*affaire* Garofalo, è possibile arguirne che la responsabilità per la sua morte non imputabile alla collaboratrice, malgrado la sua rinuncia volontaria e apparentemente autentica.

Il rischio per la sua vita non può essere imputato a Lea Garofalo, poiché è la perdita di fiducia verso le istituzioni, confermata più volte dalle sue richieste, che era all'origine della sua scelta di rinunciare alla protezione. Attraverso le sue rivelazioni, Lea Garofalo, consapevole di mettere la propria vita in pericolo, ha apportato il proprio contributo all'inchiesta. Per determinare le responsabilità, poco importa di sapere se la persona ha collaborato per interesse personale o per ritorsione, o se le sue rivelazioni erano veramente utili, poiché l'utilità generale di un collaboratore di giustizia non si giudica unicamente sulla base delle inchieste, ma della società tutta, costantemente colpita dal flagello della criminalità organizzata⁴⁵.

Alla luce di tale constatazione, l'analisi giuridica dei fatti non può celare una duplice debolezza delle istituzioni che hanno bisogno dei collaboratori di giustizia per combattere la criminalità organizzata, ma che non sono sempre in grado di proteggere. Si tratta di un'incapacità che non può che scoraggiare il testimone a collaborare, specie dopo l'entrata in vigore di una legge la cui finalità era evidentemente di ridurre il fenomeno e non di regolamentarlo in

⁴⁵ V. *Una lettera pubblicata tardivamente*, in *Il Quotidiano della Calabria.it*, *supra*, «[...] Oggi mi trovo, assieme a mia figlia, isolata da tutto e da tutti; ho perso la mia famiglia, ho perso il mio lavoro (anche se precario), ho perso la casa, ho perso i miei innumerevoli amici, ho perso ogni aspettativa di futuro, ma questo lo avevo messo in conto, sapevo a cosa andavo incontro facendo una scelta simile [...]», disponibile su www.suddegenerere.wordpress.com, (consultato il 15 giugno 2011).

maniera più efficace⁴⁶. La conseguenza è che l'obbligo di testimoniare non può più costituire un obbligo morale – che è il riflesso di un sentimento di appartenenza allo Stato –, nella misura in cui esso resta un semplice obbligo legale, al quale è sempre possibile sottrarsi per paura di essere assassinati⁴⁷.

Il caso Garofalo è lo specchio della difficoltà dello Stato di proteggere i propri cittadini, specialmente coloro che mettono la loro vita al servizio della collettività. Il cittadino non può esigere dalla criminalità organizzata l'obbligo di non uccidere. Ma esiste, al contrario, una esigibilità rispetto allo Stato, il quale, nella lotta alla criminalità, ha degli obblighi verso i propri cittadini, poiché si tratta di un impegno che lo Stato assume davanti alla comunità internazionale attraverso la firma e la ratifica di convenzioni che proteggono il diritto alla vita quale diritto principe e che trova il suo fondamento nel carattere d'ordine pubblico della CEDU, al quale è legato il principio del rispetto della dignità umana «attuata» e la nozione di rispetto della vita nella dignità. Non si può vedere unicamente nella condanna penale dei responsabili dell'assassinio la manifestazione di una volontà di riaffermare il valore dei principi garantiti dall'articolo 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁸.

La lettera scritta da Lea Garofalo, un mese prima di morire, prova ancora oggi che quest'ultima ha continuato a chiedere alle istituzioni aiuto e allo Stato di compiere la sua obbligazione positiva⁴⁹. Forse oggi, con l'attuale normativa, l'epilogo della vicenda sarebbe stato diverso.

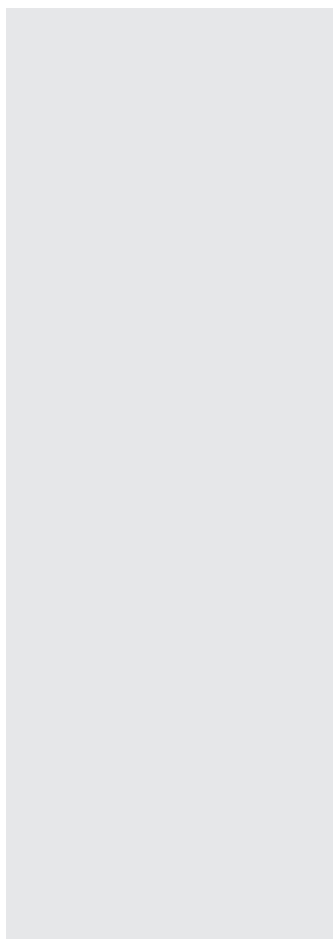
⁴⁶ V. *Omicidi di mafia al nord 2005-2010*, disponibile su www.speciali.espresso.repubblica.it (consultato il 15 giugno 2011).

⁴⁷ Lea Garofalo, lungi dall'avere fiducia nelle istituzioni, aveva comunque dimostrato un senso elevato dello Stato, al quale ha continuato a rivolgersi fino a poco prima di morire, «[...] pensavo sinceramente che denunciare fosse l'unico modo per porre fine agli innumerevoli soprusi[...]oggi e dopo tutti i precedenti, mi chiedo ancora come ho potuto anche solo pensare che in Italia possa realmente esistere qualcosa di simile alla giustizia [...] La cosa peggiore [...] il mio attuale legale che si dice disponibile a tutelarli e di fatto non risponde neanche alle mie telefonate [...] Siamo da circa sette anni in un programma di protezione provvisorio, in casi normali la provvisorietà dura all'incirca 1 anno e, permettetemi, oltre ogni limite, in quanto quotidianamente vengono violati i nostri diritti fondamentali sanciti dalle leggi europee [...], disponibile su www.suddegenere.wordpress.com (consultato il 15 giugno 2011); v. anche *Omicidi di mafia al nord 2005-2010*, disponibile su www.speciali.espresso.repubblica.it (consultato il 15 giugno 2011).

⁴⁸ V.B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Documentation Française, Paris pp. 404-405, 411-412, 439-441.

⁴⁹ Vedi *La lettera di Lea al Capo dello Stato prima di essere ammazzata*, «[...] La prego Signor Presidente ci dia un segnale di speranza, non attendiamo che quello, e a chi si intende di diritto civile e penale, anche voi aiutate chi è in difficoltà ingiustamente! [...] La cosa peggiore è che conosco già il destino che mi aspetta, dopo essere stata colpita negli interessi materiali e affettivi arriverà la morte! Inaspettata, indegna e inesorabile», disponibile su www.19luglio1992, (consultato il 15 giugno 2011).

PROFESSIONI, CULTURA E SOCIETÀ



Il Consiglio di Stato e la sperimentazione tra limiti alla ricerca scientifica e difesa del benessere degli animali

Nota a sentenza: Consiglio di Stato, Sez. III, 28 gennaio 2021, n. 1186/2021

Micaela Lottini

La *ratio* della controversia: l'autorizzazione *ex art.* 31 del d.lgs., 4 marzo 2014, n. 26 e le relative valutazioni tecnico-scientifiche

La L.A.V. (Lega Antivivisezione Ente Morale Onlus), associazione animalista che svolge una costante opera di tutela e garanzia dei diritti degli animali ed il cui scopo principale è la protezione degli animali e l'affermazione dei loro diritti¹, impugna (unitamente a Osa – Oltre la Sperimentazione Animale Onlus), dinanzi al TAR Lazio (sede di Roma), l'autorizzazione (e gli atti della relativa istruttoria procedimentale), rilasciata dal Ministero della Salute (ai sensi del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 26)², relativa ad un progetto di ricerca presentato dall'Università degli Studi di Parma, denominato: “Meccanismi anatomo-fisiologici soggiacenti il recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale”, che prevede la sperimentazione su animali vivi.

L'utilizzo di animali a scopo di sperimentazione è disciplinato dalla Direttiva n. 2010/63/UE, “Sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici”³, ed, in Italia, dal d.lgs. di attuazione, 4 marzo 2014, n. 26.

L'art. 31, del d.lgs. n. 26, al comma 1, prevede, che l'Organismo preposto al benessere degli animali («istituito presso ciascun allevatore, fornitore o utilizzatore»⁴ – in questo caso l'Università di Parma), presenti per via telematica certificata⁵, al Ministero, apposita domanda di autorizzazione, per l'esecuzione

¹ Sulla legittimazione a ricorrere della L.A.V., cfr., *inter alia*, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 1 aprile 2009, n. 3481/2009.

² Attuazione della Direttiva 2010/63/UE, “Sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici”.

³ Direttiva 2010/63/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2010, “Sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici”.

⁴ Art. 25 del d.lgs. n. 26 del 2014.

⁵ Per un'analisi dettagliata delle problematiche legate all'utilizzo delle nuove tecnologie nell'ambito dell'attività amministrativa, cfr., R. CAVALLO-PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino 2020.

di progetti di ricerca che prevedono l'utilizzo di animali, allegando tutta una serie di documenti, indicati ai commi successivi, tra cui un proprio parere motivato (ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. d) ed un parere rilasciato dal Consiglio Superiore di Sanità, in ordine alla valutazione tecnico-scientifica del predetto progetto di ricerca.

Nel caso di specie, inoltre, l'autorizzazione rilasciata dal Ministero della Salute deve tener conto del disposto dell'art. 8, d.lgs. n. 26 del 2014, poiché il progetto coinvolge primati non umani, una specie il cui uso, secondo la normativa europea e nazionale, è vietato salvo "casi eccezionali".

La L.A.V. ricorda, *in primis*, che il principio ispiratore della normativa in questione, europea ed italiana, è quello delle c.d. 3R (Replace, Reduce, Refine; Sostituzione, Riduzione, Perfezionamento).

In altre parole, l'utilizzo di animali a fini scientifici deve limitarsi ai casi in cui non sia possibile raggiungere i medesimi risultati attesi con metodi alternativi; in quest'ultimo caso, si deve ridurre all'indispensabile il numero di animali utilizzati, riducendo al minimo, sofferenza, dolore angoscia o danni prolungati.

Questi principi (tanto più pregnanti nel progetto presentato, dato l'utilizzo di primati non umani) sono declinati nei requisiti e nelle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione previsti dall'articolo 31 e devono essere alla base della decisione ministeriale che si fonda sulle valutazioni tecnico-scientifiche sopraindicate.

La L.A.V. lamenta come l'autorizzazione rilasciata risulti priva di motivazione, non essendo quindi possibile la ricostruzione dell'iter logico seguito; la stessa sarebbe stata resa al termine di un procedimento palesemente errato, in cui i passaggi normativamente richiesti sarebbero stati rispettati solo formalmente. Più nello specifico, non sarebbero stati considerati dal Ministero della Salute i principi delle 3R alla base della normativa europea e nazionale.

In questo senso, sia il parere dell'Organismo preposto al benessere animale, che la valutazione tecnico scientifica del Consiglio Superiore di Sanità, non sarebbero supportate da idonea istruttoria e da congrua motivazione, con la conseguenza che non sarebbero idonee a giustificare il rilascio della autorizzazione alla effettuazione del progetto di ricerca in questione. Infatti, non indicherebbero le ragioni tecnico-scientifiche sulle quali si basano, ma si limiterebbero a riportare alcune considerazioni senza approfondimento critico, né a favore, né contrario al progetto.

La ricorrente lamenta, inoltre, la violazione dell'art. 19, d.lgs. n. 26 del 2014, secondo cui: «gli animali utilizzati o destinati a essere utilizzati nelle procedure, previo parere favorevole del medico veterinario [...], possono essere reinseriti o reintrodotti in un habitat adeguato o in un sistema di allevamento appropriato alla loro specie, alle seguenti condizioni: a) lo stato di salute dell'animale lo permette; b) non vi è pericolo per la sanità pubblica, la salute animale o l'ambiente; c) sono state adottate le misure del caso per la salvaguardia del benessere dell'animale; d) è stato predisposto un programma di reinserimento

che assicura la socializzazione degli animali ovvero un programma di riabilitazione, se animali selvatici, prima della reintroduzione nel loro habitat [...].

Viene sottolineato, infatti, che i due primati non più utilizzabili per la sperimentazione perché malati sono stati riconsegnati al fornitore (con sede in Olanda), invece di essere reinseriti o reintrodotti in un habitat adeguato, senza fornire adeguata motivazione.

Ancora.

Nel ricorso viene messo in evidenza come, il parere positivo presentato dal Consiglio Superiore di Sanità fosse “condizionato” al fatto che l’Università dovesse presentare alla Direzione generale della Sanità Animale e dei Farmaci Veterinari del Ministero, report semestrali, contenenti i dati relativi alle condizioni di stress rilevate durante le singole fasi del progetto, nonché le misure intraprese per limitare gli effetti avversi.

Secondo la ricorrente, i report (seppure presentati) mancherebbero di adeguate informazioni sulle condizioni in cui versano gli animali, con particolare riguardo al loro livello di interazione e di adattamento al nuovo ambiente.

La Sezione III quater del TAR Lazio respinge il ricorso con sentenza 1 giugno 2020, n. 5771.

L'appello al Consiglio di Stato sulla legittimità del procedimento autorizzatorio e la disposizione della verifica

La sentenza del TAR Lazio viene impugnata presso la Sezione III del Consiglio di Stato, che con ordinanza cautelare sospende l'autorizzazione alla sperimentazione e successivamente dispone una verifica, con incarico assegnato alla IRCCS “Fondazione Bietti”, sulla base della quale viene adottata la sentenza che si annota.

La Sezione, nell'ambito della sentenza, chiarisce che il giudice ha il compito di valutare se il procedimento per il rilascio di un'autorizzazione alla sperimentazione mediante uso di animali, si sia svolto secondo le regole dettate dal d.lgs. n. 26 del 2014, quale disciplina di recepimento della Direttiva 2010/63/UE; questa normativa ha introdotto l'autorizzazione espressa allo svolgimento di progetti di sperimentazione che coinvolgono animali, in particolare nel rispetto del principio delle 3R, nonché, sottolinea la Sezione, nel rispetto del “principio fondamentale” dell'art. 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Quest' articolo, infatti, introdotto con la riforma di Lisbona, impone all'Unione e agli Stati membri di tenere pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali nell'ambito della formulazione e dell'attuazione delle loro politiche, in particolare nell'ambito della politica relativa all'integrazione del mercato interno.

Nello specifico, la Sezione, deve quindi operare una valutazione sul rispetto dei suddetti principi a partire dagli atti tecnici su cui si basa la predetta autorizzazione, ossia il parere dell'Organismo preposto al benessere animale

dell'Università di Parma e il parere favorevole espresso dal Consiglio Superiore di Sanità.

L'appellante lamenta, infatti, che questi atti tecnici sarebbero carenti di motivazione, limitandosi gli stessi a riportare stralci della relazione di presentazione del progetto da parte del gruppo di ricerca, citandone alcuni passaggi sintetizzati senza ulteriore approfondimento.

La Sezione chiarisce, quindi, come l'appellante non contesti il merito, ma il procedimento che ha condotto il Ministero ad adottare l'autorizzazione, asseritane carente degli opportuni ed indispensabili approfondimenti.

Questa impostazione rispetta il principio, pacifico nella giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui le valutazioni condotte dal soggetto amministrativo in questo caso il Ministero, e prima ancora, dagli altri soggetti intervenuti nel procedimento, rimangono fuori dal sindacato del giudice amministrativo⁶; essendo queste, infatti, frutto di nozioni scientifiche e di valutazioni tecnico-discrezionali che non possono essere messe in discussione, se non in caso di manifesta irragionevolezza o di palese travisamento di fatti.

Sicché, il giudice amministrativo può essere adito solo per censurare il mancato rispetto delle regole procedurali, che, in questo caso, impongono che l'autorizzazione alla sperimentazione sia data motivando sull'avvenuto rispetto del principio delle 3R, in base al quale, al fine di svolgere una ricerca involgente la sperimentazione sugli animali (ed a maggior ragione per quelle autorizzate in deroga), sussiste l'obbligo di rispettare i principi della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento.

Dato che, quindi, la risposta giurisdizionale coinvolge delle valutazioni di ordine tecnico-scientifico, la Sezione, specificando di essere nei limiti del proprio sindacato, nella fase cautelare dispone una verifica, al fine di valutare se il progetto in esame rispetti il principio di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale "primati non umani" vivi; se il progetto in esame rispetti il principio di riduzione, nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile; se il principio eurounitario della sostituzione sia rispettato in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto, e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani, considerato lo stato attuale della ricerca scientifica sui profili e risultati attesi dalla ricerca posta a base della impugnata autorizzazione; se le risultanze scientifiche dei pareri, sui quali l'autorizzazione si fonda *per relationem*, abbiano considerato tutti e tre gli elementi.

Ancora. La Sezione specifica che la verifica non è intesa ad un sindacato sul contenuto scientifico della ricerca, bensì sugli atti che, ne autorizzano l'avvio, ed è limitata alla legittimità e non alle caratteristiche scientifiche delle motivazioni con cui diversi organi scientifici pubblici si sono espressi.

⁶ M.A. SANDULLI, *Riflessione sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Diritto e società*, 2/2020, p. 195.

In altre parole, il giudice chiarisce come la valutazione si concentri non sulle conclusioni, ma sulla motivazione. Ossia, sul percorso logico seguito dai valutatori per legittimare l'autorizzazione, percorso logico che deve necessariamente prendere in considerazione i principi summenzionati, ma che può giungere alle conclusioni più diverse.

Verificare che il percorso logico abbia tenuto in considerazione i requisiti prescritti dalla normativa, significa, di fatto, accertare che siano state rispettate tutte le condizioni affinché possano legittimamente ponderarsi l'interesse del diritto/dovere alla ricerca scientifica, in rapporto ad altro interesse, anch'esso presidiato da tutela normativa nazionale ed europea, cioè il benessere animale.

La conclusione raggiunta nella verifica è che le risultanze scientifiche dei pareri in oggetto hanno considerato tutti e tre gli elementi che la normativa di settore pone quali condizioni per la sperimentazione su primati vivi non umani, elementi la cui mancanza sarebbe ostativa alla sperimentazione stessa.

La Sezione, da una parte, conclude che effettivamente, la motivazione sottesa all'autorizzazione ministeriale sia scarna, e non consenta di evincere con immediata evidenza le ragioni che hanno condotto a ritenere suscettibile di positiva valutazione il progetto; dall'altra però, la verifica disposta, esplicitando il relativo iter logico, ha consentito di avere la conferma della correttezza della conclusione alla quale erano pervenuti il Consiglio Superiore della Sanità e l'Organismo preposto al benessere animale, e cioè che il progetto rispetta i principi di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale "primati non umani" vivi; di riduzione, nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile; della sostituzione, in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto, e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani.

Sicché, accertato, attraverso la verifica, che l'obiettivo del progetto non potrebbe essere raggiunto con metodologie effettuate direttamente sull'uomo e che non sussistono metodi alternativi o la possibilità di effettuare la sperimentazione su un numero inferiore di macachi, la Sezione conclude per la legittimità della sperimentazione. Questo perché la verifica avrebbe dimostrato che la sperimentazione oggetto del progetto rispetta tutti i requisiti per essere autorizzata, esulando evidentemente dal sindacato del giudice il contenuto scientifico del progetto; nonché, un giudizio relativo alla legittimità/opportunità dell'utilizzo di cavie senzienti.

Rispetto degli obblighi di informazione come parametro per valutare la proporzionalità e ragionevolezza della prevalenza dell'interesse alla scienza su quello del benessere animale

Come già menzionato, l'appellante mette in evidenza come, il parere positivo presentato dal Consiglio Superiore di Sanità fosse "condizionato", al fatto che l'istituzione universitaria presentasse al Ministero report semestrali contenenti

i dati relativi alle condizioni degli animali e rileva che i report presentati mancherebbero di adeguate e dettagliate informazioni.

Secondo la III Sezione, la censura deve essere accolta; in effetti, anche alla luce dei pareri resi dagli esperti, conclude che i report in oggetto risultano carenti di informazioni riguardo alle condizioni fisiche, ma soprattutto psichiche dei macachi oggetto di sperimentazione, essendo in realtà un diario delle attività svolte e dell'ambiente circostante. In particolare, mancano di registrare lo stato fisico e psichico dei macachi ad ogni singola attività o stimolazione o terapia ai quali sono sottoposti.

Dopo aver evidenziato la incompletezza dei report, la Sezione si spinge oltre, evidenziando come la sussistenza di obblighi di informazione a carico degli istituti di ricerca, costituisca strumento indispensabile per assicurare la maggiore tutela possibile degli animali sottoposti a sperimentazione.

Questo al fine di operare, ancora una volta, il bilanciamento (in termini di proporzionalità)⁷, tra la ricerca scientifica che definisce quale «valore come tale universale e in generale non suscettibile di compressione», e la tutela degli esseri senzienti, assicurando di infliggere loro la minore sofferenza possibile durante le varie fasi del processo.

Solo con l'adempimento di tale obbligo, è possibile accettare il sacrificio di animali, esseri senzienti.

Sicché, sussiste l'obbligo imprescindibile degli enti di ricerca di effettuare e depositare rapporti periodici e frequenti, che includano gli aspetti di competenza dell'etologo.

In altre parole, nell'ambito di questi report, deve essere attestato che, nonostante le pratiche condotte sui macachi, è rispettato (quanto più possibile) il «benessere animale» di cui all'art. 13 TFUE.

I report, infatti, devono consentire al Ministero di svolgere un'attenta attività di controllo, per rilevare tutte le eventuali criticità e per porvi tempestivo rimedio.

Quindi, secondo la Sezione, se è vero che la valutazione di necessità relativa alla sperimentazione su esseri sensienti deve emergere nel quadro della autorizzazione, sulla base di pareri tecnico-scientifici, il Ministero, non può abdicare al suo dovere di controllo in corso d'opera, attraverso le informazioni rese dagli sperimentatori. Al fine di assicurare, non solo che la sperimentazione e le sue modalità *ex ante* siano legittime, ai sensi della normativa in materia, ma che durante tutto il procedimento venga garantito il massimo benessere animale possibile.

Interpretazione dell'articolo 19, d.lgs. n. 26 del 2014 ed obbligo di motivazione

Con riguardo alla violazione dall'art. 19, d.lgs. n. 26 del 2014, l'appellante lamenta che i due primati non più utilizzabili per la sperimentazione perché

⁷ In argomento, cfr., D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6/2019, p. 907.

malati sono stati riconsegnati al fornitore (con sede in Olanda), invece di essere reinseriti o reintrodotti in un habitat adeguato.

La Sezione ritiene di dichiarare l'inammissibilità della doglianza, dato che alla situazione non può più essere posto rimedio. Infatti, il giudice solo potrebbe ordinare ai responsabili della ricerca di richiedere la restituzione dei due primati – se ancora vivi – per destinarli ad idonea struttura in Italia, ma questo li costringerebbe ad affrontare un nuovo viaggio dall'Olanda, con evidente stress psico-fisico.

Ad ogni modo, la Sezione ritiene di dover operare un chiarimento *pro futuro*. Sottolinea, infatti, che l'art. 19, non prevede il reinserimento nell'habitat naturale dei soli animali utilizzati per la sperimentazione, ma anche per quelli "destinati a essere utilizzati", ossia quelli che erano stati scelti come cavie, ma sui quali non è stato possibile iniziare la ricerca.

Anche se la norma prevede la "possibilità" e non l'"obbligo" di reinserire questi animali nell'habitat naturale, la scelta di come esercitare tale facoltà richiede una seppur minima motivazione, non essendo alcuna delle due opzioni automatiche.

Quindi, la Sezione seppure, in maniera sintetica, sembra mettere in evidenza come la scelta di riconsegnare l'animale all'allevatore (evidentemente più economica) e quella di reinserire l'animale in un habitat naturale, scelta evidentemente più complicata e dispendiosa, deve essere motivata. In realtà, i criteri relativi alla scelta sono indicati dallo stesso art. 19, che deve essere letto alla luce del richiamato art.13 TFUE. In altre parole, la scelta dovrebbe essere mirata a garantire la migliore tutela possibile del benessere dell'animale coinvolto non, invece, gli interessi economici o pratici degli sperimentatori.

Esercizio del potere amministrativo ex art. 31 e ponderazione di interessi

Il Consiglio di Stato, con questa sentenza, si ritrova nel non invidiabile compito di decidere sulla sorte di 6 esseri senzienti non umani. L'approccio seguito è quello di utilizzare lo strumento della verifica, ossia di utilizzare dei tecnici esperti al fine di accertare (*rectius* valutare) il rispetto dei presupposti di natura tecnico-scientifica alla base della decisione ministeriale, in altre parole, ripercorrere l'iter logico dei pareri espressi, per verificare il rispetto dei principi più generali dell'agire amministrativo e dei principi a cui si ispira la normativa nazionale ed europea in materia.

È nell'ambito di questa normativa, infatti, che sono state operate le valutazioni giuridiche e morali sull'utilizzo degli animali a scopi scientifici, nonché il bilanciamento tra la tutela degli esseri senzienti non umani e la scienza come strumento di tutela della salute umana.

