

Nuova



GIURISPRUDENZA

ligure

RIVISTA QUADRIMESTRALE

Anno XXVII n. 1 Gennaio/Aprile 2025



ALL'INTERNO

NotiziariO



DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI GENOVA

EDITORIALE

Ricordo di Guido Alpa

DIRITTO CIVILE

Tribunale di Genova, sez. II civ., 2 gennaio 2025
Autorizzazione del Giudice tutelare e responsabilità dell'Amministratore di sostegno

Tribunale di Savona, 29 giugno 2022
Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 7 gennaio 2025
*Distinzione fra fideiussione "specificata" e fideiussione "omnibus"
Nullità parziale dell'utilizzo di clausole vietate*

Guido Alpa
Giovanni Tarello e il realismo giuridico americano

DIRITTO DEL LAVORO

Tribunale di Genova, sez. lav., 16 dicembre 2024
Esiste il diritto al "buono pasto"?

DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE REGIONALE

Corte costituzionale, 27 febbraio 2025, n. 4
La Corte costituzionale torna su perequazione finanziaria e coordinamento della finanza pubblica allargata

DIRITTO TRIBUTARIO

Massimario

DIRITTO PENALE

Gainmaria Botta
Il potere del giudice penale di disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo

DEONTOLOGIA FORENSE

Fabio De Santis
La massima sanzione disciplinare forense: la radiazione

VILLA SERENA

LA TUA SALUTE, LA NOSTRA PRIORITÀ

ALCUNE SPECIALITÀ

Ortopedia
e Traumatologia

Medicina e
Chirurgia generale

Ginecologia
e Urologia

Oncologia
e Senologia

Chirurgia plastica,
estetica e ricostruttiva

Gastroenterologia

Centralità della persona, umanizzazione delle cure e approccio medico multidisciplinare sono alla base dei **percorsi completi di prevenzione, diagnosi e cura** di **Villa Serena**, struttura polispecialistica che fa parte di GVM Care & Research, il Gruppo Ospedaliero Italiano.

Villa Serena eroga **prestazioni in ricovero, day hospital e ambulatoriali**.

Dispone di **innovative sale operatorie**, una nuova **Terapia Intensiva** e tecnologie all'avanguardia come **TC 512 Slices**, Ecocardiografia e Mammografia 3D.

È convenzionata con Fondi Sanitari Integrativi, Casse Mutua e Assicurazioni Sanitarie.



Villa Serena

Piazza G. Leopardi 18, Genova

☎ 010 3535111

www.villaserenage.it



GVM
CARE & RESEARCH



Casa di Cura Privata
dal 1919

NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

Rivista quadrimestrale di giurisprudenza

del Distretto della Corte d'Appello di Genova, fondata nel 1999

Comitato Scientifico

†Guido Alpa, †Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Luigi Cocchi, Paolo Comanducci, †Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Gisella De Simone, Antonino Dimundo, Riccardo Ferrante, Andrea Fusaro, Antonio Lovisolo, †Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, Vito Piergiovanni, †Paolo Pisa, Annamaria Pecchioli, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

Comitato di Direzione

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Guido Colella, Luciano Di Noto, Giuseppe Donato, †Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Carlo Iavicoli, Emanuele Lamberti, Riccardo Maoli, †Roberto Negro, Carlo Rossello, Ivano Vigliotti, Alvaro Vigotti

Responsabile della redazione

Alessandro Barca

COORDINATORI

Sezione di diritto civile

Elena Bassoli (E.B.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (FDM.), Paolo Donadoni, Stefano Faccio (S.F.), Michela Ferraris (M.F.), Antonio Fontana (A.FONT.), Serafina Funaro (SE.F.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

Sezione di diritto del lavoro

Corrado Marvasi, Stefano Torchio (ST.TO.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale

†Pasquale Costanzo, Lara Trucco

Sezione di diritto tributario

Antonio Lovisolo

Sezione di diritto penale

Roberta Barbanera (R.BA.), Raffaele Caruso (R.C.), Graziella Delfino (G.D.), Carola Flick (C.FLK.), Emanuele Olcese (E.O.), Elisabetta Pagano (EL.PAG.), Andrea Sciello (A.SC.)

Sezione di deontologia forense

Fabio De Santis, Elisabetta Ratti

COLLABORATORI

Sezione di diritto civile

Flavia Abbondanza (FL.A.), Federica Adorni (FAD.), Arianna Baldelli, Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bardi (FBARD.), Cecilia Barisone, Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Giacomo Battaglia, Silvio Bertieri (SB), Giulio Bertora, Marzio Bini (MA.BN.), Filippo Biolè, Antonio Bisignani, Lavinia Botto, Martina Bregante, Elisa Brigandi (EL.BR.), Chiara Caccavale (C.CCV.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Claudia Campanale (C.C.), Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Alessandro Castino, Ivano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (FDA.), Michele Dasso, Annamaria De Luca (A.DL.), Andrea De Sario (A.D.S.), Raffaella Demaria (R.D.), Matteo Demetri (M.DEM.), Gianvittorio Domini (GV.D.), Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F), Gabriele Fazzeri (GA.FZR.), Daniele Ferrari (D.F), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Francesco Gaeta

(F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Barbara Grasso, Simone Incorvaia, Andrea La Mattina (A.LA.M.), Andrea Lanza (A.L.), Elena Lanzi, Claudio Laporini, Anita Liporace (A.LI.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Tommaso Minna, Federico Montaldo (F.M.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Francesca Orfanelli (F.O.), Francesca Paderno, Simone Parisi, Elena Parodi (E.PA.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Francesco Peloso (FP), Giuseppe Piccardo (GIU.P.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (GUR.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Arianna Sambito, Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Fabio Toriello, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Jenny Verduci (J.V.), Camilla Vicini, Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Matilde Vita (M.V.), Fabio Zanoli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

Sezione di diritto del lavoro

Marco Bruno (MA.BR.), Pier Franco Raffaelli (P.RA.), Valeria Torchio (VA.TO.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo, Giovanni Botto (G.BO.), Michele Francaviglia, Armando Giuffrida (A.G.), Sara Scazzola (S.SC.), Matteo Timo (M.T.), Lara Trucco (L.T.)

Sezione di diritto tributario

Federico Bertocchi, Chiara Caccavale, Andrea Giolo, Fabio Graziano, Francesco Peloso, Alessandra Piccardo

Sezione di diritto penale

Luca Barontini, Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Martina Caputo (M.CAP.), Giovanna Ceresa Gastaldo, Maria Cersosimo, Michele Ciravegna (M.CIR.), Martina Duina, Luca Aldo Forlani, Cecilia Gentile, Ignazio Grisafi, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (FMA.), Lisa Martinelli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Ruggero Navarra, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Gabriele Ponteprino, Luigi Sannino (L.SN.), Valter Semino, Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.)

Sezione di deontologia forense

Roberta Caprioli, Maria Grazia Gandolfo

Direttore responsabile: Fabrizio Deferrari

Redazione e Amministrazione: c/o Tribunale di Genova

Stampa e diffusione: Janua Srls

Via Ippolito d'Aste 3/10 · 16121 Genova

Tel 010 5956111/21/22 · Fax 010 0986823

www.deferrarieditore.it · info@deferrarieditore.it

Grafica: Elena Menichini

In copertina: Giovanni Andrea De Ferrari (Genova 1598? - ivi 1669), "La Giustizia", Genova, Palazzo di Giustizia

Autorizzazione del Tribunale di Genova n. 24 del 22 luglio 1999

Indice

Editoriale

Ricordo di Guido Alpa **3**
Gilda Ferrando e Andrea Fusaro

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti
Tribunale di Genova, sez. II civ., 2 gennaio 2025 **5**

Tribunale di Savona, 24 gennaio 2025 **7**

Tribunale di Savona, 24 gennaio 2025
Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 7 gennaio 2025 **9**

Massimario di diritto civile e di diritto del lavoro **14**

Documenti

Giovanni Tarello e il realismo giuridico americano.
Guido Alpa **17**

Per una cultura giuridica della dignità. Alla ricerca del Santo Graal.
Michele Marchesiello **18**

Direttiva Copyright: tra il diritto accesso alla cultura e le sfide dell'epoca digitale.
Claudia Campanale **22**

Divagando su inesistenza, nullità, annullabilità e vizi innocui.
Massimo A. Chiocca **28**

Eredità giacente: linee guida a confronto.
Andrea Fusaro **32**

Recensioni

PAOLO CENDON, *Ombre in cerca di ascolto*.
Alessandro Barca, Michela Ferraris, Arianna Baldelli, Cecilia Barisone, Giacomo Battaglia, Giulio Bertora, Martina Bregante, Chiara Caccavale, Claudia Campanale, Simone Incorvaia, Simone Parisi, Arianna Sambito **33**

GUIDO ALPA, *I principi generali*.
Giuseppe Zaccaria **44**

Sezione di diritto del lavoro

Sentenze, Ordinanze e Decreti
Tribunale di Genova, sez. lav., 16 dicembre 2024 **45**

Esiste il diritto al "buono pasto"?
Stefano Torchio **46**

Massimario **50**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, Ordinanze e Decreti
Corte costituzionale, 27 febbraio 2025, n. 45 **52**

La Corte costituzionale torna su perequazione finanziaria e coordinamento della finanza pubblica allargata, tra esigenze di tutela della autonomia degli enti territoriali locali e necessità di contenimento della spesa corrente.

Francesca Bailo, Michele Francaviglia **52**

Massimario **57**

Sezione di diritto tributario

Massimario **59**

Sezione di diritto penale

Documenti

Il potere del giudice penale di disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo. Profili di compatibilità con i principi costituzionali di tassatività e irretroattività.

Gianmaria Botta **67**

Sezione di deontologia forense

Documenti

La massima sanzione disciplinare forense: la radiazione.
Fabio De Santis **73**

Angelo Falzea e le funzioni giurisdizionali del Consiglio nazionale forense.
Guido Alpa **73**

Sulle funzioni giurisdizionali del Consiglio Nazionale Forense.
Angelo Falzea **79**

Editoriale

Ricordo di Guido Alpa

*In ricordo di Guido Alpa,
amico e maestro gentile.*

Da dove cominciare per ricordare Guido Alpa? La persona mite, di animo gentile, con quel sorriso da eterno ragazzo, l'amico disponibile e generoso, il maestro sempre pronto a incoraggiare e sostenere i suoi allievi, il docente di cui gli studenti ricordano la disponibilità e le lezioni mai banali, lo studioso curioso e inesauribile, il grande avvocato, l'uomo delle istituzioni? Guido Alpa era tutto questo e molto altro ancora. Non per nulla ha ricevuto riconoscimenti da parte di molte università straniere, tra cui diverse Lauree *honoris causa*, a partire da quella conferitagli dall'Università Complutense di Madrid nel 1996, per giungere, da ultimo, al titolo di dottore *h.c.* dell'Université Paris II – Panthéon-Assas, che purtroppo non ha potuto ricevere.

