

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI SALERNO



RELAZIONE AL TERMINE DEL PRIMO ANNO DI PRATICA

ex art. 7 D.P.R. 101/90

Dr.ssa ANNA VISCIDO

Libretto di pratica n. 11177

*All'Onorevole Consiglio
dell'ordine degli Avvocati di Salerno*

La sottoscritta Anna Viscido, nata ad Eboli il 13/06/1983 ed ivi residente in via Pescara, 11 iscritta nel Registro dei Praticanti Avvocati tenuto da codesto Ordine a partire dal 11.05.2009 con libretto di pratica n. 11177, rassegna la seguente relazione annuale attestante l'effettivo esercizio della pratica forense presso lo studio professionale dell'Avv. Enrico Giovine.

La relazione, così come prescritto dall'art. 7 del D.P.R. 101/90, verte sulle attività indicate nel libretto e consta della descrizione dell'attività svolta in un minimo di 10 udienze, dell'approfondimento di almeno 5 questioni giuridiche e di 5 atti, nonché di una questione di deontologia forense.

Tale lavoro è stato possibile attraverso la frequenza presso lo studio legale, nel quale ho avuto modo di comprendere prima che gli aspetti propriamente professionali e tecnici, quelli più squisitamente ispirati al principio di umanità e deontologia nel pieno rispetto del rapporto con il cliente.

Ho avuto la possibilità di avvicinarmi alle tematiche penali e civili, dagli aspetti tecnici a quelli puri di diritto sostanziale, approfondendo le tematiche di maggior rilievo giurisprudenziale e dottrinale.

Inoltre, il rapporto con i colleghi, improntato su semplici regole di onestà, lealtà e umanità mi ha permesso di acquisire quelle basi indispensabili di stima e fiducia reciproca, volte ad ottimizzare l'attività lavorativa.

Cordiali ossequi

Eboli, lì 14 maggio 2010

Dr.ssa Anna Viscido

QUESTIONI GIURIDICHE

1) Risoluzione del contratto per inadempimento.

Nella fattispecie concreta Tizio e Caio stipulano un contratto con il quale entrambe le parti si impegnano ad eseguire determinate prestazioni. Tuttavia a fronte di detto accordo Caio si rende inadempiente nei confronti di Tizio e pertanto quest'ultimo chiede la risoluzione del contratto.

E' possibile sussumere tale caso nell'istituto giuridico della "risoluzione contrattuale per inadempimento", specificamente previsto dal legislatore nel codice civile all'art. 1453: "Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto,(...) , salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno."

L'inadempimento contrattuale di una obbligazione ricorre ogni qual volta, in violazione di un preciso obbligo giuridico, il debitore non ha soddisfatto, nel modo o nel tempo dovuti, l'interesse del creditore.

L'istituto *de quo* tuttavia non è applicabile a tutti i contratti. Infatti esso è esperibile soltanto in riferimento ad una particolare categoria di essi ovvero per i contratti a prestazioni corrispettive (detti anche contratti "sinallagmatici"), siano essi tipici (nominati) o atipici (innominati). A tale fine è però indispensabile rimandare ad una pronuncia della **Cassazione civile, sezione II**, che con sentenza n. 3408 del 1986 ha precisato che in tema di risoluzione dei contratti con prestazioni corrispettive non basta accertare l'esistenza del fatto oggettivo del mancato o tardivo adempimento, ma occorre, altresì, accertare che l'inadempimento stesso sia imputabile quanto meno a titolo di colpa. Pertanto, ciò che giustifica la parte a richiedere ed ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento è lo squilibrio del sinallagma contrattuale, quale legame reciproco che unisce la prestazione con la controprestazione. Ai fini dell'applicabilità della disciplina inerente alla

risoluzione per inadempimento non è necessario che si tratti di un contratto con effetti esclusivamente obbligatori.

L'effetto giuridico della risoluzione è quello di sciogliere e, quindi, di far caducare il rapporto obbligatorio fra le parti contraenti, di regola con effetto retroattivo e, di conseguenza, con efficacia *ex tunc* fra le parti. Invece, la risoluzione nei contratti ad esecuzione continuata o periodica non estende i propri effetti giuridici alle prestazioni in precedenza eseguite e, quindi, ha efficacia *ex nunc* (art.1458 c.c.).

Le parti possono anche convenire e quindi bilateralmente accettare una “clausola risolutiva espressa” attraverso la quale entrambe possono richiedere la risoluzione contrattuale anche nel caso in cui la determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite (art. 1456 c.c.).

La domanda di risoluzione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1453 secondo comma codice civile, può essere epletata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento. Tuttavia, il secondo comma del sopraccitato articolo aggiunge che non può chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

In sintesi, in base all'articolo 1453, commi secondo e terzo, c.c. la domanda di risoluzione è munita anche di un effetto preclusivo. Infatti, a tal proposito, “dalla data della proposizione della domanda di risoluzione la parte inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione”.