È interessante notare che (come non ha mancato di notare anche la dottrina)⁸ la Direttiva 2010/63, a differenza di altre normative a tutela degli

⁸ T.M. MOSCHETTA, *La sperimentazione sugli animali nel mercato interno dell'Unione europea*, in *Questa Rivista*, 1/2, 2018, pp. 121, 129.

animali⁹, riduce al massimo il potere lasciato agli Stati membri, sulla base del principio di sussidiarietà, di prevedere, in fase di attuazione, delle misure più stringenti a tutela del benessere degli animali e in linea con la differente sensibilità al tema nell'ambito dei singoli contesti nazionali. Anzi appunto prevede delle clausole di deroga (art. 55) che possano per motivi eccezionali giustificare l'utilizzo di misure "in peius".

In questo conteso è interessante richiamare un'altra recente sentenza (20 dicembre 2020), questa volta della Corte di giustizia¹⁰, dove appunto il potere di prevedere misure più stringenti riconosciuto dalla normativa in materia di tutela degli animali al momento dell'abbattimento¹¹, viene interpretato in maniera estensiva, fino poi a giustificare una legge regionale belga che limita la libertà di espressione religiosa, imponendo un seppur minimo stordimento durante le macellazioni rituali previste da alcuni credo.

Tornando al nostro tema della sperimentazione su animali vivi, il bilanciamento degli interessi e dei valori nel caso concreto avviene, in Italia, attraverso l'utilizzo di parametri e principi che devono emergere nell'esercizio del potere amministrativo autorizzatorio ex art. 31 del d.lgs. 2014, n. 26; il suddetto bilanciamento esula, invece, dall'ambito di intervento del giudice.

Attraverso il procedimento autorizzatorio, dovrebbero appunto essere ponderati, nel rispetto ovviamente di tutti i principi generali dell'azione amministrativa e degli specifici criteri e principi previsti dalla normativa di settore, gli interessi e valori in gioco.

La *ratio decidendum* della sentenza in oggetto è dunque chiara. La verifica tecnico-scientifica, ricostruendo l'*iter* logico dei pareri e, quindi, dell'autorizzazione, non ha mostrato (almeno ad avviso dei tecnici) la violazione dei suddetti parametri e principi. Sicché, il bilanciamento degli interessi è avvenuto in maniera legittima.

Ad ogni modo, la Sezione non si lascia sfuggire l'occasione di mettere qualche punto fermo.

Il benessere animale è un valore ormai parte dell'ordinamento giuridico europeo e deve essere preso in considerazione e tutelato¹². Più volte, nella

⁹ Regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, *relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento*. L'art. 26, al paragrafo 1 autorizza gli Stati membri a mantenere eventuali disposizioni nazionali intese a garantire una maggiore protezione degli animali durante l'abbattimento vigenti al momento dell'entrata in vigore di tale regolamento; al paragrafo 2, primo comma, lettera c), prevede che gli Stati membri possono adottare disposizioni nazionali intese a garantire agli animali, durante l'abbattimento, una protezione maggiore rispetto a quella prevista dal suddetto regolamento anche nel settore delle macellazioni rituali.

¹⁰ Sentenza del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri*, C-336/19, EU:C:2020:1031.

¹¹ Regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, *relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento*.

¹² In argomento, ci sia consentito rinviare a, M. LOTTINI, *Il benessere degli animali e il diritto dell'Unione Europea*, in *Questa Rivista*, 1/2, 2018, p. 11.

sentenza, viene richiamato l'art. 13 TFUE¹³. Quest'articolo affronta ed, in parte risolve, l'annosa questione giuridico-filosofica se gli animali debbano essere considerati oggetti di diritti conferiti ai proprietari o essere essi stessi titolari di interessi giuridici¹⁴, qualificando espressamente gli animali come "esseri senzienti", ossia chiarendo non solo che gli stessi non sono "oggetti", ma anche attribuendogli uno status particolare con una conseguente protezione giuridica, sebbene limitata¹⁵.

Come già accennato, lo stesso articolo vincola l'Unione e gli Stati membri alla considerazione del benessere animale «nella formulazione e nell'attuazione delle loro politiche nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e dello sviluppo tecnico e dello spazio». È stato affermato che questo elenco di politiche non è esaustivo, ma al contrario ha una «*mere exemplary nature*»¹⁶; inoltre, appare evidente la dimensione generale della politica del "mercato" interno, che come è noto rappresenta uno degli assi portanti dell'Unione.

È interessante notare come, a questo proposito, la Sezione, facendo riferimento all'art. 13 qualifichi il benessere animale come un "principio fondamentale".

In realtà, la Corte di giustizia¹⁷, chiamata più volte chiamata ad esprimersi in materia, ha escluso nettamente che il benessere animale possa essere considerato un principio fondamentale¹⁸.

Si tratta di un valore e di un interesse che deve essere ponderato e valutato nell'ambito delle scelte pubbliche attraverso il principio di proporzionalità.

¹³ Mette in evidenza la complessità interpretativa dell'articolo, K. SOWERY, *Sentient beings and tradable products: the curious constitutional status of animals under Union law*, in *Common market law review*, 55/2018, p. 55.

¹⁴ Sul tema, approfonditamente, F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Giappichelli, Torino 2005, *passim*. C.M. MAZZONI, *La questione dei diritti degli animali*, in S. CASTIGLIONE - L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano 2011, p. 281.

¹⁵ G. SPOTO, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in *Questa Rivista*, 1/2, 2018, p. 61.

¹⁶ M. KOTZUR, *Article 13-horizontal clause: protection of animals*, in R. GEIGER - D.E. KHAN - M. KOTZUR (diretto da), *European Union Treaties*, Hart, Oxford 2015, p. 225.

¹⁷ Sentenza del 12 luglio 2001, *Jippes*, C-189/01, EU:C:2001:420. Per un commento, cfr., E. SPAVENTA, *Case C-189/01 H. Jippes*, in *Common market law review*, 39/2002, p. 1159; sentenza del 14 giugno 2012, *Brouwer*, C-355/11, EU:C:2012:353; sentenza del 23 aprile 2015, *Zuchtviieb-Export*, C-424/13, ECLI:EU:C:2015:259.

¹⁸ Per una analisi e definizione del concetto di principio generale dell'Unione Europea, cfr., *inter alia*, J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna 2013, p. 543; D.U. GALETTA, *General principles of EU law as evidence of the development of a common European legal thinking: the example of the proportionality principle (from the Italian perspective)*, in H-J. BLANKE - P. CRUZ VILLANÓN - T. KLEIN - J. ZILLER (edito da), *Common European legal thinking. Essays in honor of Albrecht Weber*, Springer, Heidelberg 2015, p. 221.

Ossia, la relativa compromissione deve essere adeguata, necessaria e proporzionata, al raggiungimento della tutela di un altro valore, come ad esempio la salute umana.

Molto probabilmente, nel caso di specie, la Sezione *plus dixit quam voluit*; in altre parole, non ha inteso indicare il benessere animale come principio generale, ma ha voluto ancora una volta sottolineare il progresso della politica europea (ma anche nazionale) in materia che ha previsto nei più diversi ambiti del mercato unico, normative di armonizzazione volte a tutelare il benessere animale¹⁹, e svariate iniziative volte a fare emergere questo interesse nell'ambito della elaborazione ed attuazione delle iniziative di settore. Ci riferiamo, per esempio, all'istituzione della *EU Platform on animal welfare*, composta da un gruppo di esperti con funzioni consultive e di assistenza nei confronti della Commissione europea e degli Stati membri su questioni riguardanti il benessere animale²⁰.

In questo contesto, vogliamo inserire l'affermazione della Sezione, che sembra appunto rappresentare una nuova sensibilità sociale, politico e giuridica sul tema.

Il Consiglio di Stato, non poteva certo salvare i nostri macachi, fornisce però delle indicazioni, riguardanti l'obbligo di motivare le scelte fatte e di rendere trasparente l'intero processo.

Ad ogni modo, siamo certi che in futuro i nostri giudici, ed il legislatore interno ed europeo, saranno sempre più sensibili alle istanze di tutela degli animali, nel rispetto anche della mutata coscienza sociale e nella convinzione quale espressa dalle parole dell'Avvocato Generale Wahl, nelle sue conclusioni (presentate il 21 gennaio 2016) relative alla causa *Masterrind*²¹, «secondo un detto popolare, ufficiosamente attribuito al Mahatma Gandhi, la grandezza di una nazione e il suo progresso morale si possono giudicare in base al modo in cui essa tratta i suoi animali».

¹⁹ Nel corso del tempo, si sono susseguiti svariati interventi normativi riguardanti la protezione degli animali negli allevamenti (Direttiva (CE) n. 98/58 del 20 luglio 1998, *riguardante la protezione degli animali negli allevamenti*), durante il trasporto (Regolamento (CE) n. 1/2005, del 22 dicembre 2004, *sulla protezione degli animali durante il trasporto e le operazioni correlate che modifica le direttive 64/432/CEE e 93/119/CE*); il divieto di commercializzazione e di importazione nell'Unione e l'esportazione fuori dall'Unione di pellicce di cane e di gatto (Regolamento (CE) n. 1523/2007 dell'11 dicembre 2007, *che vieta la commercializzazione, l'importazione nella Comunità e l'esportazione fuori della Comunità di pellicce di cane e di gatto e di prodotti che le contengono*); il divieto di effettuare sperimentazioni sugli animali per testare i prodotti cosmetici (Regolamento (CE) n. 1223/2009 del 30 novembre 2009, *sui prodotti cosmetici*), ecc.

²⁰ Sul tema, per un approfondimento, ci sia consentito rinviare, a M. LOTTINI, G. GALLO, *Le iniziative a garanzia del benessere animale tra ordinamento interno ed ordinamento europeo. La EU Platform on animal welfare e il garante degli animali*, in *Questa Rivista*, 1/2, 2018, p. 103.

²¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, 21 gennaio 2016, *Masterrind*, C-469/14, EU:C:2016:47 par. 1.

* * *

Consiglio di Stato, Sez. III, 28 gennaio 2021, n. 1186/2021

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7021 del 2020, proposto dalla L.A.V. - Lega Antivivisezione Ente morale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Monica Squintu, con domicilio digitale come da pec da registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di San Basilio, n. 61;

contro

il Ministero della Salute, l'Università degli studi di Parma, l'Università degli studi di Torino, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

il Ministero della Salute, Direzione Generale della Sanità Mentale e dei Farmaci Veterinari - Ufficio 6; il Consiglio Superiore di Sanità; il Consiglio Superiore di Sanità - Sezione Sesta, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

nei confronti

del Dipartimento di Medicina e Chirurgia - Unità Neuroscienze dell'Università degli studi di Parma; Università di Torino - Dipartimento di Psicologia, O.P.B.A. - Organismo Preposto al Benessere Animale dell'Università degli studi di Parma, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. terza quater, 1 giugno 2020, n. 5771, concernente l'autorizzazione al progetto di ricerca "Meccanismi anatomo-fisiologici soggiacenti il recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale";

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Salute, dell'Università degli Studi di Parma e dell'Università degli Studi Torino;

Viste le memorie depositate dall'appellante L.A.V. - Lega Antivivisezione Ente morale Onlus in date 28 dicembre 2020 e 7 gennaio 2021;

Viste le memorie depositate dal Ministero della Salute, dall'Università degli Studi di Parma e dall'Università degli Studi Torino in date 4 e 5 ottobre 2020, 28 dicembre 2020 e 7 gennaio 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'ordinanza n. 5914 del 9 ottobre 2020, con la quale la Sezione ha disposto una verifica, con incarico assegnato alla IRCCS "Fondazione Bietti" nella persona del suo Presidente, Prof. Mario Stirpe, coadiuvato del Prof. Enrico Garaci;

Relatore nell'udienza del giorno 28 gennaio 2021, tenutasi in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

FATTO

1. La L.A.V. - Lega Antivivisezione Ente morale Onlus è un'associazione animalista che svolge una costante opera di tutela e garanzia dei diritti degli animali, avendo per scopo principale la protezione degli animali e l'affermazione dei loro diritti.

Ha impugnato (ricorso n. 10394/2019, unitamente a Osa Oltre La Sperimentazione Animale Onlus e ricorso n. 11774/2019) dinanzi al TAR Lazio, sede di Roma, l'autorizzazione rilasciata, in data 15 ottobre 2018, dal Ministero della Salute, ai sensi dell'art. 31, d.lgs. 4 marzo 2014, n. 26, e avente ad oggetto un progetto di ricerca presentato dall'Università degli Studi di Parma, denominato: "Meccanismi anatomo-fisiologici soggiacenti il recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale", nonché gli atti della relativa istruttoria procedimentale e, in particolare, il parere favorevole espresso in data 30 maggio 2018 dall'Organismo preposto al benessere animale (Opba) dell'Università di Parma, ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 26 del 2014 e il parere favorevole condizionato rilasciato dal Consiglio Superiore di Sanità (Css) – Sez. IV, ai sensi dell'art. 31, commi 3 e 4, d.lgs. n. 26 del 2014, nella seduta dell'11 settembre 2018, in ordine alla valutazione tecnico –scientifica del predetto progetto di ricerca. L'autorizzazione rilasciata dal Ministero della Salute rappresenta un'autorizzazione eccezionale alla sperimentazione animale coinvolgente primati non umani, una specie il cui uso, secondo la normativa europea e nazionale, è vietata salvo casi eccezionali (come stabilito dall'art. 8, d.lgs. n. 26 del 2014).

La L.A.V. ha dedotto, tra l'altro, la mancanza, nel progetto, dell'evidenza scientifica che sia impossibile raggiungere lo scopo sotteso alla sperimentazione, utilizzando specie diverse dai primati non umani, in violazione dell'art. 8, d.lgs. n.26 del 2014; sostiene che le valutazioni svolte a riguardo dall'Opba dell'Università di Parma e dal Css nei relativi pareri non sono supportate da idonea istruttoria e da congrua motivazione, con la conseguenza che non sarebbero idonee a giustificare il rilascio della autorizzazione alla effettuazione del progetto di ricerca in questione; sarebbe giuridicamente irrilevante il fatto che il progetto sia stato approvato dall'European Research Council (Erc), sia dal punto di vista scientifico che etico, essendo la concessione del finanziamento europeo irrilevante ai fini del rispetto delle norme di cui al d.lgs. n. 26 del 2014; inoltre, il supplemento di istruttoria disposto dal Css in ottemperanza all'ordine impartito dal Consiglio di Stato sarebbe stato limitato alla verifica della insussistenza di metodiche alternative rispetto alla sperimentazione su primati non umani, senza alcun accertamento ulteriore sul rispetto dei principi di riduzione e perfezionamento (in asserita violazione dell'ordine istruttorio impartito dal Consiglio di Stato con l'ordinanza cautelare 23 gennaio 2020,

n.230). Aggiunge che illegittimamente il progetto prevede l'utilizzazione di n. 6 primati non umani, in violazione del principio della riduzione, nonché del fatto che gli atti impugnati sarebbero in contrasto anche con il principio del perfezionamento, prevedendo la sperimentazione interventi che necessariamente cagioneranno un danno permanente agli animali utilizzati; lamenta altresì la violazione dell'art. 13, ultimo comma, d.lgs. n. 26 del 2014, laddove prescrive che va evitata la morte nelle procedure che prevedono l'impiego di animali vivi.

2. Con sentenza 1° giugno 2020, n. 5771 la sez. terza quater del TAR Lazio ha respinto i ricorsi sul rilievo che, diversamente da quanto rappresentato da parte ricorrente, sia l'Organismo preposto al benessere degli animali della Università di Parma che il Consiglio Superiore di Sanità hanno riconosciuto il carattere innovativo del progetto di ricerca e la sua valenza traslazionale (ossia la possibilità di trasferire sull'uomo gli elementi della ricerca acquisiti sul modello animale). Ha aggiunto che nella valutazione tecnico scientifica effettuata, ai sensi dell'art. 31, d.lgs. n. 26 del 2014, dal Css – Sez. IV nella seduta dell'11 settembre 2018 sono espressamente richiamate le relazioni predisposte dalla prof.ssa Gloria Pelizzo (componente e relatrice pro tempore del Css) e del prof. Antonio Crovace (esperto a supporto del predetto organo consultivo). Le conclusioni e le raccomandazioni formulate dalla relatrice prof.ssa Gloria Pelizzo sono state integralmente recepite dal Css nel parere favorevole condizionato espresso nella seduta dell'11 settembre 2018. Ha quindi concluso che sia l'Organismo preposto al benessere degli animali della Università di Parma, nell'emettere il parere di cui all'art. 26, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 26 del 2014, che il Consiglio Superiore di Sanità, nella valutazione tecnico scientifica di cui all'art. 31, commi 3 e 4, d.lgs. n. 26 del 2014, hanno valutato la sussistenza dei presupposti per il rilascio della autorizzazione alla esecuzione del progetto di ricerca contestati da parte ricorrente.

3. La sentenza del TAR Lazio 1° giugno 2020, n. 5771 è stata impugnata con appello notificato e depositato in data 9 settembre 2020. Erroneamente il giudice di primo grado non ha rilevato che l'autorizzazione rilasciata al progetto dell'università di Torino è stata resa al termine di un procedimento palesemente errato in cui i passaggi normativamente richiesti sono stati rispettati solo formalmente. Sia il parere dell'Organismo preposto al benessere animale che la valutazione tecnico scientifica del Consiglio Superiore di Sanità, infatti, non hanno in alcun modo motivato sul progetto limitandosi a riportare alcune considerazioni senza approfondimento critico né a favore né contrario al progetto stesso, e ciò su nessuno dei 14 punti individuati dall'art. 31, d.lgs. n. 26 del 2014. La stessa autorizzazione è del tutto priva di motivazione, non permettendo in alcun modo di ricostruire l'iter logico seguito. Inoltre, contrariamente a quanto tenta di sostenere il TAR Lazio, sia il parere dell'Opba che la valutazione del Css non contengono alcuna motivazione in ordine al progetto valutato, ma si limitano a riportare parte della relazione di presentazione del progetto da parte del gruppo di ricerca, citandone alcuni passaggi sintetizzati senza alcun

approfondimento ulteriore. La sentenza del TAR Lazio è altresì illegittima anche nel prosieguo laddove, al punto 11, afferma che: «La sussistenza dei presupposti per il rilascio dell'autorizzazione ha trovato ulteriore conferma nel supplemento di istruttoria effettuato dal Ministero della Salute, a seguito dell'ordine istruttorio impartito dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 230 del 2020»; si sofferma sulle molteplici contraddittorietà emerse dall'approfondimento svolto dal Ministero, ma le supera senza fornire alcuna motivazione. La sentenza del TAR Lazio è errata anche nel prosieguo laddove afferma che: «Il prof. Vito Martella evidenzia inoltre che il progetto in questione è stato esaminato sia sotto il profilo scientifico che sotto quello etico dall'European Research Council...». Il riferimento alla valutazione svolta dall'Erc è però del tutto irrilevante e priva di pregio ai fini dell'esame della validità dell'autorizzazione rilasciata dal Ministero della Salute, oggetto del contenzioso. Le valutazioni svolte dall'Erc, infatti, oltre ad essere successive al rilascio dell'autorizzazione sono del tutto irrilevanti ai fini del procedimento di cui al d.lgs. n. 26 del 2014. Un ulteriore profilo su cui il TAR Lazio ha omesso del tutto di pronunciarsi, viziando irrimediabilmente la sentenza, riguarda la censura inerente la mancata considerazione da parte del Ministero della Salute degli altri due principi costituenti il principio delle 3R contenuto al considerando n. 11 della direttiva 2010/63. La sentenza è errata anche laddove al punto 12 afferma che: «Anche le censure dedotte dalle parti ricorrenti avverso i report trasmessi dall'università di Parma, relativi alle condizioni degli animali utilizzati nella sperimentazione si rivelano infondate in fatto e in diritto». Nel report dell'11 settembre 2019, prot. 0000096, diversamente da quanto rappresentato dalle ricorrenti, l'Università di Parma non si è limitata ad una generica descrizione Dello stabulario, in quanto nella relazione si dà conto dei seguenti elementi:...". Il giudice di prime cure non fornisce, neanche su questo profilo, alcuna ulteriore motivazione a sostegno della decisione, nonostante l'articolata censura presente nel ricorso per motivi aggiunti. Infine, non si comprende il motivo per cui l'Università di Parma, nonostante il citato art. 19, d.lgs. n. 26 del 2014 sia chiaro nel prevedere che vengano fornite cure adeguate agli animali destinati ad essere utilizzati nelle procedure, abbia deciso al contrario di restituirli all'allevatore invece di valutarne la liberazione ed il conseguente reinserimento in un habitat adeguato, secondo le previsioni del citato art. 19.

4. Si sono costituiti in giudizio il Ministero della Salute, l'Università degli Studi di Parma e l'Università degli Studi Torino, che hanno sostenuto l'infondatezza dell'appello.

5. Il Ministero della Salute, Direzione Generale della Sanità Mentale e dei Farmaci Veterinari - Ufficio 6, il Consiglio Superiore di Sanità e il Consiglio Superiore di Sanità - Sezione Sesta non si sono costituiti in giudizio.

6. Con ordinanza cautelare 23 gennaio 2020, n. 230 la Sezione ha sospeso l'ordinanza del TAR Lazio, sede di Roma, sez. III quater, 5 novembre 2019, n.7130, sospendendo così l'autorizzazione alla sperimentazione.

7. Con successiva ordinanza n. 5914 del 9 ottobre 2020 la Sezione ha disposto una verifica, con incarico assegnato alla IRCCS “Fondazione Bietti” nella persona del suo Presidente, Prof. Mario Stirpe, coadiuvato dal Prof. Enrico Garaci.

8. All’udienza del 28 gennaio 2021, tenutasi in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell’art. 25, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, la Lega Antivivisezione Ente morale Onlus ha impugnato dinanzi al TAR Lazio l’autorizzazione del progetto di ricerca “Meccanismi anatomico-fisiologici soggiacenti il recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale”, rilasciata dal Ministero della Salute.

Al fine di chiarire le questioni sottese alla vicenda contenziosa giova premettere che gli esperimenti oggetto dell’autorizzazione rientrano – come è dato evincere dalla presentazione del progetto stesso – nel più ampio contesto di un progetto di ricerca traslazionale quinquennale, finanziato dallo European Research Council - Consolidator Grant 2017, che comprende anche una linea di ricerca su pazienti umani con lesioni alla corteccia visiva primaria. Per la sperimentazione è previsto l’impiego di sei animali (Macaca mulatta), di cui quattro destinati ad essere sottoposti a tutte le fasi della sperimentazione e due, invece, tenuti come “riserva”. Dei quattro animali sottoposti a tutte le fasi della sperimentazione, dopo la fase di addestramento e successiva ablazione omolaterale di VI, due saranno sottoposti a neurostimolazione diretta e due a stimolazione magneticatranscranica (TMS), con obiettivo ultimo di individuare e valutare un protocollo riabilitativo traslabile nell’uomo.

Il fine sotteso al progetto – che ha la durata di sessanta mesi – è di fornire una risposta al quesito di come si possa rendere consapevoli abilità visive residue rese inconse dalla lesione della corteccia visiva primaria; è, in altri termini, la ricerca sulla possibilità di recuperare la funzione visiva nella forma della cecità corticale al fine di migliorare la qualità di vita nei pazienti emianoptici.

La problematica sorge perché la lesione della corteccia visiva primaria (VI) in un singolo emisfero rende il soggetto clinicamente cieco rispetto agli stimoli presentati nella porzione controlaterale del campo visivo. Tuttavia, la maggior parte dei pazienti con lesioni di questo tipo, testati in compiti nei quali si richiede di discriminare tra stimoli in un paradigma di scelta forzata o di svolgere azioni guidate visivamente (come muoversi in un ambiente in cui vi sono diverse tipologie di ostacoli), mostrano capacità visive residue che dimostrano abilità percettive preservate, sebbene in assenza di consapevolezza (Poeppl *et al.* 1973, *Nature*; Weiskrantz *et al.* 1974, *Brain* Weiskrantz 1986, Oxford University Press; Ajina *et al.* 2015, *Elife*). Questa condizione è nota come “*blindsight*” o “visione cieca” ed indica che, nonostante i pazienti siano clinicamente ciechi nella parte lesionata del campo visivo, in cui affermano di non vedere nulla, mostrano la presenza di preservate capacità visive nei test o in alcune situazioni quotidiane.

La risposta al quesito se sia possibile rendere consapevoli abilità visive residue rese inconse dalla lesione della corteccia visiva primaria si può ottenere promuovendo processi di plasticità neuronale riconducibili a regioni corticali già responsabili delle funzioni percettive risparmiate nel paziente, le quali possono essere portate a vicariare l'assenza di VI nel recupero della consapevolezza visiva. In particolare, il fenomeno potrebbe dipendere da strutture nervose non compromesse (aree visive extrastriate) che acquisiscono e vicariano le proprietà di risposta della corteccia danneggiata (VI), oppure potrebbe derivare dal recupero delle proprietà funzionali pre-lesionali delle regioni extrastriate connesse con la corteccia (VI) danneggiata. Il progetto dirimerà la questione poiché le risposte delle stesse aree neurali agli stessi stimoli in condizione di presenza vs. assenza di consapevolezza visiva verranno comparate direttamente, permettendo di esaminare e confrontare il modo in cui queste risposte cambiano quando lo stesso stimolo viene elaborato con o senza consapevolezza visiva.

