



TOGA LECCHESE

QUADRIMESTRALE EDITO DALL'ORDINE AVVOCATI DI LECCO

Anno XXXIV - N. 1/2025





La collaborazione con Toga Lecchese è aperta a tutti gli operatori del diritto che intendano inviare saggi, interventi, provvedimenti giudiziari, note a sentenza e cronache di vita forense.

Gli articoli, le note, le osservazioni – firmati o siglati – esprimono unicamente l'opinione del loro autore.

SOMMARIO

150 ANNI DELL'AVVOCATURA	3
LA PROFESSIONE DELL'AVVOCATO TRA PASSATO E FUTURO	5
A TU PER TU CON LA GIUDICE NORA LISA PASSONI	7
TOPI TOPICA TOPOI	11
QUANDO LA BEFANA VIRA IN CASSAZIONE E NON SOLO	12
IL TITANIC E L'AVVOCATURA PENALE	14
NORMA NUOVA, CONTENZIOSO VECCHIO	19
IL LASCITO TESTAMENTARIO DI USUFRUTTO TRA ISTITUZIONE DI EREDE E LEGATO.....	23
CERCO / OFFRO	29

 **TOGA LECCHESE**

Fondatore e Direttore Responsabile
RENATO COGLIATI

Stampa:
Tipografia Lecchese srl
Lecco

Autorizzazione n. 2/91 del tribunale di Lecco

150 ANNI DELL'AVVOCATURA ITALIANA (1874-2024)

Il Consiglio Nazionale Forense ha celebrato nei mesi scorsi i 150 anni della fondazione degli Ordini degli Avvocati, avvenuta con la promulgazione della legge 1938 dell'8 Giugno 1874.

«Il nostro intento - ha evidenziato il Presidente del Cnf, Francesco Greco - è quello di riflettere sulla storia dell'avvocatura italiana in occasione dei suoi centocinquant'anni di vita come istituzione, ripercorrendo le tappe significative. In questo ultimo secolo e mezzo l'avvocatura ha svolto un ruolo importante, a partire dal sistema di tutela dei diritti. Senza tralasciare il contributo offerto per la crescita dell'Italia. Noi avvocati, mi piace rimarcarlo, siamo servitori dello Stato. Lo siamo nel momento in cui mettiamo a disposizione la nostra opera professionale a favore dei cittadini, nel momento in cui lavoriamo per l'affermazione dei principi su cui si fonda lo Stato di diritto».

La creazione dell'Ordine degli avvocati e dei procuratori ha portato a conclusione un dibattito giuridico e politico avviato prima della proclamazione del Regno d'Italia, che nasceva dalla necessità di uniformare in tutto il Paese la disciplina delle professioni forensi. Il legislatore del tempo si ispirò a diversi modelli. Primo fra tutti quello francese, affermatosi durante il periodo napoleonico, al quale si affiancò il modello degli ordinamenti di diritto comune, delle corporazioni di mestieri.

L'autonomia professionale, per garantire i diritti dei cittadini anche nei confronti dello Stato, divenne presto una esigenza molto sentita e rappresentò una prima base sulla quale poggiare le fondamenta della legge istitutiva degli Ordini forensi. Il modello francese di ispirazione napoleonica, che traeva origine dal diritto romano, verteva sulla distinzione tra "avvocati" e "procuratori".

I primi, considerati molto autorevoli nella società del tempo - una sorta di élite -, affrontavano le questioni giuridiche e consigliavano le parti, senza tuttavia rappresentarle. I "procuratori", invece, rappresentavano le parti nei processi. La regolamentazione riguardante le professioni di avvocato e procuratore fu sempre maggiore a partire dal XVIII secolo nei vari ordinamenti della Penisola con un legame stretto, nel Regno di Sardegna, con la magistratura. A quest'ultima erano affidate varie forme di controllo in assenza di una organizzazione autonoma dell'avvocatura. Fu sicuramente tale aspetto a rafforzare l'esigenza per le due corporazioni di dotarsi di un nuovo assetto in grado di preservare l'autorevolezza e la credibilità della professione.

La frammentazione normativa degli Stati pre-unitari rese, però, il percorso lento e poco agevole. Per esempio, l'ordinamento del Regno di Sardegna, via via esteso a tutto il Paese, verteva sulla posizione di subordinazione degli avvocati piemontesi nei confronti della magistratura.

L'anno di svolta fu il 1874, anticipato da un iter legislativo iniziato otto anni prima. Il ministro della Giustizia dell'epoca, Giovanni De Falco, presentò il primo progetto di legge al Senato nel marzo 1866. Con il susseguirsi delle legislature la discussione parlamentare non riuscì in tempi rapidi



a tagliare il traguardo. Le norme sulle professioni di avvocato e procuratore vennero incluse in un corpo omogeneo nel 1874. Un anno che, dunque, segnò, l'inizio di una nuova epoca per l'avvocatura italiana.

Il ministro De Falco diede una impostazione chiara al suo progetto di legge: distinguere le professioni di avvocato e di procuratore, senza che si potessero cumulare le due funzioni. Un'idea, ben descritta dallo stesso De Falco, che partiva dalla necessità di connotare tanto l'avvocato quanto il procuratore da una precisa provenienza e identità per svolgere al meglio la professione: «Al primo (l'avvocato, ndr) spettano le ragioni superiori del diritto, lo studio e la teoria dei principi, la direzione nel sistema e l'eloquenza dell'oratore nella difesa della causa; al secondo (il procuratore, ndr) incombono le ricerche pazienti dei fatti e dei documenti, l'esattezza nei dettagli e nella procedura, il colpo d'esecuzione degli atti di occhio sicuro e pronto nei casi urgenti. Lavoro scientifico l'uno, pratico l'altro. Il giureconsulto non potrebbe piegarsi a sostenere convenientemente la seconda parte, senza venir meno alla sua principale missione; ed il procuratore, impacciato com'è di continuo dalle esigenze minute che si intrecciano nella tela del procedimento, mal risponderebbe al bisogno di lunghe e severe meditazioni scientifiche».

Asse portante del lavoro di Giovanni De Falco fu la creazione dell'Ordine degli avvocati. «L'esercizio della stessa professione – si legge nel progetto di legge-, i rapporti continui e necessari nei quali gli avvocati sono fra loro, costituiscono una specie di legame che li obbliga tutti a custodire in ciascun componente la dignità dell'Ordine, a riunirsi, a scegliersi una rappresentanza e a darsi un capo: depositari dei più grandi interessi e dei più importanti segreti delle famiglie, eredi di nobilissime tradizioni, gli avvocati sentirono il bisogno di imporsi da se stessi una disciplina, sanzionata poscia dalle stesse leggi, per la quale è assicurato l'adempimento dei doveri inerenti al nobile ministero ed è tutelato il decoro di tutta quanta la corporazione».

La legge n. 1938 dell'8 giugno 1874, con l'istituzione definitiva dell'Ordine degli avvocati e dei procuratori, ha scritto una pagina di storia del nostro Paese, che è anche storia dell'avvocatura italiana al centro delle celebrazioni del Cnf il prossimo 6 dicembre.

LA PROFESSIONE DELL'AVVOCATO TRA PASSATO E FUTURO: I 150 ANNI DELL'ISTITUZIONE DELL'ORDINE FORENSE

Il Consiglio Nazionale Forense ha recentemente celebrato il 150° anniversario dell'istituzione dell'Ordine degli Avvocati, avvenuta con la legge n. 1938- l'8 giugno 1874.

Un traguardo importante e molto significativo, che attesta il ruolo centrale svolto dall'avvocatura nel corso dell'ultimo secolo e mezzo, che prendendo spunto da un dibattito avviato prima della proclamazione del Regno d'Italia ha garantito la tutela dei diritti dei cittadini grazie alla professione forense.

Tale esigenza, per vero, era sentita già nell'esperienza giuridica romana, dove il corretto esercizio della professione legale e il rispetto delle norme deontologiche forensi costituivano i fondamenti del giusto processo (*aequum iudicium*), a cui ogni cittadino aveva sin dall'antichità pieno diritto.

Infatti, che gli avvocati dovessero attenersi a principi condivisi nel proprio agire professionale, era convinzione così diffusa e consolidata da essere considerata imprescindibile nell'esperienza processuale dell'antichità romana, come dimostrano, in particolare, le opere di Marco Tullio Cicerone: egli, infatti, nel "*De Officiis*", descrive l'avvocato come un soggetto istruito ed esperto di diritto che, svolgendo un'attività strettamente legata alla giustizia, doveva mantenere una determinata condotta affinché il giudizio potesse considerarsi equo.

L'autore del "*De Officiis*" precisa che l'avvocato, nello svolgere la propria attività, doveva rispettare un complesso di regole fondate sulla prassi forense e su valori etici, individuate nella celebre formula ciceroniana nell'"*honeste*" e nel "*libere defendere*".

In particolare, l'espressione "*honeste defendere*" ricomprendeva una serie di attività riconducibili, anzitutto, all'obbligo etico-professionale di agire "*cum diligentia*", in conformità al comportamento del *bonus pater familias* (in origine, era colui che, in assenza di uno Stato, era a capo della famiglia, assolvendo alle esigenze di difesa esterna e di organizzazione interna): principio riportato all'art. 12 del vigente Codice Deontologico Forense, secondo cui "*L'avvocato deve svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, assicurando la qualità della prestazione professionale*".

In secondo luogo, Cicerone richiama la necessità, per ogni avvocato, di dedicarsi allo *studium*, rappresentato dal dovere di competenza e di aggiornamento professionale, cioè un comportamento etico-professionale, che implica il primario obbligo imposto a colui che "*defendit alterum in iudicium*": principio tanto rilevante, da essere ribadito, negli stessi termini, dal nostro codice forense, all'art. 15: "*L'avvocato deve curare costantemente la preparazione professionale, conservando e accrescendo le conoscenze con particolare riferimento ai settori nei quali svolga l'attività*".

In terzo luogo, rilevano, nell'esercizio della professione forense, la "*fides*" e la "*religio*": si tratta di doveri etico-morali che comprendono anche le nozioni di *integritas*, intesa come rettitudine e *innocentia*, come assenza di colpa. Questi valori devono emergere a livello processuale e si risol-



vono nella primaria e fondamentale necessità di asserire solo ciò che è dimostrabile e nel fare tutto ciò che è possibile fare ai fini della *defensio* del cliente. Il dovere di lealtà e di correttezza, termini che vengono usati per tradurre i vocaboli latini "*fides*" e "*religio*" nell'art. 9 del Codice Deontologico Forense – in quanto il giuramento delle parti veniva fatto di fronte agli Dei – comporta per l'avvocato il dovere di avere cura e, se non di giovare, almeno di non arrecare danno al proprio cliente. Anche questo principio si trova nell'attuale Codice Deontologico Forense: "*L'avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa*".