In sostanza, la risoluzione per inadempimento si verifica tutte le volte in cui l'obbligazione che vincola il debitore non è da quest'ultimo adempiuta. Inoltre, l'articolo 1453, comma 1° codice civile concede alla parte adempiente il diritto di agire in giudizio per richiedere al giudice il risarcimento dei danni dalla parte inadempiente (il risarcimento si riferisce al c.d. “interesse positivo”). In ipotesi di inadempimento contrattuale, la **Cassazione civile II sezione** con sentenza n. 17652 del 2005 ha precisato che la parte non inadempiente ha diritto al ristoro di tutti i pregiudizi subiti a causa della condotta della controparte inadempiente, compreso il rimborso delle spese affrontate in vista del proprio adempimento e, specificamente, ove il contratto in questione sia costituito da un preliminare avente ad oggetto il trasferimento di una cosa determinata, gli esborsi sostenuti per la realizzazione

di quest'ultima o, comunque, finalizzati a renderla conforme all'oggetto delle pattuizioni contrattuali. Inoltre sempre la stessa **Cassazione civile, V Sezione**, puntualizza che in tema di inadempimento contrattuale il risarcimento riveste natura e svolge funzione sostitutiva della mancata prestazione e gli effetti della situazione pregiudizievole permangono sino a quando il danno sia risarcito, ossia fino alla data della sentenza se la riparazione sia stata richiesta al giudice, cosicché il pregiudizio derivante dalla mancata acquisizione di un bene deve essere risarcito con la prestazione del suo equivalente in danaro, determinato con riferimento al momento in cui avviene la liquidazione e non a quello in cui si realizza la violazione contrattuale (sentenza n. 6651 del 2003).

La risoluzione per inadempimento, pur essendo una regola generale, può essere derogata, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1455 codice civile, alla specifica condizione che "l'inadempimento di una delle parti contrattuali abbia scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra".

Inoltre, la giurisprudenza afferma che la risoluzione giudiziale del vincolo contrattuale per inadempimento non può essere pronunciata dal giudice qualora le inadempienze siano equivalenti fra i contraenti. Di conseguenza, gli inadempimenti reciproci non sono il presupposto per la risoluzione del contratto a meno che un singolo inadempimento prevalga sull'altro.

I criteri per valutare l'importanza dell'inadempimento sono due e, precisamente, uno di carattere oggettivo, l'altro di carattere soggettivo.

In estrema sintesi, si può ragionevolmente affermare che la risoluzione del contratto è una reazione accordata dall'ordinamento giuridico nei confronti di un turbamento dell'equilibrio sinallagmatico.

L'accertamento della risoluzione del contratto per mutuo dissenso costituisce apprezzamento di fatto del giudice di merito, non censurabile in sede di legittimità in presenza di congrua motivazione. (**Cassazione civile, sezione III**, sentenza 27 novembre 2006, n. 25126).

Di particolare importanza è la differenza tra il ritardo nell'adempimento e l'inadempimento definitivo. La prima situazione è ancora recuperabile e deve, quindi, necessariamente svilupparsi per sfociare nella prestazione di quanto dovuto oppure nell'inadempimento. Al contrario l'inadempimento definitivo preclude al debitore la concreta possibilità di adempiere il contratto. Più

in dettaglio, per aversi inadempimento definitivo, l'articolo 1453 codice civile postula che l'inadempienza sia realmente sussistente, colposa e grave, così da giustificare la risoluzione del contratto.

Inoltre, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione del contratto, per il risarcimento del danno oppure per l'esatto adempimento della prestazione dedotta nel regolamento negoziale, deve unicamente provare *iuris et de iure* la fonte del suo diritto ed il relativo termine di scadenza. Più in dettaglio si deve limitare alla semplice allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte. Invece, il debitore-convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto di avere eseguito in modo soddisfacente l'altrui pretesa ovvero di avere "compiuto" la prestazione dedotta in contratto e, quindi, l'oggetto dell'obbligazione.

In un'ottica strettamente processuale è da precisare che il termine prescrizione della risoluzione per inadempimento è quello ordinario di dieci anni, poiché non risulta normativamente espresso un diverso termine speciale (si veda l'articolo 2946 codice civile). Più in dettaglio, la fissazione del *dies a quo* per il suddetto termine viene calcolata con il decorso del tempo dal momento dell'inadempimento.

In tema di risoluzione del contratto per inadempimento, mentre con l'azione di adempimento la parte chiede la prestazione dovutale, in base all'accordo concluso con il soggetto divenuto inadempiente, con quella di risoluzione chiede lo scioglimento del rapporto; pur presentando diversità di *petitum*, entrambe dette azioni sono dirette alla tutela del medesimo diritto alla prestazione, con la conseguenza che la proposizione della domanda di adempimento ha effetto interruttivo della prescrizione anche con riferimento al diritto di chiedere la risoluzione del contratto, il quale potrà essere esercitato fino a quando il termine prescrizione non sarà nuovamente decorso per intero (**Cassazione civile,sezioni unite**, sentenza 10 aprile 1995, n. 4126).

In conclusione, si deve affermare anche che la proposizione della domanda di risoluzione del contratto per inadempimento non possiede un'efficacia limitata alle sole parti contrattuali, ma è in grado di dispiegare degli effetti anche nei confronti dei terzi.

2) Obbligazioni solidali passive.

Nella fattispecie concreta Tizio, Caio e Sempronio si impegnano ad acquistare un determinato bene da Mevio, obbligandosi al pagamento di una somma totale pari ad x. All'atto della consegna del predetto bene, Tizio si impegna al pagamento totale dello stesso consegnando a Mevio l'equivalente importo, sopportando unicamente, personalmente e per intero i costi della compravendita. Si pone pertanto il problema della ripartizione tra i vari debitori delle responsabilità nei confronti sia del creditore che degli altri debitori.

Il caso descritto in esame è sottoposto alle norme dettate dal codice civile agli artt. 1292 e segg. inerenti alle obbligazioni solidali passive. Esse sono riconducibili nell'ambito della categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse e si caratterizzano per la presenza di una pluralità di debitori.