Dalla presentazione del progetto risulta che per il conseguimento dell'obiettivo manca: lo sviluppo e la validazione di un modello animale idoneo a studiare e comprendere i meccanismi neurofisiologici e neuroanatomici soggiacenti i processi che portano uno stimolo a superare la soglia dell'elaborazione inconscia, e che quindi possono essere sfruttati nel processo di recupero; lo sviluppo, la validazione e l'ottimizzazione sul modello animale, di interventi riabilitativi in grado di ripristinare la consapevolezza visiva nell'animale affetto da *blindsight* (visione cieca o non conscia), per poi passare all'applicazione dei protocolli risultati più validi sui pazienti.

Il protocollo riabilitativo utilizzerà in modo congiunto la stimolazione magnetica transcranica (TMS), per modulare la plasticità neurale tra le regioni visive risparmiate dalla lesione, e procedure comportamentali per la selezione di stimoli ecologicamente rilevanti e idonei ad evocare risposte specifiche anche quando proiettati nel campo cieco: le tipologie (es. espressioni emotive) e i parametri (es. alto contrasto, bassa frequenza spaziale) di questi stimoli visivi saranno ottimizzati per indurre la massima risposta nelle aree visive risparmiate e determinare una ulteriore plasticità neurale a supporto del recupero funzionale.

L'obiettivo ultimo del progetto comprende 3 principali sotto-obiettivi: sviluppo del modello sperimentale di primate non-umano per lo studio della consapevolezza visiva: la mappatura dettagliata del campo visivo cieco e delle risposte neurali associate; il recupero della consapevolezza visiva mediante attivazione di processi di plasticità cerebrale.

Come chiarito dalla Prof.ssa Gloria Pelizzo, componente e relatrice pro tempore della Sezione IV del Consiglio Superiore di Sanità nella Relazione tecnico scientifica redatta ai sensi dell'art. 31, d.lgs. n. 26 del 2014, il ricorso ad un modello animale chirurgicamente indotto è ampiamente riconosciuto in letteratura e rappresenta la metodologia di studio più idonea per esplorare i meccanismi soggiacenti al fenomeno *blindsight* in prospettiva di una ricerca

di traslazione in clinica umana. Il modello viene riportato in letteratura come “*blindsight in VI lesioned monkeys*” e prevede l’induzione di una lesione unilaterale VI. Scimmie con lesioni unilaterali VI mostrano una elaborazione visiva residua comprovata. Questi dati fanno presagire che una parte delle competenze visive residue siano mediate dal Collicolo Superiore (CS). Pertanto, i soggetti portatori di simili lesioni sono capaci di discriminare e localizzare stimoli visivi presentati nel campo visivo controlaterale se il compito diviene un esercizio interattivo e con una scelta forzata. Cowey e Stoerig confermano che questi pazienti si comportano come se non fossero coscienti di fronte alla richiesta di rispondere agli stimoli Sì/No in cui sono posti, ma sottoposti ad un quesito ripetitivo localizzano l’oggetto.

2. Delineati i contorni del progetto oggetto di autorizzazione, il Collegio può passare all’esame delle eccezioni sollevate dalle Amministrazioni resistenti.

Non è suscettibile di positiva valutazione l’eccezione di inammissibilità dell’appello, sollevata sul rilievo che la Lega Antivivisezione non sarebbe legittimata ad impugnare l’autorizzazione alla sperimentazione.

È sufficiente leggere lo Statuto della L.A.V. per verificare che si tratta di associazione che ha per fine la liberazione animale, l’affermazione dei diritti degli animali non umani e la loro protezione, alla zoomafia e la difesa dell’ambiente. Si batte per l’abolizione della vivisezione, della pesca, della caccia, delle produzioni animali, dell’allevamento, del commercio, degli spettacoli con animali e dell’utilizzo di qualsiasi essere vivente (art. 2 dello Statuto). Tale essendo lo scopo statutario della Lega, le questioni dedotte in giudizio – che, contrariamente a quanto affermano le Amministrazioni resistenti, sono tutt’altro che generiche – sono volte alla tutela della salute degli animali e non sono un “manifesto politico” finalizzato alla mera diffusione dei propri orientamenti in materia di benessere del mondo animale.

Non è suscettibile di positiva valutazione neanche l’eccezione relativa all’uso strumentale del ricorso, che sarebbe volto solo all’acquisizione del parere del Consiglio Superiore della Sanità, già acquisito dalla L.A.V.

Infine, non è condivisibile neanche l’eccezione di inammissibilità dell’atto di motivi aggiunti, correttamente depositati dopo che la L.A.V. aveva acquisito documentazione ostesa dal Ministero della salute a seguito di accesso ai documenti *ex art.* 22 l. 7 agosto 1990, n. 241 e, dunque, solo in quel momento conosciuta dalla Osa Oltre La Sperimentazione Animale Onlus, co-ricorrente nel giudizio n. 10394/2019.

3. Passando al merito, nell’atto di appello la L.A.V. ha precisato che erroneamente il TAR ha inteso il gravame come volto a censurare i ragionamenti svolti dall’Organismo preposto al benessere animale o dal Consiglio Superiore di Sanità, essendo stata invece contestata la modalità con cui si è svolto il procedimento e la totale assenza di motivazione dell’autorizzazione, in palese violazione della direttiva 2010/63/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 settembre 2010 sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici e del

d.lgs. 4 marzo 2014, n. 26, che l'ha recepita. In altri termini, la L.A.V. ha inteso sollecitare l'accertamento sul se il procedimento per il rilascio di un'autorizzazione alla sperimentazione, mediante uso di animali, si sia svolto secondo le regole dettate dal d.lgs. n. 26 del 2014, quale disciplina di recepimento della direttiva 2010/63/UE, che ha introdotto l'autorizzazione espressa allo svolgimento di progetti di sperimentazione che coinvolgono animali, e del principio fondamentale dell'art. 13 del TFUE. Si è inteso, dunque, chiedere di verificare se il potere amministrativo, nell'ambito del procedimento che ha portato al rilascio dell'autorizzazione, sia stato esercitato in maniera corretta dal momento che il provvedimento finale è del tutto privo di motivazione e non è possibile quindi ricostruire l'iter logico che ha portato al suo rilascio (primo motivo). Ed invero, contrariamente a quanto tenta di sostenere il TAR Lazio, sia il parere dell'Organismo preposto al benessere animale che la valutazione del Consiglio Superiore di Sanità non contengono alcuna motivazione in ordine al progetto valutato, ma si limitano a riportare stralci della relazione di presentazione del progetto da parte del gruppo di ricerca, citandone alcuni passaggi sintetizzati senza ulteriore approfondimento (secondo motivo).

Ha aggiunto l'appellante che nella Relazione del Gruppo di Lavoro permanente, composto dalla dott.ssa Emanuela D'Amore, dal dott. Guerino Lombardi, dal prof. Rodolfo Lorenzini e dal prof. Gian Luigi Mancardi, allegata al parere del Consiglio Superiore di Sanità del 23 marzo 2020, sono state sollevate perplessità in ordine alla traslabilità dei risultati acquisiti sull'uomo, evidenziando che «...sono moltissime le variabili e gli studi che appaiono in letteratura (di cui molti eseguiti su primati, ma considerevoli anche direttamente sull'uomo) e pertanto non si può affermare con certezza che non esistano metodi od approcci alternativi allo studio del fenomeno, e che non sia possibile utilizzare altro metodo o una strategia di sperimentazione scientificamente valida, ragionevolmente e praticamente applicabile che non implichi l'impiego di animali vivi» e ancora: «Si ritiene che prima di procedere ad un esame definitivo, che porti a riconsiderare tutti gli aspetti valutativi della Fase 1 del progetto, sia quantomeno necessario fornire, da parte dei proponenti, uno studio di meta-analisi certificata, fornito da un ente di comprovata affidabilità, indipendenza e terzietà, sulla modellistica proposta rispetto alle finalità generali perseguite». Contrariamente a quanto affermato dal giudice di primo grado tali perplessità, sempre ad avviso dell'appellante, non sono state adeguatamente superate dalla relazione del Prof. Vito Martella che, al contrario, pur prendendo atto delle criticità sollevate dal Gruppo di Lavoro afferma soltanto che, nonostante tutte queste criticità non si può rallentare la sperimentazione, perché si metterebbe a rischio il finanziamento europeo e che, comunque, i dubbi in ambito scientifico devono essere considerati perfettamente normali e non compromettenti l'intera ricerca. L'appellante, dal tenore della relazione evince che è stata evidenziata la necessità di dichiarare le necessità di svolgere ulteriori approfondimenti, senza i quali non sarebbe possibile affermare che suddetta attività di ricerca, sui pri-

mati non umani, sia indispensabile. Erroneamente, dunque, il TAR Lazio non avrebbe rilevato la contraddittorietà e illogicità della motivazione della relazione del Prof. Martella che, da un lato evidenzia le criticità sollevate dal gruppo di lavoro e dall'altro, invece, le supera con argomentazioni tautologiche prive di rilievo scientifico (terzo motivo).

Infine, il Ministero della Salute non avrebbe garantito il rispetto degli altri due principi costituenti il principio delle 3R: sostituzione, riduzione e perfezionamento. Non sarebbe stato, ad esempio, approfondito in alcun modo il problema legato al numero di animali coinvolti. Il d.lgs. n. 26 del 2014, all'art. 31, comma 4, lett. i), espressamente richiede l'utilizzo «del minor numero di animali per il raggiungimento delle finalità di progetto», mentre la sperimentazione autorizzata prevede l'impiego di ben sei primati non umani. Di conseguenza, oltre a provare l'assoluta necessità della ricerca (prova peraltro non fornita) si sarebbe dovuto anche svolgere un approfondimento sul rispetto del principio della riduzione, spiegando le ragioni per cui è necessario utilizzare ben sei primati non umani (terzo motivo).

Dall'esame dei primi tre motivi di appello emerge come, in effetti, ad essere contestato non è il merito del progetto di ricerca “Meccanismi anatomo-fisiologici soggiacenti il recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale”, presentato dall'Università degli Studi di Parma (con conseguente reiezione dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalle amministrazioni resistenti) ma il procedimento che ha condotto il Ministero ad autorizzarlo, asseritamente carente degli opportuni ed indispensabili approfondimenti.

Tale impostazione data dall'appellante alla difesa delle proprie ragioni si fonda(correttamente) sul principio, pacifico nella giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui le valutazioni condotte dal Ministero – e, prima ancora, dagli altri soggetti intervenuti nel procedimento – restano fuori dal sindacato del giudice amministrativo, essendo frutto di nozioni scientifiche e di valutazioni tecnico-discrezionali che non possono essere messe in discussione, se non in caso di manifesta irragionevolezza o di palese travisamento di fatti. Corollario obbligato di tale premessa è che il giudice amministrativo potrebbe essere adito solo per censurare un comportamento dell'Amministrazione irrispettoso delle regole dettate per il procedimento, che vede la necessità che l'autorizzazione alla sperimentazione sia data motivando sull'avvenuto rispetto del principio delle 3R contenuto al considerando n. 11 della direttiva 2010/63, in base al quale, al fine di svolgere una ricerca involgente la sperimentazione sugli animali (ed a maggior ragione per quelle autorizzate in deroga), sussiste l'obbligo di rispettare i principi della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento nel rigido rispetto della gerarchia dell'obbligo di ricorrere a metodi alternativi.

4. Per dare una risposta ai motivi dedotti dall'appellante, nei limiti del proprio sindacato, la Sezione ha disposto, nella fase cautelare (ordinanza n. 5914 del 9 ottobre 2020), una verifica, incaricando l'IRCCS “Fondazione Bietti”,

nella persona del suo Presidente, Prof. Mario Stirpe, coadiuvato dal Prof. Enrico Garaci.

Ai verificatori la Sezione ha posto le seguenti domande: 1) il progetto in esame rispetta il principio di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale “primati non umani” vivi? 2) il progetto in esame rispetta il principio di riduzione, nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile? 3) il principio eurounitario della sostituzione è rispettato in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto, e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani, considerato lo stato attuale della ricerca scientifica sui profili e risultati attesi dalla ricerca posta a base della impugnata autorizzazione? 4) ad avviso dei verificatori le risultanze scientifiche dei pareri tutti sopra indicati – sui quali l'autorizzazione si fonda per *relationem* – hanno considerato tutti e tre gli elementi (come indicati in motivazione) che la direttiva UE e il d.lgs. n. 26 del 2014 pongono quale condizioni per la sperimentazione, altrimenti vietata, su primati vivi non umani?

L'incarico è stato eseguito e la verifica è stata depositata in data 18 dicembre 2020.

Le risposte date ai quattro quesiti consentono al Collegio di respingere i primi tre motivi di appello.

Peraltro, prima di esaminare l'esito della verifica, preme al Collegio – inconsiderazione delle osservazioni rivolte, prima ancora che sulle risposte date ai verificatori, sulla decisione della Sezione di disporla – fare alcune puntualizzazioni.

La verifica ha corrisposto alle esigenze di approfondire alcuni profili scientifici su cui gli atti impugnati, autorizzativi della ricerca, richiedevano una analisi più ampia dei censurati profili di incongruità e irragionevolezza: profili su cui il Collegio ha ritenuto di affidarsi a scienziati di profilo pienamente indiscusso su cui oggi può fondarsi una meditata decisione su materia di estrema delicatezza e tecnicità.

La complessità della verifica è confermata dal fatto che i verificatori di parte hanno contribuito depositando, per l'attenzione dei verificatori operanti presso l'Istituto Bietti, ben 10 documenti scientifici di indubbio rilievo, redatti da scienziati italiani e stranieri.

È in effetti evidente che la verifica non era affatto intesa, come invece erroneamente adombra la difesa erariale, ad un sindacato sul contenuto scientifico della contestata ricerca, bensì sugli atti che, autorizzandone l'avvio, erano stati attinti da plurime censure meritevoli di approfondimento tecnico con strumenti non in possesso della cognizione di questo Collegio, limitata alla legittimità e non alle caratteristiche scientifiche, pure evocate per negare la congruità delle motivazioni con cui diversi organi scientifici pubblici si erano espressi.

Anticipando le conclusioni alle quali il Collegio perviene in ordine al rilievo, diparte appellante, che i verificatori non avrebbero tenuto conto dei contributi

scientifici dei tecnici di parte, vale osservare che la relazione conclusiva, che il Collegio ritiene esaustiva sui punti richiesti, non necessariamente avrebbe dovuto analizzare e confutare specificamente i documenti di parte, che certo sono stati considerati ancorché non condivisi nelle loro conclusioni.

L'utilità della verifica risulta nella specie pienamente confermata giacché, come chiarito dalla Sezione con l'ordinanza n. 5914 del 9 ottobre 2020, si trattava e si tratta di valutare un interesse – quale il diritto/dovere della ricerca scientifica – in rapporto ad altro interesse, anch'esso presidiato da tutela normativa nazionale ed europea, cioè il benessere animale e le condizioni che, per la sperimentazione su talune specie di animali vivi, la stessa ricerca deve rispettare per poter essere legittimamente condotta e autorizzata, e per questo profilo sindacata, valutando gli atti autorizzativi e non, ovviamente, il contenuto scientifico del progetto, dal giudice naturale che per nessuna materia può mancare in un ordinamento basato sulle regole del diritto.

Sfugge, ancora, alla difesa erariale, nella propria “*vis polemica*” avverso l'impostazione asseritamente ideologica dell'associazione appellante, che in realtà una verifica di altissimo profilo scientifico, quale quella depositata in giudizio, nella fattispecie ha corroborato, esprimendosi sui censurati profili motivazionali degli atti autorizzatori della ricerca, proprio la contestata ricerca, permettendo di far cadere argomenti che, per le emozioni suscitali dal tema della sperimentazione animale, si sarebbero, essi sì, potuti prestare a facili strumentalizzazioni da entrambe le parti in causa: la “sacralità della ricerca”, come tale insindacabile da ogni Autorità giudicante, da un lato; la natura di esseri senzienti degli animali scelti per la sperimentazione, con i conseguenti appelli alla emozione di larghi strati di popolazione del tutto inconsapevole del corretto equilibrio tra effetti positivi di una ricerca medico-scientifica sulla salute umana e il presidio legale volto a garantire anche nella sperimentazione – che dalla legge vigente è consentita a determinate condizioni – il benessere animale.

Ritiene perciò il Collegio che l'obiettivo cui era indirizzato l'ordine di verifica sia stato ampiamente raggiunto.

5. Tutto ciò doverosamente chiarito per sgomberare il campo sul profilo della utilizzabilità o meno dell'esito della disposta verifica, vale rilevare che al primo quesito – e cioè se il progetto in esame rispetti il principio di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale “primati non umani” vivi – i due verificatori hanno dato risposta affermativa.

Ha chiarito la relazione che ai fini del rispetto del principio della “sostituzione” occorre fornire risposte a due interrogativi. Deve innanzitutto chiedersi se l'obiettivo del progetto possa essere realizzato con metodologie effettuate direttamente sull'uomo.

Alla domanda è stata data risposta negativa, sul rilievo che le metodologie proposte nel progetto permettono di ottenere nel Macaco Mulatta informazioni

non ottenibili, allo stato attuale delle conoscenze, con metodologie effettuate direttamente sull'uomo. Infatti, per caratterizzare l'attività funzionale e le connessioni cerebrali, dalle evidenze della letteratura, non sono ad oggi riportate metodologie non invasive applicabili direttamente all'uomo che possano fornire informazioni totalmente esaustive.

Sia la "risonanza magnetica funzionale" (fMRI) che la "trattografia e tensori di diffusione" sono metodologie che presentano limiti rispetto a quanto ottenibile con le metodologie proposte nel progetto sperimentale nel modello animale. Quanto alla risonanza magnetica funzionale, ha chiarito la relazione che la risoluzione spaziale e temporale rilevabile nell'uomo è incomparabile con quella raggiungibile nel macaco in cui si ottengono informazioni relative a singoli neuroni. Quanto, invece, alla trattografia e tensori di diffusione, diversamente dalle tecniche neuroanatomiche applicate nel progetto, tali metodiche non misurano direttamente le reali connessioni tra le diverse aree del cervello ma forniscono una loro ricostruzione probabilistica.

Pertanto, le metodologie proposte nel progetto, permettono di ottenere nel Macaco Mulatta informazioni non ottenibili, allo stato attuale delle conoscenze, con metodologie effettuate direttamente sull'uomo.

L'altro interrogativo è se il progetto potrebbe essere realizzato ricorrendo a modelli animali a minor sviluppo neurologico. Anche in questo caso la risposta è negativa, dal momento che né i roditori né le scimmie del Nuovo Mondo dispongono di aree visive associative che potrebbero essere considerate in alternativa a quelle presenti nel macaco nel quale invece hanno caratteristiche del tutto simili a quelle dell'uomo. Aggiungasi che i roditori e le scimmie del Nuovo Mondo presentano dimensioni del cervello troppo piccole per un campionamento sufficientemente accurato dell'attività cerebrale attraverso la risonanza magnetica funzionale. Tali piccole dimensioni potrebbero dar luogo ad "aggregazione di dati" provenienti dalle regioni cerebrali adiacenti, con mancanza di una valutazione selettiva delle aree visive oggetto delle valutazioni; infine, i roditori e le scimmie non sono in grado di eseguire compiti di discriminazione percettiva e rilevazione della consapevolezza visiva previsti dal progetto, con la conseguenza che sarebbe pregiudicato il raggiungimento dell'obiettivo.

6. Il secondo quesito posto ai verificatori è relativo al rispetto del principio di "riduzione", nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile.

A questo quesito i verificatori hanno dato risposta affermativa, alla luce della complessità del progetto, dell'importanza dei risultati attesi e della loro validazione in ambito scientifico, dall'analisi della letteratura rilevante. È stata chiarita la necessità di condurre le due tipologie di disegni sperimentali, di valutazione dell'attività cerebrale e di neurostimolazione, su animali diversi. Al fine di valutare l'attività cerebrale, nel progetto sono infatti previste due differenti metodiche, entrambe necessarie e complementari per le informazioni ottenute: una di carattere neurofisiologico (registrazione di risposte dell'attività

cerebrale attraverso elettrodi intracranici) ed una di carattere morfo-funzionale (esecuzione di risonanza magnetica funzionale). Poiché la presenza di elettrodi in corteccia altera i dati ottenuti con la risonanza magnetica funzionale, le due differenti valutazioni devono essere condotte su differenti animali. Quanto al numero di animali da coinvolgere nella sperimentazione, nella relazione i verificatori hanno chiarito che nella letteratura neurofisiologica, e richiesta come standard di base, la dimostrazione di un effetto analogo a quello osservato sul primo animale in base ai dati ottenuti da un secondo animale. Pertanto, il numero minimo di animali necessaria e sufficiente per ciascuno dei due esperimenti è pari a due (per un totale di quattro Macachi) ai quali devono aggiungersi due animali di riserva.

7. Il terzo quesito posto ai verificatori è se il principio eurounitario della “sostituzione” è rispettato in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani, considerato lo stato attuale della ricerca scientifica sui profili e risultati attesi dalla ricerca posta a base della impugnata autorizzazione.

I verificatori hanno dato risposta affermativa a tale interrogativo, sul rilievo che i risultati attesi riguardano: la comprensione dei meccanismi neurofisiologici eneuroanatomici; l'integrazione delle analisi delle proprietà dell'attività corticali; la mappatura dettagliata del campo visivo cieco e delle risposte neurali associate; l'ottimizzazione di innovative metodologie degli interventi riabilitativi. Tutti questi risultati hanno tutti carattere di originalità scientifica e sono ottenibili esclusivamente utilizzando un modello animale.

Quanto alla trasferibilità dei risultati ottenuti con la sperimentazione agli uomini, i verificatori hanno premesso che il progetto prevede di definire un protocollo efficace nell'animale per la riabilitazione visiva. Ciò permetterà di ottimizzare i parametri di stimolazione magnetica transcranica più idonei in relazione a specifiche strutture bersaglio. L'identificazione di tali parametri, potrà migliorare quanto oggi esistente in termini di neurostimolazione nei pazienti con deficit visivi emianoptici riducendo così il numero delle sperimentazioni condotte nell'uomo che finora non hanno fornito, con certezza, protocolli con caratteristiche di efficacia riabilitativa.

Ciò chiarito, la relazione ha affermato che la ricerca – sia basata su sperimentazione animale che condotta nell'uomo – non sempre riesce a fornire i risultati attesi.

Data la premessa, la conseguenza è che lo svolgimento del progetto non assicura con certezza il raggiungimento dei risultati attesi, ma saranno i risultati ottenuti a far sì che tutta la procedura sperimentale prevista possa essere considerata valida dalla comunità scientifica per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Peraltro, poiché il modello animale permetterà sia di valutare i cambiamenti nel sistema visivo indotti dalla stimolazione tramite TMS che di delineare dei protocolli di stimolazione altamente specifici per lo sviluppo

preclinico di paradigmi avanzati di neuroplasticità, le informazioni ottenute potrebbero ridurre l'uso eccessivo dei test pilota sui soggetti umani con conseguente aumento di benefici per i pazienti. Quanto esposto pone delle solide basi per la trasferibilità dei risultati del progetto nella pratica clinica nell'ambito della riabilitazione visiva.

8. I verificatori, infine, in relazione all'ultimo quesito hanno affermato che alla luce della complessità del progetto, dell'importanza dei risultati attesi e della loro validazione in ambito scientifico, dall'analisi della letteratura rilevante, dopo aver incontrato gli esperti delle parti, dopo aver esaminato le integrazioni scritte fatte prevenire dagli esperti delle parti, giungono alla conclusione che le risultanze scientifiche dei pareri dell'Organismo preposto al benessere animale, del Consiglio Superiore della Sanità e dello stesso Ciss in risposta all'Ordinanza del Consiglio di Stato n. 230 del 2020, sui quali l'autorizzazione si fonda per *relationem*, hanno considerato tutti e tre gli elementi che la direttiva UE e il d.lgs. 26 del 2014 pongono quale condizioni per la sperimentazione su primati vivi non umani, elementi la cui mancanza sarebbe ostativa alla sperimentazione stessa, ad eccezione del parere del Ciss in risposta all'Ordinanza del Consiglio di Stato n. 230 del 2020, che su specifica richiesta dello stesso Consiglio di Stato, si è espresso solo uno dei tutti i criteri.