I tre requisiti sopra citati affinché la *defensio* rispetti i canoni dell'*honeste defendere*, devono essere, per questo fine, applicati indifferentemente nei rapporti con i clienti, con i colleghi e con i magistrati.

Quanto alla seconda espressione ciceroniana, quella del "*libere defendere*", sono due i canoni fondamentali riconducibili all'avverbio *libere*: il dovere di indipendenza rispetto a qualsiasi condizionamento esterno (art. 9 Codice Deontologico Forense) e il diritto-dovere di impostare la difesa nei modi e con i tempi ritenuti più favorevoli per il cliente, aprendo una vasta gamma di prerogative possibili per l'avvocato: egli ha infatti la piena e incondizionata facoltà di valorizzare ogni minimo elemento favorevole al cliente, trascurando o minimizzando gli elementi contrari, salvo il limite della falsificazione e dell'impudenza, come l'oratore precisava, descrivendo le caratteristiche della professione: "*La mia abituale condotta professionale consiste nel far sì che il cliente, in assenza di altri, mi esponga personalmente e nel modo più libero possibile il proprio caso; cerco poi di assumere la parte dell'avversario sì da costringerlo a difendersi e ad esporre integralmente il suo punto di vista. Quindi, allontanatosi il cliente, interpreto con la massima imparzialità tre ruoli: il mio, quello della parte avversa e quello del giudice. Decido di sviluppare l'aspetto che può darmi più utilità che danno; scarto ed elimino del tutto ogni elemento in cui ravviso più danno che vantaggio*".

Principio che ritroviamo nell'attuale art. 10 del Codice Forense: "*L'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa*".

Appare, dunque, evidente la derivazione storica, segnatamente dall'esperienza del processo romano, dell'attuale disciplina della professione forense, i cui principi fondanti-attraverso i secoli-costituiscono presidio di libertà per tutti i cittadini: lo ha significativamente sottolineato, in occasione dell'evento celebrativo che ha dato origine alla presente nota, il Presidente del CNF, Avv. Francesco Greco, affermando-condivisibilmente- che "*...agli avvocati i nostri assistiti, i cittadini, affidano i loro bisogni, le loro difficoltà e attraverso la nostra opera, cercano di superarle...non c'è stato di diritto, non c'è tutela dei diritti...senza l'opera degli avvocati*"; anzi -di più- "*senza avvocati non ci può essere democrazia*".

ATU PERTU CON LA GIUDICE NORA LISA PASSONI UNA CHIACCHIERATA PRIMA DEL SUO TRASFERIMENTO AL TRIBUNALE DI MILANO

La dott. Passoni nasce a Bergamo nel 1982 da genitori lombardi.

Ha sempre vissuto e vive a Milano dove frequenta il Liceo Ginnasio Statale Cesare Beccaria e l'Università Statale e si laurea nel 2005 con la Tesi in giustizia costituzionale dal titolo "Il principio di determinatezza nel diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale". Frequenta poi la Scuola di Specializzazione per Professioni Legali, titolo che consegue nel 2007 e che consente la partecipazione al concorso in magistratura.

Nel frattempo inizia, a novembre 2005, la pratica forense presso lo studio di un giovane avvocato di Milano che si occupava di "penale nero", di reati contro soggetti deboli, violenze e reati sessuali contro soggetti deboli dal lato della vittima; diventa Avvocato nel dicembre 2008.

Avendo sempre avuto il desiderio di entrare in magistratura, ci riesce superando nel settembre 2013 il concorso, riferisce "alla seconda consegna" degli elaborati.

Tirocinio a Milano per i canonici diciotto mesi e scelta del Tribunale di Lecco quale prima sede.

Per iniziare: Magistrato o Magistrata?

Tendo a dire Magistrato perché sono nata nel 1982 e ci vuole del tempo per cambiare il proprio linguaggio; tra vent'anni, non so, magari a furia di sentirlo dirò Magistrata... Oggi tendo a dire spontaneamente di me stessa che sono un Magistrato come all'epoca di me stessa dicevo che ero un Avvocato.

Si accinge in questi giorni a lasciare Lecco dopo nove anni con destinazione il Tribunale della metropoli milanese; perché ha deciso di cambiare aria? Sarà ancora GIP/GUP; che aspettative ha?

La ragione principale per la quale ho deciso di lasciare Lecco è di natura personale.

Vivendo a Milano ed avendo una famiglia ho iniziato a sentire seriamente il peso del pendolarismo e del raddoppio delle forze che ci vogliono a vivere sostanzialmente in due posti diversi.

Se non ci sono alternative, si può fare; ma sapendo di avere la possibilità di rendere più semplice la gestione della vita personale e di quella professionale, ho deciso di avanzare domanda di assegnazione al Tribunale di Milano, dove sono destinata all'Ufficio GIP. È un ruolo completo, che consente uno sguardo sulla genesi del procedimento, ma che consente anche di essere immersa nel giudizio, tramite non solo i giudizi abbreviati ma anche gli incidenti probatori. Nella realtà milanese, essendo sede distrettuale, c'è la possibilità di vedere procedimenti molto particolari e quindi di crescere professionalmente.

Tutti i cambiamenti da una parte mettono timore e spavento, ma dall'altra consentono di rimettersi in gioco, di rinnovarsi, di migliorarsi, di imparare qualcosa di nuovo. Regalano nuovi stimoli.



Ha deciso di essere Magistrato dopo qualche anno passato nell'Avvocatura?

Questa esperienza le è stata utile e per quale ragione si è traslata nel ruolo?

Ho sempre sostenuto e continuo a pensare che il diritto se ti appassiona, ti appassiona da tutti i lati da cui lo guardi, ritengo quindi che tutte le professioni legali siano entusiasmanti e che ognuna abbia pregi e difetti.

Ho forse desiderato da sempre fare il Magistrato e nello specifico ho sempre pensato di voler fare il Giudice, perché mi piaceva proprio l'idea della sintesi; mi piace molto il ruolo di chi ascolta le due versioni e sostanzialmente deve ricercare la sintesi tra la tesi e l'antitesi.

E' evidente che, come tutte le cose della vita, la funzione del Giudice non ha unicamente lati positivi (il peso della decisione è talora insostenibile) ed io riconosco nella professione dell'Avvocato e nella funzione del P.M. dei privilegi che guardo financo "con invidia" e che non saprei ora elencare: per fare un esempio, basti pensare, quanto al PM, al contatto diretto con il fatto e all'affascinante compito della sussunzione di questo sotto una certa fattispecie giuridica, ossia lo studio del fatto umano immaginando di incanalarlo in una certa costruzione giuridica da sottoporre al Giudice; quanto al Difensore, allo stimolante compito di smontare quella costruzione e, in ogni caso, all'appassionante arte di difendere qualcuno.

Ritengo come molti Avvocati che una delle sue doti più apprezzate sia stata quella del rispetto portato al difensore, chiunque esso fosse o in qualunque modo proponesse le proprie tesi.

Ciò è dato dalla circostanza che prima di essere Magistrato è stata per qualche anno Avvocato?

Indipendentemente dalla mia pregressa esperienza professionale, mi piace pensare di essere rispettosa nei confronti di chiunque, sia essa una parte del processo, ancora di più se si tratta di una "parte sostanziale", di un nostro "utente", cioè una delle persone di cui siamo al servizio.

Spero di essere stata rispettosa con tutti, quindi, con le persone e nei confronti dei Difensori e dei Pubblici Ministeri.

Il peso di quello che facciamo mi ha sempre spinto a ritenere che il riconoscimento dell'altro sia l'unico modo di fare decorosamente questo mestiere.

Lecco ha avuto quale Procuratore della Repubblica la dr.ssa Anna Maria Delitala, figlia del noto docente universitario, una delle prime, se non la prima, donna in magistratura.

Lei molti anni dopo ha percepito, in quanto donna, difficoltà di rapporto con magistrati, avvocati, parti processuali?

Nella maniera più assoluta, no.

E' un ambiente molto femminile la Magistratura; noi siamo più donne che uomini; credo che da qualche anno ci sia stato un superamento delle donne rispetto agli uomini.

Milanesi anche le sue origini. Il nostro Tribunale l'ha accolta in prima nomina, per sua specifica scelta della Giustizia di periferia, ovvero per altra motivazione?

Dunque quando ho preferito Lecco, c'erano diverse sedi in Lombardia che avrei potuto scegliere; Milano no.

Ho scelto Lecco perché conoscevo il Presidente Manzi da quando era GIP a Milano ed era noto a

tutti come una persona di ottimo cuore, di grande umanità, oltre che Magistrato molto preparato. L'idea di essere in prima sede con un Presidente di Sezione penale e di collegio con una fama tanto positiva, sotto il profilo anche umano, ha reso quella di Lecco una scelta facile. Peraltro, conoscevo già, anche se meno, il Presidente Ersilio Secchi, avendo svolto un breve periodo del tirocinio in Corte d'Appello civile, sempre durante il cosiddetto uditorato: con entrambi ho stretto un legame di stima e di affetto.

E' scontato che le chieda come si sia trovata a Lecco, notoriamente Foro piccolo.

Io fatico a trovare difetti a questo Foro e non è il sentimentalismo dell'addio.

Mi sono innamorata della provincia, realtà nella quale non avevo mai avuto modo di lavorare e vivere, perché la piccola realtà consente alle persone di praticare uno sforzo di reciproca comprensione dettato appunto dalla dimensione: il fatto di incontrarsi frequentemente nelle aule di giustizia rende l'elemento umano incredibilmente più determinante (in realtà l'elemento umano è sempre determinante, ma nella piccola dimensione consente la creazione di legami di fiducia, lealtà o rispetto con forte capacità espansiva).

Se ho lavorato in questi anni così bene a Lecco lo devo alla lealtà reciproca che ho esperito con tutti gli operatori della giustizia, colleghi magistrati, avvocati, funzionari cancellieri e operatori amministrativi.

Dentro e fuori dall'aula ho trovato una realtà davvero notevolissima, sotto il profilo della preparazione, della professionalità, del garbo, dell'attenzione al prossimo.

Ho grandissima stima del Foro lecchese.

Anche Lei apprezzata sia per il profilo professionale che umano, in quale degli incarichi svolti, tutti in ambito penale, si è sentita maggiormente realizzata e maggiormente a suo agio?

E' una domanda molto difficile.