2a) Rapporti esterni: Con riferimento alla solidarietà passiva è necessario porre innanzitutto l'accento sul suo carattere presuntivo. Ciò significa che in presenza di più soggetti debitori, ove nulla si è disposto, l'obbligazione è da considerarsi solidale. La ragione di quanto detto è da ricercarsi nel vantaggio che la solidarietà passiva arreca al creditore. Il creditore, infatti, in una simile situazione vede rafforzata la propria garanzia in ordine al soddisfacimento delle proprie pretese in quanto, ove un debitore dovesse risultare insolubile, può sempre contare sugli altri condebitori. Il creditore, trovandosi dinanzi a più debitori, sceglie il debitore a cui richiedere l'adempimento dell'intero ed ha il diritto di ottenere da questi quanto dovuto. Non è da dimenticare la presunzione di solidarietà dettata dallo stesso codice all'art. 1294, secondo cui: "I condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente".

Affinché si possa parlare di solidarietà passiva non è condizione unica e sufficiente la pluralità di debitori, ma è anche necessario che la prestazione sia identica per tutti i soggetti (anche se possono essere previste diverse modalità per i singoli rapporti, art. 1293 c.c.).

Meno evidente è, invece, che la prestazione debba necessariamente scaturire da unica fonte obbligatoria. A tal proposito la dottrina sembra essere divisa in ordine alla struttura delle obbligazioni solidali; secondo alcuni autori, infatti, sarebbe riscontrabile un solo rapporto obbligatorio con una pluralità di titolari (ad es. un unico contratto), mentre secondo altri ci sarebbero tanti rapporti quanti sono i soggetti attivi e/o passivi (ad es. più contratti).

Nella solidarietà vi sono quindi tanti rapporti per quanti sono i soggetti coinvolti, rapporti identici, abbiamo detto, ma comunque distinti.

2b) Rapporti interni: Dell'adempimento dell'intero da parte di un debitore beneficiano, nei rapporti esterni, tutti gli altri in quanto essi sono liberati nei confronti del creditore. Rilevante è però anche ciò che accade nei rapporti interni in quanto il debitore che ha pagato l'intero ha il diritto di ottenere da ciascun condebitore la propria parte. La libertà del creditore di scegliere tra i vari debitori quello che deve adempiere può essere compressa attraverso l'inserimento nel titolo da cui consegue l'obbligazione del c.d. *beneficium ordinis*, in virtù del quale si stabilisce un ordine che il creditore deve seguire nell'individuare il debitore a cui rivolgere per primo la richiesta di adempimento.

Oltre al beneficio della preventiva richiesta le parti possono anche inserire il beneficio della preventiva escussione del patrimonio del soggetto indicato (c.d. *beneficium excussionis*). In tal caso il creditore intanto può rivolgere la propria richiesta di adempimento ad un altro debitore in quanto l'azione esecutiva sul patrimonio di quello precedentemente scelto non abbia prodotto alcun risultato.

Ma tornando al caso di specie, nel caso in cui uno dei condebitori abbia assolto per intero all'obbligazione, questo ha la possibilità di esercitare un' *azione di regresso*, indicando con questo termine lo strumento tecnico che l'ordinamento mette a disposizione del soggetto che adempie l'obbligazione, al fine di rimuovere il conseguente depauperamento patrimoniale. Tale mezzo non viene disciplinato come azione di carattere generale nel sistema del codice civile, salvo volerlo far coincidere con l'azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c.

Tuttavia il legislatore si limita a tipizzare in via generale ed astratta ipotesi eterogenee, accomunate dalla medesima *ratio* ispiratrice: poiché il *solvens* non è il titolare (esclusivo) dell'interesse passivo sottostante l'obbligazione adempiuta, al medesimo viene riconosciuto un potere di reazione finalizzato al recupero totale o parziale di quanto pagato.

Al regresso si può, quindi, attribuire una funzione redistributiva legata alla necessità di dividere il sacrificio patrimoniale fra una pluralità di soggetti, in modo che ciascuno risponda in modo speculare al proprio interesse nella vicenda obbligatoria.

Poiché il creditore si può indifferentemente rivolgere a ciascun coobbligato per l'intero e l'adempimento da parte di uno ha efficacia liberatoria anche per gli altri, il *solvens* potrà recuperare dai condebitori parte dell'esborso, e comunque potrà chiedere solo la differenza fra quanto pagato e la quota interna a suo carico (cfr. art. 1298 c.c. in base al quale l'obbligazione solidale si divide pro quota fra i coobbligati ed art. 1299 c.c. che espressamente consente al *solvens* di ripetere dai coobbligati la parte gravante su ciascuno di essi).

In caso di pagamento parziale, si ritiene in giurisprudenza che al condebitore solvente spetti il regresso solo se la somma pagata ecceda la sua quota nei rapporti interni e nei limiti di tale eccedenza (**Cassazione**. 19.1.1984, n. 459).

2c) Profili processuali: Sul piano processuale la pluralità dei rapporti integranti la loro struttura esclude possa configurarsi litisconsorzio necessario. La giurisprudenza del Supremo Collegio ritiene infatti, che l'obbligazione solidale, pur avendo per oggetto una medesima prestazione da luogo non ad un rapporto unico ed inscindibile, bensì a rapporti giuridici distinti, anche se tra loro connessi” (**Cassazione**. 30.05.1990 n.5082). Di conseguenza l'obbligazione solidale passiva non comporta, sul piano processuale, inscindibilità delle cause e non da luogo a litisconsorzio necessario in quanto, avendo il creditore titolo per rivalersi per l'intero nei confronti di ogni debitore, è sempre possibile la scissione del rapporto processuale, il quale può utilmente svolgersi anche nei confronti di uno solo dei coobbligati” (**Cassazione**. 30.01.1995 n. 1078). Ove quindi più debitori in solido siano convenuti nello stesso giudizio saremo in presenza di litisconsorzio facoltativo (**Cass.**

9.09.1987 n.7232), ipotesi in cui il processo è solo formalmente unico, poichè alla pluralità delle parti che agiscono o sono convenute nello stesso processo corrisponde un pluralità di rapporti processuali tra loro scindibili, che perciò rimangono indipendenti, di guisa che le vicende proprie di ciascuno di essi singolarmente preso, non possono interferire e comunicarsi agli altri; ne consegue che, in tal caso, se si determina una causa di estinzione con riguardo ad uno dei predetti rapporti processuali, l'estinzione del processo deve essere dichiarata unicamente con riferimento a quel rapporto e non si estende all'intero processo" (Cass. 4.10.1984 n.4924).

3) Assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi, in sede di separazione, in assenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti.

Nella fattispecie concreta la signora Sempronia, in sede di separazione coniugale, intende chiedere l'assegnazione della casa coniugale, pur non avendo la separanda coppia concepito figli. Pertanto si procede all'instaurazione del giudizio dinanzi al Tribunale Civile di Salerno.

Il caso in esame è definibile prevalentemente attraverso l'esame della *ratio* sottesa al provvedimento di assegnazione della casa familiare, che è in prima analisi giustificato dal fatto che il coniuge assegnatario sia anche affidatario di figli minorenni ovvero conviva con figli maggiorenni non autonomi economicamente: la disciplina ex art. 155 IV comma c.c. e art. 11 della legge n. 74 del 6.3.1987 è assolutamente inequivocabile sul punto.

La *ratio* delle norme richiamate è evidente: assicurare adeguate condizioni di vita e formazione della prole; in tal senso si considera prevalente rispetto ad ogni ulteriore valutazione, anche di carattere economico relativa alle parti, l'interesse del figlio alla conservazione dell'habitat domestico inteso come centro di affetti, interessi e consuetudini in cui si esprime e si articola la vita familiare.

Di conseguenza deve ritenersi che detta assegnazione non ha più ragion d'essere se, per vicende

sopravvenute, la casa non sia più idonea a svolgere tale essenziale funzione. In tal senso è opportuno fare riferimento alla **Cass. Civ. Sez. I** del 23.5.2000 n. 6706 e primariamente alla **Cass. S.U. 2494/82**.

Tuttavia le norme sopra citate non contemplano un obbligo per il Giudice di procedere *tout court* all'assegnazione della casa familiare necessariamente al coniuge affidatario di figli minorenni o convivente con figli maggiorenni non autosufficienti, ma contemplano un ordine di preferenza nell'ambito del criterio di scelta tra due coniugi. Infatti secondo il dettato letterale dell'art. 155 cit. c.c. il coniuge affidatario è preferito, ove sia possibile, nell'assegnazione rispetto al coniuge non affidatario o convivente. Il che porta ad una necessaria riflessione: l'assegnazione della casa coniugale va configurata non soltanto come mezzo di protezione della prole, ma anche come mezzo atto a garantire l'equilibrio delle condizioni economiche dei coniugi e la tutela del coniuge debole. Quindi per decidere a chi assegnare la casa coniugale in ogni caso il Giudice deve ponderare anche le componenti di fatto che possono influire su tale scelta nell'assegnazione e cioè, il flusso reddituale di ciascuno e la titolarità di diritti di proprietà. In effetti se il coniuge affidatario svolge una redditizia attività economica ed è proprietario di molti beni immobili, mentre il coniuge non affidatario svolge una modesta attività lavorativa e non gode di proprietà, può ritenersi giustificata l'assegnazione della casa coniugale al coniuge non affidatario.

Tale ragionamento è una necessaria premessa al discorso da farsi nel caso in cui figli , minorenni o maggiorenni conviventi, non ci siano (come nel caso di specie), nel senso che le due ipotesi (assegnazione della casa senza figli e assegnazione con figli) hanno in ultima analisi in comune una correlazione, diretta od indiretta, con la situazione economica delle parti

La stessa sentenza, precedentemente richiamata, aveva stabilito che l'abitazione nella casa familiare non poteva essere assegnata, in mancanza di figli, secondo il dettato normativo dell'art. 156 c.c., in quanto tale articolo non conferisce al giudice il potere di imporre al coniuge obbligato al mantenimento di adempiervi in forma diretta e non mediante prestazione pecuniaria.

Infatti se la coppia separanda non ha figli, mancando il cd. termine preferenziale dell'affidamento di minori o della convivenza con figli maggiorenni non autonomi, la questione dell'assegnazione della casa familiare deve necessariamente fondarsi solo sulla considerazione della situazione economica delle parti come unico termine di significativo riferimento.

I principi sopra esposti sono da confermare anche alla stregua della L. 54/2006 che ha aggiunto l'art. 155 quater c.c. La nuova disposizione dà consacrazione legislativa, con il riferimento ai figli in genere e non più all'affidamento dei figli minori, al consolidato orientamento giurisprudenziale, statuendo che il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli e che dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici fra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà.

Secondo un diverso indirizzo giurisprudenziale, nel caso in cui la casa familiare appartenga a entrambi i coniugi, manchino figli minorenni o figli maggiorenni non autosufficienti conviventi con uno dei genitori, ed entrambi i coniugi rivendichino il godimento esclusivo della casa coniugale, il giudice può assegnare l'abitazione al coniuge che non abbia adeguati redditi propri, allo scopo di consentirgli la conservazione di un tenore di vita corrispondente a quello di cui godeva in costanza di matrimonio. Viceversa, laddove entrambi i coniugi comproprietari della casa familiare abbiano adeguati redditi propri, il giudice deve respingere le domande contrapposte di assegnazione del godimento esclusivo, lasciandone la disciplina agli accordi tra i comproprietari, i quali, ove non riescano a raggiungere un ragionevole assetto dei propri interessi restano liberi di chiedere la divisione dell'immobile e lo scioglimento della comunione.