9. L'esito della verifica consente di superare i primi tre motivi di appello.

Giova premettere che, contrariamente a quanto afferma l'appellante, il progetto sarebbe astrattamente assentibile perché la sperimentazione sui macachi mulatti non è *ex se* vietata dalla normativa europea ed italiana, purché siano rispettate determinate condizioni; prescrizioni che, grazie alla verifica, si è accertato essere state rispettate dal progetto elaborato dall'Università di Pavia.

Si è dimostrato, infatti, non assecondabile l'assunto secondo cui non sarebbe stato provato che la sperimentazione rispetta i principi della sostituzione, unitamente a quello della riduzione e del perfezionamento nel rigido rispetto della gerarchia dell'obbligo di ricorrere a metodi alternativi, e ciò in palese violazione dell'art.13 del TFUE, secondo il quale occorre tenere pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, che è ormai diventato, proprio grazie al suo inserimento nel Trattato, principio vincolante per tutti gli Stati membri.

I verificatori hanno infatti puntualmente argomentato come il progetto presentato dall'Università degli Studi di Parma rispetti il principio delle 3R, e cioè sostituzione, riduzione e perfezionamento.

Ed invero, sebbene la motivazione sottesa all'autorizzazione ministeriale sia effettivamente scarsa, e non consenta di evincere con immediata evidenza le ragioni che hanno condotto a ritenere suscettibile di positiva valutazione il progetto, la verifica disposta dalla Sezione – dimostratasi essenziale al fine del decidere – ha consentito di avere la conferma della correttezza della conclusione alla quale erano pervenuti il Consiglio Superiore della Sanità l'organi-

smo preposto al benessere animale, e cioè che il progetto rispetta i principi di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale “primati non umani” vivi; di riduzione, nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile; della sostituzione, in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto, e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani.

Come più volte chiarito dallo stesso appellante, il *thema decidendum* del ricorso «era, ed è, quello di controllare che il procedimento per il rilascio di un'autorizzazione alla sperimentazione, mediante uso di animali, si sia svolto secondo i dettami del d.lgs. n. 26 del 2014, della direttiva 2010/63/UE e del principio fondamentale dell'art. 13 del TFUE» (memoria depositata dalla L.A.V. il 28 dicembre 2020).

Tale essendo il presupposto da cui muove l'appellante e accertato, attraverso la verifica, che l'obiettivo del progetto non potrebbe essere raggiunto con metodologie effettuate direttamente sull'uomo e che non sussistono metodi alternativi o la possibilità di effettuare la sperimentazione su un numero inferiore di macachi, non può che concludersi per la legittimità della sperimentazione. La verifica disposta dalla Sezione ha dimostrato, infatti, che la sperimentazione oggetto del progetto rispetta tutti i requisiti per essere autorizzata, con la conseguenza che non può e non deve essere annullata solo perché non esterna congruamente le ragioni per cui il progetto è assentibile, una volta dimostrato, come è stato dimostrato, che è effettivamente autorizzabile.

10. Con il quarto motivo di appello si deduce che il Consiglio Superiore di Sanità aveva rilasciato un parere favorevole c.d. condizionato in base al quale l'autorizzazione poteva essere rilasciata solamente a condizione che, ogni sei mesi, venissero inviati «All'Ufficio 6 della DGSAF [Direzione generale della Sanità Animale e dei Farmaci Veterinari] dei dati relativi alle condizioni di stress rilevate durante le singole fasi del progetto, nonché le misure intraprese per limitare gli effetti avversi».

Si tratta di una prescrizione resasi evidentemente necessaria in considerazione della delicatezza del progetto e delle possibili conseguenze negative che potrebbe avere sui primati non umani coinvolti.

L'appellante deduce che dalla lettura dei suddetti report si evince la mancanza di adeguate informazioni sulle condizioni in cui versano gli animali; sarebbero rese, infatti, notizie estremamente generiche che non forniscono alcun elemento sulla reale condizione degli animali, sul loro livello di interazione e di adattamento al nuovo ambiente, violando quindi la condizione posta dal Consiglio Superiore di Sanità e quanto descritto nel progetto autorizzato.

Rileva il Collegio che, contrariamente a quanto dedotto dalle Amministrazioni negli scritti difensivi, il motivo è ammissibile, atteso che ad essere denunciato l'asserito mancato rispetto delle condizioni alle quali era stata sottoposta l'autorizzazione.

Nel merito, il motivo è suscettibile di positiva valutazione.

Ed invero, i report effettuati sono effettivamente scarni. Manca, ad esempio, una fotografia dello stato dei macachi, che puntualizzi anche i parametri di monitoraggio dello stress. Appare dunque condivisibile, anche alla luce dei pareri resi dagli esperti in particolare della dott.ssa Federica Amici e della Dott.ssa Baistrocchi) come da un lato tali report risultino carenti proprio su quanto avrebbero dovuto documentare in ordine alle condizioni fisiche, ma soprattutto psichiche dei macachi oggetto di sperimentazione.

Leggendo attentamente i report depositati agli atti di causa emerge come gli stessi rappresentino piuttosto un diario delle attività svolte e dell'ambiente circostante. Ferma restando la necessità di conoscere anche tali dati, emerge con tutta evidenza come gli stessi non possano considerarsi sufficienti, mancando la "reazione" dei macachi ad ogni "azione" esercitata su di essi dall'uomo. In altri termini, occorre registrare lo stato fisico e psichico dei macachi ad ogni singola attività o stimolazione o terapia ai quali sono sottoposti.

Vale infatti rammentare che la sperimentazione è effettuata con primati vivi, senzienti, dei quali è indotta la cecità, con indubbia sofferenza. Pertanto, se è vero che è stata dimostrata la necessità di tale sperimentazione per la messa a punto di protocolli per la riabilitazione della cecità corticale nell'uomo, non dimeno tale sperimentazione non può non essere condotta nel pieno rispetto delle cavia utilizzate, esseri dotati di particolare sensibilità neurologica, ancora di più considerando la tutela rafforzata dalla speciale protezione accordata ai primati non umani. In altri termini, se per la ricerca scientifica – che, come chiarito nell'ordinanza della Sezione n. 5914 del 9 ottobre 2020, costituisce «valore come tale universale e in generale non suscettibile di compressione» – è necessario sacrificare animali dotati di elevata sensibilità fisica e, dunque, alta percezione del dolore, è doveroso e imprescindibile condurre gli esperimenti assicurando di infliggere alle cavia la minore sofferenza possibile. Solo con tale impegno, che deve essere posto a presupposto dell'inizio dell'attività, è possibile accettare il sacrificio di animali, esseri senzienti.

Corollario obbligato di tale premessa è l'obbligo imprescindibile, che fa capo all'università di Pavia, di effettuare e depositare rapporti periodici e frequenti, che includano – considerato che i macachi hanno una intelligenza sviluppata – gli aspetti di competenza dell'etologo, e che si soffermino anche sulle condizioni di stress e di possibile interazione tra specie animali che basano uno dei cardini della loro esistenza sulla interazione reciproca; i report da effettuare devono cioè attestare che, nonostante le pratiche condotte sui macachi, è rispettato il "benessere animale" di cui all'art. 13 del vigente Trattato europeo; del contenuto di questi report il Ministero della salute deve fare attento studio, per rilevare tutte le eventuali criticità e per porvi tempestivo rimedio.

11. Non è invece ravvisabile un interesse attuale al quinto motivo, con il quale si deduce la violazione dall'art. 19, d.lgs. n. 26 del 2014 sul rilievo che i due primati non più utilizzabili per la sperimentazione perché malati sono stati riconsegnati al fornitore (RC Hartelust), che ha sede in Olanda, invece di essere reinseriti o reintrodotti in un habitat adeguato.

11/2/2021

26/28

Risulta agli atti di causa che i due primati sono stati effettivamente restituiti al fornitore, provider internazionale, europeo, autorizzato. Ne consegue che una pronuncia di merito non avrebbe alcun effetto giacché “factum infectum fierinequit”, e dunque L.A.V. denuncia una violazione che esiste ma alla quale non potrebbe più essere posto rimedio.

Unica alternativa a tale conclusione in rito sarebbe una pronuncia che ordinasse ai responsabili della ricerca di richiedere la restituzione dei due primati – se ancora vivi – per destinarli ad idonea struttura in Italia, ma tale soluzione costringerebbe i due macachi ad affrontare un nuovo viaggio dall’Olanda per venire in Italia, gravandoli quindi di quello stress psico-fisico che l’appellante denuncia essere stato illegittimamente inflitto ai due primati con la loro riconsegna al fornitore olandese.

Pertanto, stante l’importanza delle questioni dedotte e al fine di informare la futura attività dell’amministrazione, preme chiarire che, come correttamente rilevato dall’appellante, l’art. 19, d.lgs. n. 26 del 2014 non prevede il reinserimento nell’habitat naturale dei soli animali utilizzati per la sperimentazione ma anche per quelli “destinati a essere utilizzati”, tali dovendo intendersi quelli che erano stati scelti come cavie ma sui quali non è stato poi possibile iniziare la ricerca.

È ben vero che la norma prevede la “possibilità” e non l’“obbligo” di reinserire questi animali nell’*habitat* naturale («gli animali utilizzati o destinati a essere utilizzati nelle procedure [...] “possono” essere reinseriti o reintrodotti in un habitat adeguato...») ma è altresì vero che la scelta di come esercitare tale facoltà (id est, restituirne al fornitore o reinserimento nell’habitat naturale) richiede una seppur minima motivazione, non essendo alcuna delle due opzioni automatiche.

Nonostante le conclusioni alle quali il Collegio è pervenuto nel merito del motivo dedotto, vale chiarire che non è correttamente invocato dall’appellante l’art. 544 ter cod. pen, secondo cui: «Chiunque, per crudeltà o senza necessità, cagiona una lesione ad un animale ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche è punito con la reclusione da tre mesi a diciotto mesi o con la multa da 5.000 a 30.000 euro». Non è infatti provato che l’aver scelto di restituire al fornitore i due macachi abbia comportato «lesione [...] sevizie o ...comportamenti o [...] fatiche o a lavori insopportabili», che costituiscono presupposti per la rilevanza penale dei comportamenti, non integrandosi tali fattispecie per il solo fatto che i due animali sono stati restituiti al fornitore. Diversamente opinando, infatti, si arriverebbe a considerare consumati gli estremi della condotta penalmente rilevante con riferimento a tutti gli animali da questi detenuti.

12. L’appello, in conclusione, deve essere: a) accolto con riferimento al quarto motivo, ai fini della messa a punto delle prescrizioni dettate; b) dichiarato

carente di interesse in relazione al quinto motivo; c) respinto per la restante parte.

Sussistono giusti motivi, in considerazione della complessità della vicenda contenziosa e tenuto della non totale infondatezza dell'appello, come chiarito in motivazione, per compensare tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

Quanto al compenso per l'attività di verificaione, si dispone la liquidazione a ciascun verificatore di un importo di diecimila euro, che si aggiunge all'acconto di euro tre mila a ciascun professionista, già liquidato con ordinanza della Sezione n. 5914 del 9 ottobre 2020.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto: a) accoglie il quarto motivo, ai fini delle prescrizioni di cui in motivazione; b) dichiara improcedibile il quinto motivo di appello; c) respinge per la restante parte l'appello.

Il diritto di uso esclusivo al vaglio delle Sezioni Unite

Nota a sentenza: Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 17 dicembre 2020, n. 28972

Alessandro Caponi

L'oggetto della controversia

Le Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, con sentenza n. 28972 del 17 dicembre 2020, hanno risolto una questione di particolare importanza avente ad oggetto la creazione pattizia del c.d. diritto reale di “uso esclusivo” su una porzione di bene condominiale.

La pronuncia in esame ha affrontato una controversia generata dalla prassi negoziale, oggetto da tempo di contrasto a livello sia dottrinale che giurisprudenziale. Il riferimento è all'ammissibilità o meno della costituzione di un diritto reale di uso esclusivo su parti comuni di un edificio in condominio. La diffusione negli ultimi decenni delle realtà condominiali ha generato nuove e specifiche problematiche, incentrate soprattutto sulla necessità di ridisegnare le norme previste dal legislatore per il condominio, con particolare attinenza all'utilizzazione degli spazi comuni, in favore di una maggiore autonomia negoziale. Questo necessitato riesame dell'istituto del condominio, sorto sulla scia di nuove esigenze negoziali di destinazione degli spazi comuni, è stato dunque lo spunto per affrontare le criticità evolutive di questa *species* di comunione “rafforzata”. Il condominio, infatti, presenta un aspetto peculiare e distintivo, dal momento che vi convivono profili della comunione con altri di esclusiva titolarità e con elementi indivisibili, la cui struttura e funzione asservita ontologicamente al condominio stesso ne impongono la permanenza in comunione in ogni caso. La principale differenza tra la comunione semplice ed il condominio risiede nel fatto che quest'ultimo presenta una disciplina specifica e dettagliata in ordine sia ai rapporti tra i singoli condomini, che all'organizzazione condominiale finalizzata alla gestione del suo patrimonio. La necessità di siffatta normativa risiede nel presupposto per cui nel condominio gli strumenti di eliminazione e scioglimento della comunione possono trovare oggettivi impedimenti e restrizioni applicative in ragione della frequente impossibilità, sia strutturale che funzionale, di rinunciare al condominio da parte dei singoli partecipanti. Chiaro riscontro di tale difficoltà ontologica è sotteso all'art. 1119 c.c. e all'art. 1118, secondo comma, c.c., che prevedono, appunto, l'indivisibilità delle cose comuni e l'impossibilità di rinunciare a diritti sulla cosa comune, disvelando

la natura di comunione “obbligata” e difficilmente eliminabile che caratterizza la fattispecie in esame. La natura “obbligata” della comunione condominiale è stata appunto il presupposto che ha spinto l’autonomia negoziale a dirimere i contrasti interni tra i condomini e soddisfare l’esigenza, sempre più sentita, di poter regolare pattiziamente le necessità che di volta in volta coinvolgevano il patrimonio condominiale e le esigenze dei singoli condomini.

Il dibattito dottrinale ed il risalente contrasto giurisprudenziale che ne è scaturito hanno determinato le Sezioni Unite di Cassazione a pronunciarsi sulla questione rilevando la difformità di orientamento espresso dalle sezioni semplici e ritenendola di “particolare importanza”. La decisione nomofilattica della Suprema Corte ha così ripercorso l'*excursus* storico-giuridico della questione, analizzato le diverse prospettazioni e uniformato l’applicazione del diritto nella materia.

La vicenda processuale

A seguito dello scioglimento della comunione avente ad oggetto un edificio composto da più unità immobiliari, uno degli originari comproprietari acquistava la proprietà esclusiva di un appartamento sito al primo piano del fabbricato e di un negozio sito al piano terra, in aggiunta al diritto di uso esclusivo della porzione di cortile antistante. Successivamente gli immobili in giudizio venivano alienati ai controricorrenti che, in forza del titolo, acquistavano il diritto di “uso esclusivo” sulla medesima porzione di cortile. I ricorrenti, proprietari delle unità immobiliari site al primo piano del condominio, proponevano domanda giudiziale per contestare l’altrui appropriazione ad uso esclusivo dell’area del cortile antistante il negozio, sostenendone l’inclusione tra le parti comuni dell’edificio *ex art. 1117 c.c.* I convenuti, nel costituirsi in giudizio per il rigetto della domanda avversaria, sollevano la questione poi affrontata dalle Sezioni Unite, eccependo di avere diritto all’uso esclusivo di detta area condominiale in forza del titolo di acquisto ovvero, in subordine, per usucapione della relativa servitù o, ancora, a titolo di uso *ex art. 1021 c.c.*

Stante il rigetto delle proprie domande da parte del Tribunale, gli attori impugnano la sentenza in appello, mentre i convenuti resistevano con appello incidentale. Il giudice del gravame accoglieva l’appello incidentale, evidenziando che nell’atto di costituzione del condominio, redatto a seguito dello scioglimento dell’originaria comunione, i condomini, pur avendo indicato il cortile come incluso nelle parti comuni, avevano altresì fatti salvi gli “usi esclusivi” delle porzioni di cortile, tra cui quella in causa, a favore dei relativi proprietari. La sentenza d’appello sosteneva, dunque, che la fattispecie di “uso esclusivo”, menzionato tanto nell’atto di divisione quanto nel successivo atto di compravendita, con il quale gli appellati avevano acquistato la proprietà del negozio, era riconducibile agli artt. 1102 e 1122 c.c. e, pertanto, risultava perfettamente

legittimo, in quanto autorizzato e riconosciuto da tutti i condomini all'atto della costituzione del condominio.

Gli appellanti proponevano ricorso per la cassazione della sentenza d'appello, a cui gli appellati resistevano con controricorso. Con ordinanza interlocutoria del 2 dicembre 2019, n. 31420, la Sezione II Civile della Cassazione trasmetteva gli atti per l'assegnazione alle Sezioni Unite, disposta dal Primo Presidente della Corte. L'ordinanza di rimessione configurava la questione da giudicare, attinente la natura, i limiti e la opponibilità del diritto di uso esclusivo su beni comuni, ricomprendendola nel classico dibattito sulla utilizzabilità o meno delle obbligazioni come espressioni di autonomia privata volte a regolare le modalità di esercizio dei diritti reali.

Gli orientamenti divergenti delle sezioni semplici

La pronuncia in esame effettua una ricognizione delle precedenti, numerose sentenze riguardanti la natura, i limiti e l'opponibilità del diritto di "uso esclusivo".

Le pronunce più risalenti si limitavano a considerare l'esistenza della pattuizione in esame, senza tuttavia delinearne natura, limiti e ammissibilità¹. Come detto, la diffusione negoziale di tali clausole ha posto l'esigenza di delineare meglio la fattispecie del diritto di "uso esclusivo" sul bene condominiale, aprendo la strada ad orientamenti giurisprudenziali doverosamente più esaustivi. Ciò ha condotto alla prospettazione di due tesi contrapposte, l'una di matrice "obbligatoria", l'altra "reale".

Secondo un primo orientamento l'uso esclusivo costituirebbe una particolare modalità di godimento del bene comune che, in deroga agli articoli 1102 e 1117 c.c., spetterebbe soltanto ad uno dei comunisti, senza che ciò incida in alcun modo sul diritto di proprietà. La pronuncia in commento fa risalire l'origine di tale orientamento alla sentenza di Cassazione del 16 ottobre 2017, n. 24301, poi consolidata in successive pronunce². Il fondamento di tale prospettazione risiede nel dettato normativo degli articoli 1126 e 1122 del Codice Civile, laddove si individuano rispettivamente le fattispecie di «uso esclusivo» e «uso individuale». Ricollegando l'uso esclusivo in esame con le due nozioni codicistiche sopra individuate la sentenza n. 24301 mirava a riconoscere portata derogatoria all'eventuale attuazione di "usi esclusivi" con rapporto all'uso in comunione dettato dall'art. 1102 c.c. La tesi si fondava, in dettaglio, sul fatto che, nonostante l'uso fosse caratterizzato dal termine "esclusivo", tale diritto in realtà non escludeva del tutto la fruizione di una qualche utilità residua sul bene da parte degli altri condomini. In forza di ciò la manifestazione del diritto

¹ Cass. civ. 20 febbraio 1984, n. 1209, in *Giust. civ. Mass.*, 2/1984.

² Cass. civ. 10 ottobre 2018, n. 24958; 31 maggio 2019, n. 15021; 4 luglio 2019, n. 18024; 3 settembre 2019, n. 22059.

del condomino sulle parti comuni risultava rispettoso del principio del *numerus clausus* dei diritti reali e del perimetro dei poteri dominicali spettanti sulla *res*, così da esser «tendenzialmente perpetuo e trasferibile».

A tale primo orientamento se ne contrappone un secondo, che di contro fa leva sul concetto di estensione del diritto di proprietà o sul vincolo di pertinenzialità. Si è infatti affermato che la presunzione di proprietà comune *ex art.* 1117 c.c. può essere superata non solo in ragione di un'espressa previsione in senso contrario risultante dal titolo, ma anche laddove il bene risulti asservito in modo esclusivo, per le sue caratteristiche o per la destinazione impressa dall'originario proprietario dell'intero immobile, all'uso o al godimento di una sola parte dello stesso³. In tali casi ci si troverebbe innanzi non ad un bene comune, il cui uso è riservato esclusivamente ad un condomino, bensì ad un bene in proprietà esclusiva di quest'ultimo.

Altre pronunce⁴ evidenziano invece come la previsione, risultante dal regolamento contrattuale contestuale alla costituzione del condominio, di un "uso esclusivo" di una parte dell'edificio a favore di una frazione di proprietà integrerebbe su tali beni il vincolo di pertinenzialità disciplinato dall'art. 817 c.c., permettendone la circolazione del relativo diritto ai sensi dell'art. 818 c.c. Tale tipologia di vincolo richiede, *ex art.* 817, primo comma, c.c., la presenza di due elementi: uno soggettivo, consistente nell'atto di destinazione ed inquadrato negli atti giuridici in senso stretto, e l'altro oggettivo, rintracciato nella persistente funzione di ornamento o servizio. Rapportando l'anzidetta prospettazione alla fattispecie del condominio, il secondo orientamento in esame rintraccia il requisito soggettivo laddove la destinazione ad uso esclusivo sia stata impressa dall'originario proprietario dell'edificio o in alternativa quando, secondo parte della dottrina, la medesima destinazione sia stata approvata dall'assemblea condominiale⁵.

L'analisi svolta dalle Sezioni Unite

Nel sintetizzare i contrapposti orientamenti in materia il Supremo Collegio individua correttamente i due percorsi interpretativi, sopra esposti in dettaglio, collocando da un lato coloro che interpretano la locuzione "diritto d'uso" come un diritto avente contenuto diverso dalla proprietà, e dall'altro lato coloro che, di contro, assimilano lo stesso ad un vero e proprio diritto di proprietà, riconoscendo allo stesso, così, i caratteri della perpetuità e trasmissibilità. Qualora si volesse seguire il primo orientamento interpretativo, la pronuncia in esame evidenzia come sarebbe assai arduo riconoscere la validità di un accordo interno fra i comunisti che, in deroga all'art. 1102 c.c., pattuisca l'assegnazione

³ Cass. civ. 28 aprile 2004, n. 8119, in *Dir. e giust.*, 2004, 24, 121.

⁴ Cass. civ. 4 settembre 2017, n. 20712 in *Guida al diritto*, 4/2018, p. 27.

⁵ C.M. BIANCA, *Diritto Civile, La proprietà*, Giuffrè, Milano 1999, p. 67 in nota 50.

di un diritto d'uso esclusivo di una parte del bene comune solo ad uno o più comunisti. Infatti la Corte sostiene che il godimento comune è elemento imprescindibile della comunione per quanto chiaramente stabilito dall'art. 1102 c.c. L'essenzialità di tale aspetto, pertanto, non consente una modificazione "sostanziale" al godimento del bene comune, tale da aspirare ad una caratterizzazione "reale" di tale limitazione.

Nel rispondere al conseguente interrogativo sulla possibilità per i privati, attraverso un negozio, di poter dar vita ad un diritto reale atipico di "uso esclusivo" su un bene comune in un edificio condominiale, la Suprema Corte si pronuncia chiaramente in senso negativo, escludendo tale eventualità in forza dei due inderogabili ed imprescindibili principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali. In forza del primo principio, ribadisce la pronuncia in esame, la legge è l'unica legittimata ad istituire figure di diritti reali, mentre in forza del secondo principio ai consociati non è permesso modificare il contenuto tipico dei diritti reali rispetto a come delineato dalla disciplina legale. Pur giungendo a tale conclusione la pronuncia in esame non ignora il diffuso sentire dottrinale, secondo il quale andrebbe superato il principio di tassatività ed il *numerus clausus* dei diritti reali per consentire maggiormente il soddisfacimento degli interessi espressi dalla collettività. Tale corrente dottrinale eleva l'autonomia contrattuale ad unica, efficace risposta per ogni esigenza sociale, tal da condurre al riconoscimento di pari dignità ai diritti di credito rispetto ai diritti reali.

Le Sezioni Unite, pur senza entrare nel merito della questione, dissentono da tale corrente dottrinale, ribadendo come i diritti reali siano necessariamente caratterizzati, oltre che dall'assolutezza, inerenza ed immediatezza, anche dalla sequela ed opponibilità ai terzi, imponendosi a tutti i successivi acquirenti della *res* a prescindere dalla loro volontà. In tale motivo, lo ribadisce il Supremo Collegio, si giustifica la riserva legale in merito alla creazione di diritti reali, mentre riconoscere ed ammettere la creazione "negoziale" di diritti reali atipici significherebbe attribuire ai privati il potere di incidere con i propri negozi non solo nei rapporti interni, ma anche verso i terzi. Ciò contraddirebbe, peraltro, l'art. 1372 c.c., che appunto limita gli effetti del contratto alle sole parti dello stesso, riservando anche qui esclusivamente alla legge la produzione di effetti nei confronti dei terzi. Il tutto, per inciso, non è che il riflesso dell'art. 42 della Costituzione, secondo il quale è solo la legge a poter determinare i modi di acquisto della proprietà e di godimento.