La mia è una professione molto bella, stimolante, nella quale si entra in contatto con la vita delle persone e ci si relaziona con una gamma pressoché infinita di fatti umani, di tipi umani, di storie umane; tuttavia, come anche gli Avvocati sanno bene, resta comunque grande il peso che si porta nell'amministrare la giustizia, perché si tocca la carne delle persone. Quindi agio non è un termine che collego facilmente al mio mestiere. Ho tratto grande beneficio nelle purtroppo rare situazioni nelle quali ho avuto la sensazione di aver contribuito ad aggiustare qualcosa. Per il resto del tempo, traggio beneficio dal pensiero di fare il massimo, anche se mi resta sempre il dubbio o l'angoscia di non aver fatto bene abbastanza.

Per esperienza, seppure in ambito diverso, ritengo che giudicare i comportamenti di un proprio simile non sia attività di profilo semplice e lontano da coinvolgimenti emotivi.

Come le avevo detto quando lei era entrato a far parte dell'organo di autodisciplina degli Avvocati (ndr. Consiglio Distrettuale di Disciplina forense), se ci si ferma a riflettere sul valore di quello che si è chiamati a fare, non può che dirsi che è spaventoso giudicare il prossimo, il proprio simile.

In questo conforta la legge perché fondamentalmente il fatto di essere sotto, non sopra la legge, oltre che essere ovviamente una garanzia per i destinatari del nostro servizio, è il modo più sereno



per svolgere la propria funzione, per farla al meglio delle proprie possibilità ma nell'ambito della interpretazione della legge e del diritto.

Quindi fondamentale si ha questa copertura, questa ancora.

La imprescindibile sfida che si pone ora prepotentemente, sia nella società che nel mondo giudiziario, è quella della Intelligenza Artificiale. Le reciproche nostre professioni ne saranno pervase.

Come tutti i cambiamenti epocali è insieme esaltante e spaventoso perché si possono immaginare futuri distopici oppure futuri utopistici.

Diciamo a seconda del ruolo che si vorrà dare a questo incredibile strumento, se appunto vorrà essere mantenuto come strumento potrà essere utilizzato a servizio di qualcosa e non per sostituire facoltà umane che non sono sostituibili, soprattutto nel nostro ambito.

Anche da parte mia al di là da ogni piaggeria, Lei ha dato evidenza di essere Magistrato preparato, determinato, con un profilo di sintesi ed organizzativo non comuni; cosa farà "da grande"?

Sì, però quando vengo intervistata dall'Avv. Cogliati, va perdendosi la sintesi.

Scherzi a parte, da grande spero di continuare ad imparare, spero di continuare a svolgere il mio lavoro in maniera adatta al ruolo, alla delicatezza di quello che faccio e di essere all'altezza, confido solo di essere all'altezza.

Se vuole una previsione io la faccio.

Non so se voglio sentire questa previsione; le previsioni a volte intimoriscono.

A questo punto si faccia una domanda e si dia la risposta?

Caspita come con il giornalista Marzullo.

Le piacerebbe tornare a Lecco?

Sì, mi piacerebbe tornare, moltissimo. È una cosa in cui obiettivamente spero.

Come ho detto, questo cambiamento per me è prima di tutto necessario per ragioni familiari, ma ha riflessi importanti sotto il profilo professionale: andrò in un ufficio grande, con procedimenti molto complicati e spesso di dimensioni notevoli, che negli uffici circondariali non è facile vedere e certamente queste novità saranno veri stimoli per il futuro.

Da un punto di vista anagrafico, sento di essere in un momento della vita in cui ho l'energia e l'entusiasmo per una nuova sfida e un così grande cambiamento.

Al di là di questo, però, vedo in Lecco la mia dimensione ideale e quindi, davvero, io non faccio mistero del fatto che quando la vita professionale e personale saranno più facilmente gestibili, spero con tutto il cuore di tornare, nonostante il pendolarismo.

Vuole aggiungere altro?

Grazie a tutti voi, davvero.

Sono stati nove anni meravigliosi.

A Lei! In bocca al lupo.

Crepì il lupo.

*A cura di
Renato Cogliati*

TOPI TOPICA TOPOI.

I topi sono protagonisti di una divertente palindrome, riferitami da una amica prematuramente scomparsa:

““ I topi non avevano nipoti””; dove appunto le letture, da sinistra e da destra, coincidono.

Ma nulla a che vedere con la topica, nome che si presta a due accezioni differenti.

Per chi ancora non disconosce il latino, si potrebbe parlare di una topica “lato sensu” (e non “senso”: è della quarta declinazione, anzi lo era !) e di una topica “stricto sensu”, dove la strettoia indica il metalinguaggio dei filosofi e dei giuristi.

Stiamo al primo: nel linguaggio corrente “prendere una topica” significa commettere un grosso errore, un errore maldestro, fuori strada (il topos dei Greci).

Un esempio, per sorridere ma vero, è rappresentato da un verbale che ho visto anni fa, per la penna di un inesperto collega: ““ avanti il Giudice è comparso l’Avv. Muzio Scevola il quale chiede darsi atto che nessuno è presente e pertanto applicarsi il rinvio previsto dall’art. 181 cod.proc. civ. “”; il quale codice disciplina appunto il caso che nessuna delle parti o loro difensori compaia all’udienza.

E dunque, attestare una presenza per dare atto della sua assenza. Che topica!

Quanto alla topica in senso stretto, si tratta di criteri argomentativi che non costituiscono il rigido conseguente di deduzioni logiche ma vogliono reggere l’“ars inveniendi” cioè la ricerca di una interpretazione plausibile con ricorso a “luoghi comuni”(“oi topoi”) derivabili dalla esperienza o dalla retorica.

Si legge in “Topica e giurisprudenza” di Theodor Viehweg (Milano, 1962, pagg. 74 e ss.) “Nel caso di non concordanza del testo, le cose stanno così: i contrasti (contrarietates) delle fonti sono occasione di dubbi (dubitationes, dubietates) e di disputa scientifica (controversia, dissensio, ambiguitas) ed esigono una soluzione (solutio). (...) Ciò non è possibile senza la invenzione, cioè senza la topica, dove i topoi direttivi sono i topoi retorici generali del simile e del contrario (similia, contraria). ”

Prosegue il testo: “L’esempio originario della distinzione è la diairesis, o partizione concettuale platonica (Sofista, 219): Essa si svolge nel modo seguente: si cerca in maniera topica, cogliendo dei punti di vista, per via di tentativi, con o senza l’aiuto di un repertorio, un concetto iniziale che appaia adatto e lo si divide, introducendo ancora una volta in modo topico, una differenziazione (distinzione). Si continua ad operare tali partizioni per distinctionem fintanto che si arriva al concetto da classificare”

Ma chi scrive non ci arriva, anche perché il libro (o la testa?) è stato frattanto rosicchiato dai topi.



QUANDO la BEFANA VIRA in CASSAZIONE e non solo

Il simpatico personaggio che in questo periodo prolunga, concludendola, la pausa natalizia, fornendoci alcune prelibatezze in fatto di dolci o di carbone, lasciandoci in quest'ultimo caso, un po' a "bocca asciutta", si è trovato Suo malgrado a frequentare posti e luoghi certamente non consoni al ruolo assegnatoLe dalla tradizione. In alcuni casi invocare il Suo nome "invano"; può costare parecchio caro. Se né è accorta una signora dal carattere impulsivo che ha epitetato ed etichettato in tal fatta, una funzionaria dell'unep che ha sporto conseguente denuncia ai sensi dell'art. 336 c.p.. Della vicenda si è recentemente occupata la sentenza della Cassazione n. 13742 dell'anno 2021, che ha confermato quanto sostenuto in secondo grado dalla Corte di Appello. La protagonista in primo grado se l'era cavata con un'assoluzione dal reato di minaccia e violenza a pubblico ufficiale, come contemplato dall'art. 336 c.p.. I Giudici in secondo grado nella revisione del giudicato precedente, hanno, però, evidenziato che la protagonista non solo si era limitata al citato epiteto, certamente non carino e "semplicistico" della figura della funzionaria Unep molto probabilmente per il contesto in cui era occorso, ma non si era fermata qui (cosa che avrebbe potuto comportare la totale assoluzione) ma aveva inveito e ulteriormente minacciato la persona offesa a tal punto che la funzionaria Unep si è vista costretta a ripararsi in auto, onde evitare ulteriori e più pesanti dal punto di vista fisico, conseguenze.

Che "l'arzilla vecchietta" (non me ne voglia), se tirata in ballo per compiti che non Le competono, sia "vendicativa", è poi deducibile da altra e più recente vicenda anch'essa approdata ai piani alti di piazza Cavour. Qui il contesto, a dir il vero, La vedeva protagonista proprio per il ruolo tradizionale attraverso le vesti assunte da un vigile del fuoco che, issato sul campanile della Chiesa di paese avrebbe dovuto sorvolare la piazza sottostante, lanciando caramelle e altri dolci e, poi, approdare sulla stessa per salutare di persona gli occupanti. Purtroppo per il vigile del fuoco le cose non sono andate come previsto: egli non è planato sulla piazza, ma si è dovuto "accontentare" di un vis a vis con le pareti del campanile, anzichè con quello dei bambini accorsi a salutarLa! Ma per lo sfortunato vigile il peggio non era ancora terminato: per la Cassazione con la sentenza n. 27557 del 2022 egli è stato ritenuto responsabile dell'accaduto per lesioni colpose, aggravate dalla violazione delle norme infortunistiche! Al danno anche la beffa, si potrebbe dire! In effetti la dinamica del fatto accaduto per il Supremo Consesso, non può che essere fatta rientrare in questa fattispecie di reato: "pur vertendosi di un'attività di beneficenza essa si era svolta in orario di servizio degli operanti, con uso di attrezzature e mezzi in dotazione alla stazione dei vigili del fuoco di cui certamente gli operanti non avrebbero potuto usufruire a titolo personale", facendo così proprie le conclusioni già raggiunte in secondo grado.

Ma il "fantasma" dell'"arzilla vecchietta" aleggiava, già, in Cassazione. Infatti quest'Organo nel 2013 (decisione n. 2597) aveva avuto a che fare con Ella per un episodio di molestie verso una persona che ha inoltrato alcuni sms lesivi della Sua personalità al telefonino della cognata, attribuendole appunto l'epiteto di "befana". Ma la protagonista si era spinta un po' oltre: il testo dei vari messaggi contenevano anche altri vocaboli ingiuriosi il cui complessivo tenore implicava

la commissione e la consumazione del cennato reato. La Cassazione in questa vicenda non ha avallato la tesi difensiva della imputata che aveva reputato non punibile il fatto in quanto esso non ledeva l'ordine pubblico, bene giuridico oggetto di tutela dall'art. 660 c.p.. Nelle motivazioni il Supremo Consesso ha rilevato che la norma sanziona "chiunque in luogo pubblico o aperto al pubblico ovvero con il mezzo del telefono per petulanza o altro biasimevole motivo reca a taluno molestia o disturbo". Essendo, poi, reato plurioffensivo la norma tutela non solo la tranquillità della prersona offesa, ma anche l'ordine pubblico, la cui semplice lesione fa scattare l'ipotesi delittuosa.