Nato ad Ovada nel 1947, è sempre stato orgoglioso delle sue origini, il padre partigiano, la mamma Jole, sostegno e rifugio fino all'ultimo, coi quali infine è si è riunito in quella terra piemontese alla quale era profondamente legato. Ha frequentato la Facoltà di Giurisprudenza a Genova.

In realtà non è stata la prima scelta. Si era iscritto a Biologia che abbandonò non appena si rese conto che in quegli anni per gli studenti era impossibile frequentare i laboratori, "mettere l'occhio sul microscopio", fare ricerca come avrebbe voluto. A Giurisprudenza fece incontri decisivi: Pietro Trimarchi, Giovanni Tarello, Stefano Rodotà col quale avviò un sodalizio scientifico e umano che sarebbe durato per tutta la vita. Con Rodotà condivideva la passione civile, il rispetto e la disponibilità verso gli interlocutori, la grande curiosità intellettuale, la centralità riservata alla persona e ai suoi diritti nella riflessione giuridica, a partire da quei diritti dei consumatori alla cui tutela è dedicata la sua prima monografia, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore* (Giuffrè, 1975), per giungere ad alcuni degli ultimi lavori (*Il diritto di essere se stessi*, La nave di Teseo, 2021; *Solidarietà. Un principio normativo*, Il Mulino, 2022): i diritti delle persone, di quelle storicamente più fragili perché bersaglio di discriminazioni (*Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, 1993).

Di quegli anni '70 nell'Istituto di diritto privato in via Balbi 30 chi scrive conserva un ricordo indelebile. Con pochi mezzi (due vecchie macchine da scrivere, qualche stanza in un condominio con uffici e abitazioni, due scrivanie stipate in una ex cucina con le piastrelle ricoperte di tappezzeria) quella che allora veniva chiamata la Scuola genovese (Mario Bessone, Guido Alpa, Enzo Roppo e tanti altri a seguire) era un fervore di iniziative. Ricordo soltanto la parabola del "danno biologico" che prendeva l'avvio proprio in quelle stanze grazie all'approccio innovativo alla responsabilità civile (ristoro non soltanto del danno al patrimonio, ma anche di quello alla salute) risultato del confronto con due giudici, Vito Monetti e Giancarlo Pellegrino, su un banale caso di incidente stradale concluso nel 1974 da una sentenza del Tribunale di Genova.

Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza è una costante del suo metodo di lavoro nella convinzione che lo studio del diritto non può prescindere dalla conoscenza del diritto applicato, quello che si forma nelle aule di giustizia, e nello stesso tempo che è compito della dottrina offrire strumenti ad avvocati e giudici. Lo studio della giurisprudenza non abbraccia solo a quella di legittimità, le corti superiori, interne ed europee, ma anche quella di merito perché è sui fatti di causa che trovano fondamento i principi di diritto. Di qui le molte iniziative editoriali e l'impulso dato, con Giovanna Visintini e colleghi di altre Università (Padova, Bologna, per citarne alcune) a riviste come, *Contratto e impresa*, *Contratto e impresa Europa*, *La nuova giurisprudenza civile commentata*. In quest'ordine di idee la *Nuova giurisprudenza ligure* viene fondata nel 1999, grazie all'iniziativa di Guido Alpa e al contributo di un nutrito gruppo di collaboratori proprio per raccogliere la giurisprudenza del distretto della Corte d'Appello di Genova, offrendo agli avvocati un indispensabile strumento di lavoro.

Alieno da ogni astrattezza dogmatica, la straordinaria ricchezza del suo discorso guardava alla Costituzione e ai suoi principi come la guida da cui non si può prescindere e il cui valore si può comprendere appieno solo nella prospettiva della storia (si pensi a *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, 2009) e della comparazione (uno degli ultimi lavori è dedicato a *La responsabilità civile nel diritto comparato*, Giuffrè, 2024), calando il discorso nel suo contesto storico, economico e sociale. Di qui i continui riferimenti a quelle discipline economiche, sociali, antropologiche che maneggiava con grande confidenza e grazie alle quali riusciva a leggere il diritto nel suo rapporto con la realtà.

Guido Alpa ha lasciato una traccia duratura e personalissima in ogni campo del diritto civile. In un ambiente, come quello accademico, in cui ciascuno finisce per trovare un suo filone e specializzarsi in quello, Guido Alpa si distingueva per la capacità di spaziare in ogni ambito: diritto delle persone, famiglia, diritti reali, obbligazioni e contratti, responsabilità civile, senza trascurare la teoria generale, gli studi storici, come si può constatare anche soltanto scorrendo l'elenco sterminato delle sue pubblicazioni.

La sua curiosità lo portava a cogliere in anticipo le potenzialità delle nuove tecnologie anche nel loro rapporto con il diritto, si tratti di quelle nell'ambito della biologia e della medicina - i temi della bioetica e del biodiritto, dell'inizio e della fine della vita (suo, in collaborazione con la Consulta di bioetica, uno dei primi progetti di legge sulle DAT, le dichiarazioni anticipate di trattamento) - o di quelle informatiche e della stessa intelligenza artificiale.

Superato nel 1980 il concorso da ordinario, fu chiamato dapprima alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova e poi, qualche anno dopo, a Roma "La Sapienza". L'esperienza romana coincise con il maggior impegno nell'avvocatura, che esercitò principalmente nello studio romano, pur conservando sempre l'iscrizione al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova. Della sua presidenza del Consiglio Nazionale Forense mi piace ricordare, tra le numerosissime iniziative che in quella

veste promosse, da instancabile organizzatore qual era, le ripetute edizioni di quel Congresso di Aggiornamento forense che, nella magnifica cornice del complesso di Santo Spirito in Sassia, si proponeva di offrire agli avvocati, nei diversi ambiti del diritto civile, penale e amministrativo, conoscenze, occasioni di incontro e di scambio per arricchire la propria professionalità. Avvertiva tutta la responsabilità di spendersi per formare buoni

avvocati nella consapevolezza che dietro una bella sentenza il più delle volte c'è l'impostazione che l'avvocato ha saputo dare alla causa.

Gilda Ferrando
Professore ordinario f.r. di Diritto privato,
Università di Genova

The wit and humour of Guido Alpa, maestro lieve... e spiritoso. (1)

Appena fui assoldato nella folta schiera degli assistenti, gli sentii considerare in modo giocoso che l'interrogazione dura dieci minuti, perché tre servono per individuare il voto, sette per convincere lo studente che se lo merita. Lo sguardo sugli studenti è stato spesso scanzonato, ad esempio osservando che all'inizio del corso accademico vengono a vedere lo spettacolo.

Ha sempre fatto in modo di riuscire lieve e arguto con noi - allora- giovanissimi, nelle varie occasioni, persino nelle manifestazioni di riconoscenza. Per rendermi merito di aver fotocopiato tutti i saggi che componevano i tre volumi dell'antologia "Lo spirito del diritto civile", nella prefazione indirizzò un pensiero grato verso l'"umile pazienza".

L'autoironia abbondava. In compagnia degli allievi si preoccupava di non figurare come "padre nobile". Confessava che per se stesso annotare sentenze-attività cui pure si è dedicato anche da professore ordinario-era come fare la pipì a letto. Diceva di volersi liberare dalla preoccupazione che lo assaliva dopo ogni relazione di sapere che voto aveva preso. Per significare gratitudine diceva di essere stato trattato come un principino, come una damina di porcellana. In chiusura della relazione tenuta al convegno di presentazione delle Scintillae Iuris- Studi in memoria di Gino Gorla osservò: se doveva essere una scintilla, temo si sia spenta. A chi gli diceva di aver letto sue opere, talora replicava: mi dispiace. A chi lo metteva in guardia dall'eccessiva produzione, che rendeva difficile la lettura completa dei suoi lavori, rispondeva che neppure lui riusciva a rileggere tutto quanto scriveva. Lo studio legale era la bottega.

In luogo delle critiche puntute optava per litoti, iperboli e perifrasi: mi tratta come un bambino scemo, diceva di chi lo adulava artificialmente. Non mancava tuttavia qualche espressione graffiante: i pratici del diritto scadenti erano apostrofati babilanti del diritto. Stigmatizzava i giovani studiosi cultori di un tema solo.

Talora pungeva, ma sempre giocoso, di qualcuno notando: fa la sua politichina; oppure: con la competenza che gli è propria; ancora considerava che non si deve pretendere dalle persone ciò che non possono dare; qualche collega tratta gli assistenti quali domestici. Come il re Mida trasforma in oro ogni suo interesse, a proposito dei colleghi egocentri. Maestri di simulazione, diceva in luogo di falsi/e, oppure: ce l'ha scritto in faccia. Osservatore attento, essendosi diviso tra Roma e Genova, aveva avuto modo di registrare le rispettive abitudini, che riferiva divertito, ad esempio sottolineando quella dei liguri di "assumere il cibo" a orari anticipati rispetto a quelli romani.

Motti di spirito e perifrasi giocose, sense of humour e autoironia, capacità di farsi sorprendere e di prestare attenzione al sotto-testo: come non evocare Daniel Goleman? (2) Verbalmente molto comunicativo, tuttavia mai tentato dall'umorismo negli scritti: sovrabbondare non è arricchire.

Andrea Fusaro
Professore ordinario di Diritto privato comparato,
Università di Genova

Note.

(1) Testo dell'intervento presentato alla commemorazione organizzata a Genova, presso la Fondazione Carige il 7 aprile 2025. A suo tempo gli avevo dedicato *Guido Alpa giovane didatta*, in *NGL*, 2018, n.3, p. 4.

(2) *Intelligenza emotiva*, Bur, 2011.