Le Sezioni Unite proseguono nel confutare la tesi sinora analizzata evidenziando, altresì, come l'ordinamento collochi nel solo alveo contrattuale il principio dell'autonomia *ex art.* 1322 c.c., mentre al contempo guardi con sfavore le limitazioni al diritto di proprietà, come conferma l'esclusione di limitazioni perpetue alle facoltà ricomprese nel diritto di proprietà *ex art.* 1379 c.c., senza togliere che l'art. 2643 c.c. detta il novero tassativo degli atti soggetti a trascrizione. In forza di ciò un ipotetico "diritto reale di uso esclusivo", configuran-

dosi come un'atipica modificazione negoziale del diritto di comproprietà, non sarebbe comunque trascrivibile, considerato che l'art. 2643, n. 14, c.c. contempla la possibilità di trascrizione delle sole sentenze, non anche di atti negoziali.

La pronuncia in commento affronta e confuta anche l'ulteriore norma, invocata dalla dottrina favorevole a tale tesi, dettata dall'art. 6, II, lett. b) del d.l. 20 maggio 2005 n. 122, laddove si parla di "pertinenze esclusive"⁶. La Corte è perentoria nel negare qualsivoglia rilievo di tale disposizione nella materia in esame, non solo evidenziandone la natura di norma eccezionale, ma soprattutto chiarendo che l'utilizzo del termine "pertinenze" si riferisce all'attribuzione di porzioni dell'edificio solo a titolo di proprietà, e non anche di mero godimento o uso esclusivo. A ben vedere, dunque, anche tale norma rientra nel quadro normativo dell'art. 1117 c.c., potendo le parti superare la presunzione legale di comunione e riservare a talune porzioni dell'edificio una destinazione diversa, come appunto il conferimento in proprietà esclusiva ad uno o più condomini.

Le Sezioni Unite proseguono la loro analisi confrontandosi poi con la tesi che ha ricondotto l'ipotesi di "diritto d'uso esclusivo" all'istituto delle servitù prediali, richiamando il precedente di legittimità del 15 aprile 1999, n. 3749, nel quale si afferma che i pesi sulle cose comuni a vantaggio di un piano o di sue porzioni avrebbero potuto essere ricondotti a tre istituti: le obbligazioni *propter rem*, gli oneri reali ed, infine, le servitù prediali. Scartate le prime due ipotesi richiamando il principio di tipicità dei diritti reali e, di fatto, escludendo sul nascere qualsiasi ulteriore speculazione a riguardo, le Sezioni Unite riconoscono maggior seguito alla tesi che riconduceva la fattispecie nell'alveo delle servitù prediali, ritenuta a lungo la soluzione preferibile. Nella pronuncia in commento, tuttavia, si chiarisce anzitutto che il precedente del 1999 non ha in realtà nulla a che vedere con "l'uso esclusivo", attenendo bensì a "pesi", come già da tempo aveva chiarito la dottrina⁷, parlando piuttosto di vincoli di destinazione d'uso. Con tale espressione si fa infatti riferimento a pesi o limitazioni gravanti su singoli immobili, a vantaggio di altre unità immobiliari, così come a quei vincoli che insistono su beni comuni a vantaggio esclusivo di singole unità immobiliari. Proprio con riferimento a tale ultima tipologia di vincoli, mentre la giurisprudenza in un primo momento ha richiamato la fattispecie degli oneri reali e, poi, delle obbligazioni *propter rem*⁸, la dottrina ha preferito di contro

⁶ L'art. 6, II, lett. b) del d.l. 20 maggio 2005 n. 122, introdotto per tutelare gli acquirenti di immobili da costruire, prevede l'obbligo di allegare al contratto preliminare «gli elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, limitatamente alla rappresentazione grafica degli immobili oggetto del contratto, delle relative pertinenze esclusive e delle parti condominiali».

⁷ L. GENGHINI, T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI, *Manuali notarili a cura di Lodovico Genghini, I diritti reali*, vol. 5, CEDAM, Padova 2011, pp. 622-623 ss.

⁸ Cass. civ. 21 maggio 1997 n. 4509 e Cass. civ. 25 marzo 2005 n. 6474.

prospettare l'ipotesi delle servitù prediali⁹. In sostegno a tale tesi, tra l'altro, si evidenziava come il diritto di uso esclusivo non comportasse alcuna violazione del principio di unilateralità delle servitù, non essendovi, nel caso del condominio, unitarietà di soggetti: da un lato vi è il proprietario della singola unità immobiliare, dall'altro sta la parte comune, di proprietà del medesimo soggetto pro quota e per il resto in comproprietà agli altri condomini. L'intersoggettività sarebbe, dunque, garantita dal concorso di altri contitolari del bene comune¹⁰, mentre il peso imposto si concretizzerebbe nella facoltà dell'uso esclusivo del medesimo bene comune.

Le Sezioni Unite, tuttavia, evidenziano come tale tesi non tenga in considerazione la natura giuridica della servitù, che si sostanzia in un diritto reale di godimento su beni altrui. Da ciò si evince come un simile diritto, essendo esercitato su un bene "altrui", non possa trasformarsi in un dominio totale sul bene, comportando il «sostanziale svuotamento del diritto di proprietà sul fondo servente». Men che meno una servitù prediale potrà tradursi in un diritto di godimento generalizzato del fondo servente, in quanto il conseguente diritto di proprietà sullo stesso fondo servente residuerebbe come un vuoto simulacro, privato in sostanza di ogni minima prerogativa.

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite

Svolta la ricognizione dei contrapposti orientamenti, la pronuncia in commento mette a fuoco la questione di particolare importanza, dovendo rispondere ad una serie di interrogativi prima di poter dare un definitivo riordino alla materia. Si pone anzitutto il quesito se l'attribuzione ad un condomino di un "diritto di uso esclusivo" equivalga o meno all'attribuzione a questi della proprietà assoluta sulla porzione in discorso. Altresì risulta necessario chiedersi se e come il diritto di uso esclusivo di una parte comune possa armonizzarsi con la regola dettata dall'art. 1102 c.c. Infine occorre rispondere alla domanda più importante, individuando la natura del diritto di uso esclusivo tra quella di un diritto reale, tipico o atipico, o di un diritto di credito.

Il rapporto fra uso esclusivo di un bene comune e contenuto del diritto di comproprietà è decisivo per la soluzione dei quesiti posti dalla sentenza in commento. La soluzione origina dunque dall'art. 1102 c.c., in base al quale «ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto».

Le Sezioni Unite ne ricavano l'assunto per cui la facoltà d'uso costituisce elemento essenziale del contenuto caratterizzante il diritto di comproprietà, di

⁹ M. DE TILLA, Nota a Cass. civ. 15 aprile 1999 n. 3794, in *Vita Not.*, I/1999, p. 778, in *Giust. Civ.*, 2000, p. 163, in *De Jure*.

¹⁰ *Ex multis* Cass. civ. 9 agosto 2019 n. 21020.

tal che per la comunione, mentre è ritenuto ammissibile un uso più intenso in favore di alcuni comunisti, così come un uso frazionato o turnario, la pronuncia in commento esclude la legittimità dell'uso "esclusivo", con il quale, «proprio perché esclusivo, si elide [...] il collegamento tra il diritto ed il suo contenuto, concentrandosi l'uso in capo ad uno o alcuni condomini soltanto: tant'è che si è parlato in proposito, come già accennato, di uso quasi *uti dominus*». Si precisa sul punto che un siffatto uso sarebbe ammissibile solo in presenza di un diritto reale minore, mentre, come visto, il diritto d'uso esclusivo non può inquadrarsi in alcuno dei diritti reali minori previsti dal Codice Civile.

Resta così da chiedersi se l'uso esclusivo e la conseguente, totale elisione del collegamento tra diritto e suo contenuto possano trovare fondamento nell'autonomia privata¹¹. In altre parole il successivo quesito a cui rispondere è se i privati possano costituire *ex contractu* un diritto reale minore atipico. Le Sezioni unite escludono categoricamente tale ipotesi, negandone la configurabilità alla luce di un'attenta disamina sulla tipicità dei diritti reali, all'esito della quale la Suprema Corte dà continuità all'indirizzo giurisprudenziale che conferma l'impossibilità per i privati di costituire nuovi diritti reali o di alterare il contenuto di quelli tipici previsti dall'ordinamento. Nel raggiungere tale conclusione la pronuncia in commento analizza, dapprima, le ragioni che potrebbero avallare il superamento dell'anzidetto limite di tipicità, rintracciate anzitutto nel rispetto dell'autonomia privata. L'esaltazione di tale principio porterebbe a rimuovere ogni differenziazione tra diritti di credito e diritti reali, coi soli limiti della contrarietà all'ordine pubblico, dell'illiceità del contratto e della meritevolezza dell'interesse perseguito, di modo da permettere ai privati di esprimere appieno la loro capacità di rispondere, più tempestivamente e meglio del legislatore, alle mutevoli esigenze della vita sociale e negoziale. Altra ragione potrebbe rinvenirsi nel rilievo per cui il principio del numero chiuso dei diritti reali si fonderebbe nella tradizione, e non piuttosto su alcuna norma positivamente codificata.

La Suprema Corte respinge tali argomentazioni sostenendo che «creare diritti reali atipici per contratto vorrebbe dire perciò incidere non solo sulle parti, ma, al di fuori dei casi in cui la legge lo consente, anche sugli acquirenti della cosa: ed in definitiva, paradossalmente, vincolare terzi estranei, in nome dell'autonomia contrattuale, ad un regolamento eteronimo». Un divieto normativo esplicito è ritenuto dal giudicante, peraltro, del tutto superfluo alla luce di un sistema di norme che colloca nel fulcro della disciplina del contratto l'invocato art. 1372 c.c., che limita i suoi effetti alle sole parti e riserva alla legge la produzione di effetti nei confronti dei terzi. Le Sezioni Unite, oltre a richiamare il già citato art. 42 della Costituzione, evidenziano l'immanente sfavore dell'ordinamento nei confronti delle limitazioni incisive al diritto di proprietà, confermato dal divieto

¹¹ In tal senso si veda Cass. civ. 24 luglio 2012 n. 12911.

convenzionale di alienare *ex art.* 1379 c.c., dalla tassatività dei diritti reali soggetti a trascrizione *ex art.* 2643 c.c., così come dalla costante giurisprudenza di legittimità a conferma della tipicità delle obbligazioni *propter rem* e degli oneri reali. In definitiva, secondo la sentenza in commento «la pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. “diritto reale di uso esclusivo” su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell’edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall’art. 1102 c.c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi».

Pertanto, l’analisi effettuata dalle Sezioni Unite porta a ritenere che il godimento è parte essenziale e strutturale del diritto di proprietà condominiale; che è dunque possibile limitare il godimento su un bene comune a vantaggio di un solo comunista soltanto tramite la costituzione di un diritto reale tipico; che infine l’uso esclusivo non corrisponde ad alcun diritto reale previsto dalla legge. La Suprema Corte, seppur implicitamente, aderisce pertanto all’orientamento formatosi a partire dalla pronuncia di legittimità del 29 marzo 1982, n. 1947, che sostiene una ricostruzione in chiave reale fondata sulla centralità dello specifico vincolo di pertinenzialità del bene in condominio.

Conclusioni

La soluzione interpretativa adottata dalle Sezioni Unite si dimostra coerente con la disciplina codicistica in materia di *iura in re aliena*, riaffermando con fermezza la centralità dei principi di tassatività e *numerus clausus* dei diritti reali, i quali non possono ritenersi superati, limitati o derogati in forza della crescente rilevanza, affermata da più parti, dell’autonomia privata e di una maggiore libertà negoziale. La proprietà, per come delineata dalla Costituzione, riveste una precipua funzione economico-sociale, che l’ordinamento deve continuare a preservare attraverso rigidi modi di acquisto, contenuti e limiti imposti ai diritti reali, a tutela tanto del titolare del diritto, che dei soggetti terzi cui il diritto è opponibile. Rimane fermo e solido il principio, affermato da giurisprudenza risalente¹², per cui «la proprietà non deve essere asservita per ragioni privatistiche in modo tale da rendersi quasi illusoria e priva di contenuto, inetta quindi a realizzare i propri fini essenziali, convergenti da un lato alla integrazione e allo sviluppo della personalità individuale e dall’altro al benessere e al progresso della comunità». In tale ottica, infatti, la previsione di un diritto di “uso esclusivo” su una parte comune dell’edificio in favore di uno solo dei condomini si tradurrebbe, inevitabilmente, nello svuotamento di contenuto del diritto di proprietà degli altri comunisti, costituendo l’uso ed il

¹² Cass. civ., 31 maggio 1950, n. 1343.

godimento della *res* facoltà inscindibilmente connesse alla titolarità del diritto di proprietà.

Graverà sul giudice, innanzi ad una pattuizione istituyente il diritto di uso esclusivo di un bene condominiale, verificare anzitutto se le parti abbiano effettivamente inteso limitarsi alla attribuzione dell'uso esclusivo, riservando la proprietà all'alienante, o non abbiano piuttosto concordato il trasferimento sostanziale della proprietà. In tale secondo caso il rapporto avrebbe natura pertinenziale, come affermato dalla già citata sentenza di Cassazione in data 4 settembre 2017 n. 20712. Altresì, nell'ipotesi in cui il vaglio giurisdizionale desse risposta negativa ai suesposti quesiti, secondo le Sezioni Unite l'interprete dovrebbe rilevare e dichiarare la nullità della pattuizione, a meno che non rintracci i presupposti per qualificare la medesima pattuizione come costitutiva del tipico diritto reale d'uso. Occorrerà, in altri termini, provare che l'originario atto di disposizione fosse in realtà costitutivo di un vincolo di pertinenzialità, istituito dall'originario proprietario e successivamente mantenuto, nelle varie alienazioni, circolando in conformità con quanto disposto all'art. 818 c.c. In ogni caso non potrà comunque essere usucapito "l'uso esclusivo" poiché, come chiarito dalle Sezioni Unite, non costituente diritto reale. Resta quindi, soltanto, la possibilità di usucapire la proprietà, laddove venga fornita dal singolo condomino la rigorosa prova del possesso *ad escludendum*. Qualora anche tale ulteriore verifica desse esito negativo, non può escludersi in via di ultimo subordine la possibile conversione della pattuizione in un contratto obbligatorio avente ad oggetto la concessione di un uso esclusivo e perpetuo, con efficacia, naturalmente, solo *inter partes* ex art. 1372 c.c.

In conclusione la pronuncia delle Sezioni Unite qui commentata non sarà di certo l'ultimo terreno di scontro tra le contrapposte correnti che propongono come perno giuridico della vita sociale da un lato l'avanzata dell'autonomia privata e dall'altro la conservazione della centralità della legge.

* * *

Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza 17 dicembre 2020, n. 28972

1. - Tre sorelle, comproprietarie in regime di comunione di un edificio situato in (OMISSIS), costituito, nell'arco temporale che qui rileva, da tre unità immobiliari ad uso commerciale al piano terra ed altre tre unità ad uso residenziale al primo piano, oltre che da parti comuni, in particolare un cortile retrostante ed un'area antistante i locali commerciali, procedettero nel (OMISSIS) allo scioglimento della comunione, all'esito del quale una delle tre condividenti, Br.As., divenne proprietaria esclusiva di un appartamento al primo piano nonché del "negozio posto al piano terra con l'uso esclusivo della porzione di corte antistante distinti al N.C.E.U. alla pagina (OMISSIS) - foglio (OMISSIS) particella (OMISSIS)". Determinatasi per effetto dello scioglimento della comunione una situazione di condominio dell'edificio, Br.As. alienò a R.L. e O.E., nel (OMIS-

SIS), il proprio appartamento al primo piano ed il «negozio posto al piano terra con l'uso esclusivo della porzione di corte antistante, distinto al N.C.E.U. di detto Comune alla partita (OMISSIS) foglio (OMISSIS) particella (OMISSIS)». Nel cortile retrostante il fabbricato, cortile costituente parte comune ai soli appartamenti ad uso residenziale al primo piano, le tre originarie comproprietarie avevano inoltre realizzato un vano destinato a servizio igienico.

2. - B.G. e Be.Pi., divenuti proprietari per acquisto fattone, all'esito di una procedura espropriativa, degli altri due appartamenti ad uso residenziale al primo piano, convennero in giudizio R.L. e O.E., nel 2002, dinanzi al Tribunale di Rimini chiedendo accertarsi:

- a) che i convenuti avevano realizzato, ed utilizzavano in via esclusiva, una cantina ubicata nel cortile comune ai tre appartamenti al primo piano;
- b) che i convenuti si erano appropriati dell'area comune condominiale antistante il loro negozio, lungo la (OMISSIS), mediante l'installazione di una tettoia e di una chiusura a pannelli, essendo viceversa essi privi, al riguardo, di un valido titolo giustificativo;
- c) che il vano destinato a servizio igienico esistente nel cortile era abusivo.

Il tutto con richiesta di autorizzazione ad essi attori alla eliminazione del servizio igienico nonché condanna dei convenuti alla rimozione delle opere abusive, ai danni ed alle spese.

3. - R.L. e O.E. si costituirono e resistettero alla domanda.

Quanto al servizio igienico nel cortile retrostante essi si rimisero a giustizia, evidenziando però la loro estraneità alla sua costruzione, effettuata già dalle originarie comproprietarie, ed utilizzazione. Quanto alla cantina sostennero che nel cortile erano stati eretti tre manufatti, tra i quali appunto la cantina, da considerarsi tutti comuni, chiedendo ordinarsi agli attori di cessare l'uso esclusivo degli altri due. Quanto all'area antistante il negozio, lungo la (OMISSIS), chiesero respingersi la domanda per aver diritto all'uso esclusivo in forza del titolo, ovvero per usucapione della relativa servitù, ovvero in forza dell'art. 1021 c.c.

4. - L'adito Tribunale rigettò integralmente le domande principali e riconvenzionali, con compensazione integrale di spese.

5. - B.G. e Be.Pi. proposero appello al quale R.L. e O.E. resistettero, spiegando a loro volta appello incidentale.

6. - Con sentenza del 23 luglio 2015 la Corte d'appello di Bologna respinse l'appello principale e, in accoglimento dell'appello incidentale spiegato da R.L. e O.E., dichiarò che i manufatti esistenti nel cortile retrostante il fabbricato avevano natura condominiale ed ordinò a B.G. e Be.Pi. di cessare l'uso esclusivo, al fine di consentire a tutti i condomini il pari utilizzo, regolando le spese di lite in applicazione del principio della soccombenza. Osservò la Corte territoriale che:

-) la consulenza tecnica d'ufficio espletata in primo grado aveva dato indicazioni equivoche sulla natura condominiale dell'area antistante i locali commerciali, giacché l'ausiliare aveva per un verso evidenziato essere senz'altro condominiale il cortile retrostante, risultando invece, sulla base delle schede

catastali, l'area verso (OMISSIS) e (OMISSIS) "a disposizione dei negozi al piano terra", ma per altro verso aveva infine concluso che le verande realizzate sull'area antistante il negozio R. - O. "insistono anche loro totalmente su area condominiale", affermazione, questa, che non trovava però alcun riscontro né nei documenti acquisiti dal tecnico e neppure nella descrizione degli accertamenti catastali da lui compiuti;

-) la locuzione "uso esclusivo della corte antistante", contenuta sia nell'atto di divisione del 1980 che in quello di compravendita del 1983, non era dirimente, potendo essa rivelare l'intento dei contraenti di riconoscere, con l'uso esclusivo, la natura pertinenziale delle corti antistanti i singoli negozi, in quanto destinate in modo permanente al servizio di quei locali;
-) all'atto della costituzione del Condominio, prodottasi per effetto della divisione del 1980, le condividenti avevano indicato come incluso nelle parti comuni il terreno sottostante e circostante il fabbricato, "salvo gli usi esclusivi delle porzioni di corte antistanti i negozi", manifestando così l'unanime volontà di escludere tali corti dalle parti comuni, esclusione contro la quale gli attori-appellanti nulla avevano comprovato;
-) in ogni caso l'uso esclusivo menzionato nella divisione e nella successiva compravendita andava ricondotto "all'uso delle parti condominiali ex artt. 1102 e 1122 c.c., proprio in considerazione del contesto nel quale l'uso venne costituito";
-) l'uso esclusivo delle parti comuni, difatti, non sarebbe vietato da alcuna norma di legge e, al contrario, sarebbe espressamente contemplato dall'art. 1122 c.c.; al fine, poi, di determinare la portata e l'estensione del godimento spettante a ciascun partecipante sui beni comuni, nonché di accertare l'esistenza, in favore del singolo condominio, di particolari diritti di utilizzazione, contrastanti con la normale destinazione dei beni medesimi, occorrerebbe tener presente la situazione al momento della nascita del condominio, in relazione alle disposizioni del suo atto costitutivo e del regolamento se esistente;-) nella specie l'uso esclusivo delle corti antistanti il negozio era stato attribuito alla condividente Br.As. concordemente da tutti i condomini con l'atto di costituzione del condominio in data 3 luglio 1980, regolarmente trascritto nei registri immobiliari, ed era stato poi trasferito agli odierni appellati dalla stessa condomina con la compravendita del 1983;
-) l'utilizzo delle corti, a voler ammettere la loro natura condominiale, anche se preclusivo di analoga possibilità di godimento da parte degli altri comproprietari, era comunque legittimo perché voluto in origine da tutti i condomini.

7. - Per la cassazione della sentenza B.G. e Be.Pi. hanno proposto ricorso per sei mezzi

8. - R.L. e O.E. hanno resistito con controricorso

9. - Con ordinanza del 2 dicembre 2019, n. 31420, la seconda sezione civile di questa Corte ha disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente per

l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, tanto per esigenza di composizione di contrasto, quanto per la particolare importanza della questione, sulla natura dell'uso esclusivo in ambito condominiale.

Il Primo Presidente ha disposto l'assegnazione alle Sezioni Unite. È stata fissata l'udienza del 21 aprile 2020.

10. - Sono state depositate memorie.

11. - Disposto il rinvio del ricorso a nuovo ruolo, è intervenuta rinuncia accettata.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE - SENTENZA 17 dicembre 2020, n.28972

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Il ricorso contiene sei motivi.

1.1. - Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1362,1117 e 950 c.c., nonché nullità della sentenza in relazione all'art. 112 c.p.c.

Le tre sorelle Br., secondo i ricorrenti, con l'atto di divisione di cui si è detto sarebbero divenute ciascuna proprietaria esclusiva dei singoli appartamenti e negozi di cui si componeva l'edificio, lasciando tra le "parti ed enti comuni" il "terreno sottostante e circostante il fabbricato", fatti salvi gli "usi esclusivi" delle porzioni di corte antistanti i negozi: il che – si sostiene – non comportava l'attribuzione alle condividenti della piena ed esclusiva proprietà delle corti antistanti i negozi, come poteva anche desumersi dallo stato dei locali al piano terra all'epoca della divisione.

1.2. - Il secondo motivo di ricorso censura la violazione e falsa applicazione dell'art. 11 disp. gen. e dell'art. 1122 c.c., come riformulato dalla l. n. 220 del 2012, avendo la Corte d'appello errato nel motivare la propria sentenza anche sulla scorta del disposto di tale disposizione come novellata, non applicabile *ratione temporis*.

1.3. - Il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1102 c.c., avendo errato la Corte di appello nel fare applicazione dei principi in tema di uso della cosa comune, pur dopo aver negato la configurabilità di un diritto reale d'uso *ex art. 1021 c.c.*

1.4. - Il quarto motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1021 e 1024 c.c. e art. 112 c.p.c., avendo errato la Corte d'appello nell'escludere che con l'atto di divisione le sorelle Br. avessero costituito in favore di Br.As. un diritto reale di uso, in conformità alla previsione dell'art. 1021 c.c., concernente la porzione antistante il negozio poi venduto ai convenuti.

Venuto ad esistenza il condominio con l'atto di divisione, difatti, l'intera corte circostante il fabbricato – secondo i ricorrenti – aveva acquisito la natura di parte comune, con attribuzione a Br.As. dell'uso esclusivo della porzione antistante il negozio assegnatole allo scioglimento della comunione, ai sensi del citato art. 1021 c.c.: ma, non essendo stata pattuita l'alienabilità di siffatto

diritto d'uso, la cessione di esso, nel 1983, dalla Br.As. a R.L. e O.E. doveva reputarsi nulla in forza del disposto dell'art. 1024 c.c.

1.5. - Il quinto motivo denuncia nullità della sentenza in relazione all'art. 112 c.p.c., nonché la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e dell'art. 11 disp. gen., in relazione all'accoglimento dell'appello incidentale.

Si sostiene che non era affatto controversa tra le parti la natura condominiale della corte posteriore al fabbricato e dei relativi manufatti ivi realizzati, così come non era controverso che i convenuti avessero l'uso esclusivo di una delle cantine poste sul retro dell'edificio, avendo piuttosto costoro replicato che gli attori avessero a loro volta l'uso esclusivo di altre due cantine.