Tale orientamento non appare condivisibile alla stregua dei principi sopra esposti, consolidatisi in tema di assegnazione della casa coniugale in regime di separazione (e di divorzio) e recepiti dalla riforma legislativa del 2006. Se, infatti, il previgente art. 155 c.c. e il vigente art. 155quater c.c. in tema di separazione, e l'art. 6 L. divorzio, subordinano l'adottabilità del provvedimento di assegnazione della casa coniugale alla presenza di figli, minorenni o maggiorenni non autosufficienti conviventi con i coniugi, il titolo che giustifica la disponibilità della casa familiare

(diritto di godimento o diritto reale del quale sia titolare uno dei coniugi o entrambi) appare giuridicamente irrilevante, non facendovi dette norme alcun riferimento. L'art. 155 IV comma ha carattere eccezionale ragion per cui non può essere applicato in via estensiva ad ipotesi diverse, come quella che ora ci occupa. Pertanto in mancanza di figli l'assegnazione può essere giustificata solo dalla necessità di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi.

Questo non significa che l'assegnazione della casa familiare si possa trasformare in una esecuzione in forma specifica ovvero in natura dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento: infatti la corresponsione dell'assegno ha la precisa natura giuridica di obbligazione pecuniaria di rendita con aggiornamenti periodici quali l'ISTAT, caratteristica che invece viene completamente a mancare nel caso dell'assegnazione della casa familiare, che ha la natura giuridica di un diritto reale di uso o abitazione di detta casa. Tuttavia l'assegnazione della casa familiare va considerata come utilità economica valutabile in misura pari al risparmio occorrente per godere dell'immobile a titolo di locazione (cfr. **Cass. Civ. Sez. I** 26.9.1994 n.7865), il che inevitabilmente incide e condiziona la determinazione dell'assegno di mantenimento.

In tal senso la sostanziale pariteticità delle situazioni economiche delle parti non giustifica il provvedimento di assegnazione: infatti in questa ipotesi il Giudice della separazione dovrà respingere le domande contrapposte di assegnazione del godimento esclusivo della casa stessa lasciando la disciplina degli accordi tra comproprietari, i quali ove non riescano a raggiungere un ragionevole assetto dei propri interessi nell'ambito della disciplina della comunione dei beni (v. per esempio le ipotesi ex art. 1105 c.c.), restano liberi di chiedere la divisione dell'immobile dopo la separazione passata in giudicato la sentenza ex art. 191 c.c. (cfr. **Cass. Civ. Sez. I** del 28.1.1998 n. 822).

Invece la evidente disparità di situazioni economiche e più specificamente il fatto che uno dei coniugi non abbia adeguati redditi proprio e prima della separazione aveva un tenore di vita più alto, può giustificare l'assegnazione della casa familiare a detto coniuge al fine di consentire una certa conservazione di tale tenore.

In ultima analisi ai fini dell'assegnazione della casa coniugale in comproprietà, laddove manchino figli, è dirimente sia la specifica domanda della parte, non potendosi certamente ritenere ammissibile un provvedimento d'ufficio sulla base di sole risultanze istruttorie sia pur evidenti ed inequivocabili, sia soprattutto la prova piena sia della mancanza assoluta di redditi propri veri sia della significativa sproporzione di redditi tra i due coniugi.

Ne consegue che, in difetto di tale elemento, sia che la casa familiare sia in comproprietà fra i coniugi, sia che appartenga in via esclusiva a un solo coniuge, il giudice non potrà adottare, con la sentenza di separazione, un provvedimento di assegnazione della casa coniugale, non autorizzandolo neppure l'art. 156 c.c., che non prevede tale assegnazione in sostituzione o quale componente dell'assegno di mantenimento. In mancanza di una normativa speciale in tema di separazione, la casa familiare in comproprietà è soggetta, infatti, alle norme sulla comunione, al cui regime dovrà farsi riferimento per l'uso e la divisione. In conclusione, in mancanza di figli, la casa coniugale in comproprietà fra i coniugi non può essere assegnata con la sentenza che ha pronunciato la separazione a nessuno dei due coniugi, restando la relativa situazione disciplinata dalla normativa generale in tema di comunione.

4) Il reato di bancarotta fraudolenta.

Nella fattispecie concreta, Tizio e Caio sono entrambi creditori della società Sempronia. Pur avendo tentato varie volte di recuperare il proprio credito, liquido ed esigibile senza successo questi procedono alla richiesta di declaratoria fallimentare. Il Tribunale fallimentare dichiara lo stato di insolvenza e nomina curatore fallimentare, il quale attraverso relazione dà avvio ad alcune indagini della Guardia di Finanza, volte a chiarire le cause del dissesto alquanto sospette.

Le verifiche investigative hanno consentito di dimostrare che lo stato d'insolvenza della società non era imputabile a cause fisiologiche, bensì alla precisa volontà degli amministratori della stessa,

che avevano programmato la distrazione del patrimonio aziendale, preordinando la frode ai creditori.

In via preliminare, si osserva che alcune condotte illecite poste in essere dall'imprenditore o da soggetti terzi vengono sanzionate da parte del diritto penale fallimentare. Più in particolare, tali comportamenti sono idonei a recare un grave pregiudizio sia ai creditori che alla collettività in generale e vengono commesse in un contesto economico caratterizzato dal dissesto dell'impresa commerciale.

In questo preciso, complesso ed articolato contesto giuridico si inserisce il reato della bancarotta fraudolenta, che è la figura delittuosa più rappresentativa e rilevante all'interno del diritto penale fallimentare.

La predetta fattispecie penale incriminatrice, prevista e punita dall'articolo 216 Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267, è un reato avente natura di pericolo concreto.