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. II civ., 2 gennaio 2025, n. 2 - Giudice Unico Grasso.

AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO - permuta di immobili - bene del soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno - autorizzazione del giudice tutelare - responsabilità civile - stima del bene - condotta negligente - insussistenza.

(Artt. 404 e ss., 2229 e ss. c.c.)

Non costituisce condotta negligente e non dà luogo a responsabilità risarcitoria la condotta posta in essere dall'amministratore di sostegno consistente nella passiva accettazione della stima, in tesi erronea per difetto, del valore del bene immobile acquisito in permuta dal soggetto amministrato, atteso che la particolare "conformazione normativa" dei rapporti intercorrenti tra amministratore di sostegno, soggetto amministrato e giudice tutelare, se non consente in sé di escludere in astratto la configurabilità di forme di responsabilità risarcitoria dell'amministratore di sostegno (dal momento che non possono escludersi condotte incidenti in concreto - e in senso lesivo degli interessi del soggetto amministrato - sulle decisioni adottate dall'autorità giudiziaria), impone tuttavia di valutare in concreto se sussistano elementi identificativi del fatto che l'esercizio del potere di controllo (e la conseguente tutela del soggetto amministrato) esercitato dal giudice con provvedimento autorizzatorio reso all'amministratore di sostegno sia stato in qualche modo dolosamente o colpevolmente "sviato" da inidonea condotta informativa posta in essere dall'amministratore medesimo. (Nel caso di specie, l'attrice aveva citato il proprio ex amministratore di sostegno chiedendo il risarcimento del danno identificabile, a suo dire, nella differenza di valore tra l'immobile ceduto in permuta e quello ricevuto, ritenuto eccessivamente valorizzato al momento dell'acquisto. Il giudice, nel rigettare la domanda attorea, ha evidenziato che l'ampio margine di variabilità della stima dell'immobile rende difficilmente configurabile una condotta negligente dell'amministratore di sostegno).

F.P.

(... Omissis...)

Conclusioni.

Per parte attrice.

“Piaccia al Tribunale Ill.mo, reiectis contrariis e previe le declaratorie meglio viste: - previa, in via istruttoria, integrazione di consulenza tecnica d'ufficio in ordine all'esistenza di vizi occulti nell'immobile, per cui è causa, al momento dell'acquisto a mezzo dell'atto di permuta del 24/2/2017, quali quelli descritti dal C.T.P. Geom. L. L. nelle sue note critiche del 27/7/2023, riguardo all'esistenza di vizi occulti nell'immobile al momento dell'acquisto (notevoli infiltrazioni dalla copertura non impermeabilizzata del bagno; notevoli infiltrazioni del seminterrato lato strada), che ne riducono ulteriormente il valore a tale momento ed in caso, di esito positivo, in che misura ciò incida sul valore commerciale dell'immobile in tale data;

- accertare e dichiarare la civile responsabilità dell'Avv. S. C., quale amministratore di sostegno di E. M. L. V., per avere stipulato l'atto di permuta del 24/2/2017, secondo le modalità dedotte e/o per i fatti e le condotte riferite in atto introduttivo

ed accertande in causa, accettando una valutazione dell'immobile di via N. C. n.11 uni in Genova sovradimensionata e maggiore del valore effettivo e commerciale dello stesso e comunque, ponendo in essere un atto non conveniente per l'amministrata;

- condannare, conseguentemente, l'Avv. S. C. a risarcire a E. M. L. V. tutti i danni subiti per i fatti di causa, quantificati in € 90.000, (pari al differenziale fra il valore reale dell'immobile avuto in permuta, maggiorato del conguaglio ricevuto di € 30.000 ed il valore dell'immobile dato in permuta dalla stessa del valore di € 210.000, come dichiarato in atto), o nella somma maggiore o minore accertanda in corso di causa;

- somme maggiorate di interessi legali e di rivalutazione monetaria dal dovuto al soddisfo.

- rigettare ogni diversa domanda e/o eccezione avversaria perché inammissibile e/o infondata.

Vinte le spese di lite.”.

Per parte convenuta.

“In via pregiudiziale e/o preliminare: accertare e dichiarare, per le esposte ragioni, il difetto di legittimazione passiva del convenuto; in via principale e nel merito: rigettare le domande attoree in quanto infondate in fatto ed in diritto per le esposte ragioni; in via subordinata: nel non creduto caso di accoglimento, anche parziale, delle avversarie domande, limitare la condanna al minor importo determinando come di giustizia e condannare, in ogni caso, la terza chiamata (...) S.p.A. a manlevare e garantire il convenuto da quanto questi fosse tenuto a corrispondere a parte attrice, ivi incluse le spese del presente giudizio.”

Per (...) S.p.A.

“Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, ogni contraria azione eccezione e deduzione respinta:

In via preliminare accertare e dichiarare la carenza di legittimazione passiva dell'Avv. C. per le motivazioni in atti e per la conseguenza respingere la domanda attorea e conseguentemente la domanda di manleva nei confronti della Compagnia esponente con vittoria di spese di causa.

In via di principalità: rigettare le domande attoree in confronto all'Avv. C. perché infondate sia in fatto che in diritto e comunque e non provate;

In via subordinata: Nel non creduto caso in cui venisse accertata una responsabilità professionale in capo all'Avv. C., provata l'esistenza di danni risarcibili e del nesso di causalità con l'operato dello stesso, ridimensionare la quantificazione del danno in misura inferiore rispetto a quanto richiesto dall'attrice e comunque entro i limiti del giusto e del provato, ed accertata in forza delle previsioni contrattuali di polizza, l'operatività della polizza, nonché della prova della risarcibilità del sinistro ai sensi e termini di polizza ricondurre alle condizioni di polizza l'eventuale responsabilità in regime di manleva della Compagnia quivi costituita con l'applicazione condizioni tutte di polizza, nonché del massimali e scoperti (tenuto conto che limite di esposizione della Compagnia non potrà in alcun caso essere superiore al massimale di polizza). Il tutto, con il favore delle spese, diritti ed onorari della presente procedura.”

Motivi della decisione.

E. M. L. V., agendo in giudizio in persona del proprio amministratore di sostegno avv. E. T. (e a ciò autorizzato dal giudice tutelare) conveniva in giudizio l'avv. S. C. esponendo:

- che il convenuto era stato amministratore di sostegno della sig.ra V. dal 18.11.2014 al 3.5.2018; - che, nel corso del mandato in questione, l'avv. C. aveva rappresentato al Giudice Tutelare la necessità di procedere alla vendita di immobile di proprietà dell'amministrata per far fronte al pagamento delle spese condominiali relative a detto immobile e nella prospettiva della incapacità anche futura di pagare i costi dominicali afferenti a detto bene;

- che l'avv. C. aveva altresì segnalato al giudice di aver ricevuto proposta contrattuale di permuta tra detto immobile e altro che non prevedeva costi di amministrazione, altresì con la previsione di un diritto a conguaglio per l'importo di euro 30.000,00;

- che, nonostante la contrarietà dell'amministrata, il giudice tutelare aveva autorizzato la sopra menzionata operazione di permuta, che veniva conclusa attribuendo all'immobile ceduto dalla V. il valore di euro 210.000,00 e a quello acquisito il valore di euro 180.000,00;

- che, operata rinnovata valutazione degli immobili in questione da parte del nuovo amministratore di sostegno, avv. T., subentrato nella funzione per rinuncia dell'avv. C., doveva ritenersi che il valore dell'immobile ricevuto in permuta era di soli 90.000,00 euro, con conseguente danno per pari importo (180.000,00 - 90.000,00) per l'amministrata;

- che il danno in questione era ascrivibile alla condotta negligente del convenuto, in ogni caso non "sanata" dall'autorizzazione del giudice tutelare. Su detti presupposti parte attrice chiedeva la condanna del convenuto al pagamento del sopra menzionato importo a titolo di risarcimento danni.

L'avv. S. C. si costituiva in giudizio contestando in fatto e in diritto la domanda attrice; in particolare esponeva

- che l'atto di permuta oggetto di contestazione non rientrava tra i poteri dell'amministratore di sostegno, così che - attesa la specifica autorizzazione resa dal giudice tutelare - non poteva essere imputato al convenuto;

- che la stima del valore dell'immobile acquistato, allegata da parte attrice, era errata in fatto e in diritto, oltre che ancorata a erronee valutazioni dimensionali.

Il convenuto concludeva pertanto domandando il rigetto della domanda attrice; per il denegato caso di accoglimento della stessa, chiamava in causa con le modalità di rito la propria compagnia assicurativa, ... spa. ... spa si costituiva in giudizio svolgendo difese del tutto sovrapponibili a quelle del proprio assicurato.

Considerato che:

- parte attrice individua quale condotta negligente posta in essere dal convenuto quella consistita nella passiva accettazione della stima, in tesi erronea per difetto, del valore dell'immobile acquisito in permuta dalla sig.ra V., in difetto di ulteriori indagini che nel caso in esame sarebbero state doverose; - l'istruttoria condotta impone di escludere il ricorrere di profili di negligenza degni di rilievo nella condotta posta in essere dal convenuto avv. C. nell'espletamento del proprio ruolo di amministratore di sostegno della sig.ra V.;

- si consideri a tal fine che la ctu svolta in corso di causa - a ministero del geom. L. C. - oltre a evidenziare la sussistenza di una possibile discrepanza (tra il valore dell'immobile assunto in atto di permuta e quello, diverso, opinato da parte attrice) di entità sensibilmente minore rispetto a quella so-

stenuta dall'attore, risulta di fondamentale importanza nella parte in cui sottolinea il carattere eminentemente variabile di questo tipo di valutazioni, e soprattutto la fortissima incidenza delle concrete condizioni personali (dei soggetti coinvolti), ambientali e sociali, che non sempre possono venire adeguatamente colte dalle stime tecniche operate dai professionisti, stime che - peraltro - possono essere anche sensibilmente differenti da quelle degli operatori di mercato (cfr. in particolare a pag. 12 della relazione, ove si legge che "il ctu precisa che - indipendentemente dalle valorizzazioni estimative aritmetiche di un bene immobile - sul mercato si può giungere ad una determinazione differente del "valore" stesso ... tenendo conto di aspetti ... come ad esempio in presenza di competitor, oppure tenendo conto del bacino territoriale di riferimento ed il subject acquirente ... nel caso di specie ... sarebbe possibile operare un differente adeguamento del prezzo "a salire" rispetto al valore calcolato ... [per contro] non sussistono elementi all'epoca di riferimento tali da motivare un adeguamento del prezzo "a scendere" rispetto al valore calcolato");