Tale ultima circostanza era stata reputata dalla Corte d'appello non contestata da B. - Be., quantunque essi non fossero esposti ad un onere di contestazione specifica dei fatti di causa, in quanto nel processo non trovava applicazione *ratione temporis* l'art. 115 c.p.c., come novellato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, art. 45, comma 14.

1.6. - Il sesto motivo di ricorso denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c., avendo la Corte di appello erroneamente pronunciato la condanna alle spese, senza tener conto della condotta processuale dei convenuti.

1.7. - Il ricorso, nelle pagine da 42 a 46, contiene poi richiami ad alcuni temi di lite, in previsione dell'eventuale giudizio di rinvio e delle difese eventuali degli intimati, senza svolgere, peraltro, ulteriori specifici motivi di censura riconducibili ad alcuna delle categorie previste dall'art. 360 c.p.c., comma 1.

2. - La rinuncia al ricorso accettata comporta dichiarazione di estinzione del processo, senza spese.

3. - Ritengono tuttavia queste Sezioni Unite che occorra pronunciare nell'interesse della legge il principio di cui si dirà, in risposta al quesito posto dall'ordinanza di rimessione (per l'affermazione del principio di diritto in caso di rinuncia v. Cass., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19051).

4. - I primi quattro motivi di ricorso, è difatti osservato dall'ordinanza di questa Corte del 2 dicembre 2019, n. 31420, impongono di esaminare una questione di diritto decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e comunque investono una questione di massima di particolare importanza: quella della natura del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" di parti comuni dell'edificio in ambito condominiale.

Si osserva nell'ordinanza di rimessione:

-) a partire da Cass. 16 ottobre 2017, n. 24301 (seguita da Cass. 10 ottobre 2018, n. 24958; Cass. 31 maggio 2019, n. 15021; Cass. 4 luglio 2019, n. 18024; Cass. 3 settembre 2019, n. 22059) è stato affermato che non può ricondursi al diritto di uso previsto dall'art. 1021 c.c., il vincolo reale di "uso esclusivo" su parti comuni dell'edificio, riconosciuto, al momento della costituzione di un condominio, in favore di una unità immobiliare di proprietà individuale, in maniera da incidere sulla disciplina del godimento della cosa comune, nel senso di precluderne l'uso collettivo mediante attribuzione a taluno dei

partecipanti di una facoltà integrale di servirsi della res e di trarne tutte le utilità compatibili con la sua destinazione economica;

-) la capostipite di tale orientamento, facendo leva sulle nozioni di “uso esclusivo”, contenuta nell’art. 1126 c.c. e di “uso individuale”, prevista dal novelato art. 1122 c.c., ha ritenuto che tali previsioni pattizie di “uso esclusivo”, senza escludere del tutto la fruizione “di una qualche utilità sul bene” in favore degli altri comproprietari, costituiscono deroghe all’art. 1102 c.c., espressione dell’autonomia privata, con effetto di conformazione dei rispettivi godimenti; entro tale inquadramento, l’uso esclusivo si trasmetterebbe, al pari degli ordinari poteri dominicali sulle parti comuni, anche ai successivi aventi causa dell’unità cui l’uso stesso accede; l’uso esclusivo in ambito condominiale, così come prospettato, sarebbe, quindi, “tendenzialmente perpetuo e trasferibile”, e non riconducibile al diritto reale d’uso di cui agli artt. 1021 c.c. e segg., sicché non condividerebbe con quest’ultimo istituto né i limiti di durata, né i limiti di trasferibilità, e nemmeno le modalità di estinzione; neppure vi sarebbe alcun contrasto con il *numerus clausus* dei diritti reali, in quanto l’uso esclusivo condominiale sarebbe, piuttosto, una “manifestazione del diritto del condomino sulle parti comuni”;
-) questa configurazione appaga le diffuse esigenze avvertite dalla pratica notarile di dare al cosiddetto “uso esclusivo” di parti condominiali il rango di un diritto perpetuo e trasmissibile, a contenuto, dunque, non strettamente personale, e cioè stabilito a favore del solo usuario, collegando la facoltà di usare il bene non ad un soggetto, ma ad una porzione in proprietà individuale senza limiti temporali;
-) per converso, la qualificazione del diritto di uso esclusivo quale diritto “quasi” *uti dominus*, ma pur sempre con il limite di cui all’art. 1102 c.c., non risolve il problema della trascrivibilità, e quindi dell’opponibilità, dell’uso esclusivo sulla cosa comune, avuto riguardo al rilievo che di modificazioni del diritto di proprietà, di comunione o di condominio non si parla in alcuno dei primi tredici numeri dell’art. 2643 c.c., né nell’art. 2645 c.c., che prevede la trascrizione di «ogni altro atto o provvedimento che produce [...] taluni degli effetti dei contratti menzionati nell’art. 2643», mentre solo il n. 14 dell’art. 2643 c.c., parla di sentenze (Le. non di atti negoziali) che operano “la modificazione” di uno dei diritti menzionati nei numeri precedenti;
-) il diritto di uso esclusivo di un bene condominiale, riservato soltanto al proprietario di una delle unità immobiliari, che non può assimilarsi ad una servitù prediale, né può essere ricostruito in termini di obbligazione *propter rem*, deve d’altronde confrontarsi con la diffusa considerazione che il godimento concreta una facoltà intrinseca del diritto di comunione, sicché la modifica del contenuto essenziale della comproprietà, consistente nella negazione della facoltà di uso del bene comune ad alcuni condomini, può discendere soltanto dalla costituzione di un diritto reale in favore dell’usuario, il che però appare precluso dall’osservazione che il nostro ordinamento

tuttora non consente all'autonomia privata di scavalcare il principio del numero chiuso dei diritti reali.

Invero – osserva tra l'altro l'ordinanza di rimessione – “la questione, cui occorre dare soluzione per decidere i primi quattro motivi di ricorso, circa la natura, i limiti e la opponibilità del diritto di uso esclusivo su beni comuni, involge evidentemente il più classico problema della utilizzabilità delle obbligazioni come espressioni di autonomia privata volte a regolare le modalità di esercizio dei diritti reali, opponendosi dai teorici che la libertà negoziale possa conformare unicamente i rapporti di debito, e non anche le situazioni reali: tale severa conclusione trova il suo fondamento sempre nel tradizionale principio del *numerus clausus* dei diritti reali, il quale si reputa ispirato da una esigenza di ordine pubblico, restando riservata al legislatore la facoltà di dar vita a nuove figure che arricchiscano i ‘tipi’ reali normativi”.

Dopodiché, nell'ordinanza che ha rimesso gli atti al Primo Presidente è segnalata sia la non uniformità dei responsi concernenti la natura del diritto di uso esclusivo, sia il suo rilievo di questione di massima di particolare importanza.

Ed in effetti, come si vedrà, Cass. 16 ottobre 2017, n. 24301, più che porsi in diretto contrasto con un formato indirizzo giurisprudenziale precedente, ha prospettato una ricostruzione nuova. Tuttavia, se, come osservato, il principio affermato da tale decisione è stato successivamente ribadito, è altrettanto vero che, ancor più di recente, la seconda sezione si è pronunciata in senso opposto, affermando che non può ipotizzarsi la costituzione di un uso reale atipico, esclusivo e perpetuo, che priverebbe del tutto di utilità la proprietà e darebbe vita a un diritto reale incompatibile con l'ordinamento (Cass. 9 gennaio 2020, n. 193).

Sicché anche il contrasto è comunque allo stato effettivamente sussistente.

5. - La questione si pone in generale nei termini seguenti.

5.1. - Quanto all'origine del c.d. “diritto reale di uso esclusivo”, in ambito condominiale, si trova affermato, in dottrina, che esso sarebbe il frutto di una creazione giurisprudenziale, pur se relativamente tralaticia, di dubbia validità.

In effetti, però, la clausola mediante la quale si concede ad una singola unità immobiliare l'uso esclusivo di un'area, nel nostro caso (e di solito) adibita come si vedrà a cortile, non nasce – come è del resto ovvio – dalla giurisprudenza, ma si è diffusa attraverso la prassi negoziale, in particolare notarile: e si è in particolare ipotizzato che tale diffusione possa aver trovato la sua ragion d'essere, almeno in taluni casi, quale escamotage per risolvere, tramite la qualificazione surrettizia, problemi catastali, ad esempio – è stato detto – per il mancato frazionamento dell'area comune.

Nondimeno, è vero che nella giurisprudenza di questa Corte non è raro imbattersi in decisioni rese nell'ambito di liti in cui si controverteva della pretesa titolarità in capo ad un condomino (o ad alcuni condomini) di un diritto di uso esclusivo su una porzione, perlopiù cortilizia, dunque di una parte comune, ai sensi dell'art. 1117 c.c.

A mero titolo di esempio possono rammentarsi pronunce concernenti: la compatibilità della funzione naturale di un cortile condominiale con la destinazione di esso all'uso esclusivo di uno o più condomini (Cass. 20 febbraio 1984, n. 1209); il diritto di godere in via esclusiva di un giardino comune conferito in uso al proprietario del piano terreno (Cass. 27 luglio 1984, n. 4451); la legittimità dell'installazione di una tenda su di uno spazio di proprietà comune, da parte del condomino del piano terreno che lo abbia in uso esclusivo e destinato a ristorante (Cass. 25 ottobre 1991, n. 11392); la possibilità di inserimento in un regolamento condominiale contrattuale della previsione dell'uso esclusivo di una parte dell'edificio definita comune a favore di una frazione di proprietà esclusiva (Cass. 4 giugno 1992, n. 6892; e v. al riguardo, ancora senza alcuna pretesa di completezza, Cass. 27 giugno 1978, n. 3169; Cass. 10 luglio 1975, n. 2727; Cass. 24 aprile 1975, n. 1600; Cass. 14 marzo 1975, n. 970); la destinazione di un bene, dall'originario proprietario dell'intero immobile, ad un uso esclusivo (Cass. 28 aprile 2004, n. 8119); l'uso esclusivo di un'area esterna al fabbricato, altrimenti idonea a soddisfare le esigenze di accesso all'edificio di tutti i partecipanti (Cass. 4 settembre 2017, n. 20712).

5.2. - Nonostante la diffusione del fenomeno, tuttavia, non risulta che, prima di Cass. 16 ottobre 2017, n. 24301, sulla quale tra breve si tornerà, questa Corte abbia mai chiaramente preso posizione sul fondamento della configurabilità di un c.d. "diritto reale di uso esclusivo" di una parte comune – formula, varrà subito osservare, dalla forte caratterizzazione di ossimoro, laddove coniuga l'esclusività dell'uso con l'appartenenza della porzione a più condomini – e sulla sua natura: se, cioè, l'attribuzione ad un condomino di un diritto di uso esclusivo altro non sia, almeno in taluni casi, che una formula da intendersi come equivalente dell'attribuzione a lui della proprietà solitaria sulla porzione in discorso; se e come il diritto di uso esclusivo di una parte comune possa armonizzarsi con la regola basilare dettata dall'art. 1102 c.c., senz'altro applicabile al condominio per il rinvio dell'art. 1139 c.c., secondo cui ciascun comunista può servirsi della cosa comune; se il diritto di uso esclusivo abbia natura di diritto reale atipico o sia riconducibile ad una delle figure tipiche di diritto reale di godimento, ovvero se abbia natura non di diritto reale, bensì di diritto di credito.

5.3. - In particolare, non sembra potersi isolare un indirizzo giurisprudenziale che riconduca il c.d. "diritto reale di uso esclusivo" alle servitù prediali.

Si rinviene, difatti, una ormai non recente decisione nella quale si afferma, in generale, in relazione alle formule impiegate nei regolamenti condominiali contrattuali i quali stabiliscano "pesi sulle cose comuni a vantaggio dei piani o delle porzioni di piano", che le soluzioni oscillerebbero tra le obbligazioni *propter rem*, gli oneri reali e le servitù reciproche, e che quest'ultima soluzione sarebbe quella preferibile, dal momento che "detti vincoli possono essere trascritti nei registri immobiliari" (Cass. 15 aprile 1999, n. 3749): ma tale pronuncia non si misura con le specifiche caratteristiche del c.d. "diritto reale di uso esclusivo", il quale consiste non già nella semplice creazione di pesi sulle cose

comuni a vantaggio di una o più proprietà solitarie, ma, come si avrà modo di dire, in un sostanziale svuotamento del diritto di proprietà sul fondo servente.

5.4. - Con la pronuncia del 2017 poc'anzi richiamata si è affermato, come ha già rammentato l'ordinanza di rimessione, che l'"uso esclusivo" su parti comuni dell'edificio, riconosciuto, al momento della costituzione di un condominio, in favore di unità immobiliari in proprietà esclusiva, al fine di garantirne il migliore godimento, incide non sull'appartenenza delle dette parti comuni alla collettività, ma sul riparto delle correlate facoltà di godimento fra i condomini, che avviene secondo modalità non paritarie determinate dal titolo, in deroga a quello altrimenti presunto *ex artt.* 1102 e 1117 c.c. Tale diritto non è riconducibile al diritto reale d'uso previsto dall'art. 1021 c.c. e, pertanto, oltre a non mutuarne le modalità di estinzione, è tendenzialmente perpetuo e trasferibile ai successivi aventi causa dell'unità immobiliare cui accede (Cass. 16 ottobre 2017, n. 24301, che ha confermato la decisione di merito, che aveva respinto la domanda del condominio attore, tesa ad accertare che il diritto d'uso esclusivo su due porzioni del cortile, concesso con il primo atto di vendita dall'originario unico proprietario dell'intero edificio in favore di un'unità immobiliare e menzionato anche nell'allegato regolamento, non era cedibile, né poteva eccedere i trent'anni).

Il ragionamento posto a base del principio di diritto così massimato si snoda come segue:

-) l'art. 1117 c.c., nell'indicare le parti comuni di un edificio in condominio, "se non risulta il contrario dal titolo", consente che, al momento di costituzione del condominio, alcune delle parti altrimenti comuni possono essere sottratte alla presunzione di comunione;
-) se ciò è possibile, a fortiori è possibile, nella medesima sede costitutiva del condominio, che le parti convengano l'uso esclusivo di una parte comune in favore di uno o più condomini;
-) sotto la dizione sintetica di "uso esclusivo", impiegata dall'art. 1126 c.c., contrapposta a quella di "uso comune", contenuta nell'art. 1122 c.c., nella formulazione risultante dalla l. n. 220 del 2012, ove è precisata una nozione già desumibile dal sistema, si cela la coesistenza, su parti comuni, di facoltà individuali dell'utente e facoltà degli altri partecipanti (mai in effetti realmente del tutto esclusi dalla fruizione di una qualche utilità sul bene c.d. in uso esclusivo altrui), secondo modalità non paritarie, in funzione del migliore godimento di porzioni di piano in proprietà esclusiva cui detti godimenti individuali accedano;
-) deve riconoscersi nella parte comune, anche se sottoposta ad uso esclusivo, il permanere della sua qualità, appunto, comune, giacché l'attribuzione dell'uso esclusivo costituisce soltanto deroga da parte dell'autonomia privata al disposto dell'art. 1102 c.c., altrimenti applicabile anche al condominio, che consente ai partecipanti di fare uso della cosa comune "secondo il loro diritto";
-) i partecipanti diversi dall'utente esclusivo vedono diversamente conformati dal titolo i rispettivi godimenti, con maggiori utilità per l'utente e minori utilità per gli altri condomini;

-) dalla qualifica della cosa in uso esclusivo nell'ambito del condominio quale parte comune di spettanza di tutti i partecipanti, tutti comproprietari, ma secondo un rapporto di riparto delle facoltà di godimento diverso, in quanto fissato dal titolo, da quello altrimenti presunto *ex artt.* 1117 e 1102 c.c., derivano i corollari dell'inerenza di tale rapporto a tutte le unità in condominio, con la conseguenza che l'uso esclusivo si trasmette, al pari degli ordinari poteri dominicali sulle parti comuni, anche ai successivi aventi causa sia dell'unità cui l'uso stesso accede che delle altre correlativamente fruente di minori utilità;
-) l'uso esclusivo, quale connotazione del diritto di proprietà *ex art.* 832 c.c., o dell'altro diritto eventualmente spettante sull'unità immobiliare esclusiva cui accede, tendenzialmente perpetuo e trasferibile (nei limiti di trasferibilità delle parti comuni del condominio), non è riconducibile al diritto reale d'uso di cui all'art. 1021 c.c., di cui l'uso esclusivo di parte comune nel condominio non mutua i limiti di durata, trasferibilità e modalità di estinzione; -) il riconoscimento dell'uso esclusivo non si pone in contrasto con il *numerus clausus* dei diritti reali.

5.4. - Sulla configurabilità del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" in ambito condominiale la dottrina non sembra aver fornito indicazioni univoche.

5.4.1. - Si suggerisce anzitutto da alcuni di tener distinti i casi in cui la formula "uso esclusivo" sia impiegata al fine di identificare un diritto di contenuto diverso dalla proprietà ed i casi in cui, invece, la formula, ad esempio attraverso la previsione della perpetuità e trasmissibilità del diritto, miri proprio all'attribuzione del diritto di proprietà, con la finalità, come si accennava, di rimediare a problemi catastali.

5.4.2. - Quanto al "diritto reale di uso esclusivo", inteso in senso proprio, si afferma essere dubbia la validità di un accordo interno fra i comunisti che, in deroga all'art. 1102 c.c., assegni l'uso esclusivo, anche se di una parte del bene comune, solo ad uno o più comunisti. Difatti – si sottolinea – l'art. 1102 c.c., pone in evidenza un aspetto strutturale della comunione, il godimento, aspetto che, secondo un'opinione ampiamente accolta, non sarebbe suscettibile di subire modificazioni, beninteso sostanziali.

5.4.3. - Nel tentativo di supportare sia il dato giurisprudenziale, formatosi anteriormente a Cass. 16 ottobre 2017, n. 24301, sia la prassi, si indica ancora in dottrina, come più rilevante appiglio, pur senza tacere le controindicazioni, l'art. 1126 c.c.

5.4.4. - È stato affermato, inoltre, che un riconoscimento legislativo degli usi esclusivi, tali da determinare una modificazione del diritto di comproprietà, suscettibile quindi di trascrizione, potrebbe rinvenirsi nel d.lgs. 20 maggio 2005, n. 122, art. 6, comma 2, lett. b), che impone al costruttore di indicare nel contratto relativo ad una futura costruzione le parti condominiali e le "pertinenze esclusive".

5.4.5. - Secondo altri, dopo alcune perplessità sull'utilizzazione del termine "uso", tale da evocare il diritto reale di cui all'art. 1021 c.c., sarebbe stata supe-

rata ogni esitazione definendo tali diritti con l'espressione "uso esclusivo", senza alcuna altra precisazione, ma nella consapevolezza che esso discenderebbe da un rapporto di servitù.

Il fondo servente sarebbe costituito dal cortile, nella parte asservita; il fondo dominante sarebbe l'unità immobiliare a cui favore l'area è asservita; il peso imposto consisterebbe nella facoltà esclusiva per il condomino a cui favore è costituita la servitù di godere del cortile.

Non osterebbe alla configurabilità di una servitù a favore del bene di proprietà esclusiva di un condomino ed a carico del condominio (o viceversa) il principio *nemini res sua servit* in quanto l'intersoggettività del rapporto sarebbe garantita dal concorso di altri titolari sul bene comune.

5.4.6. - L'"uso esclusivo" di cui si discute, in ogni caso, non potrebbe essere ricondotto alla previsione dell'art. 1021 c.c.

Difatti, l'"uso" ivi previsto è manifestazione del diritto, per il titolare, di servirsi di una cosa (e, se fruttifera, di raccoglierne i frutti) per quanto occorra ai bisogni suoi e della sua famiglia. Inoltre, secondo l'art. 1024 c.c., il diritto d'uso non si può cedere o dare in locazione, e la durata dello stesso, secondo l'art. 979 c.c., richiamato dall'art. 1026 c.c., non può eccedere la vita del titolare, se persona fisica, o trenta anni, se persona giuridica.

Ne deriva che, per lo più, la locuzione "uso esclusivo" attiene alla destinazione del bene, e non alla qualificazione del diritto, sussumibile entro l'ambito di applicazione dell'art. 1021 c.c.

5.4.7. - Vi è infine da rammentare, più in generale, che parte della dottrina ammette la creazione per contratto di diritti reali atipici, il che, se fosse vero, farebbe cadere ogni ostacolo al sorgere del c.d. "diritto reale di uso esclusivo".

6. - Ritengono le Sezioni Unite che il tema del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" di parti comuni dell'edificio in ambito condominiale debba essere inquadrato nei termini che seguono.

6.1. - Nell'art. 1102 c.c., rubricato "uso della cosa comune", dettato per la comunione ma applicabile al condominio per il tramite dell'art. 1139 c.c., il vocabolo "uso" si traduce nel significato del "servirsi della cosa comune". Nell'art. 1117 c.c., che apre il capo dedicato al condominio, ricorre per tre volte, in ciascuno dei numeri in cui la norma si suddivide, l'espressione "uso comune", che ripete e sintetizza la previsione dell'art. 1102 c.c.

Nella locuzione "servirsi della cosa comune" si riassumono le facoltà ed i poteri attraverso i quali il partecipante alla comunione, ovvero il condomino, ritrae dalla cosa le utilità di cui essa è capace, entro i limiti oggettivi della sua "destinazione", cui pure si riferisce l'art. 1102 c.c.

L'"uso", quale sintesi di facoltà e poteri, costituisce allora parte essenziale del contenuto intrinseco, caratterizzante, del diritto di comproprietà, come, ovviamente, di quello di proprietà, a tenore del dettato dell'art. 832 c.c. L'uso è cioè (non diritto, bensì) uno dei modi attraverso i quali può esercitarsi il diritto, e forma parte intrinseca e caratterizzante, nucleo essenziale, del suo contenuto.

L'art. 1102 c.c., ribadisce ulteriormente il carattere intrinseco e caratterizzante dell'“uso della cosa comune” laddove istituisce l'obbligo del partecipante di non impedire agli altri “di farne parimenti uso secondo il loro diritto”.

6.2. - Nella formula “parimenti uso” si riassumono i connotati, per così dire normali, dell'uso della cosa comune nell'ambito della comunione e del condominio, uso in linea di principio, ed almeno in potenza, per l'appunto indistintamente paritario, promiscuo e simultaneo.

Ciò non esclude la possibilità di un “uso” più intenso da parte di un condomino rispetto agli altri (Cass. 30 maggio 2003, n. 8808; Cass. 27 febbraio 2007, n. 4617; Cass. 21 ottobre 2009, n. 22341; Cass. 16 aprile 2018, n. 9278), tanto più che l'art. 1123 c.c., comma 2, contempla espressamente la possibile esistenza di cose destinate a servire i condomini “in misura diversa”, regolando il riparto delle spese in proporzione dell'uso, previsione che trova ulteriore specificazione nel successivo art. 1124 c.c., con riguardo alla manutenzione e sostituzione di scale e ascensori.

L'uso della cosa comune può assumere inoltre caratteri differenziati rispetto alla regola della indistinta paritarietà, tuttavia pur sempre mantenuta ferma mediante un congegno di reciprocità: così, entro limiti che qui non occorre approfondire, per l'uso frazionato (Cass. 14 luglio 2015, n. 14694; Cass. 11 aprile 2006, n. 8429; Cass. 14 ottobre 1998, n. 10175; Cass. 28 gennaio 1985, n. 434; Cass. 6 dicembre 1979, n. 6338) e per l'uso turnario (Cass. 12 dicembre 2017, n. 29747; Cass. 19 luglio 2012, n. 12485; Cass. 3 dicembre 2010, n. 24647; Cass. 4 dicembre 1991, n. 13036), ipotesi, quest'ultima, ricorrente nel caso della destinazione di cortili a posti auto in numero insufficiente a soddisfare simultaneamente le esigenze di tutti i condomini.

È inoltre ben vero che l'art. 1102 c.c., nel prescrivere che ciascun partecipante può servirsi della cosa comune purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto, non pone una norma inderogabile, i cui limiti non possano essere resi più severi dal regolamento condominiale (Cass. 20 luglio 1971, n. 2369). Se, però, i suddetti limiti possono essere resi più rigorosi dal regolamento condominiale, resta fermo che non è consentita l'introduzione di un divieto di utilizzazione generalizzato delle parti comuni (Cass. 29 gennaio 2018, n. 2114; Cass. 4 dicembre 2013, n. 27233).

6.3. - Questo essendo il quadro, il c.d. “diritto reale di uso esclusivo” va evidentemente a collocarsi al di là dell'osservanza della regola del “farne parimenti uso”, pur declinata nelle forme particolari di cui si è detto: uso frazionato e uso turnario.

Nel caso dell'“uso esclusivo”, proprio perché esclusivo, cioè, si elide – rimanendo da verificare se ed in che limiti ciò sia giuridicamente fattibile – il collegamento tra il diritto ed il suo contenuto, concentrandosi l'uso in capo ad uno o alcuni condomini soltanto: tant'è che si è parlato in proposito, come già accennato, di uso “quasi *uti dominus*”.