Inoltre, è un reato proprio, di danno, senza un evento in senso naturalistico, dove il tentativo è ammissibile, configurabile e l'elemento soggettivo consiste nel dolo specifico. Si tratta di un reato proprio, in quanto può essere commesso unicamente dall'imprenditore commerciale che viene dichiarato fallito. Si osserva, altresì, che il bene giuridico tutelato nel delitto *de quo* è sia l'economia pubblica, intesa nel suo complesso (cd. interesse sociale al corretto andamento delle relazioni economiche), che gli interessi patrimoniali dei creditori. Si deve rilevare che il primo comma dell'articolo 216 Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267 sanziona penalmente la cd. bancarotta pre-fallimentare, in cui il fatto reato viene commesso prima della dichiarazione di fallimento. Invece, il successivo secondo comma punisce la cd. bancarotta post-fallimentare che si caratterizza dalla commissione del fatto reato dopo la dichiarazione di fallimento dell'impresa commerciale. Secondo il tenore letterale della norma è possibile parlare di bancarotta fraudolenta quando l'imprenditore insolvente abbia "distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti", inoltre quando questi ha "sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di

procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari”. Sul concetto di “distrazione” si è soffermata anche la giurisprudenza sancendo che non può in alcun modo escludersi la configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione nel caso di trasferimento ingiustificato di beni da una società in stato di insolvenza ad altra società del medesimo gruppo che si trovi in difficoltà economiche. (**Cassazione penale**, **sezione V**, sentenza 29 gennaio 2008, n. 4410). Sempre sul concetto di distrazione si è pronunciata nuovamente la **Cassazione penale**, **sezione V**, sentenza 23.09.2009 n. 37107, evidenziando che i pagamenti virtuali integrano il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione. Infatti, anche tali operazioni alterano i rapporti di credito e debito ed influiscono sul bilancio della società. La Corte, peraltro, ha ritenuto che, ai fini dell’integrazione dell’elemento psicologico del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, è sufficiente il dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell’impresa, nella prevedibilità di un pregiudizio per i creditori sotto il profilo della riduzione della garanzia patrimoniale offerta dal debitore. Non ha, invece, ritenuto necessaria la consapevolezza dello stato di dissesto in cui l’impresa stessa si trova.

Inoltre in tema di bancarotta fraudolenta per occultamento, il verbo occultare, adoperato dall’art. 216 Legge Fallimentare, secondo il suo preciso significato filologico, definisce sia il comportamento del fallito che nasconde materialmente i suoi beni in modo che il curatore non possa apprenderli, sia il comportamento del fallito che, mediante atti o contratti simulati, faccia apparire come non più suoi beni che continuano ad appartenergli, in modo da celare una situazione giuridica che consentirebbe di assoggettare detti beni all’azione esecutiva concorsuale. (**Cassazione penale**, **sezione V**, sentenza 18 dicembre 2007, n. 46921).

Restano ancora da analizzare, per completezza espositiva, gli aspetti procedurali del reato di cui in oggetto. Pertanto, si tratta di un reato di competenza del Tribunale in composizione collegiale (art. 33-bis lett.g) che è procedibile d’ufficio (art. 50 c.p.p.) dove la misura precautelare del fermo di

indiziato di delitto viene consentita mentre, invece, l'arresto è facoltativo in flagranza di reato. Inoltre, nel reato de quo possono essere consentite le misure cautelari personali coercitive (art. 280 c.p.p.) ed interdittive (art. 287 c.p.p.), così come quelle reali (sequestro preventivo, probatorio).

In una ottica più propriamente punitiva è opportuno evidenziare che la sanzione cui è soggetto l'imprenditore fraudolento consiste nella reclusione da tre a dieci anni e "salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa".

In conclusione, con la fattispecie penale incriminatrice di cui in oggetto il legislatore ha inteso tutelare anche la cd. *par condicio creditorum*, sanzionando penalmente tutte quelle condotte che, essendo rivolte al soddisfacimento di alcuni creditori soltanto, si risolvano in un pregiudizio per la massa. A tal proposito è lecito sottolineare che non risponde di bancarotta fraudolenta per distrazione ma di "bancarotta preferenziale" l'amministratore il quale si ripaghi dei propri crediti verso la società fallita giacché, attraverso tale condotta, viene a favorire sé stesso, quale creditore, alterando la *par condicio creditorum*. (**Cassazione penale, sezione V**, sentenza 12 dicembre 2007, n. 46301).

Per completezza espositiva della fattispecie in esame è opportuno richiamare una recente pronuncia sempre della Cassazione penale, sezione V, che con sentenza n. 43036 del 11 novembre 2009 ha precisato che l'amministratore di fatto di una società può rispondere del reato fallimentare anche quando l'amministratore legale non sia ritenuto colpevole sul punto, dovendosi aver riguardo all'effettivo potere di gestione svolto nell'attività sociale.

5) Il reato di frode alimentare commerciale.

Nel caso di specie a seguito di alcuni controlli effettuati dai locali organi sanitari competenti presso un'azienda di distribuzione alimentare viene alla luce la vendita di ingenti quantità di vino, etichettato come prodotto DOC e di origine geografica tipica, rivelatosi in seguito prodotto ed imbottigliato in maniera difforme dalla norme vigenti .

Si procede pertanto nei confronti del titolare della predetta ditta, ascrivendogli i reati ex art. 5 della legge 283/62, 515 e 517 bis c.p.

Quando si parla di “frode alimentare” si fa riferimento alla produzione ed al commercio di alimenti non conformi alla normativa vigente.