- il sopra evidenziato ampio margine di variabilità della stima e dell'apprezzamento del valore del bene immobile considerato, evidenzia in sé la difficile, e a ben vedere insussistente, configurabilità di una condotta negligente dell'amministratore di sostegno, ove si consideri ulteriormente 1) il non enorme discostamento rispetto alla stima opinata dal ctu (solo oggi, e con parametri tecnici verosimilmente non disponibili nelle concrete circostanze in cui ha operato il convenuto); 2) la particolarissima situazione soggettiva dell'amministrata, che a causa dei debiti accumulati in relazione all'immobile già di proprietà (debiti che non aveva la provvista per sostenere e che erano destinati nel tempo a crescere, con concrete e attuali prospettive di pignoramento del bene da parte dei creditori, situazione che avrebbe azzerato ogni possibilità di proficuo utilizzo del bene a fini di realizzo economico) era gravata dalla concreta necessità e urgenza di procedere alla cessione del bene; 3) la notevole appetibilità dell'immobile acquisito in relazione alle scarse entrate economiche della sig.ra V., visto che era caratterizzato dalla previsione di minime spese di amministrazione; 4) la richiesta - positivamente esitata - di autorizzazione all'operazione di permuta indirizzata dall'avv. C. al giudice tutelare, con condotta che - prescindendosi in questa sede da ogni considerazione in ordine alla giuridica titolarità dell'operazione in capo al giudice tutelare, sostenuta dal convenuto - quanto meno evidenzia l'adozione di adeguate cautele e modalità di confronto con l'organo massimo di tutela dell'amministrata da parte dell'odierno convenuto;

- la particolare "conformazione normativa" dei rapporti intercorrenti tra amministratore di sostegno, soggetto amministrato e giudice tutelare (sulla quale cfr. Cass. SS.UU. n.1606/20), se non consente in sé di escludere in astratto la configurabilità di forme di responsabilità risarcitoria dell'amministratore di sostegno (perché non possono escludersi condotte incidenti in concreto, e in senso lesivo degli interessi del soggetto amministrato, sulle decisioni adottate dall'autorità giudiziaria), impone tuttavia di valutare in concreto se sussistano elementi indicativi del fatto che l'esercizio del potere di controllo (e la conseguente tutela del soggetto amministrato) esercitato dal giudice con il provvedimento autorizzatorio reso all'amministratore di sostegno sia stato in qualche modo dolosamente o colpevolmente "sviato" da inidonea condotta informativa posta in essere dall'amministratore di sostegno: circostanza che, nel caso in esame, non risulta adeguatamente

dimostrata (e a ben vedere nemmeno allegata) da parte attrice;
 - merita pertanto, in conclusione, pieno rigetto la domanda attrice;
 - l'esito processuale comporta l'assorbimento della domanda di manleva svolta dal convenuto nei confronti di ... spa, soggetto che - ai fini del successivo provvedimento di governo delle spese di lite - deve affermarsi essere stato correttamente chiamato in giudizio dal convenuto;
 - la ripartizione delle spese di lite è orientata dalla soccombenza, secondo la liquidazione operata in dispositivo;
 - parimenti, vanno poste in via definitiva a carico di parte attrice le spese di ctu, come liquidate in corso di causa;

P.Q.M.

Il giudice, pronunciando definitivamente, disattesa e respinta ogni diversa domanda, istanza ed eccezione, così provvede:
 - rigetta le domande attrici;
 - pone definitivamente a carico di parte attrice le spese di ctu, come liquidate in corso di causa;
 - condanna E. M. L. V. a rifondere le spese di lite in favore di S.C. e di (...) S.p.A.;
 (...*Omissis*...)

Tribunale di Savona, 24 gennaio 2025 - Giudice Unico Serra.

FAMIGLIA - verbale omologato di separazione - spese straordinarie scolastiche - atto di precetto - ammissibilità - limiti.

(Artt. 337-ter c.c. - 615 c.p.c.)

FAMIGLIA - verbale omologato di separazione - assegno di mantenimento del coniuge - compensazione - ammissibilità - opposizione a precetto - fondatezza - limiti.

(Art. 156 c.c.)

Il verbale omologato di separazione dei coniugi costituisce valido titolo esecutivo per il recupero della quota di spese scolastiche anticipate nell'interesse del figlio, sicché il genitore che abbia anticipato tali spese può agire in via esecutiva per ottenere il rimborso della quota senza doversi munire di un titolo ulteriore, a condizione che tali spese fossero state previste al momento della separazione e fossero, all'epoca, ragionevolmente quantificabili sulla base di conoscenze di comune esperienza.

(Conf.: Cass., ord. 7169/2024)

Il credito dell'assegno di mantenimento in favore di uno dei coniugi separati, avendo la sua fonte legale nel diritto all'assistenza materiale inerente al vincolo coniugale e non nello stato di bisogno di una persona che non è in grado di provvedere al proprio mantenimento, non rientra tra i crediti alimentari per i quali, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1246, comma primo, n. 5 e 447 cod. civ., non opera la compensazione legale.

È fondata l'opposizione all'atto di precetto che abbia intimato il pagamento delle mensilità non versate dell'assegno di separazione ove il debitore dimostri che il credito azionato nei suoi confronti si è estinto per compensazione con il pagamento di spese diverse (nella specie, condominiali) di esclusiva spettanza dell'altro coniuge.

(Conf.: Cass., 6519/1996)

A.BEE.

(...*Omissis*...)

Svolgimento del processo - Motivi della decisione.

Con atto di citazione regolarmente notificato alla controparte, P ha proposto opposizione avverso l'atto di precetto notificatogli dalla ex moglie C unitamente al verbale di separazione omologato.

In particolare, egli ha esposto che:

- Con decreto del 9.10.2020 il Tribunale di Savona aveva omologato il verbale della separazione personale intercorsa con la di lui coniuge, che aveva previsto: un contributo a suo carico per il mantenimento del figlio pari a 500 euro mensili oltre rivalutazione; un contributo a suo carico del pagamento delle spese extra mutua e scolastiche universitarie del figlio nella misura del 75%; un contributo al mantenimento della moglie di Euro 150 mensili, indipendentemente dal suo stato occupazionale;

- Del lutto inaspettatamente, con l'atto di precetto impugnato, la moglie gli aveva intimato il pagamento di complessivi 13.892,37 euro di cui: 3.000,00 a titolo di mancato versamento del contributo al mantenimento della coniuge e 10.454,63 a titolo di mancato versamento del 75% delle spese scolastiche universitarie del figlio, oltre ad Euro 437,74 per spese legali legate all'iniziativa giudiziaria.

- Tale precetto doveva ritenersi nullo in quanto non fondato su valido titolo esecutivo con riferimento alle spese straordinarie scolastiche del figlio. Infatti, il verbale di separazione non poteva essere considerato tale con riguardo alle statuizioni di natura economica non quantificabili, anche solo attraverso mera operazione matematica, dallo stesso atto;

- D'altro lato, non era esistente il credito vantato dalla signora C per il proprio mantenimento, perché le somme non corrisposte a tale titolo si erano estinte per compensazione con le spese di gestione ordinaria che il sig. X1 aveva pagato nei confronti del Condominio X ove era sita la casa familiare di sua proprietà ed assegnata alla moglie, di spettanza dell'occupante e pari ad Euro 2.997,15.

Tanto premesso, P ha chiesto sospendere l'efficacia esecutiva del precetto e nel merito accertare la nullità dell'atto e dichiarare che C non ha diritto a procedere ad esecuzione forzata nei confronti dell'opponente.

Si è costituita C che alle avverse argomentazioni ha replicato che:

- Rispetto alle più varie ed ampie spese straordinarie non pagate dall'ex coniuge, con l'atto di precetto ella si era limitata a richiedere in pagamento solo le spese scolastiche anticipate per il figlio, considerato che, come chiarito da tempo dalla Suprema Corte, in relazione a tali esborsi, di natura prevedibile, il decreto di omologa costituisce valido titolo esecutivo;
 - Quanto invece alla compensazione tra l'assegno per il proprio mantenimento e le spese condominiali, la controparte si era limitata ad allegare versamenti in favore del Condominio ma non aveva provato il titolo a sostegno del pagamento. Pertanto, non era provato che il marito avesse provveduto a pagare le spese ordinarie di sua spettanza.

La convenuta ha concluso per il rigetto dell'opposizione avversaria.

Tentata senza esito la conciliazione della vertenza, senza necessità di istruttoria la causa è stata rinviata per la discussione orale all'udienza del 17.1.2025 e in tale sede trattenuta in decisione, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 281 sexies c.p.c.

L'opposizione è solo in parte fondata e può trovare accoglimento nei limiti e per le ragioni che di seguito si espongono. C con l'atto di precetto impugnato, ha intimato al coniuge il pagamento di due crediti di diversa natura (spese straordinarie per il figlio minore e spese di mantenimento previsto nei suoi confronti), sulla base del titolo esecutivo costituito dal decreto di omologa del verbale di separazione tra coniugi.

1) Relativamente al primo, innanzitutto, occorre considerare che l'opponente non contesta: - che le spese per acquisto dei libri di testo e materiale scolastico, per canone di locazione dell'immobile in T. e per tasse universitarie, tutte debitamente documentate, siano state anticipate per intero da C nell'interesse del figlio minore; - che egli non ha provveduto al relativo pagamento; - che egli abbia manifestato il proprio consenso a consentire al figlio X di frequentare l'Università a Torino, con conseguente esigenza di sostenere gli esborsi propri di uno studente fuori sede.

L'opponente si è invece limitato ad eccepire che il verbale di separazione consensuale tra coniugi, omologato con decreto, non costituirebbe valido titolo esecutivo con riguardo a tali esborsi, in quanto aventi natura straordinaria e non quantificabili ex ante.

L'argomentazione non viene condivisa.