Se, infine, andiamo indietro nel tempo non si può non "ricordare" l'episodio vagliato dal tribunale di S. M. Capua Vetere (decisione n. 1642/09) in cui l'"arzilla vecchietta" era stata più volte nominata a sproposito nelle vicende che hanno visto protagonisti un ex marito e/o convivente e la ex suocera a cui, a seguito della separazione, sono stati rivolti vari insulti tra cui anche quello di "befana". La conseguenza è stata proprio la "vendetta epifanica" tradottasi giuridicamente in una sentenza di condanna per lesione dell'onore e del decoro della suocera, che aveva ospitato in casa la figlia a seguito appunto della intervenuta separazione. Beni, questi, parte integrante della personalità morale e sociale dell'individuo, specificamente tutelati dall'ordinamento giuridico e che meritano il sommo rispetto di tutti i consociati.

Ma, come indicato nel titolo, l'"arzilla vecchietta" non solo ha varcato le soglie del Palazzaccio, ma si è vista scomodare anche tra le stanze del T.a.r., in particolare quelle del T.a.r. di Catania in merito all'annullamento della sanzione disciplinare comminata al pubblico ufficiale. Nella, sia pur un po' risalente, decisione n. 839/15, questo Organo ha dovuto vagliare, censurandolo, il comportamento di un Carabiniere che durante un posto di controllo ha etichettato una persona fermata con la parola "befana". Non solo ma solo l'intervento del capo pattuglia ha evitato al Collega una sanzione ben più grave.

In conclusione godiamoci questi momenti di relax e di festa senza scomodare la Befana!

Luigi Tancredi



IL TITANIC E L'AVVOCATURA PENALE

Ripercorro, svolgendola come una moviola, la mia cinquantennale, variegata e intensa esperienza professionale e rivedo le infinite storie personali e collettive che l'hanno intessuta, l'evoluzione ideale che ha segnato l'incedere della classe forense lungo sequenze inimmaginabili per varietà e incisività dei modelli concettuali e pratici che si sono succeduti e artefici, in questo pluridecennale lasso temporale a cavallo tra due millenni e due secoli, della più incomparabile fucina sociale e professionale che si possa immaginare: una fucina mai realizzata prima nella storia d'Italia e assolutamente irripetibile nei tempi a venire.

Così, a partire dal "mitico" sessantotto ad oggi, si dipana dinanzi a me, tutto il vertiginoso caleidoscopio di un mondo penalistico in costante fibrillazione; un mondo spesso condizionato da fattori contingenti, da spinte sociali imperative, da più o meno giustificabili esigenze di natura giuridica o giudiziaria, da interessi non sempre limpidi e non sempre sostenuti da onesti intenti civici. Ma una nota accompagna, come un fastidioso bordone, l'intero svolgersi di questa vera e propria ultracinquantennale epopea del mondo penalistico: questa nota è la incapacità di avere o, comunque, di interessarsi ad una visione innovativa, forse rivoluzionaria, generatrice di quel "quid novi" imposto dall'incalzare dei tempi verso una nuova figura di avvocato penale sempre più sensibile all'utile comune, sia pure rispettoso della tutela sacrosanta dell'accusato, sempre più espressione della propria reale "funzione sociale".

Ossia un avvocato che sia tutore, non più esclusivamente del "mercantile" interesse del "cliente-assistito", ma dell'interesse dello "assistito-cliente", ad avere un processo "giusto" nel senso preteso dalle evidenti esigenze di maturata civiltà giuridica, oggi esplicitate, forse pleonasticamente, dalla formulazione dell'art. 111 della carta Costituzionale attraverso la definizione del c.d. "giusto processo": espressione forse rozzamente ingenua e tautologica.

Ecco: questo è sempre mancato al ceto forense penalistico.

E' mancata la coraggiosa, intelligente capacità di svincolarsi dall'angusta visione, obsoleta e antisociale, del penalista quale longa manus di coloro che violano il patto di convivenza sociale, l'odioso "azzeccagarbugli" di manzoniana memoria, per attingere all'empireo di un professionista che non si "sporca le mani" attraverso una deplorable contiguità mercantile all'utile del cliente. Gli anni '70 hanno visto fenomeni criminali inutilmente devastanti, quali il terrorismo e i sequestri di persona a scopo estorsivo: entrambi fenomeni in cui inconsistenti e pretestuose rivendicazioni pseudosociali, sono state alimentate, quasi sempre, da menti farneticanti e delinquenti.

L'avvocatura penale, spesso coinvolta direttamente attraverso lo svolgimento del proprio compito, con esempi anche luminosi di consapevolezza del ruolo, nei processi ai terroristi, non è stata in grado di coagulare una vasta presa di posizione, ufficiale e decisa, precisa e forte nella esaltazione della funzione difensiva sganciata dall'utile pratico dell'assistito o dalla contiguità ideale con esso.

Solo qualche bella individualità ha mostrato grande e coraggiosa sensibilità verso una limpida operatività difensiva attraverso il cui esercizio fosse chiaro, per gli assistiti, per i magistrati e per la collettività, che il difensore non era una "coscienza a nolo" (icastica definizione dell'avv. Remo

Danovi, padre della nostra disciplina deontica), ma era il garante della ritualità giudiziaria e della massima tutela dell'assistito.

Negli stessi anni emetteva i primi vagiti, ancora sotto l'operatività delle previsioni del codice penale Rocco, il fenomeno "droga".

Nel territorio lariano, i primi timidi, isolati episodi di quello che diverrà, negli anni successivi, il più tragico, diffuso e devastante fenomeno di devianza di massa, si avranno tra fine anni '60 e primi anni '70.

La classe forense (rivolgo a me stesso questo rimprovero) non ha svolto il compito che avrebbe dovuto svolgere; ha affrontato questa vera e propria piaga sociale dagli sbocchi assai spesso criminali, senza coglierne la dolorosa specificità e gestendo i processi "di droga", come se fossero una qualsiasi espressione di delinquenza comune e, ancor più brutto a dirsi, una proficua fonte di reddito.

Oggi non vado certo fiero di questo mio approccio!

E quando, lungo l'arco degli anni '70/80, verranno promulgate leggi penali orientate a fronteggiare fenomeni di criminalità comune e politica sempre più invasiva e destabilizzatrice, buona parte dell'avvocatura penale espresse aspre critiche anche attraverso coinvolgimento di strutture fortemente politicizzate, denunciando "derive oscurantiste" inesistenti, mentre le disposizioni emanate venivano osteggiate quali indicatori di un affievolimento delle garanzie difensive, senza cogliere la forte esigenza di tutela della collettività, sia pure senza sminuire la indiscutibile salvaguardia dei reali diritti di difesa dell'accusato.

Ed ecco che scoccherà il 1989!

Anno fondamentale della storia giudiziaria italiana perchè ha segnato l'entrata in vigore del "nuovo" codice di procedura penale Vassalli-Pisapia: una rivoluzione copernicana impressa, in modo più o meno efficace e coerente (ma costruire un nuovo strumento giudiziario, dopo avere cancellato alla radice quello vigente, è opera facile da criticare ma molto ardua da realizzare) al sistema giudiziario penale e alla figura dell'avvocato difensore.

L'avvocatura penale ha faticato molto a condividere la necessità della innovazione, ribadendo, da più parti, la inopportunità del radicale cambiamento o la sua inidoneità.

Anche io, figlio del codice Rocco e imbevuto di quella cultura che avevo metabolizzato e che già praticavo da un ventennio, ho faticato a cogliere l'esigenza di un così radicale cambiamento: ritenevo (in parte lo ritengo tutt'ora) che sarebbe stato sufficiente un rimodellamento di alcuni aspetti procedurali per "ringiovanire" il corpo vigente, anche alla luce delle decisioni della Corte Suprema di Cassazione e della Corte Costituzionale che via via falcidiavano interpretazioni o istituti processuali concettualmente obsoleti, rendendoli conformi alle nuove concezioni giuridiche e sociali.

Ancora una volta, comunque, anche attraverso la importante formulazione codicistica, l'avvocatura penale (ben rappresentata dentro e fuori dagli apparati legislativi) ha perso una importante occasione per distendere uno sguardo innovativo ma di grande impatto ideale, verso la figura ed il ruolo del difensore il cui appiattimento sulla persona dell'assistito, ne svilisce l'autorevolezza processuale.



Ma dove il nostro parterre professionale ha mostrato tutta la propria inadeguatezza ideale, è stato davanti alla promulgazione della L.397/2000 sulle investigazioni difensive.

Davanti ad una normativa che rivoluzionava la presenza dell'avvocato sulla scena del processo, dandole centralità e vigore, a gran parte dei penalisti italiani è completamente sfuggita la potenzialità della nuova disciplina e la grande opportunità di immagine e di operatività che essa attribuiva alla figura del difensore.

Ma, soprattutto, è sfuggita la nuova, importante investitura di rilevanza pubblicistica che la L. 397/2000 concedeva all'avvocato difensore fin dalla instaurazione del percorso investigativo pubblico e, addirittura, anche prima del suo nascere: pur senza minimamente indebolire l'aspetto indiscutibilmente privatistico della propria prestazione.

Il paradosso di questa inadeguatezza culturale è data dal fatto che si dovrà attendere la storica sentenza della Cassazione sezioni unite del 2 settembre 2006 per leggere, pronunciate da magistrati, parole di grande apprezzamento verso il compito difensivo, verso la propria alta funzione e per stabilire, di tale compito, la valenza anche pubblicistica. sia pure limitatamente alle delicatissime fasi della formazione probatoria.

E ancora l'avvocatura penale mostrerà angustia di visione dinanzi alla introduzione del mandato d'arresto europeo (2002), innescando una contrapposizione che, pur contenendo alcuni aspetti condivisibili circa la attenta perimetrazione di tale istituto, ne ha ostacolato e rallentato la operatività, senza cogliere la ineludibile dimensione eurocentrica, ma arroccandosi in una visione provinciale e campanilistica della realtà penalistica, senza cogliere l'importanza sociale, oltre che la doverosità giuridica dell'istituto, per nulla lesivo del diritto dei soggetti coinvolti dalla misura processuale richiesta.