Le frodi alimentari si dividono in due categorie: sanitarie e commerciali. Le prime consistono in fatti miranti a rendere nocive le sostanze alimentari e che attentano alla salute pubblica. Possono essere commessi da chiunque detiene per il commercio o pone in commercio o distribuisce per il consumo acque, sostanze o cose da altri avvelenate, adulterate o contraffatte in modo pericoloso per la salute pubblica (artt. 442 e 444 c.p.) Il reato si configura anche per il solo fatto di esporre (porre in commercio) sostanze pericolose, pur se non sono state ancora vendute o se si tratta di distribuzione gratuita. Casi di frodi di questo tipo sono la adulterazione, la contraffazione, la sofisticazione e l'alterazione di sostanze ed alimenti in genere.

Nel caso in esame, invece, la frode che sembra concretizzarsi è quella appartenente al secondo tipo e cioè alla frode commerciale, consistente in atti che ledono i diritti patrimoniali e contrattuali del consumatore. Si tratta del caso in cui nell'esercizio di una attività commerciale avviene la "consegna all'acquirente di una cosa per un'altra, o diversa da quella dichiarata o pattuita per origine, provenienza, qualità o quantità". Non vi è alterazione delle qualità dell'alimento tali da renderlo nocivo, ma un illecito profitto a danno del consumatore. Per configurare una frode in commercio è sufficiente anche una piccola differenza, circa l'origine del prodotto o la provenienza,

o sul sistema di preparazione, o sulla quantità (caso tipico è la cosiddetta "vendita per tara merce").

La fattispecie è regolata e sanzionata prevalentemente dall'art. 515 c.p.

La normativa per questa tipologia di reati sembra essere molto lineare, potendo fare riferimento solo ed esclusivamente alle disposizioni del codice penale in prima battuta, ad una successiva legge del 30 aprile 1962 n. 283 e alle normative specifiche di settore, che disciplinano la composizione e le modalità di conservazione dei prodotti alimentari. Ponendo l'attenzione sul primo dei tre livelli sopra illustrati, particolare importanza assumono le norme del codice penale che puniscono le condotte idonee a ledere i diritti contrattuali e patrimoniali del consumatore. In questa prospettiva si collocano le disposizioni sulla frode nell'esercizio del commercio e sulla vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine di cui agli artt. 515 e 516 c.p.

Come già detto, con l'espressione "frode nell'esercizio del commercio" ci si riferisce ai casi in cui nell'esercizio di un'attività commerciale, si consegna all'acquirente una cosa per un'altra, o diversa per origine, provenienza, qualità e quantità da quella dichiarata o pattuita. I casi sono diversi e non solo riconducibili a quello in esame. Si pensi ad esempio alla vendita di presunto olio di oliva ottenuto aggiungendo pochi grammi di clorofilla (un pigmento naturale) ad olio di nocciola o di arachide si ottiene un prodotto molto simile all'originale, oppure alla vendita di pasta di semola di grano duro ottenuta con la miscelazione di sfarinati di grano tenero, la vendita di mozzarella di bufala prodotta (in tutto o in percentuale con latte vaccino). I casi, pertanto, sono svariati e tutti accomunati dall'essere relativi a produzioni non assolutamente nocive alla salute, bensì al solo nocumento patrimoniale del consumatore.

La pena prevista per la frode in commercio è la reclusione fino a due anni ovvero la multa fino a euro 2.065. Inoltre nel caso di cui trattasi è contestabile anche la violazione dell'art. 517 bis c.p. che prevede una aggravante nel caso in cui il bene contraffatto risulta essere protetto ulteriormente da norme vigenti per la propria denominazione di origine o geografica o per le proprie specificità.

La giurisprudenza ha poi precisato che la generica offerta in vendita o la semplice detenzione per la vendita, consistente, ad esempio, nella esposizione sui banchi di vendita di prodotti alimentari

scaduti, per esserne stata alterata o sostituita sulle confezioni l'originale indicazione del termine minimo di conservazione, costituisce tentativo di frode in commercio, indipendentemente da ogni rapporto con l'acquirente (**Cass. pen.**, 4 ottobre 2001, n. 42920; **Cass. pen.**, 3 novembre 1999, n. 14161).

Con successivi interventi legislativi si è data ulteriore regolamentazione alla fattispecie, attraverso la l. 24 novembre 1962, n. 283, inerente la disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande. A differenza delle norme del codice penale le disposizioni di questa legge sanzionano violazioni concernenti la genuinità, l'integrità e la purezza dei prodotti alimentari. In particolare, essa assoggetta *“a vigilanza per la tutela della salute la produzione e il commercio delle sostanze destinate all'alimentazione”*, prevede ispezioni e prelievi di campioni per accertarne la rispondenza ai requisiti fissati dalla legge da affidarsi a soggetti che, scelti tra il personale sanitario o tecnico, sono qualificati ufficiali o agenti di polizia giudiziaria (artt. 1, 3, e 4). Tra le prescrizioni presenti nella legge è opportuno rinviare all'art. 5 il quale dispone alla lettera e) che *“E' vietato impiegare nella preparazione di alimenti o bevande, vendere, detenere per vendere o somministrare come mercede ai propri dipendenti, o comunque distribuire per il consumo, sostanze alimentari.....adulterate, contraffatte o non rispondenti per natura, sostanza o qualità alla denominazione con cui sono designate o sono richieste”*.

Per ciò che attiene ai riferimenti giurisprudenziali in materia di frode alimentare, un'ulteriore fonte di riferimento è rappresentata dalla pubblicazione da parte del Ministero della Salute, nel 2004, delle sentenze su frodi e sofisticazioni alimentari passate in giudicato. Questa pubblicazione riflette un obbligo stabilito dall'art. 8 della legge 7 agosto 1986, n. 462, riguardante *“Misure urgenti in materia di prevenzione e repressione delle sofisticazioni alimentari”*, che prevede la pubblicazione periodica da parte del Ministero della Salute dell'elenco delle ditte commerciali e dei produttori che abbiano riportato condanne con sentenza passata in giudicato, analogamente a quanto viene pubblicato trimestralmente relativamente alle allerte alimentari per tipo di alimento, contaminazione e località.