Come da tempo chiarito dalla Suprema Corte, "in tema di contributo al mantenimento dei figli, le spese scolastiche e mediche straordinarie che in sede giudiziale siano state poste "pro quota" a carico di entrambi i coniugi, pur non essendo ricomprese nell'assegno periodico forfettariamente determinato, ne condividono la natura, qualora si presentino sostanzialmente certe nel loro ordinario e prevedibile ripetersi, così integrando, quali componenti variabili, l'assegno complessivamente dovuto, sicché il genitore che abbia anticipato tali spese può agire in via esecutiva, per ottenere il rimborso della quota gravante sull'altro, in virtù del titolo sopra menzionato senza doversi munire di uno ulteriore, richiesto solo con riguardo a quelle spese straordinarie che per rilevanza, imprevedibilità ed imponderabilità esulano dall'ordinario regime di vita della prole" (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 3835 del 15/02/2021).

Nel solco del medesimo indirizzo, ancora di recente la Cassazione ha ribadito che "in tema di mantenimento dei figli, costituiscono spese straordinarie (nella specie riferite a quelle universitarie ed a quelle collegate di studente "fuorisede"), non comprese nell'ammontare dell'assegno ordinario previsto con erogazione a cadenza periodica, quelle che non siano prevedibili e ponderabili al tempo della determinazione dell'assegno, in base a una valutazione effettuata in concreto e nell'attualità degli elementi indicati nell'art. 337-ter, comma 4, c.c. e che dunque, ove in concreto sostenute da uno soltanto dei genitori, per la loro rilevante entità, se non intese come anticipazioni di un genitore rispetto a un obbligo comunque ricadente su entrambi, produrrebbero l'effetto violativo del principio di proporzionalità della contribuzione genitoriale, dovendo infatti attribuirsi il carattere della straordinarietà a quegli ingenti oneri sopravvenuti che, in quanto non espressamente contemplati, non erano attuali né ragionevolmente determinabili al tempo della quantificazione giudiziale o convenzionale dell'assegno" (Cass. Sez. 1 -, Ordinanza n. 7169 del 18/03/2024).

Sulla scorta di tali principi, nel caso di specie occorre rilevare che il verbale di separazione contemplava espressamente tra le spese "straordinarie", che il genitore si obbligava a sostenere pro quota nella misura del 75%, le spese scolastiche univer-

sitarie del figlio, già esemplificate espressamente "in libri, corredo di inizio anno, tasse, affitto comprensivo di utenze, trasporti".

Dunque, già all'epoca della separazione, tenuto conto delle effettive esigenze di vita del figlio, e considerando espressamente l'eventualità che egli si recasse fuori sede per studiare all'università, il padre si obbligava a partecipare nella misura del 75% a tali esborsi.

È evidente che tali spese fossero pertanto state previste e messe in conto dai genitori fin dal momento della separazione e che fossero ragionevolmente prevedibili e quantificabili, sulla base di conoscenze di comune esperienza.

Del resto, si ribadisce, risulta che l'opponente fosse a conoscenza della scelta del figlio di frequentare l'università a Torino, scelta rispetto alla quale non si è mai opposto, salvo limitarsi a non rimborsare alla moglie gli esborsi anticipati.

In relazione a tale credito, il precetto è pertanto legittimo. Occorre però considerare che, solo nelle more del giudizio, il sig. P sta provvedendo a pagare gli arretrati maturati per il titolo specificato, mediante bonifici mensili dell'importo di euro 1.000,00 ciascuno per i mesi di luglio, settembre, ottobre, novembre, dicembre 2024 e gennaio 2025, e di Euro 2.000,00 per il mese di agosto 2024, per un totale di 8.000,00 euro.

Ne discende che C conserva il diritto ad agire in via esecutiva, per la residua somma di Euro 2.454.63, in relazione alla quale il precetto deve essere confermato.

2) Quanto al contributo al mantenimento della moglie, ella ha intimato a tale titolo il pagamento di Euro 3.000,00 (pari ad Euro 150.00 mensili nei periodi in cui ella non aveva attività lavorativa e alla metà durante i periodi di occupazione) pacificamente non versato da agosto 2022 alla data del precetto.

L'opponente ha lamentato l'inesistenza di tale credito, in quanto estinto per compensazione con le spese condominiali di spettanza della signora C che egli aveva provveduto ad anticipare integralmente.

La convenuta non ha contestato in linea di principio la possibile compensabilità tra i due crediti che, del resto, è riconosciuta anche da risalente pronuncia della giurisprudenza di legittimità, rimasta insuperata, secondo cui "il credito dell'assegno di mantenimento attribuito dal giudice al coniuge separato senza addebito di responsabilità, ai sensi dell'art. 156 cod. civ., avendo la sua fonte legale nel diritto all'assistenza materiale inerente al vincolo coniugale e non nella incapacità della persona che versa in stato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento, non rientra tra i crediti alimentari per i quali, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1246 comma primo n. 5 e 447 cod. civ., non opera la compensazione legale" (Cass. 6519/1996).

C neanche ha smentito di aver omesso il pagamento delle spese condominiali negli anni 2022 (con residuo debito del 2021) e del 2023.

Ella ha, invece, contestato che il coniuge avesse dimostrato di aver provveduto ad anticipare le spese effettivamente afferenti alla gestione ordinaria, e pertanto pacificamente ricadenti sulla occupante dell'immobile, alla quale è stata assegnata la casa familiare di proprietà del marito.

Sennonché, P ha dimostrato in via documentale, mediante la produzione dei verbali di assemblea ove è stato approvato il consuntivo relativo alla gestione ordinaria degli anni 2021, 2022, 2023 (doc. 10), che le spese di pertinenza dell'immobile di sua proprietà erano esattamente pari ad Euro 959,32 per l'anno 2021, ad Euro 1.030.14 per l'anno 2022 e 1.115,49

per l'anno 2023. Inoltre, nelle tabelle di suddivisione tra condomini, trovano espressa menzione i versamenti effettuati dai singoli nel corso di ciascun anno. Con riferimento all'unità abitativa indicata come C1 risultano pagati per il periodo di riferimento, anteriore al precetto, 2.997,15 euro, che corrispondono esattamente all'ammontare dei bonifici documentati ed eseguiti dal sig. P1 nei confronti del condominio (per 1967,01 a luglio 2022 e per 565,14 euro e 465 euro a luglio 2023 - doc. 3).

Ne consegue che, in concreto, il contributo al mantenimento previsto in favore di C risulta sostanzialmente e quasi per intero compensato con i crediti che il sig. P vantava nei suoi confronti, per aver anticipato spese condominiali ordinarie dalla medesima dovute.

Sotto tale profilo, pertanto, il precetto deve essere annullato con riferimento alla somma di Euro 2.997,15 euro, residuando un credito di Euro 2,85.

Conclusivamente, tenuto conto dei crediti parzialmente compensati, nonché dei versamenti nelle more effettuati da P a titolo di spese straordinarie, il precetto deve essere confermato per la minor somma capitale di Euro 2.457,48.

La convenuta ha inoltre diritto ad ottenere il rimborso delle spese di precetto, per complessivi Euro 437,74 considerato che: - il pagamento era stato correttamente intimato per un importo pari ad Euro 10.457,48, - il credito si è notevolmente ridotto solo a fronte dei versamenti effettuati nel corso del processo;

- il credito dedotto in compensazione non produce una variazione nello scaglione di riferimento relativo al calcolo delle spese del precetto, correttamente quantificate in base ai parametri ministeriali.

3) **Invece, relativamente alle spese processuali**, deve essere applicato l'art. 92 c.p.c., in quanto: - da una parte, la signora C è stata costretta a preannunciare l'azione esecutiva al fine di ottenere il rimborso delle spese anticipate per il figlio X, costituenti la parte preponderante del credito; - dall'altra parte, l'opposizione è stata accolta con riferimento alla compensazione dedotta tra il credito di mantenimento della moglie e le spese condominiali. Al riguardo, si ritiene infatti che l'intimante avesse non solo la possibilità (mediante semplice richiesta all'amministratore) ma anche il dovere di verificare, anteriormente al precetto, le spese effettivamente accumulate nei confronti del condominio a titolo di gestione ordinaria, rapportate ai versamenti effettuati dall'ex marito, non essendo peraltro contestato che tra i coniugi fosse intercorso un accordo di compensazione in tal senso.

Pertanto, si ritiene di compensare tra le parti le spese processuali nella misura di 1/2, e di porre a carico di parte opponente la rimanente metà. Le spese sono liquidate direttamente in dispositivo in base ai parametri indicati dal D.M. n. 147 del 2022, tenuto conto del valore della causa, della modesta complessità delle questioni trattate, dell'attività difensiva in concreto svolta e dunque facendo applicazione degli importi di riferimento, ridotti del 25% per le fasi di esame ed introduttiva, e del 50% per le fasi istruttoria e decisionale.

P.Q.M.

il Tribunale di Savona, definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda ed eccezione rigettata, così provvede:

1) In parziale accoglimento dell'opposizione e tenuto conto dei versamenti nelle more effettuati da P annulla il precetto opposto limitatamente alla somma di Euro 10.997,15, confermandolo per la restante parte;

2) condanna P al pagamento in favore di C1 della quota del 50% delle spese processuali che liquida in Euro 237.00 per esborsi ed in Euro 1.481,50 per compensi, oltre al 15% del compenso per rimborso forfettario spese generali, I.V.A. (se non recuperabile in virtù del regime fiscale della parte) e C.P.A.

3) compensa tra le parti le spese processuali per l'ulteriore porzione di 1/2.

(...*Omissis*...)

I

Tribunale di Savona, 29 giugno 2022 - Giudice Unico Princiotta. (1)

FIDEIUSSIONE - fideiussione bancaria - fideiussione specifica - fideiussione omnibus - clausole contrattuali - libera concorrenza - lesione - nullità parziale - sussiste - decreto ingiuntivo opposto - revoca - necessità - competenza funzionale del Tribunale - sussiste.

(Artt. 1419 e 1957 c.c.; artt. 2, 6 ed 8 dello schema ABI del 2003; provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia; art. 2, comma 2 lettera a) e comma 3 della Legge n. 287/1990)

In tema di fideiussione bancaria devono considerarsi nulle le clausole contrattuali corrispondenti agli articoli 2, 6 ed 8 dello schema ABI del 2003, poiché censurate dal provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, in quanto in contrasto con l'art. 2, comma 2 lettera a) della legge n. 287/1990 (normativa Antitrust).