Ancora una volta la avvocatura penale, salvo lodevoli minoranze, si è contrapposta a una visione innovativa e socialmente orientata, quasi fosse insensibile alle pulsioni della evoluzione sociale, alla nuova configurazione internazionale e transfrontaliera del fenomeno delinquenziale, alle istanze di adeguamento della concreta efficienza giudiziaria dinanzi all'incedere di scenari scocio-politici e valoriali sempre più incalzanti e meno compatibili con le previsioni codicistiche tradizionali.

Negli anni a venire, fino ad oggi, dinanzi alle numerose innovazioni che hanno variamente segnato il diritto sostanziale e quello processuale, ho assistito a un costante, tempestivo e sempre apprezzabile florilegio di interventi critici, a volte demolitivi, a volte propositivi, anche a concrete e forti prese di posizione da parte del mondo penalistico; ma non ho più udito, dopo alcune iniziative convegnistiche attuate nei remoti anni 80' e 90' , il respiro di un mondo penalistico dilatato al di là della scaramuccia contingente; il respiro di alti valori della professione forense e del proprio artefice, quali preconditione di qualsiasi idea di processo, costantemente diffusi attraverso i vari scritti del veneziano Domenico Carponi Schittar e del fiorentino Eraldo Stefani: studiosi tra i primi a scuotere il ceto forense, sospingendolo verso una nuova sensibilità professionale, verso un avvocato difensore il quale, pur nella esclusiva dedizione al proprio assistito, non ne divenisse il mantengolo e si muovesse sempre, sulla scena del processo, senza concedere nulla agli opportunismi scorretti e alle "furbizie" ingannevoli.

E' vero: sono importanti l'attenzione e anche la contrapposizione forte del ceto forense, nei confronti del particolare che incombe; ma mi piacerebbe vedere che, a latere, l'avvocatura penale si impegnasse per costruire un modello di professionista più centrato fra le esigenze ed i diritti dell'accusato e le non meno rilevanti esigenze e i non meno rilevanti diritti della collettività: un professionista che sia espressione di quella "funzione sociale" che deve vivere nel processo penale e che viene evocata anche nei codici deontici, europeo e italiano, ma che, di fatto, fatica moltissimo a prendere campo.

Mi sembra che il nostro ceto professionale sia sempre più arroccato su posizioni anguste, volte a salvaguardare l'oggi, il piccolo cabotaggio, ma trascuri completamente di spingere lo sguardo al di là di tutto questo o, meglio, allo "a priori" di tutto questo.

Agli inizi di questo millennio, la Camera Penale di Como e Lecco ha organizzato una serie di incontri intitolati "L'avvocato del terzo millennio": si è trattato di convegni cui sono intervenuti alcuni tra i più importanti nomi della cattedra e della toga e di cui sono anche stati pubblicati i lavori.

Si è trattato di convegni incentrati sugli scenari futuri, ma già ipotizzabili e auspicabili, della nostra avvocatura.

Sono state occasioni animate da grande entusiasmo, dalla consapevolezza che la cadenza millenaria dovesse segnare il sorgere di energie nuove, di nuove prospettive, di un modo nuovo di essere avvocati.

Invece, niente!

Dopo i convegni, dopo le forti vibrazioni che ne nascevano, dopo gli intenti fortemente espressi verso la necessità di rinverdire il meccanismo della difesa penale, di costruire una rinnovata figura di avvocato difensore, dopo tante egregie e stimolanti aspettative, c'è stato il nulla quasi totale!

Oggi, l'entusiasmo e l'indaffararsi del mondo forense, spesi per contrastare questa o quella innovazione procedimentale o sanzionatoria, per quanto spesso comprensibili ed anche opportuni, mi sembrano, visti dalle altezze siderali nelle quali vivo oramai relegato, come l'indaffararsi di quei passeggeri di lusso del Titanic, preoccupati della scelta dell'abito, mentre lo splendido vascello inizia ad affondare.

Ma questa mia sofferta visione rischia, adesso, di apparire persino obsoleta.

Incombe, sulla sorte del sapiens e di tutte le proprie fenomenologie, l'impellente e devastante assalto della ...famigerata IA: intelligenza artificiale!

Già ora, ma ancor più irrimediabilmente nello scorrere vertiginoso dei sempre più rapidi tempi a venire, l'incedere della intelligenza artificiale pervade e rivoluziona la vita dell'umanità in tutte le proprie espressioni pratiche.

A breve saranno radicalmente trasformati e, forse, scompariranno, fenomeni quali il processo penale: l'IA renderà inutili modelli valutativi ora vigenti, vanificherà la attuale operatività del giudice, dell'avvocato; trasformerà radicalmente i metodi investigativi; renderà vetuste e inapplicabili le categorie valutative tradizionali, di ordine procedimentale e sostanziale.

Possibile che ancora una volta l'avvocatura penale non colga la violenza prorompente di questi



scenari e continui a vivere nelle retrovie culturali, come se tutto questo non esistesse? Possibile che continui ad occuparsi esclusivamente del retrobottega professionale e non abbia la pulsione intelligente e il coraggio di occuparsi di ciò che sta incombando e che sta inesorabilmente cancellando, non solo trasformando, tutto l'attuale mondo del processo penale?

Solo recentemente l'UCPI ha, peraltro lodevolmente, istituito l'Osservatorio "Scienza, processo e intelligenza artificiale" e il 17 gennaio del corrente 2025 si svolgerà una giornata di studi dal titolo "Giustizia penale, scienza e intelligenza artificiale".

Tuttavia a me sembra che le tematiche affrontate, pur attenendo ad aspetti importanti e di grande attualità, non lambiscano quello che io considero il preliminare quesito riguardante l'impatto della IA sullo strumento processuale.

Infatti l'evento dell'UCPI non contempla la partecipazione di uno scienziato che fornisca il quadro tecnico-scientifico dell'IA e almeno una nozione comprensibile circa quello che l'IA potrà essere in grado di realizzare e quali siano, se vi sono, le effettive e sicure possibilità tecniche del proprio contenimento.

Vorrei tanto che la Camera Penale di Como e Lecco impugnasse il testimone del dovere etico e professionale e affrontasse questo incombente problema, organizzando un evento convegnistico di ampio respiro scientifico, non essenzialmente penalistico come quello dell'UCPI, con l'obiettivo di acquisire qualche necessaria certezza scientifica o almeno una decente consapevolezza per comprendere e affrontare un futuro che è già presente e che sta già condizionando, a livello mondiale, il territorio della giustizia penale; sempre che vi sia qualcosa che si possa fare per erigere un alveo a quello che appare sempre di più come il tumultuoso, ingovernabile incedere di una realtà che nessuna regolamentazione sarà in grado di imbrigliare.

Una realtà dinanzi alla quale le attuali proteste e le scaramucce dell'avvocatura contro la legge Cartabia o contro i vari orpelli che il legislatore o il giudice introducono ad ogni pie' sospinto nel sistema penale, odorano di stantio ed eludono l'immensità e l'incombenza degli scenari che si vanno precipitosamente ammassando nell'immediato orizzonte della giustizia penale.

A breve, l'avvento inesorabilmente vincente dell'IA (questo è l'aspetto che dovrebbe essere chiarito in un convegno sulla IA applicata al processo!), anche attraverso la robotica e l'algoritmica, le cui potenzialità ridicolizzano quelle del "povero" cervello umano, ridisegnerà o cancellerà l'universo dei sapiens: non so se l'umanità sarà in grado di gestire o almeno controllare questo fenomeno già oggi mostruoso, o se esso segnerà la fine dell'esperienza umana sulla Terra.

Quello che è certo è che l'avvocatura penale, sia pure per la sua piccolissima parte, ha il dovere di studiare il problema; quanto meno per non farsi trovare impreparata, oltre che impotente, dinanzi a questo nuovo, condizionante fenomeno.

E per non fare, ancora una volta, come i passeggeri di lusso del Titanic, interessati alle eleganze dell'abbigliamento, mentre il superbo vascello affonda nell'Oceano.

Renato Papa

NORMA NUOVA, CONTENZIOSO VECCHIO

(Le criticità delle nuove disposizioni sul lavoro nel Collegato Lavoro e nel Decreto Milleproroghe 2024)

Come ogni anno, anche il mese di dicembre 2024 è stato ricco di produzione normativa in tema di diritto del lavoro, previdenziale e fiscale. Le principali novità riguardano le previsioni sul periodo di prova nel contratto a tempo determinato, la libertà delle Parti di apporre causali al contratto a termine, e la parificazione della assenza non giustificata del lavoratore a dimissioni per fatti concludenti.

Con riferimento al primo ambito sopra citato, si attendeva da tempo un intervento chiarificatore in materia di determinazione della durata del periodo di prova nel contratto a tempo determinato; nell'agosto 2022 è entrato in vigore il cd. decreto Trasparenza, che, all'articolo 7, statuisce che nel rapporto di lavoro a tempo determinato, il periodo di prova deve essere stabilito in misura proporzionale alla durata del contratto e alle mansioni da svolgere in relazione alla natura dell'impiego; è intuitivo che, senza una disciplina di dettaglio da parte della normativa, o almeno della contrattazione collettiva applicabile al rapporto di lavoro, tale previsione sia risultata, per più di due anni, quanto meno vaga e nebulosa, e quasi contraria allo scopo di chiarezza delle condizioni di assunzione di un lavoratore, perseguito dal D. Lgs. n. 104/2022.

Tuttavia, anche la nuova normativa sulla durata del periodo di prova nei contratti a tempo determinato presenta diverse criticità che meritano un'attenta analisi. Pur avendo specificato la proporzionalità, l'articolo 13 del cd. Collegato Lavoro (Legge n. 203/2024, in vigore dallo scorso 12 gennaio 2025), fissa la durata del periodo di prova in base alla durata del contratto a termine. Più precisamente, il periodo di prova nei contratti a termine non può superare un giorno di effettiva prestazione per ogni quindici giorni di calendario a partire dalla data di inizio del rapporto di lavoro e tale norma fa comunque salve le disposizioni più favorevoli della contrattazione collettiva. In aggiunta, l'articolo 13 prevede anche un limite minimo ed un limite massimo alla prova, in base alla durata del contratto di lavoro stesso: ed infatti, in ogni caso (e quindi a prescindere dalle disposizioni della contrattazione collettiva, ed anzi superandole) la durata del periodo di prova non può essere inferiore a due giorni né superiore a quindici giorni, per i rapporti di lavoro aventi durata non superiore a sei mesi, e a trenta giorni, per quelli aventi durata superiore a sei mesi e inferiore a dodici mesi.