6.4. - Qualora l'esegesi dell'atto induca a ritenere che l'attribuzione abbia effettivamente riguardato, secondo la volontà delle parti, non la proprietà, sia pure in veste "mascherata", ma il c.d. "diritto reale di uso esclusivo" su una parte comune, ferma la titolarità della proprietà di essa in capo al condominio, è da escludere che un simile diritto, con connotazione di realtà, possa trovare fondamento sull'art. 1126 c.c.

La norma stabilisce che, quando l'uso dei lastrici solari o di una parte di essi non è comune a tutti i condomini, quelli che ne hanno l'uso esclusivo sono tenuti a contribuire per un terzo nella spesa delle riparazioni o ricostruzioni del lastrico: gli altri due terzi sono a carico di tutti i condomini dell'edificio o della parte di questo a cui il lastrico solare serve in proporzione del valore del piano o della porzione di piano di ciascuno.

Nella giurisprudenza di questa Corte sembra rinvenirsi un unico precedente in cui l'uso esclusivo ivi menzionato è espressamente qualificato come diritto reale di godimento, come tale usucapibile.

Si afferma cioè essere esatto che i lastrici solari, necessari all'uso comune dell'edificio, del quale svolgono la funzione di copertura, non possono in generale essere usucapiti, mentre possono essere ceduti in proprietà ad un solo condomino. Si rammenta, difatti, che l'usucapione non può aver luogo in ordine ai lastrici solari, per i quali sono concettualmente insopprimibili le utilità tratte dagli altri partecipi della comunione, per effetto della connaturata destinazione di tali cose alla copertura ed alla protezione del fabbricato. Ma si aggiunge che l'art. 1126 c.c., prevede espressamente che uno dei condomini possa avere l'uso esclusivo del calpestio del lastrico e dunque possa usucapire il diritto di calpestio esclusivo. E si ricorda che la dottrina definisce tale uso esclusivo di calpestio come diritto reale equivalente ad una servitù, perfettamente usucapibile. Sicché nulla esclude l'acquisto per usucapione non della proprietà del lastrico solare, ma, appunto, del diritto esclusivo di calpestio, che si presenta oggettivamente come autonomo dal diritto di proprietà (così Cass. 17 aprile 1973, n. 1103).

Ciò detto, la previsione dettata dall'art. 1126 c.c., è riferita ad una situazione del tutto peculiare, quale quella dei lastrici solari, che, pur svolgendo una funzione necessaria di copertura dell'edificio, e costituendo come tali parti comuni, possono però essere oggetto di calpestio, per la loro conformazione ed ubicazione, soltanto da uno o alcuni condomini, sicché l'uso esclusivo nel senso sopra descritto non priva gli altri condomini di alcunché, perché essi non vi potrebbero comunque di fatto accedere.

Dalla previsione dell'art. 1126 c.c., allora, può semmai desumersi a contrario che non sono configurabili ulteriori ipotesi di uso esclusivo, le quali, in violazione della regola generale stabilita dal già richiamato art. 1102 c.c., nonché dei principi, di cui si parlerà più avanti, del *numerus clausus* e di quello di tipicità dei diritti reali (principi secondo cui i privati non possono creare figure di diritti reali nuovi rispetto a quelli riconosciuti dalla legge, né mutarne il contenuto

essenziale), sottraggano a taluni condomini il diritto di godimento della cosa comune loro spettante.

L'art. 1126 c.c., avuto riguardo ai menzionati principi, non si presta dunque a fungere da punto d'appoggio per la costruzione di un più ampio "diritto reale di uso esclusivo" delle parti comuni, ma, tutt'al più, ove ne ricorrano i presupposti, ad una cauta applicazione estensiva, come per le terrazze che fungano da copertura di un edificio, le quali rispetto al lastrico offrono utilità ulteriori, ovverosia il comodo accesso e la possibilità di trattenersi (la distinzione è evidenziata p. es. da Cass. 22 novembre 1996, n. 10323).

6.5. - Neppure rileva che la riforma del condominio del 2012 abbia introdotto talune ipotesi di concessione a singoli condomini di un godimento apparentemente non paritario, giacché, pur volendo tralasciare che tali previsioni, per la loro eccezionalità, non possono concorrere alla costruzione di un principio generale, è da escludere che esse comportino modificazioni strutturali alla proprietà delle parti comuni in favore del titolare dell'uso.

L'art. 1122 c.c., comma 1, prevede che nelle parti normalmente destinate all'uso comune che sono state destinate all'"uso individuale" il condomino non può eseguire opere che determinino pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza o al decoro architettonico dell'edificio.

Al riguardo, è agevole osservare che la norma neppure fa riferimento univoco ad un ipotetico "diritto reale di uso esclusivo", mentre essa ben può essere riferita al caso, già ricordato, dell'uso frazionato delle parti comuni.

L'art. 1120 c.c., comma 2, n. 2, poi, consente, tra l'altro, che i condomini, con una maggioranza meno rigorosa di quella prevista per le innovazioni in genere, possono disporre opere ed interventi per la realizzazione di parcheggi destinati a servizio delle unità immobiliari. E tuttavia la norma non chiarisce se i posti auto realizzati debbano essere attribuiti in proprietà esclusiva, costituendo in tal caso pertinenze delle singole unità immobiliari, o in godimento frazionato in favore dei proprietari di tali unità immobiliari:

-) nel primo caso si tratterebbe di attribuzione in proprietà (la qual cosa si è già accennato essere pienamente compatibile con la regola generale dettata dall'art. 1117 c.c., che, riferendosi al "titolo diverso", consente di assegnare in proprietà esclusiva porzioni dell'edificio che altrimenti ricadrebbero nelle parti comuni) e non del c.d. "diritto reale di uso esclusivo";
-) nel secondo caso si rientrerebbe nell'ipotesi di uso frazionato già considerata.

L'art. 1122-bis c.c., comma 2, ancora, consente la installazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili destinati al servizio di singole unità immobiliari del condominio sul lastrico solare e su ogni altra idonea superficie comune. In base al comma 3 l'assemblea provvede, su richiesta degli interessati, a ripartire l'uso del lastrico solare e delle altre superfici comuni, salvaguardando le diverse forme di utilizzo previste dal regolamento di condominio o comunque in atto.

Anche qui non emerge la configurabilità di un "diritto reale di uso esclusivo". Ed anzi, il fatto che il godimento venga concesso a maggioranza dall'as-

sembra escludere che possa ricorrere una ipotesi di modificazione del contenuto del diritto di comproprietà.

6.6. - È parimenti priva di fondamento la tesi, talora affermata, secondo cui un riconoscimento legislativo degli usi esclusivi, tali da determinare una modificazione del diritto di comproprietà, potrebbe desumersi dal d.lgs. 20 maggio 2005, n. 122, art. 6, comma 2, lett. b), che obbliga il costruttore a indicare nel contratto relativo a futura costruzione le parti condominiali e le “pertinenze esclusive”.

È già risolutivo osservare che si tratta di una norma eccezionale, dalla quale non potrebbe in ogni caso desumersi l’istituzione di un generale “diritto reale di uso esclusivo”. Ma, al di là di questo, la norma parla di pertinenze, e dunque ancora una volta di attribuzione in proprietà, secondo quanto si è già visto compatibile con l’assetto condominiale.

6.7.- Posto che l’art. 1102 c.c., come si diceva applicabile al condominio, stabilisce che ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto, è da escludere che, così come talune parti altrimenti comuni, alla stregua dell’art. 1117 c.c., possono essere attribuite in proprietà esclusiva ad un singolo condomino, a maggior ragione esse possano essere attribuite, con caratteri di realtà, ad un singolo condomino, in uso esclusivo.

L’impiego dell’argomento a fortiori è difatti in tal caso un artificio retorico volto a dare per dimostrato ciò che doveva invece dimostrarsi: ossia che possa configurarsi una sostanzialmente totale compressione del godimento spettante ai condomini sulla cosa comune, con la speculare creazione di un atipico diritto reale di godimento, il diritto di uso esclusivo, in favore di uno o alcuni, di essi. Ed è parimenti un artificio retorico quello insito nell’affermazione secondo cui il c.d. “diritto di uso esclusivo” non sarebbe in realtà davvero esclusivo, poiché agli altri condomini rimarrebbe (nient’altro che) la possibilità di prendere aria e luce, nonché di esercitare la veduta in appiombo.

Un diritto reale di godimento di uso esclusivo, in capo ad un condomino, di una parte comune dell’edificio, privando gli altri condomini del relativo godimento, e cioè riservando ad essi un diritto di comproprietà svuotato del suo nucleo fondamentale, determinerebbe, invece, un radicale, strutturale snaturamento di tale diritto, non potendosi dubitare che il godimento sia un aspetto intrinseco della proprietà, come della comproprietà: salvo, naturalmente, che la separazione del godimento dalla proprietà non sia il frutto della creazione di un diritto reale di godimento normativamente previsto.

6.8. - Siffatto c.d. “diritto reale di uso esclusivo” non è inquadrabile tra le servitù prediali.

Si è già visto che non esiste un orientamento giurisprudenziale in tal senso.

All’inquadramento non osta il principio *nemini res sua servit*, il quale trova applicazione soltanto quando un unico soggetto è titolare del fondo servente e di quello dominante e non anche quando il proprietario di uno di essi sia anche comproprietario dell’altro, giacché in tal caso l’intersoggettività del rap-

porto è data dal concorso di altri titolari del bene comune (Cass. 6 agosto 2019, n. 21020, e già Cass. 27 luglio 1984, n. 4457; Cass. 24 giugno 1967, n. 1560; Cass. 22 luglio 1966, n. 2003).

Vi osta la conformazione della servitù, che può sì essere modellata in funzione delle più svariate utilizzazioni, pur riguardate dall'angolo visuale dell'obiettivo rapporto di servizio tra i fondi e non dell'utilità del proprietario del fondo dominante, ma non può mai tradursi in un diritto di godimento generale del fondo servente, il che determinerebbe lo svuotamento della proprietà di esso, ancora una volta, nel suo nucleo fondamentale.

Ed è perciò che questa Corte ha da lungo tempo affermato, ad esempio, che, essendo requisiti essenziali della nozione di servitù il carattere di peso e l'utilità del rapporto di dipendenza tra i due fondi, deve ritenersi contraria all'ordine pubblico, ove non rientri negli schemi dell'uso, dell'usufrutto o dell'abitazione, la convenzione, con la quale il proprietario del c.d. fondo servente si riserva la sola utilizzazione del legname per uso di carbonizzazione e la facoltà di compiere soltanto lavori attinenti alla sua industria di produzione di energia elettrica, e concede al proprietario del c.d. fondo dominante il diritto di far proprio ogni altro prodotto (Cass. 31 maggio 1950, n. 1343); ed ha ribadito che la costituzione della servitù, concretandosi in un rapporto di assoggettamento tra due fondi, importa una restrizione delle facoltà di godimento del fondo servente, ma tale restrizione, se pur commisurata al contenuto ed al tipo della servitù, non può, tuttavia, risolversi nella totale elisione delle facoltà di godimento del fondo servente. Al proprietario, pertanto, del fondo gravato da una servitù di passaggio, non può essere inibito di chiudere il fondo, purché lasci libero e comodo l'ingresso a chi esercita la servitù di passaggio o lasci, comunque, al di fuori della recinzione la zona del fondo, sulla quale, a tenore del titolo, la servitù deve esercitarsi (Cass. 22 aprile 1966, n. 1037).

Ora, è del tutto evidente che, se ad un condomino spettasse a titolo di servitù l'“uso esclusivo” di una porzione di parte comune, agli altri condomini non rimarrebbe nulla, se non un vuoto simulacro.

6.9. - Resta da chiedersi se la creazione di un atipico “diritto reale di uso esclusivo”, tale da svuotare di contenuto il diritto di comproprietà, possa essere il prodotto dell'autonomia negoziale.

Il che è da escludere, essendovi di ostacolo il principio, o i principi, sovente in dottrina tenuti distinti, sebbene in gran parte sovrapponibili, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi: in forza del primo solo la legge può istituire figure di diritti reali; per effetto del secondo i privati non possono incidere sul contenuto, snaturandolo, dei diritti reali che la legge ha istituito.

Parte della dottrina, certo minoritaria, predica, non solo in Italia, il vanificarsi del dogma – così talora definito, in alternativa ad altre qualificazioni in termini di mistero od enigma – del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali.

Contro di esso si invoca, in breve, una sorta di pari dignità dei diritti reali e dei diritti di credito, riguardati nella prospettiva dell'autonomia privata, che,

dall'uno e dall'altro versante, non incontrerebbe altro limite, se non quello derivante dalla contrarietà all'ordine pubblico, dall'illiceità del contratto e dalla meritevolezza dell'interesse perseguito. Di guisa che i privati potrebbero così dar vita per contratto ad ogni genere di diritto, di natura reale od obbligatoria, purché nel rispetto dei principi inderogabili dell'ordinamento giuridico. Si è osservato, sotto altro aspetto, che nessuno meglio delle parti stesse potrebbe rispondere, tempestivamente, alle sempre nuove esigenze che il traffico giuridico pone, mentre il legislatore non riuscirebbe a garantire eguale tempestività, né completezza di strumenti. Dall'angolo visuale dell'analisi economica del diritto si è detto che i principi in discorso determinerebbero diseconomie, sulle quali non è per vero il caso qui di soffermarsi. E può aggiungersi che l'atteggiamento di disfavore verso i menzionati principi ha avuto qualche riscontro in giurisprudenza, a partire dal 2012, con l'*arret Maison de poesie*, proprio laddove essi si sono riaffermati con la codificazione ottocentesca, dopo una parentesi – come è stato detto – di oltre otto secoli.

Ora, ad evidenziare quanto fallace sia l'idea di diritti reali creati per contratto, dovrebbe essere sufficiente osservare che le situazioni reali si caratterizzano per la sequela, per l'opponibilità ai terzi: i diritti reali, cioè, si impongono per forza propria ai successivi acquirenti della cosa alla quale essi sono inerenti, che tali acquirenti lo vogliano o non lo vogliano: creare diritti reali atipici per contratto vorrebbe dire perciò incidere non solo sulle parti, ma, al di fuori dei casi in cui la legge lo consente, anche sugli acquirenti della cosa: ed in definitiva, paradossalmente, vincolare terzi estranei, in nome dell'autonomia contrattuale, ad un regolamento eteronimo.

Quando si afferma, allora, che i principi in discorso non sarebbero espressione di una norma positivamente codificata, ma tutt'al più si radicherebbero semplicemente nella tradizione, in vista di un generico scopo di certezza dei traffici giuridici – scopo, occorre aggiungere, che peraltro basterebbe da solo a rendere ragione dei principi medesimi –, sicché nulla osterebbe a far sorgere dall'autonomia contrattuale diritti reali atipici, non si tiene nella necessaria considerazione che una espressa disposizione in tal senso sarebbe stata superflua, in un sistema che, dopo aver minuziosamente tipizzato e regolato gli *iura in re aliena* (cosa già di per sé scarsamente comprensibile, ove potessero crearsene di atipici in numero infinito), pone al centro della disciplina del contratto, come la dottrina ha da assai lungo tempo evidenziato, l'art. 1372 c.c., che limita gli effetti di esso alle parti, con la precisazione che solo la legge può contemplare la produzione di effetti rispetto ai terzi: escludendo così in radice che il contratto, se non sia la legge a stabilirlo, possa produrre effetti destinati a riflettersi nella sfera di soggetti estranei alla negoziazione.

Tale impianto del codice civile, di per sé autosufficiente, si rafforza poi nel quadro costituzionale, in applicazione dell'art. 42 Cost., laddove esso pone una riserva di legge in ordine ai modi di acquisto e, per l'appunto, di godimento, oltre che ai limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla

accessibile a tutti, senza che la funzionalizzazione della proprietà offra alcun sensato argomento che spinga nel senso della configurabilità di diritti reali limitati creati per contratto. Il principio del *numerus clausus* e della tipicità, infine, non incontra ostacoli nell'ordinamento Eurounitario, giacché l'art. 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea lascia "del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

A rincalzo delle raggiunte conclusioni, può ulteriormente osservarsi:

-) che l'art. 1322 c.c., colloca nel comparto contrattuale il principio dell'autonomia;
-) che l'ordinamento mostra di guardare sotto ogni aspetto con sfavore a limitazioni particolarmente incisive del diritto di proprietà, in particolare connotate da perpetuità, finanche tra le stesse parti, come si desume dalla disposizione dell'art. 1379 c.c., con riguardo alle condizioni di validità del divieto convenzionale di alienare (v. per la portata generale della regola Cass. 17 novembre 1999, n. 12769; Cass. 11 aprile 1990, n. 3082; e da ult. Cass. 20 giugno 2017, n. 15240, in relazione al vincolo perpetuo di destinazione imposto dal testatore con clausola modale);
-) che l'art. 2643 c.c., contiene un'elencazione tassativa dei diritti reali soggetti a trascrizione, il che ineluttabilmente conferma trattarsi di *numerus clausus*.

Quanto all'adempimento della formalità della trascrizione, del resto, essa vale a risolvere i conflitti tra successivi acquirenti a titolo derivativo (sugli acquisti a titolo originario, in relazione al rilievo della trascrizione, v. *ex multis* Cass. 3 febbraio 2005, n. 2161; Cass. 10 luglio 2008, n. 18888, con riguardo alla servitù acquistata per usucapione), ma, essendo dotata di efficacia meramente dichiarativa (Cass. 19 agosto 2002, n. 12236), non incide sulla validità ed efficacia di essi, ed è quindi priva di efficacia sanante dei vizi di cui sia affetto l'atto negoziale, ed inidonea ad attribuirgli la validità di cui esso sia altrimenti privo (Cass. 14 novembre 2016, n. 23127).

E dunque, ammesso e non concesso che una simile trascrizione sia oggi tecnicamente possibile, non ha cittadinanza nel diritto vigente una regola generale che faccia discendere dalla trascrizione – se non sia il legislatore, ovviamente, a stabilirlo – l'efficacia *erga omnes* di un diritto che non abbia già in sé il carattere della realtà. Ciò – sia detto per inciso – a tacere del rilievo, rimanendo alla trascrizione, che il c.d. "diritto reale di uso esclusivo", ove inteso come prodotto della atipica modificazione negoziale del diritto di comproprietà, non sarebbe comunque trascrivibile, dal momento che l'art. 2643 c.c., contempla al numero 14 la trascrizione delle sentenze, non degli atti negoziali, che operano la modificazione di uno dei diritti precedentemente elencati dalla norma.

6.10. - Ecco, dunque, che nella giurisprudenza di questa Corte il principio della tipicità dei diritti reali, con quello sovrapponibile del *numerus clausus*, è fermo.

E cioè, non è configurabile la costituzione di diritti reali al di fuori dei tipi tassativamente previsti dalla legge (Cass. 26 marzo 1968, n. 944). Difatti, «la

proprietà non deve essere asservita per ragioni privatistiche in modo tale da rendersi quasi illusoria e priva di contenuto, inetta quindi a realizzare i propri fini essenziali, convergenti da un lato alla integrazione e allo sviluppo della personalità individuale e dall'altro al benessere e al progresso della comunità attraverso l'incremento della produzione e l'attivazione degli scambi. Di qui la necessità di non abbandonare all'autonomia privata la materia dei diritti reali (*iura in re aliena*) e di mantenere la loro creazione entro schemi inderogabili fissati da esigenze di ordine pubblico» (Cass. 31 maggio 1950, n. 1343).

È stata così rimarcata la differenza dal punto di vista sostanziale e contenutistico, del diritto reale d'uso e del diritto personale di godimento, che va colta proprio nella ampiezza ed illimitatezza del primo, conformemente al canone di tipicità dei diritti reali delineato dalla legge, rispetto alla multiforme atteggiabilità del secondo, che proprio in ragione della natura obbligatoria e non reale del rapporto giuridico prodotto, può essere diversamente regolato dalle parti nei suoi aspetti di sostanza e di contenuto. Sicché, è da tener fermo che «il principio di tipicità legale necessaria dei diritti reali... si traduce nella regola secondo cui i privati non possono creare figure di diritti reali al di fuori di quelle previste dalla legge, né possono modificarne il regime. Ciò comporta che i poteri che scaturiscono dal singolo diritto reale in favore del suo titolare sono quelli determinati dalla legge e non possono essere validamente modificati dagli interessati» (Cass. 26 febbraio 2008, n. 5034; richiamata da ultimo da Cass. 3 settembre 2019, n. 21965). Nello stesso senso si è osservato che la potenziale estensione delle facoltà dell'usufruttuario a tutte le possibilità di uso diretto della cosa è connotato distintivo del diritto di uso, e se, quindi, può ammettersi che il titolo costitutivo restringa il contenuto del diritto con l'esclusione di talune facoltà in esso naturalmente comprese, deve, al contrario, ritenersi che l'attribuzione di una soltanto tra le facoltà di uso consentite dalla natura del bene – tanto più se trattasi di un'utilità del tutto speciale ed estranea alla destinazione fondamentale della cosa – possa dar vita ad un rapporto obbligatorio, ma non possa configurarsi come costitutiva di un diritto reale di uso, che sarebbe essenzialmente diverso da quello previsto dalla legge e come tale inammissibile nel nostro ordinamento nel quale è mantenuto il principio della tipicità dei diritti reali (Cass. 12 novembre 1966, n. 2755). In applicazione del principio di tipicità dei diritti reali di godimento è stato stabilito che non è configurabile un rapporto di così detto dominio utile, corrispondente a uno *ius in re aliena*, cioè un diritto di godere di un fondo altrui in perpetuo, non essendo consentiti, al di fuori dei casi previsti alla legge, rapporti di natura perpetua, in quanto contrari a interessi di natura pubblicistica (Cass. 26 settembre 2000, n. 12765).

E si è ripetuto che le obbligazioni *propter rem*, come pure gli oneri reali, sono caratterizzati dal requisito della tipicità, con la conseguenza che possono sorgere per contratto solo nei casi e col contenuto espressamente previsti dalla legge (Cass. 4 dicembre 2007, n. 25289; Cass. 11 marzo 2010, n. 5888; Cass. 26 febbraio 2014, n. 4572; Cass. 15 ottobre 2018, n. 25673; Cass. 2 gennaio 1997, n. 8; Cass. 22 luglio 1966, n. 2003; contra isolatamente e senza specifici argomenti

Cass. 6 marzo 2003, n. 3341, ove tuttavia si riconosce che “al principio di tipicità sono vincolati i diritti reali”). Ciò sulla scia di Cass. 18 gennaio 1951, n. 141, secondo cui oneri reali e obbligazioni *propter rem* “non possono avere un’applicazione generale e illimitata, ma costituiscono figure ammissibili soltanto nei casi previsti dalla legge”. La qual cosa, a parte l’obiettivo difficoltà di guardare al c.d. “diritto di uso esclusivo” come ad una obbligazione *propter rem*, esclude anche la possibilità di tale ricostruzione.

Atteso il principio di tipicità dei diritti reali la trascrizione della donazione modale non fa acquisire all’onere carattere reale (Cass. 9 giugno 2014, n. 12959). Né, «stante il principio di tipicità dei diritti reali, è possibile rimettere tout court alla scelta dei privati la creazione di figure di proprietà che presentino uno sdoppiamento tra la titolarità formale e quella sostanziale dei beni o forme di dissociazione tra titolarità e legittimazione» (Cass. 10 febbraio 2020, n. 3128).

D'altronde, la tematica delle c.d. servitù irregolari muove proprio dal principio di tipicità dei diritti reali, potendo così esse dar vita esclusivamente a rapporti obbligatori, nel quadro di applicazione del principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. (Cass. 11 marzo 1981, n. 1387; Cass. 4 febbraio 2010, n. 2651, e, da ult. Cass. 9 ottobre 2018, n. 24919).

6.11. - In definitiva, va affermato il principio che segue: «La pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. “diritto reale di uso esclusivo” su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell’edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall’art. 1102 c.c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi». Restando ovviamente riservata al legislatore la facoltà di dar vita a nuove figure che arricchiscano i tipi reali normativi.

7. - Esclusa la validità della costituzione di un diritto reale di uso esclusivo di una parte comune dell’edificio, in ambito condominiale, sorge il problema della sorte del titolo negoziale che, invece, tale costituzione abbia contemplato.

7.1. - Una volta ricordato che l’art. 1117 c.c., nel porre una presunzione di condominialità, consente l’attribuzione ad un solo condomino della proprietà esclusiva di una parte altrimenti comune, occorre anzitutto approfonditamente verificare, nel rispetto dei criteri di ermeneutica applicabili, se le parti, al momento della costituzione del condominio, abbiano effettivamente inteso limitarsi alla attribuzione dell’uso esclusivo, riservando la proprietà all’alienante, e non abbiano invece voluto trasferire la proprietà.