Da ciò deriva la nullità parziale delle su menzionate clausole ai sensi dell'art. 2, comma 3 della legge citata e dell'art. 1419 c.c. perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza (salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti).

Inoltre, qualora il creditore non dimostri di aver ritualmente avanzato le proprie istanze nei confronti del debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione, ciò comporta la liberazione del fideiussore ai sensi dell'art. 1957 c.c.

La qualificazione della garanzia come "specificata" non esclude la sua riconducibilità allo schema della fideiussione omnibus quando ne condivide i caratteri essenziali.

(Cfr.: Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994)

L'eccezione di nullità della fideiussione proposta dalla opponente al fine di paralizzare la domanda e "con riserva esplicita di adire in separato giudizio il Tribunale delle Imprese competente" ed in forma di eccezione al fine di ottenere la revoca del decreto opposto, rimane di competenza (funzionale) del Tribunale.

(Cfr.: Cass., 25 ottobre 2016, n. 21472)

C.C.

II

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 7 gennaio 2025 - Pres. Atzeni - Rel. Franzese. (2)

FIDEIUSSIONE - fideiussione bancaria - fideiussione omnibus - fideiussione specifica - nullità parziale - sussiste - decreto ingiuntivo opposto - revoca - necessità.

(Artt. 1419 e 1957 c.c.; artt. 2, 6 ed 8 dello schema ABI del 2003; provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'

Italia; art. 2, comma 2 lettera a) e comma 3 della Legge n. 287/1990)

FIDEIUSSONE - fideiussione omnibus - fideiussioni a valle - fideiussione specifica - esenzione della nullità parziale - ammissibilità.

(Artt. 1419 e 1957 c.c.; art. 2, comma 2, lett. a) L. 287/1990; Provvedimento n. 55/2005 Banca d'Italia)

In materia di fideiussione bancaria, la fideiussione prestata in favore di un istituto di credito, ancorché denominata "specifica", deve essere qualificata come "omnibus" laddove garantisca tutte le operazioni bancarie effettuate su un conto corrente, senza limitarsi a un singolo rapporto negoziale.

La riproduzione, all'interno del contratto di fideiussione, delle clausole dichiarate anticoncorrenziali dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55/2005 (articoli 2, 6 e 8 dello schema ABI 2003) ne determina la nullità parziale ex art. 1419 c.c., limitatamente alle clausole vietate.

Tale nullità comporta la non applicabilità della deroga di cui all'art. 1957 c.c., con la conseguenza che il fideiussore si libera se il creditore non agisce nei confronti del debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita.

(Nel caso di specie, il creditore non ha fornito prova di aver rispettato tale termine, determinando la decadenza della fideiussione e la conseguente liberazione della garante. La Corte d'Appello di Genova, pertanto, conferma integralmente la sentenza di primo grado)

Il principio affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza 30 dicembre 2021 n. 41994, si applica non solo alle clausole contenute nelle fideiussioni omnibus ma a tutte le fideiussioni stipulate a valle di intese anticoncorrenziali dichiarate parzialmente nulle, incluse le fideiussioni specifiche, ossia quelle prestare a garanzia di un determinato credito riferito a uno specifico rapporto contrattuale. La nullità derivante da tali intese costituisce espressione del principio generale di tutela della libertà di concorrenza.

I principi di nullità parziale delle fideiussioni omnibus (già affermati dalle Sezioni Unite n. 41994/2021), si estendono anche a tutte le fideiussioni stipulate "a valle" di intese anticoncorrenziali dichiarate parzialmente nulle, ivi comprese quelle specifiche, concesse a garanzia di un determinato credito, qualora contengano clausole identiche o sostanzialmente equivalenti a quelle dichiarate anticoncorrenziali dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55/2005.

Nello specifico, la nullità parziale ex art. 1419 c.c. riguarda le clausole che riproducono gli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI 2003, vietati per contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a), della Legge 287/1990 (normativa antitrust).

C.C.

(1-2) Cfr. anche:

Corte di Cassazione, sez. III civ., ord. 21 ottobre 2024, n. 27243 - Pres. Scarano - Rel. Graziosi Chiara.

I

(... Omissis...)

In fatto ed in diritto.

1. La vertenza riguarda l'opposizione al decreto ingiuntivo n. 1016/2020, RG. 3055/2020, emesso nei confronti della O Impresa Edile s.r.l., nei confronti di O per il pagamento di € 297.451,82 nonché nei confronti di R per il pagamento di € 200.000,00.

L'importo ingiunto trae origine dal rapporto di conto corrente n. 20208 che era stato intrattenuto dall'Impresa O con l'allora Banca Popolare di Novara; tale conto corrente era assistito dalle fideiussioni *omnibus* prestate da O, sino alla concorrenza di € 750.000 e dalla fideiussione "specifica" prestata da R sino alla concorrenza di € 200.000.

Nel presente giudizio, la R ha opposto il decreto che, con distinte citazioni, è stato anche opposto sia dall'impresa Edile O s.r.l. sia dai signori O.

Le vertenze sono state mantenute separate in relazione alle differenti eccezioni proposte dai vari opposenti. Depositata le memorie istruttorie, la causa è stata posta in decisione. Oggi le parti si sono richiamate agli atti ed il Tribunale ha provveduto con la presente sentenza di cui è stata data lettura.

2. L'opposizione è fondata.

In applicazione del principio della ragione più liquida, va esaminata l'eccezione di nullità della fideiussione proposta dalla opponente al fine di paralizzare la domanda e "con riserva esplicita di adire in separato giudizio il Tribunale delle Imprese competente". Essendo stata promossa esclusivamente in forma di eccezione al fine di ottenere la revoca del decreto opposto, rimane la competenza funzionale del Tribunale a decidere sull'opposizione non dovendosi valutare la nullità della fideiussione *omnibus* (cfr. Cassazione Sez. 3, n. 21472 del 25/10/2016 edita anche su Italggiure: "La distinzione tra domanda ed eccezione riconvenzionale non dipende dal titolo posto a base della difesa del convenuto, e cioè dal fatto o dal rapporto giuridico invocato a suo fondamento, ma dal relativo oggetto, vale a dire dal risultato processuale che lo stesso intende con essa ottenere, che è limitato, nel secondo caso, al rigetto della domanda proposta dall'attore; di conseguenza, non sussistono limiti al possibile ampliamento del tema della controversia da parte del convenuto a mezzo di eccezioni, purché vengano allegati, a loro fondamento, fatti o rapporti giuridici prospettati come idonei a determinare l'estinzione o la modificazione dei diritti fatti valere dall'attore, ed in base ai quali si chiede la reiezione delle domande da questo proposte e non una pronuncia di accoglimento di ulteriori e diverse domande").

Nel merito, la fideiussione de quo va qualificata quale "*omnibus*" nonostante la differente denominazione indicata dalla Banca che, nel modulo agli atti, l'ha denominata fideiussione "specifica",

Conducono a tale conclusione una serie di motivi già di per sé significativi anche ove considerati singolarmente:

- è stata posta a garanzia sino all'importo di € 200.000 delle operazioni bancarie effettuate in relazione al conto corrente bancario n. 20208;

- tale garanzia si aggiunge a quelle già rilasciate dalla società Edile e dai signori O, pacificamente del tipo "*omnibus*" e poste a garanzia del medesimo conto corrente bancario, il n. 20208;

- come si evince dal tenore del documento e dal confronto con il modello ABI, dichiarato illegittimo e vietato in quanto contrario alla disciplina Antitrust, la fideiussione in questione presenta lo stesso contenuto e le medesime caratteristiche di una "*omnibus*".

Ciò premesso, trattandosi di garanzia stipulata secondo lo schema ABI del 2003, devono considerarsi nulle le clausole corrispondenti agli articoli 2, 6 ed 8 come censurate dal provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia (denominato "ABI Condizioni

generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie”) con cui la Banca d’Italia ha accertato che “gli articoli 2, 6 ed 8 dello schema contrattuale predisposto dall’ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione *omnibus*) contengono disposizioni che nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l’art. 2, comma 2 lettera a) della legge n. 287/1990.

Dal confronto del testo dello schema ABI 2003 con quello della fideiussione oggetto di causa risulta l’inserimento delle clausole esattamente corrispondenti, con la medesima numerazione, a quelle degli articoli 2, 6 ed 8.

Va dichiarata, quindi, la nullità parziale del contratto e delle relative condizioni equivalenti (cfr. Cassazione Sez. Unite, sentenza n. 41994 del 30/12/2021 edita anche su Italgiure: “I contratti di fideiussione “a valle” di intese dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge citata e dell’art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l’intesa vietata - perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza -, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti”).

In base all’art. 1419 c.c. va, conseguentemente, dichiarata la nullità delle singole clausole di cui agli artt. 2, 6 ed 8.

La nullità parziale non si estende all’intera garanzia che sarebbe stata contratta, evidentemente, a condizioni più favorevoli essendo stata disponibile l’odierna opponente a stipularla con clausole che prevedevano condizioni più onerose. Parimenti la Banca, considerata la nullità delle pattuizioni censurate, avrebbe parimenti stipulato la fideiussione, sia pure con modalità meno tutelanti, in quanto, diversamente, sarebbe stata priva di garanzia.

Premesso quanto sopra, va, quindi, dichiarata la decadenza della fideiussione prestata dall’opponente R ex art. 1957 c.c., con sua conseguente liberazione. A fronte di tale eccezione, invero, l’opposta non ha provato di avere ritualmente avanzato le proprie istanze nei confronti del debitore principale entro i sei mesi dalla scadenza dell’obbligazione.

Sulla scorta della documentazione agli atti, invece, risulta evidente che la banca ha iniziato l’azione di recupero del credito esclusivamente con la notifica del ricorso per il decreto ingiuntivo in data 15/2/2021 laddove la sofferenza, come dedotto nell’estratto conto allegato al ricorso, era già da tempo presente al 20/01/2017.

L’opposizione risulta, quindi, fondata.

3.- Le spese processuali seguono il criterio della soccombenza. In difetto del deposito di nota, vanno liquidate come indicato in dispositivo applicando i parametri di legge, considerando il valore della controversia pari ad € 200.000 (come indicato dall’opponente) ed in relazione ai molteplici adempimenti processuali effettuati nel corso del processo; vanno liquidate nei parametri medi per ogni fase di giudizio, oltre oneri fiscali, previdenziali e tariffari nella misura di legge.