Il legislatore, nel tentativo di regolamentare il mercato del lavoro, ha mantenuto una proporzionalità tra la durata del contratto e il periodo di prova, ma questa scelta nasconde alcune problematiche sostanziali; da un lato, fare riferimento alla disciplina collettiva più favorevole pone il problema giuridico di stabilire cosa sia più favorevole, e a chi lo sia; dall'altro lato, è pacifico, da un mero calcolo matematico, che i limiti massimi indicati non possano essere comunque raggiunti, applicando il criterio di conteggio di cui al primo periodo dell'articolo 13 (ipotizziamo un contratto di durata pari a 180 giorni: applicando il criterio di un giorno di



lavoro effettivo ogni quindici di calendario, si ottiene come risultato 12 giorni di effettiva prestazione, a fronte di un limite massimo di quindici giorni, previsto al secondo periodo dell'articolo 13 Collegato Lavoro); in ultimo, nello stabilire i limiti minimi e massimi di durata, il secondo periodo omette qualsiasi riferimento alle giornate di effettiva prestazione, oppure alle giornate di calendario.

Sempre in tema di contratto a termine, è frutto del decreto Milleproroghe (D.L. n. 202/2024, in vigore dallo scorso 28 dicembre 2024) la proroga al 31 dicembre 2025 della scadenza entro la quale i datori di lavoro privati, in mancanza di apposita disciplina dei contratti collettivi, possono continuare a fare ricorso ai rapporti a termine di durata superiore a dodici mesi indicando nel contratto individuale di lavoro le specifiche ragioni aziendali che giustificano la prosecuzione a termine.

Ripercorrendo l'evoluzione della disciplina del contratto a termine, sin dal D.Lgs. n. 368/2001 (articolo 1), la liceità della apposizione di un termine ad un contratto di lavoro è subordinata alla presenza, e alla declinazione nel contratto di assunzione, di "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Con la Riforma Fornero, è stato introdotto il concetto di tempo determinato "acausale" per i primi 12 mesi di contratto, e ciò è stato l'apripista per gli interventi della Legge n. 78/2014 e del Decreto n. 81/2015 (Jobs Act) che hanno liberalizzato il contratto a tempo determinato, eliminando le causali, pur mantenendo i limiti temporali di durata, nonché le percentuali di utilizzo. Il Decreto Dignità (D.L. n. 87/2018) riporta indietro le lancette, e reintroduce l'obbligo di previsione ed indicazione della causale, per i contratti a termine di durata iniziale superiore a 12 mesi, per i rinnovi in generale e per le proroghe che determinino una durata contrattuale complessiva superiore a 12 mesi.

Di fatto, il contratto può avere una durata superiore a 12 mesi, ma comunque non eccedente i 24 mesi, solo in presenza di almeno una delle seguenti condizioni: a) esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori; b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria.

Tralasciando le previsioni della normativa dell'emergenza COVID-19 (con proroghe dei contratti rese obbligatorie dalla legge, e deroghe particolari), il primo intervento per ricercare una nuova flessibilità è rappresentato dal D.L. n. 43/2023 e la più importante modifica riguarda le causali giustificatrici che legittimano il ricorso al contratto a termine di durata superiore a 12 mesi. Infatti, le aziende possono ricorrere al contratto a termine per più di dodici mesi: a) nei casi previsti dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 D. Lgs. n. 81/2015; b) in assenza delle previsioni di cui al punto precedente, nei contratti collettivi applicati in azienda, e comunque entro il 30 aprile 2024, per esigenze di natura tecnica, organizzativa o produttiva individuate dalle parti; c) in sostituzione di altri lavoratori.

Nel corso della conversione in legge del Decreto Milleproroghe 2023 (D.L. n. 215/2023) è stato previsto lo spostamento al 31 dicembre 2024 della scadenza per la stipula degli accordi individuali tra le parti per i rinnovi e le proroghe oltre i 12 mesi; il decreto Milleproroghe 2024 ha

nuovamente posticipato la scadenza, fissata al prossimo 31 dicembre 2025. Come da consolidata giurisprudenza, le causali sono valide a condizione che individuino in termini specifici e oggettivi le effettive ragioni aziendali; se è pur vero che il livello aziendale è quello più “prossimo” in cui declinare le esigenze tecniche produttive e organizzative, è anche vero che la libertà nella definizione delle causali può generare contenziosi interpretativi, soprattutto in fase di eventuale contenzioso giudiziale. La mancanza di parametri oggettivi predefiniti può rendere difficile la valutazione della legittimità delle causali concordate.

Passando all’ultima novità in commento, dopo accesi dibattiti (politici e tecnici) ha visto finalmente la luce la normativa riguardante la perdita del diritto alla NASPI in caso di prolungata assenza ingiustificata dal lavoro. Si mette quindi termine a quella sorta di “braccio di ferro” tra datore di lavoro e dipendente, derivante dal protrarsi dell’assenza ingiustificata (e non retribuita) e che è stata fino ad oggi gestita in tre modalità differenti: a) procedura di contestazione al dipendente ex articolo 7, Legge n. 300/1970, seguita dal licenziamento disciplinare (e versamento del ticket di licenziamento da parte del datore di lavoro, con conseguente accesso del lavoratore alla NASPI); b) dimissioni volontarie del lavoratore (con rispetto del periodo di preavviso lavorato, e senza aver diritto alla NASPI, in quanto questo tipo di dimissioni identifica una perdita volontaria della occupazione); c) quiescenza della situazione, in una sorta di limbo, in cui nessuna delle due parti mostrava interesse a modificare lo status quo.

Premesso che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato può cessare per dimissioni (volontarie o per giusta causa), per licenziamento o per risoluzione consensuale, vale la pena ricordare che, per arginare il fenomeno delle cd. dimissioni in bianco, dal 2015 è stato introdotto l’obbligo per il lavoratore di presentare le dimissioni on line; il modulo ministeriale trasmesso dal portale alla PEC del datore di lavoro rappresenta quindi l’unico atto che formalmente attesta la volontà del dipendente di dimettersi.

Fino al 12 gennaio 2025 non è stato quindi possibile considerare il dipendente dimissionario per fatti concludenti. Se la ratio della norma è condivisibile, anche da parte sindacale, molto meno condivisibile appaiono le regole di attuazione.

Più precisamente, si prevede che, in caso di assenza ingiustificata del lavoratore protratta oltre il termine previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro applicato al rapporto di lavoro o, in mancanza di previsione contrattuale, superiore a 15 giorni, il datore di lavoro deve dare comunicazione alla sede territoriale dell’Ispettorato nazionale del lavoro, che può verificare la veridicità della comunicazione medesima.

Nei casi di cui sopra, il rapporto di lavoro si intende risolto per volontà del lavoratore e non si applica la disciplina prevista dall’articolo 26, D. Lgs. n. 151/2015 (ossia le dimissioni sono valide anche se non presentate tramite il modulo telematico né in sede protetta).

Peraltro, a tutela del lavoratore, le nuove disposizioni non si applicano se il lavoratore dimostra l’impossibilità di comunicare i motivi che giustificano la sua assenza (per causa di forza maggiore o per fatto imputabile al datore di lavoro).



Le prime critiche sollevate riguardano la durata dell'assenza ingiustificata e la procedura da attivare avanti all'ITL. Con riguardo al primo profilo, il periodo di assenza dal lavoro pari a quindici giorni (termine superiore a quello richiesto dalla maggior parte dei CCNL per legittimare il recesso datoriale per giusta causa) si intende come continuativo, e quindi potrebbe invogliare il lavoratore a presentarsi "a singhiozzo" sul posto di lavoro, al fine di interrompere il decorso del termine in analisi, e stancare il datore di lavoro, che potrebbe determinarsi ad attivare la procedura disciplinare. In relazione al ruolo dell'Ispettorato, si sottolinea che all'ITL non è affidato un obbligo di intervento, ma esso ha un ruolo di sola ricezione della eventuale segnalazione aziendale, con la facoltà di verificare la natura dell'assenza segnalata. Pertanto, il datore di lavoro, a seguito della segnalazione, potrebbe non avere mai un riscontro, e, anche se lo avesse, non è dato conoscere né i criteri in base ai quali l'Ente selezionerà le situazioni oggetto di verifica, né le concrete modalità operative con cui si procederà alle verifiche.

In conclusione, le recenti riforme sembrano oscillare tra due esigenze contrapposte: da un lato la ricerca di maggiore flessibilità per le imprese, dall'altro la necessità di garantire tutele adeguate ai lavoratori. Il risultato, però, rischia di non soddisfare nessuno dei due obiettivi.

L'incertezza interpretativa non fa bene né alle imprese né ai lavoratori. Le formule matematiche per calcolare il periodo di prova sono un esempio di come la ricerca della precisione possa paradossalmente generare confusione.

La strada per un diritto del lavoro equilibrato e moderno è ancora lunga. La sfida è trovare un equilibrio tra la necessaria flessibilità richiesta dal mercato e le tutele indispensabili per i lavoratori. Un equilibrio che non può prescindere da norme chiare e da un sistema di protezione sociale e di contrattazione collettiva (anche a livello aziendale) all'altezza delle sfide contemporanee.

Solo così potremo costruire un diritto del lavoro che sia davvero strumento di sviluppo economico e di progresso sociale, e non fonte di incertezze e contenziosi.

Alessia Riva

IL LASCITO TESTAMENTARIO DI USUFRUTTO TRA ISTITUZIONE DI EREDE E LEGATO

La qualificazione giuridica del lascito testamentario di usufrutto rappresenta una questione dibattuta nel diritto successorio italiano, caratterizzata da una notevole complessità interpretativa e da significative implicazioni pratiche. Il tema, infatti, non si esaurisce in una mera dissertazione teorica, ma influenza in modo determinante aspetti cruciali della successione, quali il regime della responsabilità per i debiti ereditari e la gestione del patrimonio ereditario. La rilevanza pratica del problema è testimoniata dal costante interesse della giurisprudenza, che negli ultimi anni è tornata più volte sul tema, offrendo soluzioni non univoche.

L'interpretazione della natura giuridica del lascito di usufrutto ha conosciuto diverse fasi nella storia del diritto italiano. Nella seconda metà dell'Ottocento si riscontrava in giurisprudenza un orientamento favorevole al riconoscimento della qualità di erede all'usufruttuario del patrimonio ereditario, come testimoniato da alcune pronunce delle corti dell'epoca (per i relativi richiami, v. Cisotti, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica della vocazione nell'usufrutto di eredità*, in *Foro it.*, 1939, IV, 107 ss.).