QUESTIONE DI DEONTOLOGIA FORENSE

L'art. 8 del Codice Deontologico Forense impone agli avvocati di adempiere i propri doveri professionali con diligenza. Pertanto, in questa prospettiva la diligenza che l'avvocato deve utilizzare per lo svolgimento della propria attività professionale coincide con quella ordinaria ovvero con quel grado di attenzione medio nei confronti del cliente. L'avvocato deve considerarsi responsabile nei confronti del proprio cliente, ai sensi degli artt. 2236 e 1176 codice civile, in caso di incuria o di ignoranza di disposizioni di legge ed, in genere, nei casi in cui, per negligenza o imperizia, compromette il buon esito del giudizio, mentre nelle ipotesi di interpretazione di leggi o di risoluzione di questioni opinabili, deve ritenersi esclusa la sua responsabilità, a meno che non risulti che abbia agito con dolo o colpa grave. Pertanto, l'inadempimento del suddetto professionista non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mira il cliente, ma soltanto dalla violazione del dovere di diligenza adeguato alla natura dell'attività esercitata, ragion per cui l'affermazione della sua responsabilità implica l'indagine – positivamente svolta sulla scorta degli elementi di prova che il cliente ha l'onere di fornire – circa il sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e, in definitiva, la certezza morale che gli effetti di una diversa sua attività sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente medesimo. **Cassazione civile, sezione II, 11 agosto 2005, n. 16846.**

Inoltre la responsabilità professionale dell'avvocato, la cui obbligazione è di mezzi e non di risultato, presuppone la violazione del dovere di diligenza media esigibile ai sensi dell'articolo 1176, comma 2, codice civile; tale violazione, ove consista nell'adozione di mezzi difensivi pregiudizievoli al cliente, non è esclusa né ridotta per la circostanza che l'adozione di tali mezzi sia stata sollecitata dal cliente stesso, essendo compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell'attività professionale. (Enunciando il principio di cui in massima, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva accertato la responsabilità professionale dell'avvocato per avere questi proposto una domanda di risarcimento dei danni per

responsabilità processuale aggravata, ai sensi dell'art. 96 c.p.c., dinanzi ad un giudice diverso da quello che aveva deciso la causa di merito, così esponendo il cliente alla soccombenza nelle spese).

Cassazione civile, sezione II , 28 ottobre 2004, n. 20869.

E' possibile quindi individuare nella norma contenuta nell' **articolo 1176 codice civile** una specificazione del principio generale espresso nell'articolo 8 del Codice deontologico forense. Di conseguenza, quest'ultimo va interpretato proprio sulla base della formula generale contenuta nel codice civile (art. 1176). Solo per fare degli esempi, l'omessa iscrizione a ruolo di una causa civile oppure l'omessa redazione di una comparsa di costituzione e risposta costituiscono delle chiare applicazioni pratiche di violazioni al dovere di diligenza prescritto dall'articolo 8 del C.D.F.

Tuttavia, il giudizio di diligenza per l'attività giudiziale deve tener conto che, di norma, l'obbligazione del professionista forense è soltanto di mezzi e non di risultato. Infatti, proprio sulla base di questa importante premessa, non si può desumerne la violazione per il mancato raggiungimento del risultato, qualora l'avvocato abbia adempiuto alla propria obbligazione professionale con la diligenza media esigibile . Non c'è alcun dubbio che l'avvocato, per le prestazioni giudiziali, assuma un'obbligazione di mezzi, poiché si impegna a mettere a disposizione del proprio cliente le sue conoscenze. Di conseguenza, il professionista forense si impegna ad essere presente con puntualità alle udienze etc., ovvero a compiere tutte quelle attività professionale che rendono possibile vincere la lite, ma non si impegna a vincere la lite. La responsabilità professionale dell'avvocato, la cui obbligazione, come appena affermato, è di mezzi e non di risultato, presuppone la violazione del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia, quello della diligenza professionale media esigibile, ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, c.c., da commisurare alla natura dell'attività esercitata. Inoltre, non potendo il professionista garantire l'esito comunque favorevole auspicato dal cliente (nella specie, del giudizio di appello), il danno derivante da eventuali sue omissioni (nella specie, redazione e notifica di un atto d'appello privo dell'indispensabile indicazione della data di udienza di comparizione) in tanto è ravvisabile, in quanto, sulla base di criteri necessariamente

probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato conseguito, secondo un'indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, non censurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata ed immune da vizi logici e giuridici. **Cassazione civile, sezione II, 27 marzo 2006, n. 6967.**

Un discorso ben diverso deve necessariamente essere fatto per l'attività stragiudiziale dove, secondo la giurisprudenza di legittimità l'avvocato si trova di fronte un'obbligazione di risultato. Infatti, al contrario dell'obbligazione di mezzi, in questo caso l'oggetto dell'obbligazione non è costituita dalla semplice attività professionale, quanto piuttosto dal raggiungimento del risultato.

In estrema sintesi, nell'attività stragiudiziale il dovere deontologico di diligenza assume un diverso spessore ovvero una diversa connotazione.

Si pensi, ad esempio, all'avvocato che ometta di scrivere, nei termini stabiliti dalla legge, una lettera interruttiva di prescrizione ad una compagnia di assicurazione facendo, così, prescrivere il risarcimento pecuniario al proprio cliente. Quindi, l'avvocato in questa ipotesi è pienamente responsabile per avere violato anche il dovere deontologico della diligenza ex art. 8 del Codice deontologico forense.