La presente sentenza è provvisoriamente esecutiva per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nel procedimento rg 834 2021, nel contraddittorio delle parti, respinta ogni diversa e contraria istanza, eccezione o deduzione, per le ragioni indicate in motivazione così provvede:

1.- previo accertamento della nullità parziale ex art. 1419 cc della fideiussione stipulata dall’opponente per cui è causa, accerta la liberazione dell’opponente R ex art. 1957 c.c.;

2.- conseguentemente revoca nei confronti dell’opponente R il decreto ingiuntivo opposto n. 1016/2020 (R.G. n. 3045/2020) in data 15-17.12.2020 emesso dal Tribunale di Savona, come rettificato con decreto di correzione di errore materiale in data 11-14.01.2021;

(...*Omissis*...)

II

(...*Omissis*...)

Il presente giudizio trae origine dal decreto ingiuntivo n. 1016/2020, RG. 3055/2020, emesso in data 17.12.2020 e corretto in data 14.01.2021, ritualmente notificato, con il quale il Tribunale di Savona ha ingiunto ad O Impresa Edile S.r.l. (già s.a.s.), nonché ai signori O, il pagamento della somma di € 297.451,82 ed alla sig.ra R - fideiussore - la minor somma di € 200.000,00, oltre interessi moratori come da domanda e oltre ad € 4.185,00 per compensi, € 634,00 per esborsi, oltre rimborso 15% spese generali, IVA 22% se dovuta, c.p.a. 4% ed oltre alle successive occorrende.

L’importo ingiunto trae origine dal rapporto di conto corrente n. 20208 intrattenuto da O Impresa Edile S.r.l. (già S.a.s.) presso la Filiale di V (SV) dell’allora Banca Popolare di Novara, poi incorporata in Banco Popolare Soc. Coop., assistito dalle fideiussioni *omnibus* prestate da O, sino alla concorrenza di € 750.000,00 e dalla fideiussione sullo scoperto di conto corrente n. 20208 prestata dalla sig.ra R sino alla concorrenza di € 200.000,00.

Con atto di citazione la sig.ra R ha proposto opposizione avverso il citato decreto ingiuntivo, chiedendo al Tribunale adito l’accoglimento delle seguenti conclusioni: “*dichiarare illegittimo, nullo e/o annullato e/o inefficace il decreto ingiuntivo opposto n°1016/2020 (R.G.n. 3045/2020) in data 15-17.12.2020 emesso dal Tribunale di Savona, in persona del Giudice Unico Dott. E. Tagliasacchi, come rettificato con decreto di correzione di errore materiale in data 11-14.01.2021 del medesimo Giudice, e comunque revocare il medesimo con tutte le conseguenze di legge e, in particolare dichiarando nulla essere dovuto dalla opponente R alla convenuta in opposizione H ITALIA s.r.l., nella spiegata qualità, per le pretese dalla stessa monitoriamente azionate, mandando conseguentemente assolta la predetta opponente da ogni e qualsiasi avversaria pretesa e con ogni altra consequenziale pronuncia*”

Con la sentenza n. 594/2022 del 29.06.2022 il Tribunale di Savona ha accolto l’opposizione spiegata dalla sig.ra R, revocando conseguentemente il decreto ingiuntivo n. 1016/2020, RG. 3055/2020 emesso dal Tribunale di Savona.

Il Tribunale dichiarava la nullità della fideiussione prestata dalla sig.ra R, che qualificava come *omnibus*, nonché la decadenza, in quanto non era stata provata l’interruzione del termine decadenziale da parte della Banca.

Avverso la sentenza di primo grado propone appello M SPV SRL, che svolge quattro motivi d’appello.

1° motivo: l’errata qualificazione del contratto di fideiussione specifica.

L’appellante individua le differenze tra i due diversi tipi di fideiussione, specificando che per fideiussione *omnibus* si intende quella fideiussione che è “*estesa (...) a tutte le obbligazioni del debitore garantito derivanti da future operazioni, la cui validità è peraltro, subordinata, ai sensi dell’art. 1938 c.c., al fatto che vi*

sia la *precisione dell'importo massimo garantito*" (Cass. Civ. n. 2492 del 31 gennaio 2017, in *dirittobancario.it*). Per converso, le fidejussioni specifiche sono quelle che *"si riferiscono alla garanzia di debiti originati da specifici rapporti negoziali, cui le parti hanno fatto puntuale riferimento nel contratto di fidejussione, e non da ipotetiche e indeterminate operazioni del soggetto garantito che possono cagionare una oscillazione della misura della garanzia"* (Trib. Milano, Sentenza n. 7015 del 6 settembre 2022, in *dirittobancario.it*).

Contrariamente a quanto affermato dal giudice di prime cure, secondo l'appellante, la Banca e la sig.ra Ravera avrebbero sottoscritto un contratto di garanzia che avrebbe tutte le caratteristiche di una fideiussione specifica in quanto la garante sarebbe chiamata a rispondere non per tutti i rapporti obbligatori facenti capo alla debitrice principale, ma specificamente per lo scoperto del conto corrente n. 20208 derivante da due aperture di credito entrambe valide sino a revoca dell'importo di € 50.000,00 ed € 141.000,00.

2° motivo: l'asserita nullità parziale del contratto di fidejussione specifica per violazione della normativa antitrust.

L'odierna appellante lamenta che il Tribunale di Savona avrebbe errato nel giudicare nulle le clausole corrispondenti agli art. 2, 6 e 8 dello schema ABI del 2003 censurato dalla Banca d'Italia con il provvedimento n. 55 del 2005.

L'appellante precisa di partire dal presupposto censurato con il primo motivo secondo cui il contratto sottoscritto dalla sig.ra R sarebbe una fideiussione specifica, rilasciata a garanzia dello scoperto di conto corrente n. 20208; la Banca d'Italia con il provvedimento del 2005 ha inteso censurare le clausole 2, 6 e 8 del modello ABI del 2003 dettato per i contratti di fideiussione *omnibus*, a seguito di un'istruttoria protrattasi tra gli anni 2003 e 2005.

Tale provvedimento non sarebbe applicabile alle c.d. fideiussioni specifiche, quale l'appellante ritiene sia quella sottoscritta dalla signora R, in quanto *"l'accertamento della Banca d'Italia, (...) ha riguardato esclusivamente lo schema contrattuale elaborato dall'ABI per le fidejussioni omnibus senza investire il settore delle fidejussioni rilasciate a garanzia di obbligazioni derivanti da specifiche operazioni bancarie (Vedi Corte d'Appello di Milano, la quale afferma che il provvedimento della Banca d'Italia fa "esplicito ed univoco riferimento esclusivamente allo schema della fidejussione caratterizzato dalla c.d. Clausola omnibus, e non è automaticamente estensibile alle fidejussioni specifiche attesa la diversa tipologia e finalità che connota e distingue le due figure di contratto di garanzia e stante la necessità di tutelare il cliente/utente dal rischio di posizioni preponderanti ed anticoncorrenziali nel caso di rilascio di garanzie aperte ed omnicomprendenti cd. omnibus volte a garantire a tutte le obbligazioni contratte dal debitore, presenti ed anche quelle future"* (App. Milano, Sentenza n. 3082 del 04.10.2022, in *dirittobancario.it*). L'appellante sostiene che, in ogni caso, non potrebbero essere dichiarate nulle le clausole corrispondenti agli artt. 2, 6 e 8 del modello ABI censurato in quanto con la sentenza a Sezioni Unite n. 41996/2021 la Corte di Cassazione nulla ha disposto in merito ad un'estensione dell'ambito temporale delle nullità delle clausole dei contratti a valle, con la conseguenza che siffatta astratta nullità dovrà essere circoscritta ai contratti sottoscritti nel periodo oggetto di istruttoria da parte di Banca d'Italia (2002 - 2005), tra cui non rientrerebbe quello oggetto di causa.

3° motivo: la dichiarata decadenza della fidejussione ai sensi dell'art. 1957 c.c., in violazione dell'art. 112 c.p.c. L'appellante lamenta che il Giudice di primo grado, pur non

essendo stata avanzata dall'opponente una specifica domanda sul punto, ha dichiarato la liberazione della sig.ra R dagli obblighi derivanti dal contratto di fideiussione in conseguenza all'accertata nullità parziale della clausola derogativa dell'art. 1957 c.c. prevista dal detto contratto. L'opponente (e odierna appellata) non avrebbe formulato alcuna specifica domanda volta alla dichiarazione né di nullità parziale del contratto di fideiussione, né di decadenza ai sensi e per gli effetti dell'art. 1957 c.c. Il giudice sarebbe incorso in un vizio della decisione in violazione della regola prevista dall'art. 112 c.p.c. che sancisce la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

4° motivo: la condanna alle spese di lite.

L'odierna appellante chiede un nuovo regolamento delle spese processuali, in relazione al giudizio di primo e secondo grado, con riguardo all'esito complessivo della lite.

L'appellata si costituiva in giudizio e chiedeva la conferma dell'impugnata sentenza ed il rigetto del gravame; la difesa della signora R contestava le argomentazioni avverse ed insisteva per la nullità della garanzia personale per violazione dell'art. 1956 c.c. -principi di correttezza e buona fede- rilevando che dal momento della sottoscrizione della fideiussione (16/3/2012), la BPN non avrebbe mai comunicato lo stato di debenza della società per cui la stessa aveva prestato fideiussione e avrebbe omesso di informare che il debito contratto dalla O Impresa stava aumentando di anno in anno, pur in presenza della clausola di cui all'art. 5 comma 3 della fideiussione che prevede: *"Indipendentemente da quanto disposto dal precedente comma 2, la Banca comunica al fideiussore - nei limiti e alle condizioni ivi previsti - le medesime informazioni con cadenza annuale in forma scritta all'ultimo indirizzo comunicato."* (doc. n. 9 controparte).

La Corte fissava udienza al 4/7/2024 per la precisazione delle conclusioni; le parti precisavano le conclusioni e la Corte tratteneva la causa in decisione, concedendo i termini di legge per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche. La Corte esamina congiuntamente il primo ed il secondo motivo d'appello e li respinge in quanto infondati.