Con l'avvento del XX secolo si è progressivamente affermata una posizione più restrittiva, cristallizzata in un orientamento giurisprudenziale che ha negato la configurabilità di un'istituzione di erede mediante l'attribuzione dell'usufrutto. La Cassazione ha, quindi, sostenuto che "l'attribuzione da parte del testatore del solo usufrutto non conferisce al beneficiario la qualità di erede, perché egli non succede in tal caso nell'universum ius del de cuius: ne consegue che il coniuge, nominato usufruttuario generale per disposizione testamentaria, non acquista la qualità di erede" (Cass. civ., 15 febbraio 1979, n. 986, in *Rep. Giust. civ.*, 1979, voce "Successione testamentaria", n. 20; in precedenza, v.: Cass. civ., 21 dicembre 1971, n. 3721, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce "Successione ereditaria", n. 65; Cass. civ., 15 ottobre 1969, n. 3294, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 70; Cass. civ., 6 marzo 1969, n. 727, in *Foro it.*, 1969, I, 1119).

Una svolta significativa si è registrata con la pronuncia Cass. civ., 12 settembre 2002, n. 13310 (in *Riv. not.*, 2003, 234 ss., con nota di Ungari Trasatti e in *Guida al dir.*, 2002, 41, 35, con nota di Bruno), la quale ha riaperto il dibattito riconoscendo che l'attribuzione dell'usufrutto generale non costituisce assegnazione di legato ma istituzione di erede, in quanto l'attribuzione dell'usufrutto su tutti i beni comprende, ai sensi dell'art. 588 cod. civ., l'universalità dei beni (l'universum ius). La Corte ha sottolineato che la figura dell'erede "è contraddistinta dalla potenzialità del suo titolo a raccogliere tutti i beni del defunto (o una quota) e quindi a subentrare in tutti i rapporti giuridici trasmissibili. Orbene l'usufruttuario generale ha un titolo di uguale potenzialità di estendersi ad ogni bene".

Un consolidamento dell'orientamento innovativo si è avuto con la sentenza Cass. civ., 24 febbraio 2009, n. 4435 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 950, con nota di De Belvis), la quale ha confermato che l'attribuzione testamentaria dell'usufrutto generale configura un'istituzione di erede.



Nella giurisprudenza di merito, anche Trib. Cagliari, 2 settembre 2004 (in Riv. giur. sarda, 2005, I, 157) ha aderito a questa impostazione.

Approfondendo l'esame delle opposte tesi in merito alla natura del lascito testamentario dell'usufrutto generale, va ricordato che il punto di partenza normativo consiste nell'art. 588, comma 1, cod. civ., secondo cui le disposizioni testamentarie sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore. La norma, di per sé, non sembra impedire il riconoscimento della qualità di erede in capo all'usufruttuario di beni ereditari. Infatti, il legislatore non ha espressamente indicato che l'attribuzione a titolo universale debba avere ad oggetto un diritto di proprietà. Pare, invece, che l'articolo si riferisca non tanto alla qualità del lascito (proprietà o diritto di usufrutto), quanto alla sua estensione in rapporto all'intero patrimonio.

Anche il dibattito dottrinale ha visto contrapporsi tesi diverse. L'orientamento tradizionale, rappresentato da illustri autori (Bigliuzzi Geri, Successioni testamentarie, in Commentario Scialoja-Branca, Zanichelli-Foro it., 1993, sub art. 588, 106; Cariota Ferrara, Le successioni per causa di morte, Parte generale, Morano, 1977, 156; Coviello, Successione legittima e necessaria, Giuffrè, 1937, passim; De Martino, Della proprietà, in Commentario Scialoja-Branca, Zanichelli-Foro it., 1978, sub art. 1010, 312 ss.; Gangi, La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, I, Giuffrè, 1952, 383 ss.; Pugliese, Usufrutto, uso e abitazione, in Trattato Vassalli, IV, 5, Utet, 1972, 214 ss.; Santoro Passarelli, Legato di usufrutto universale, in Riv. dir. civ., 1940, 201 ss.; Stolfi, Sul lascito dell'usufrutto universale, in Foro pad., 1949, III, 122 ss.), esclude che il lascito di usufrutto possa configurare un'istituzione di erede. Questa posizione si fonda sulla considerazione che la successione universale avrebbe ad oggetto acquisti di carattere solamente derivativo-traslativo, ma non derivativo-constitutivo: in altri termini, l'erede subentrerebbe nella stessa posizione del *de cuius*. Ciò non potrebbe avvenire nel lascito dell'usufrutto, il quale è un diritto nuovo, al contrario della nuda proprietà, che è dotata di natura omogenea a quella della piena proprietà.

A queste considerazioni si è efficacemente obiettato che la volontà del testatore è in grado di incidere sulla situazione giuridica esistente al momento della sua morte, apponendo oneri, limitazioni e pesi tali da far subentrare l'erede in un contesto anche molto diverso da quello facente capo al *de cuius* (così, in dottrina: Cicu, Successioni per causa di morte. Parte generale, in Trattato Cicu-Messineo, XLII, Giuffrè, 1961, 29 ss.). Quindi, l'attribuzione dell'usufrutto generale potrebbe rappresentare una forma di successione nell'universum ius del defunto, dal momento che il lascito della nuda proprietà di tutti i beni ereditari è complementare rispetto all'attribuzione dell'usufrutto a favore di un altro soggetto, realizzando una divisione dell'intero patrimonio ereditario (Cicu, op. ult. cit., 31; Id., Natura giuridica della vocazione nell'usufrutto di eredità, in Foro it., 1938, IV, 134 ss.; Id., Usufrutto d'eredità, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1950, 821 ss.; Id., Usufrutto d'eredità, ivi, 1951, 584 ss.; Salis, In tema di interpretazione degli art. 760 e 827 del codice civile, in Riv. dir. civ., 1931, 166 ss.).

Un'altra critica rivolta alla tesi dell'usufruttuario-erede si fonda sul principio "*semel heres, semper heres*", che trova la massima espressione nell'art. 637 cod. civ. (cfr. Coviello, op. cit., 10

e 264; Santoro Passarelli, op. cit., 206; Degni, *La successione a causa di morte, I, La successione legittima*, Cedam, 1938, 163).

Tuttavia, anche questa obiezione può essere superata considerando che pure l'apposizione di una condizione risolutiva comporta il venir meno della qualità di erede in capo al soggetto che è subentrato a titolo universale. È peraltro vero che il meccanismo condizionale opera retroattivamente, ma tale retroattività è una mera *fictio iuris*, tanto che l'art. 646 cod. civ. esclude la restituzione dei frutti percepiti anteriormente al verificarsi dell'evento condizionale. A riprova di quanto sopra, si è osservato (cfr. Ferri, *Successioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1980, 50 ss.) che "altro è la irretrattabilità dell'accettazione dell'eredità, che del resto vale anche per l'accettazione del legato, altro la perpetuità o meno del diritto o dei diritti che con l'accettazione si sono acquistati"; inoltre, "erede è anche colui che, in concreto, non trova nell'eredità alcun bene: per essere eredi non occorre acquistare effettivamente beni, basta l'attitudine ad acquistare i beni relitti se ed in quanto ve ne siano".

Occorre inoltre considerare l'art. 550 cod. civ., che disciplina il caso dell'usufrutto eccedente la porzione disponibile. La norma considera espressamente quale legatario il titolare di un usufrutto il cui reddito eccede quello della porzione disponibile, stabilendo che in tal caso i legittimari hanno la scelta tra l'esecuzione della disposizione e l'abbandono della nuda proprietà della porzione disponibile. Come è evidente, l'articolo non distingue tra usufruttuario generale ed usufruttuario di singoli beni. Tuttavia, il secondo comma della disposizione prevede un'ipotesi speculare per il caso in cui il testatore abbia disposto della nuda proprietà di una parte eccedente la disponibile. Come l'usufruttuario che consegue la disponibile abbandonata non acquista la qualità di erede, il nudo proprietario che si viene a trovare nella stessa posizione non dovrebbe essere considerato successore a titolo universale: in quest'ultimo caso l'erede potrebbe, quindi, essere l'usufruttuario.

Procedendo con l'esame delle norme rilevanti, emerge chiaramente che la questione della responsabilità per i debiti ereditari è uno degli aspetti più complessi e dibattuti nella qualificazione del lascito di usufrutto. L'art. 1010, comma 1, cod. civ. stabilisce che l'usufruttuario di un'eredità o di una quota di eredità è obbligato a pagare per intero, o in proporzione della quota, le annualità e gli interessi dei debiti o dei legati da cui l'eredità stessa sia gravata. Questa norma ha dato luogo a interpretazioni contrastanti, che riflettono la più ampia discussione sulla natura del lascito di usufrutto.

La dottrina tradizionale ha utilizzato questa disposizione come argomento decisivo per negare la qualifica di erede all'usufruttuario: infatti, l'usufruttuario dell'eredità, al contrario dell'erede, non risponderebbe illimitatamente dei debiti ereditari, dovendo far fronte solo alle annualità e agli interessi (Stolfi, op. cit., 127 commenta: "L'esistenza di un obbligo così circoscritto sarebbe inconcepibile qualora l'usufruttuario fosse erede, perché questi è responsabile di tutto il passivo senza distinguere tra debito di capitale e debito di interessi"). La limitazione della responsabilità sarebbe incompatibile con la posizione dell'erede, che risponde invece *ultra vires hereditatis*. Inoltre, secondo questa interpretazione, la responsabilità dell'usufruttuario opererebbe esclu-



sivamente nei rapporti interni con il nudo proprietario, il quale resterebbe l'unico soggetto responsabile nei confronti dei creditori ereditari.

La tesi opposta offre una diversa lettura dell'art. 1010 cod. civ.: in primo luogo, si evidenzia che la norma non contiene alcuna indicazione che ne limiti l'applicazione ai soli rapporti interni tra usufruttuario e nudo proprietario (cfr. Barba, *L'eredità*, in Bonilini (a cura di), *Usufrutto, uso, abitazione*, I, in *Giurisprudenza Bigiavi*, Torino, 2010, 386). Al contrario, la disposizione sembra delineare una vera e propria responsabilità dell'usufruttuario verso i creditori ereditari, seppur limitata alle annualità e agli interessi. Tale responsabilità distingue nettamente la posizione dell'usufruttuario da quella del legatario, il quale, ai sensi degli artt. 756 e 668 cod. civ., non risponde dei debiti ereditari se non in via di regresso nel caso di accettazione beneficiata dell'erede.

In base a una lettura evolutiva dell'art. 1010 cod. civ., la norma rappresenterebbe una disciplina che regola la responsabilità dell'usufruttuario in quanto tale (indipendentemente da quale sia l'atto costitutivo dell'usufrutto), senza per questo escludere che, nei casi in cui il lascito di usufrutto configuri un'istituzione di erede secondo la volontà del testatore, possa trovare applicazione anche il regime ordinario della responsabilità illimitata. Questa soluzione permetterebbe di conciliare la specialità della disciplina dell'usufrutto con la possibile qualifica di erede dell'usufruttuario, quando essa emerga dall'interpretazione del testamento (Guarneri-Tessera, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, 2017, sub art. 978 e sub art. 1010).