Vero è che l’art. 1362 c.c., richiama al comma 1, il senso letterale delle parole, senso che, nel caso dell’impiego della formula “diritto di uso esclusivo”, depone senz’altro contro l’interpretazione dell’atto come diretto al trasferimento della proprietà; ma anche vero è che il dato letterale, pur di fondamentale rilievo, non è mai, da solo, decisivo, atteso che il significato delle dichiarazioni negoziali può ritenersi acquisito esclusivamente al termine del processo interpretativo

che deve considerare tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore, anche quando le espressioni appaiano di per sé non bisognose di approfondimenti interpretativi, dal momento che un'espressione *prima facie* chiara può non apparire più tale se collegata alle altre contenute nella stessa dichiarazione o posta in relazione al comportamento complessivo delle parti (p. es. Cass. 1 dicembre 2016, n. 24560; Cass. 11 gennaio 2006, n. 261).

7.2. - In tale prospettiva può leggersi, a esempio, la decisione di questa Corte in un caso in cui il regolamento condominiale richiamato in un preliminare di vendita contemplava "l'uso esclusivo dei balconcini esistenti nei ripiani intermedi a favore dei condomini proprietari di alloggi non aventi prospicenza diretta verso il cortile": è stato in tal caso affermato che il regolamento condominiale contrattuale può contenere la previsione dell'uso esclusivo di una parte dell'edificio altrimenti comune a favore di una frazione di proprietà esclusiva, ed in tal caso il rapporto ha natura pertinenziale, essendo stato posto in essere dall'originario unico proprietario dell'edificio, con l'ulteriore conseguenza che, attenendo siffatto rapporto alla consistenza della frazione di proprietà esclusiva, il richiamo puro e semplice del regolamento condominiale in un successivo atto di vendita (o promessa di vendita) da parte del titolare della frazione di proprietà esclusiva, a cui favore sia previsto l'uso esclusivo di una parte comune, può essere considerato sufficiente ai fini dell'indicazione della consistenza della frazione stessa venduta o promessa in vendita (Cass. 4 giugno 1992, n. 6892, sulla scia di Cass. 29 marzo 1982, n. 1947; nella stessa linea più di recente, Cass. 4 settembre 2017, n. 20712).

7.3. - Non è escluso che il diritto di uso esclusivo, sussistendone i presupposti normativamente previsti, possa altresì essere in realtà da ricondurre nel diritto reale d'uso di cui all'art. 1021 c.c., se del caso attraverso l'applicazione dell'art. 1419 c.c., comma 1.

7.4. - Rimane poi aperta la verifica della sussistenza dei presupposti per la conversione del contratto volto alla creazione del diritto reale di uso esclusivo, in applicazione art. 1424 c.c., in contratto avente ad oggetto la concessione di un uso esclusivo e perpetuo (*perpetuo inter partes*, ovviamente) di natura obbligatoria.

Ciò sia dal versante della meritevolezza, sia quanto all'accertamento se, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, queste avrebbero voluto il diverso contratto.

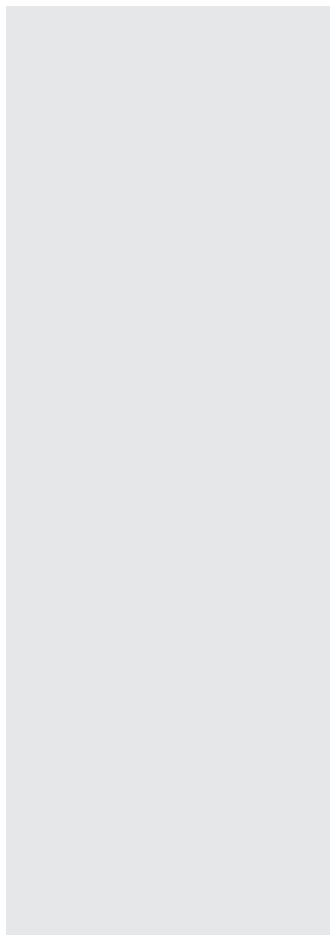
P.Q.M.

dichiara estinto il processo ed enuncia nell'interesse della legge il principio di diritto di cui in motivazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 15 settembre 2020.

Depositato in Cancelleria il 17 dicembre 2020

BIBLIOTECA



Recensione a *Quichotte* di Salman Rushdie* e a *Chisciotte* di Antonio Moresco**

Michele Salazar

Nell'anno 2020 sono stati pubblicati due libri, rispettivamente a maggio e a dicembre, con titoli assai simili (*Quichotte*, il primo, e *Chisciotte* il secondo), riconducibili, nell'intenzione degli Autori, all'immortale capolavoro di Miguel de Cervantes, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. Essi costituiscono un'ulteriore prova della suggestione che il romanzo di Cervantes continua a suscitare offrendo spunti per rivisitazioni e riscritture letterarie che da esso traggono ispirazione. Gli esempi sono numerosi, come ha documentato in un pregevole lavoro Jean Canavaggio (*Don Chisciotte dal libro al mito. Quattro secoli di erranza*, Salerno editrice, Roma, 2006, traduzione di Marianna Matullo). Tuttavia, ove si escluda l'identità del rinvio al medesimo personaggio letterario, i due libri non hanno, all'infuori del titolo, nulla in comune. Differente è anzitutto la trama: nel suo romanzo Rushdie narra le vicende di un commesso viaggiatore originario di Bombay, tale Smile, che si crea un figlio immaginario, di nome Sancho, con il quale intraprende in Chevrolet un picaresco viaggio per le strade dell'America, infatuato da una star televisiva di origini indiane di cui vorrebbe conquistare il cuore attraverso le proprie imprese. La parte iniziale del romanzo ripropone – *mutatis mutandis* – l'*incipit* del *Don Chisciotte* con la variante che la pazzia di Smile trova la sua causa non già nella lettura dei libri di cavalleria, come era accaduto al nobiluomo di campagna Alonso Chisciano, ma nella passione per i programmi televisivi la cui eccessiva visione aveva finito per guastargli il cervello. Le analogie con l'*hidalgo* cervantino, già rinvenibili in questo primo apparire del personaggio, sono poi accresciute, oltre che dalle sue avventurose peregrinazioni, dalla circostanza che le stesse sono oggetto della scrittura di un secondo autore, tale Sam DuChamps, sicché si ripropone nello svolgimento della narrazione la magia "del libro nel libro" che Cervantes – immaginoso terzo autore – aveva usato a piene mani nella sua opera, inventandosi un primo autore nello storico arabo Cide Hamete Benengeli, il cui manoscritto era stato rinvenuto da esso Cervantes nel mercato di Toledo, e un secondo autore nel moro che lo aveva tradotto in castigliano.

Nel libro di Moresco, che non è propriamente un romanzo ma la sceneggiatura di un progetto di film, il protagonista è invece don Chisciotte in persona

* S. RUSHDIE, *Quichotte* (traduzione di G. Pannofino), Mondadori, Milano 2020, pp. 447.

** A. MORESCO, *Chisciotte*, Gem, Milano 2020, pp. 120.

che l'Autore colloca nel reparto di psichiatria di un moderno ospedale dove lo "riprende" passo dopo passo come farebbe un esperto regista con la macchina da presa. Gli viene assegnato dal primario l'infermiere Sancio, un ragazzo grosso e grasso dall'aria un po' tonta con un cespuglio di capelli sopra la testa, i piercing, i tatuaggi idioti, la cintura bassa dei jeans da cui spunta un ciuffo di peli pubici. Nello stesso ospedale, ma in altro reparto (ortopedia), è degente Dulcinea, la donna dei suoi pensieri, ingabbiata in un'ampia ingessatura, mentre nei corridoi si aggirano, variamente abbigliati, famosi scrittori, da Dante a Leopardi, da Tolstoj a Dostoevskij, da Emily Dickinson a Kafka ed altri ancora. L'Autore descrive le giornate di Chisciotte e le sue incursioni notturne nella camera di Dulcinea indulgiando sulle particolari visioni distorte che l'innamorato ha del corpo della donna amata. La storia si conclude, dopo varie vicende sfociate in una solenne bastonatura di Chisciotte da parte degli infermieri, e i providenziali soccorsi prestati da Dulcinea al ferito, con l'uscita dall'ospedale della coppia, mano nella mano, in dissolvenza, secondo una delle tecniche maggiormente usate per la chiusura delle narrazioni filmiche. Ora, se il romanzo di Rushdie vorrebbe proporsi come una sorta di riscrittura con personaggi moderni del capolavoro di Cervantes (ma solo per talune analogie e per assai generici richiami), il libro di Moresco, nonostante la presenza, nelle sue pagine, dell'*hidalgo* manchego, non tiene conto, neppure lontanamente, della psicologia del cavaliere errante don Chisciotte, né della figura eterea ed evanescente di Dulcinea, né della saggezza di Sancio Panza, né dell'irriducibile antagonismo tra il mondo della fantasia e quello della realtà che permea il capolavoro di Cervantes. Il rinvio al *Don Chisciotte* è dunque solo nel titolo del libro e l'ambizioso progetto di film che da esso si vorrebbe trarre non ha nulla a che vedere col romanzo di Cervantes e non è neppure originale. Il progetto di un film sul personaggio di don Chisciotte trasferito dal secolo XVII nel mondo attuale era stato infatti immaginato nel 1964 da Orson Welles che lo aveva coltivato per anni senza tuttavia realizzarlo. L'idea di Moresco è comunque assai lontana da quella di Welles come può desumersi dalle scene da quest'ultimo girate per la preparazione del film, con le quali nessun confronto è proponibile. Va poi osservato che il *caballero* don Chisciotte ricoverato da Moresco in ospedale psichiatrico non sarebbe mai riconducibile al cavaliere errante del romanzo di Cervantes ma piuttosto al personaggio del libro apocrifo del laureato Alonso Fernández de Avellaneda, *Segundo tomo del ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha, que contiene su tercera salida y es la quinta parte de sus aventuras*, nel quale l'*hidalgo* è appunto rinchiuso nel manicomio di Toledo. Sarebbe dunque un film – quello che Moresco vorrebbe realizzare – sul falso don Chisciotte e cioè sul personaggio che era stato smascherato come impostore dallo stesso Cervantes nella seconda parte del suo capolavoro. Fare dunque un film sul falso don Chisciotte come se fosse il vero don Chisciotte non avrebbe proprio senso.

Notizie sugli autori

Alessandro Caponi

Avvocato

Giulia Corsini

Avvocato

Maria Stefania Cataleta

Avvocato e ricercatrice associata nell'Université Côte d'Azur-Francia

Micaela Lottini

Professoressa associata di Diritto amministrativo nell'Università Roma Tre

Michele Salazar

Avvocato, Componente CNF

Giancarlo Savi

Avvocato

Norme di Autodisciplina del Comitato dei revisori

1. I contributi inviati alla rivista per la pubblicazione sono soggetti necessariamente ad approvazione dei revisori.
2. La revisione è affidata, in conformità alle linee di politica editoriale della Rivista, a due membri del Comitato dei revisori all'interno di liste per area tematica formate in base alle indicazioni di settore.
3. È assicurato l'anonimato dei valutatori.
4. In caso di pareri contrastanti, la Direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio, assumendosi la responsabilità della verifica.

CRITERI REDAZIONALI

Si chiede agli autori di osservare i seguenti criteri redazionali.

I testi devono essere corredati da

- nome e cognome dell'autore
- qualifica (2 righe di presentazione, max 150 caratteri spazi inclusi)
- istituto universitario o ente di appartenenza
- recapiti (indirizzo completo, anche di posta elettronica, e numero di telefono)
- breve abstract in inglese (6/10 righe)

1. Sia il testo sia le note devono essere trasmessi via e-mail in formato Word all'indirizzo: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it.
2. Si raccomanda che gli **articoli** siano contenuti in **25.000 battute note comprese**.
È preferibile che il testo sia suddiviso in parti o paragrafi non numerati
Per le **recensioni** il testo va contenuto in **7.500 battute note comprese** e, solo in casi eccezionali per l'importanza del libro recensito, in circa 10.000 battute note comprese.
3. Le **note a piè di pagina** devono essere possibilmente contenute in poche righe.

INDICAZIONI TIPOGRAFICHE

FORMATO PAGINA

Si prega di impostare la pagina con i seguenti margini:

- margine inferiore 2,5
- margine superiore 2,5
- margine destro 2,5
- margine sinistro 2,5

I rientri sono da impostare a 1 cm.

CARATTERI ED INTERLINEA

Il testo dell'articolo e delle note eventuali va impostato con interlinea 1 e in carattere Garamond sia in tondo che in corsivo.

TITOLI

I titoli degli articoli devono essere stampati in carattere Garamond, grandezza 13.

I titoli dei paragrafi, o delle parti del testo, in carattere Garamond, corsivo, grassetto, grandezza 11.

PARAGRAFI

Le parti o i paragrafi in cui è suddiviso il testo non vanno numerati.

NOTE A PIÈ DI PAGINA

Le note a piè di pagina vanno numerate progressivamente nel testo.

L'interlinea deve avere valore 1 e non devono essere impostati rientri.

CRITERI REDAZIONALI

I **nomi di enti, istituti, organizzazioni**, e simili, siano essi italiani o stranieri, vanno scritti in tondo senza virgolette e con l'iniziale maiuscola. Esempio: Camera di Commercio, Commissione Tributaria Centrale, Comunità Europea, Corte di Cassazione, Corte Costituzionale, Corte dei Conti, Ministero delle Finanze, Tribunale, Unione Europea, Università di Milano, Associazione Italiana Giovani Avvocati, Scuole forensi, Paesi, Facoltà di giurisprudenza.

Nei **nomi composti** da più parole e la maiuscola va usata di norma solo per la prima parola. Esempio: Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Corte di giustizia dell'U.E., ecc.

Negli acronimi l'uso delle maiuscole determinata dalla normalità della scrittura. Esempio: AIGA, UCPI, CNF, Coa.

Tale criterio vale anche per la punteggiatura. Esempio: CEDU, D.M., C.E.D. Cass.

Le **espressioni in lingua straniera** fatte proprie dall'autore nel contesto del discorso vanno scritte in corsivo: es. *iter, status, tout court, fair play*.

Non vanno scritte in corsivo le parole straniere entrate stabilmente nel lessico italiano (es., standard, leader, computer, common law).

Le parole latine vanno sempre in corsivo, salvo che si tratti di una citazione riportata tra virgolette (in tal caso andrà in tondo tra virgolette).

Per rispettare la **correttezza ortografica** nell'uso di ciascuna lingua, si segnala quanto segue:

- l'uso degli accenti, anche per quanto riguarda l'italiano («perché», non «perchè»; «poiché», non «poichè»; «cioè», non «cioé»; «è», non «é»);
- la è maiuscola non va scritta con apostrofo, ma: È (su Word: Inserisci - Simbolo);
- va rispettato l'uso degli spazi: per esempio, non inserire lo spazio prima dei segni di interpunzione, inserire lo spazio prima della parola che segue i segni. (... Assenza: allora...);
- per lo slash usare solo / e non \;

Si raccomanda infine di uniformare l'uso delle virgolette:

- virgolette basse o caporali («...»): per citazioni di testi e discorsi diretti.
- virgolette alte ("..."): per sottolineare parole alle quali si intende attribuire un particolare significato.

Termini quali avvocatura, consiglio dell'ordine ecc. vanno in minuscolo.

Le date devono essere scritte per esteso (Esempio: 9 febbraio 1995).

Citazioni: le citazioni in italiano o in lingua straniera vanno scritte **fra virgolette basse** («...») negli stessi caratteri del testo in cui sono inserite (tondo, se il testo è in tondo, corsivo, se il testo è in corsivo).

I **riferimenti** possono essere fatti fra parentesi nel testo (es., M. FUMAROLI, 2002, p. 402), se vi è bibliografia pubblicata in fondo all'articolo, oppure inserendo le note a piè di pagina.

Quando c'è un'omissione all'interno di una citazione, va segnalata non con i soli puntini, ma con puntini tra parentesi quadra [...]

Si prega di evitare le sottolineature e il neretto.

I **titoli** delle opere letterarie, cinematografiche, teatrali citati nel testo vanno indicati in corsivo (es. *Codice dei Diritti umani e fondamentali, Trattato dell'argomentazione, La lingua, la legge, la professione forense, Il verdetto*).

Per le citazioni di volumi: in maiuscoletto la iniziale del nome e, per esteso, il cognome dell'autore, titolo in corsivo, casa editrice, luogo di pubblicazione, anno di pubblicazione, volume o parte, pagina o pagine citate (p. / pp. – non pag. o pagg.): es. R. DANOVI, *Commentario del Codice deontologico forense*, Giuffrè, Milano 2001, p. 82.

La stessa regola vale per:

- i volumi collettivi, per i quali va aggiunta la segnalazione: (a cura di). Per esempio: A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Giuffrè, Milano 2003;
- i titoli di opere autonome pubblicate in raccolte generali o in volumi di *opera omnia*. Per esempio: S. CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in N. PICARDI - B. SASSANI - F. TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, E.S.I., Napoli 2001, p. 127.

Per le citazioni di articoli contenuti in riviste o pubblicazioni periodiche: iniziale del nome e, per esteso in maiuscoletto, cognome dell'autore, titolo in corsivo, titolo della rivista o del periodico abbreviato in corsivo, volume, anno, numero del fascicolo e delle pagine: es., M. ROSSI, *Ordinamento professionale e accesso alla professione*, in *Rass. forense*, I/1995, p. 139.

La stessa regola vale per le citazioni di articoli o saggi contenuti in volumi collettivi: es., A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, PLUS, Pisa 2004.

Per la **ripresa di citazioni**, va usato il corsivo per le espressioni: *ibid.* e *op. cit.*, che non sono precedute dal titolo dell'opera; il tondo, per l'espressione: *cit.*, che è preceduta dal titolo dell'opera.

Per le citazioni di **opere su internet** l'indirizzo va scritto in tondo. Ad es. www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf.

Le citazioni dei **testi normativi** vanno abbreviate e scritte in tondo o in corsivo minuscoli secondo il carattere del testo (es.: l., d.lgs., d.P.R., reg.).

Recensioni: in testa vanno indicati gli elementi bibliografici completi del testo che si recensisce, sia esso libro o articolo, cioè il nome per esteso dell'autore o degli autori, il titolo completo (compreso il sottotitolo, se esiste), il luogo e la data di pubblicazione e il numero delle pagine: es., HERBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, pp. 329.

I titoli in lingua che usano un alfabeto non latino o in lingua non alfabetica vanno citati nella traslitterazione scientifica in lettere latine, seguita dalla traduzione nella lingua in cui è scritto il saggio.

Le tabelle e i grafici vanno numerati progressivamente, con l'indicazione del titolo in corsivo: (es., *Tabella 1. Scuole forensi italiane*; *Figura 1. Scuole forensi italiane*). L'indicazione della fonte da cui i dati sono tratti va posta in calce alla tabella o al grafico.

Le abbreviazioni delle riviste e pubblicazioni periodiche e di dizionari ed enciclopedie vanno eseguite secondo la prassi editoriale comune.

Es.: OSTI, voce "Contratto", in *Noviss. Dig. It.* IV, Torino 1959, 462.

Cass. 29 settembre 1977, in *Riv. Pen.*, 1977, p. 952.

Sigle

cap. e capp. = capitolo e capitoli

cfr. = confronta: rimanda genericamente a un testo, senza indicare un punto preciso

cit. = citato

ed. = edizione

et al. = e altri

fig. e figg. = figura e figure

ibid. = nello stesso testo che è stato citato nella nota precedente, ed esattamente nella stessa pagina; seguito dal numero di pagina se queste ultime sono diverse

infra = vedi più avanti

n. e nn. = nota e note

[N.d.A.] = nota dell'autore

[N.d.C.] = nota del curatore

[N.d.R.] = nota del redattore

[N.d.T.] = nota del traduttore

p. e pp. (e non: pag. o pagg.) per indicare la singola pagina o le pagine

par. e parr. = paragrafo e paragrafi

passim = in diversi punti (quando il concetto a cui si fa riferimento è espresso in una fonte non in una pagina precisa ma qua e là)

s. e ss. = seguente e seguenti

s.d. = senza data (nel caso in una fonte non sia riportata la data di edizione)

s.l. = senza luogo (nel caso in una fonte non sia riportato il luogo di edizione)

sez. = sezione

[*sic*] = proprio così. Si usa quando si riporta una citazione che contiene una parola strana o sbagliata, facendo così capire che non si tratta di errore proprio ma dell'autore della citazione.

tab. = tabella

tav. = tavola

tr. o trad. = traduzione

vol. e voll. = volume e volumi

Abbreviazioni

FONTI E VOCI ATTINENTI

Corte eur. dir. uomo = Corte europea dei diritti dell'uomo
G.U.P. = Giudice dell'udienza preliminare
Atti parl. Cam. = Atti parlamentari della Camera dei deputati
Atti parl. Sen. = Atti parlamentari del Senato
circ. = circolare
d. interm. = decreto interministeriale
d.C.p.S. = decreto del Capo provvisorio dello Stato
disp. prel. = disposizioni sulla legge in generale (preliminari al codice civile)
disp.reg. = disposizioni regolamentari
d.l. = decreto-legge
d.lgs. = decreto legislativo
d.m. = decreto ministeriale
d.P.R. = decreto del Presidente della Repubblica
d.p. giunta reg. = decreto del presidente della giunta regionale
l. = legge
l. cost. = legge costituzionale
l. rg. = legge regionale
l. prov. = legge provinciale
r.d.l. = regio decreto-legge
r.d.lgs. = regio decreto legislativo
r.d. = regio decreto
reg. = regolamento
r.m. = risoluzione ministeriale
t.u. = testo unico

ORGANI GIUDICANTI

App. = corte di appello
App. mil. = corte militare di appello
Ass. = corte di assise
Ass. app. = corte di assise di appello
BGH = Bundesgerichtshof
BverfG = Bunderverfassungsgericht
Cass. = Corte di cassazione
Cass., sez. un. = Corte di cassazione, sezioni unite
Cass. civ. = Corte di cassazione civile
Cass. pen. = Corte di cassazione penale
C. conti = Corte dei conti
C. cost. = Corte costituzionale
C. giust. CEEA = Corte di giustizia della Comunità europea del carbone e dell'acciaio
C. giust. CE = Corte di giustizia delle Comunità europee
C.I.J. = Court internationale de justice
Coll. Arb. = Collegio Arbitrale
Comm. centr. imp. = commissione centrale delle imposte
Comm. tribut. 1° = commissione tributaria di 1° grado
Comm. tribut. 2° = commissione tributaria di 2° grado
Com. tribut. centr. = Commissione tributaria centrale
Cons. reg. sic. = Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana
Cons. St. = Consiglio di Stato
Cons. St., ad. gen. = Consiglio di Stato, adunanza generale
Cons. St. ad. plen. = Consiglio di Stato, adunanza plenaria
G.U.P. = Giudice dell'udienza preliminare
Giud. Pace = Giudice di pace
G.I. = Giudice istruttore
G.I.P. = Giudice per le indagini preliminari

Giud. Tut. = Giudice tutelare
Lodo arb. = Lodo Arbitrale
Proc. Rep. = Procura della Repubblica
Proc. Gen. App. = Procura generale presso la Corte d'appello
P.M. = Pubblico ministero
Pret. = pretura
TAR = tribunale amministrativo regionale
Trib. = tribunale
Trib. acque = tribunale regionale delle acque pubbliche
Trib. Ce = tribunale di I grado delle Comunità europee
Trib. mil. = tribunale militare territoriale
Trib. sup. acque = Tribunale superiore delle acque pubbliche
Trib. sup. mil. = Tribunale supremo militare

DIZIONARI ED ENCICLOPEDIE

Digesto Pen. = Digesto IV ed. Disciplinare penalistiche
Digesto Civ. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Civile
Digesto Comm. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Commerciale
Digesto Pubbl. = Digesto IV ed. Disciplinare pubblicistiche
Enc. Dir. = Enciclopedia del Diritto
Enc. forense = Enciclopedia forense
Enc. giur. = Enciclopedia giuridica, Treccani
Enc. giur. Lav. = Enciclopedia giuridica del lavoro
N.D.I. = Nuovo digesto italiano
Nss. D.I. = Novissimo digesto italiano

COSTITUZIONE, CODICI e ATTI INTERNAZIONALI

Accordo = Accordo
c.c. 1865 = Codice civile del 1865
c. cons. = Codice del consumo
c. nav. = Codice della navigazione
c. p.i. = Codice della proprietà industriale
c.str. = Codice della strada
c. comm. = Codice di commercio
c.p.c. = Codice di procedura civile
c.p.p. 1930 = Codice di procedura penale del 1930
c.p.p. = Codice di procedura penale
c.p.m.g. = Codice penale militare di guerra
c.p.m.p. = Codice penale militare di pace
c.p. = Codice penale
Conv. = Convenzione
Cedu = Convenzione europea dei diritti dell'uomo
Cost. = Costituzione della Repubblica
Dir. = Direttiva
Disp. Att. = Disposizione di attuazione
L. inv. = Legge invenzioni
L. fall. = Legge fallimentari
Trattato = Trattato

Finito di stampare nel mese di maggio 2021
da Digital Team Srl – Fano (PU)
per conto di Pisa University Press