Particolarmente significativa è anche la questione riguardante il possesso dell'usufruttuario. Ai sensi dell'art. 1146 cod. civ., il possesso continua nell'erede con effetto dall'apertura della successione e, quindi, l'erede acquista il possesso ipso iure, mentre gli artt. 982 e 1002 cod. civ. implicano che l'usufruttuario debba richiedere il possesso della cosa al nudo proprietario. Sul punto occorre, tuttavia, distinguere tra possesso e diritto a possedere, tra *factum possessionis* e *jus possidendi*. Ammettendo la figura dell'erede-usufruttuario, non si verificherebbe alcun contrasto di discipline: infatti, l'art. 1146 cod. civ. regola la successione nel possesso, mentre gli artt. 982 e 1002 cod. civ. si riferiscono al diritto a possedere.

Gli interventi giurisprudenziali successivi alle sentenze del 2002 e del 2009 aggiungono più ombre che luci alla tematica in esame.

Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1557 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 839 ss.) è tornata a ribadire una netta distinzione tra la posizione dell'erede e quella dell'usufruttuario ("Invero l'attribuzione da parte del testatore del solo usufrutto non conferisce al beneficiario la qualità di erede perché egli non succede in tal caso nell'"universum jus" del defunto (Cass. 15-2-1979 n. 986), cosicché non è necessaria la partecipazione al giudizio di divisione dell'usufruttuario che non rivesta altresì la qualità di erede (Cass. 8-6-2001 n. 7785)").

Per quanto riguarda Cass. civ., 31 gennaio 2011, n. 2172 (in *Riv. not.*, 2012, 139 ss. e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 604 ss.), la Corte non ha preso espressamente posizione sul punto, essendo invece chiamata a verificare la sussistenza di una sostituzione fedecommissaria, ma sembra avere comunque dato per presupposto che il lascito di usufrutto non possa configurare un'istituzione di erede.

Negli ultimi anni pare essersi delineato, in giurisprudenza, un nuovo irrigidimento a favore dell'approccio più tradizionale, sebbene vi siano pronunce che si esprimano in modo non netto, prendendo atto dell'incertezza in materia (si veda Cass. civ., Sez. II, 28 luglio 2023, n. 23090: "Si deve sottolineare che sulla questione della qualificazione della disposizione di usufrutto generale di eredità, come istituzione di erede o come legato, si registra da sempre dissenso d'opinioni in dottrina. In questo dibattito, la giurisprudenza sembra orientata a negare la qualità di erede e riconoscere all'usufruttuario di eredità o di una sua quota la qualità di legatario (Cass. n. 1557/2020)").

In termini contrari alla qualificazione dell'usufruttuario come erede si è espressa, poi, Cass. civ., Sez. II, 18 ottobre 2023, n. 28962, secondo cui il lascito di usufrutto generale configura un legato e non un'istituzione di erede ("Deve infatti ribadirsi che il lascito dell'usufrutto generale non è istituzione di erede, ma legato: il che non vuol dire che il legato dell'usufrutto generale, qualora sia disposto in favore di un legittimario, sia necessariamente un legato in sostituzione di legittima").

Conforme è pure Cass. civ., Sez. II, 28 novembre 2023, n. 33011, che ha richiamato altri precedenti: "Cass. n. 1557/2010 ha specificamente riaffermato che ove il testatore attribuisca il solo diritto di usufrutto, il beneficiario non succede "in universum ius" del defunto e, pertanto, non acquista la qualità di erede; nei suoi confronti, pertanto, non sussiste litisconsorzio necessario in sede di giudizio di divisione tra coeredi, trovando poi seguito anche in Cass. n. 13868/2018, secondo cui il lascito avente ad oggetto l'usufrutto, generale o pro quota, dell'asse ereditario costituisce legato, poiché l'usufruttuario non subentra in rapporti qualitativamente eguali a quelli del defunto e la sua responsabilità per i debiti deriva dal meccanismo dell'art. 1010 c.c. e non dalla qualità di erede (conf. anche Cass. n. 4435/2009)".

Si noti, tuttavia, che Cass. n. 33011/2023 cita, come se fosse un precedente conforme, la sentenza Cass. n. 4435/2009, la quale, invece, come si è visto, propende per l'attribuzione della qualità di erede all'usufruttuario universale, esprimendosi nei seguenti termini: "in base all'art. 1010 cod. civ., l'usufruttuario di un'eredità risponde dei debiti, essendo obbligato a pagare le annualità dei debiti e dei legati da cui l'eredità stessa sia gravata. Se fosse legatario non sarebbe tenuto, ai sensi degli artt. 756 e 668 cod. civ."

In conclusione, l'analisi della complessa problematica del lascito testamentario di usufrutto renderebbe opportuno il superamento di impostazioni dogmatiche rigide, in favore di un approccio più flessibile e aderente alla realtà della prassi testamentaria. L'esame degli argomenti adottati a sostegno delle opposte teorie evidenzia che la soluzione più corretta sarebbe quella di evitare qualificazioni aprioristiche, privilegiando un'interpretazione caso per caso, che valorizzi l'effettiva volontà del testatore.

Infatti, la dottrina più recente non ha smesso di lasciare aperta la possibilità che l'usufruttuario di eredità possa essere considerato erede, in base all'interpretazione della scheda testamentaria (si veda il contributo di Barba, op. cit., 347 ss., spec. 379 ss.; sulla stessa linea, v. Guarneri-Tessera, op. loc. cit.).



Quest'ultima impostazione trova fondamento nel sistema normativo: il legislatore, nell'art. 588 cod. civ., ha chiaramente optato per un approccio sostanzialistico all'interpretazione delle disposizioni testamentarie: la denominazione utilizzata dal testatore per qualificare il proprio successore a titolo universale è influente e l'indicazione di beni determinati non esclude che si sia inteso attribuire una quota del patrimonio. Lo stesso principio dovrebbe guidare l'interprete nella qualificazione del lascito di usufrutto (tuttavia, nell'ambito della dottrina più risalente, Stolfi, op. cit., 123, propende per la qualificazione del lascito come legato, perché il diritto di usufrutto, indipendentemente dal fatto che gravi su tutti i beni ereditari o parte di essi, è comunque un singolo diritto: pertanto, la vocazione dell'usufruttuario non riguarderebbe l'intero o una frazione determinata o determinabile dell'intero; analogamente, Coviello osserva che "con la successione nell'usufrutto di un intero patrimonio o di una quota si acquista un solo diritto, qual è quello dell'usufrutto e non tutti i diritti spettanti al defunto").

In un'ottica meno rigida, non appare corretto qualificare il lascito dell'usufrutto sull'eredità o su una quota di essa come legato sulla base delle sole caratteristiche intrinseche del diritto attribuito al successore. È invece necessario procedere a un'attenta analisi delle disposizioni testamentarie nel loro complesso, considerando elementi quali: la struttura complessiva della successione delineata dal testatore, le modalità di distribuzione del patrimonio tra i vari beneficiari, le eventuali indicazioni sulla responsabilità per i debiti ereditari, le clausole relative alla gestione del patrimonio.

L'effetto di maggiore rilevanza che discende dalla qualificazione come lascito a titolo di eredità oppure come legato è, probabilmente, la responsabilità per i debiti ereditari, che, infatti, si rivela essere uno degli aspetti più problematici anche sotto il profilo interpretativo dell'art. 1010 cod. civ.

Come sopra illustrato, una soluzione che sembra convincente è quella di considerare l'art. 1010 cod. civ. come una disciplina speciale che regola la responsabilità dell'usufruttuario in quanto tale, senza per questo escludere l'applicazione del regime ordinario della responsabilità illimitata nei casi in cui il lascito configuri un'istituzione di erede secondo la volontà del testatore.

Le ricordate pronunce della Cassazione del 2002 e del 2009 hanno mostrato attenzione al contesto complessivo delle disposizioni testamentarie e alla reale volontà del testatore, superando le rigidità delle impostazioni tradizionali che escludevano la possibilità di configurare un'istituzione di erede mediante il lascito di usufrutto. Tuttavia, il ritorno all'orientamento tradizionale ha interrotto l'evoluzione giurisprudenziale che sembrava essersi manifestata con le suddette sentenze.

È auspicabile che la giurisprudenza, continuando a prendere atto della perdurante incertezza in materia (come ha fatto Cass. n. 23090/2023), eviti di pronunciarsi in termini aprioristici sulla qualificazione del lascito. Al contempo, la prassi notarile potrà svolgere un ruolo fondamentale nell'orientare la redazione delle disposizioni testamentarie in modo da rendere più agevole la ricostruzione della volontà del testatore.

In definitiva, la questione della qualificazione del lascito di usufrutto come istituzione di ere-

de o come legato non può essere risolta in astratto, ma richiede un'attenta analisi della fattispecie concreta, nella consapevolezza che la volontà del testatore, quando chiaramente ricostruibile, deve prevalere su schemi dogmatici precostituiti. Solo attraverso questo approccio metodologico è possibile garantire il pieno rispetto delle ultime volontà del testatore, il che rappresenta l'obiettivo primario del sistema successorio.

Davide Tessera

Cerco / Offro

Vendesi, a seguito di incarico dell'Avvocato Ambrogio Denti,
ufficio di mq 91 circa in Lecco Piazza Affari 7
con possibilità di sua trasformazione abitativa.
Avv. Luigi Giordano Tel: 0341 821196

Affittasi in Lecco, Piazza Affari n. 7, Studio mq 90,
parzialmente ammobiliato. Libero da Luglio 2023.
Possibilità di box nelle vicinanze.
Avv. Fabio Agostoni 338 500 42 85

L'Avv. Paolo Rivetti offre ampio locale,
altri spazi e servizi in Lecco Via C. Cattaneo 67
Tel: 0341/282869 – 393/9252495 - fax 0341/354694



Anna Signorelli - Vaso di fiori - ad Encausto su foglio - cm. 49 x cm. 34



TIPOGRAFIA LECCHESE

STAMPA DIGITALE PICCOLO E GRANDE FORMATO
STAMPATI COMMERCIALI E PUBBLICITARI

dal 1980 la stampa di qualità



*La tipografia al servizio
del tuo studio*

richiedi un preventivo a:

tipografialecchese@gmail.com



ORGANISMO DI MEDIAZIONE

Organismo di Mediazione

dell'Ordine degli Avvocati di Lecco

Palazzo di Giustizia

Via Cornelio, 3-4 – Lecco

Tel. 0341.368210

e-mail: mediazione@ordineavvocati.lecco.it

PEC: mediazione@lecco.pecavvocati.it