La fideiussione rilasciata dalla signora R in data 16/3/2012 deve essere qualificata quale *"omnibus"*, come già ritenuto dal primo giudice e nonostante la differente denominazione indicata sul frontespizio del documento, unilateralmente predisposto dalla Banca, come *"Fidejussione specifica garanzia n. 000151059"*. Difatti, nel contratto (all. doc. 9 al fascicolo monitorio) è chiaramente indicato che la garanzia è prestata sino all'importo di € 200.000,00 di *"tutte"* le operazioni bancarie effettuate in relazione al conto corrente bancario n. 20208 e, dunque, non con riferimento ad una singola posizione, ma a indeterminate operazioni, quali devono ritenersi quelle relative al conto corrente.

Inoltre, come già ritenuto dal Tribunale, la fideiussione in questione presenta lo stesso contenuto e le medesime caratteristiche delle fideiussioni *"omnibus"* stipulate secondo lo schema ABI del 2003 e ritenute lesive della concorrenza dalla Banca d'Italia con il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, in quanto contrastanti con le disposizioni della Legge n. 287/1990 (Legge Antitrust). Le Sezioni Unite della Suprema Corte si sono più volte pronunciate sancendo che la fideiussione che riproduca lo schema fideiussorio dall'ABI è parzialmente nulla per le clausole riproduttive di quello schema: quindi, devono considerarsi nulle le clausole corrispondenti agli articoli 2, 6 ed 8 come censurate dal provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, con conseguente dichiarazione di nullità parziale del contratto e delle relative condizioni

equivalenti (cfr. Cassazione Sez. Unite, sentenza n. 41994 del 30.12.2021 “*I contratti di fideiussione “a valle” di intese dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge citata e dell’art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l’intesa vietata...*”).

Tra le clausole ritenute lesive - e per quanto sopra affette da nullità - risulta quella che deroga al primo comma dell’art. 1957 c.c. secondo cui “*il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell’obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate*”; secondo la norma, la mancata attivazione positiva del creditore nei confronti dell’obbligato principale nel termine di sei mesi comporta la decadenza da ogni azione nei confronti del fideiussore, che si intende così liberato. In virtù della nullità della clausola contrattuale che deroga all’art. 1957 c.c. deve ritenersi applicabile alla fattispecie la decadenza della fideiussione nel caso di decorso del termine di sei mesi indicato dalla norma.

La Corte esamina il terzo motivo d’appello e lo respinge in quanto infondato.

Contrariamente a quanto affermato dall’appellante, secondo cui la signora R non avrebbe eccepito la decadenza ex art. 1957 c.c., con la conseguenza che il primo giudice avrebbe deciso *ultra petita*, deve prendersi atto che detta eccezione ha costituito preciso ed esplicito motivo dell’opposizione a decreto ingiuntivo proposta dall’odierna appellata.

Precisamente, alla pagina 16 della citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, l’odierna appellata intitola, in grassetto

“*4. Sulla nullità parziale delle clausole sanzionate e conseguente eccezione di decadenza ex art. 1957 c.c.*”, sviluppando nel corpo dell’atto le argomentazioni a supporto dell’eccezione, che deve ritenersi ritualmente sollevata. Il decreto ingiuntivo oggetto di causa è stato richiesto dall’istituto bancario nel 2020 e notificato il 15/2/2021; ai fini dell’accertamento della data di insorgenza del credito, l’istante ha prodotto un estratto conto che quantifica il debito finale della società alla data del 20/1/2017; non risulta mai inviato un sollecito scritto al debitore e/o comunicazioni alla signora R. In assenza di produzioni o argomentazioni e giustificazioni di segno contrario, deve concludersi che la Banca ha iniziato l’azione di recupero del credito solo con la notifica del ricorso per decreto ingiuntivo e pedissequo provvedimento in data 15/2/2021, a fronte di un credito accertato e definito almeno a far data dal 20/1/2017, come risulta dell’estratto conto agli atti e confermato dall’intervenuta cessione del credito nel medesimo periodo, e, quindi, ben oltre il termine di sei mesi previsto dall’art. 1957 c.c. A fronte dell’eccezione ritualmente proposta dall’opponente, la creditrice opposta non ha provato di avere avanzato le proprie istanze nei confronti del debitore principale entro i sei mesi dalla scadenza dell’obbligazione.

L’appello deve pertanto essere respinto, con integrale conferma dell’appellata sentenza. (... *Omissis*...)

P.Q.M.

La Corte di Appello definitivamente deliberando, contrariis re-jectis, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinge l’appello proposto da M, nella sua qualità, avverso la sentenza del Tribunale di Savona n. 594/2022 del 29/6/2022 e pubblicata in pari data, che conferma integralmente (... *Omissis*...)

Massimario di diritto civile e del lavoro

Tribunale di Genova, sez. III civ., 26 novembre 2024, n. 3068.

APPALTO - interventi edilizi - fenomeni infiltrativi negli appartamenti sottostanti - dovere di custodia in capo al proprietario - sussiste - obbligo risarcitorio in capo al proprietario - sussiste.

Il custode è colui che ha il potere di vigilanza e controllo sulla cosa, e tale potere può essere di diritto ma anche solo di fatto.

Il proprietario dell'immobile nel quale sono stati effettuati interventi edilizi - a fronte dei quali sono scaturite infiltrazioni agli appartamenti sottostanti, è custode dello stesso (appartamento) e responsabile dei danni cagionati ex art. 2051 c.c.

Il dovere di custodia e vigilanza gravante sul committente non viene meno a seguito della consegna del bene all'appaltatore, salvo che non provi di aver affidato totalmente all'appaltatore la custodia del bene oggetto di ristrutturazione, o che la condotta dell'appaltatore medesimo sia connotata da caratteristiche di imprevedibilità e/o inevitabilità non percepibili in toto dal committente e, come tali, suscettibili di integrare il cd. caso fortuito.

(Cfr: Cass., n. 15734/2011)

La conclusione di un appalto di opere non comporta in alcun modo la perdita della custodia da parte del committente non essendo in nessun modo sostenibile che la consegna dell'immobile, affinché vi siano eseguiti i lavori, equivalga a un corrispondente "trasferimento" del ruolo di custode verso i terzi, poiché una simile evenienza finirebbe con l'integrare una sorta di esonero contrattuale da responsabilità nei confronti di chi del negozio non è parte.

In tali ipotesi il committente, quindi, conserva il rapporto con il bene sul quale, o nel quale, vengono eseguite le opere. Rispetto all'appaltatore, il proprietario del bene è un committente e rispetto ai terzi è un custode.

(Cfr.: Cass., n. 12909/2022; Cass., n. 7553/2021; Cass., n. 16609/2021; Cass., n. 41709/2021)

F.BARD.

Tribunale Massa, 10 febbraio 2025 - Giudice Unico Pellegri.

FALLIMENTO - legge applicabile - concordato fallimentare proposto successivamente alla entrata in vigore del codice della crisi - disciplina applicabile.

Qualora il fallimento sia stato dichiarato prima dell'entrata in vigore del Codice della Crisi, la disciplina applicabile è quella della Legge Fallimentare (R.D. 267/1942).

Il concordato fallimentare, costituendo un sub-procedimento del fallimento, ne segue le regole e non può essere disciplinato dal nuovo codice, salvo che la legge preveda diversamente.

A.B.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 18 dicembre 2023, n. 3656 - Pres. Braccialini.

ISPEZIONE giudiziale di persone e di cose - natura del procedimento ispettivo, ex art. 2409 c.c. - ruolo e funzioni dell'ispettore.

PROCEDIMENTO civile - opposizione a decreto ingiuntivo - ammissibilità e tempestività del ricorso proposto ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c., introdotto con la Legge di riforma 69/2009 - procedimento semplificato di cognizione - sentenza.

ISPEZIONE giudiziale di persone e di cose - contestazione di asserita negligenza ed utilità - non pertinenza.

SPESE di giustizia - ispettore - liquidazione compensi professionali - criteri ed imputazione della spesa.

L'ispettore è un ausiliario" nominato, ex art. 68 c.p.c., dal Giudice senza la necessità di un contraddittorio in senso tecnico. Egli è nominato per svolgere un incarico avente come beneficiaria l'impresa presso la quale è compiuta l'ispezione.

(Cfr.: Cass., n. 2141/1997)

Il decreto di liquidazione delle competenze dell'ispettore è passibile di opposizione - a norma dell'art. 170 del Testo Unico sulle spese di giustizia - nel termine di 30 giorni dal deposito del provvedimento, con conseguente ammissibilità del procedimento semplificato di cognizione, introdotto dalla cd. "Riforma Cartabia", abrogante il precedente rito sommario di cognizione di cui all'art. 702 bis c.p.c.

(Cfr.; Corte Cost., n. 106/2022 e Cass., n. 20054/2022).

Nel giudizio di opposizione al provvedimento di liquidazione dei compensi deve essere esclusa ogni valutazione circa l'utilità della consulenza fornita, giudizio, questo, afferente al merito della controversia; al contrario, il giudice, sarà, ivi, tenuto ad accertare se l'opera svolta sia rispondente ai quesiti proposti, in sede di nomina, e a valutare la difficoltà dell'indagine compiuta, la completezza dell'elaborato e il pregio della prestazione fornita.

Per il calcolo remunerativo dell'attività dell'ispettore giudiziario si ritiene corretta l'applicazione analogica dell'art. 50 del Testo Unico n. 115/2002, in virtù della quale tutte le figure che collaborano con l'Autorità giudiziaria, nelle quali rientra tout court l'ispettore giudiziario, debbano essere remunerate in base ai tariffari ministeriali, in applicazione del Testo unico sulle spese di giustizia, non costituendo attività riconducibile a un mero incarico di natura privatistica.

Legittimato passivo all'esborso del compenso in favore dell'ispettore giudiziario è la parte debitrice, che ha azionato il ricorso ispettivo, con conseguente applicazione del principio di soccombenza, di cui all'art. 91 c.p.c.

F.BARD.

Tribunale di Genova, 11 febbraio 2025, n. 381 - Giudice Unico Mainella.

MEDIAZIONE civile e commerciale - fase obbligatoria del procedimento - spese - equiparazione a quelle processuali - principio di soccombenza - applicabilità.

Le spese relative al procedimento di mediazione obbligatoria sono assimilabili a quelle del processo. Esse, quindi, seguono il principio della soccombenza, secondo cui la parte soccombente deve farsi carico delle spese sostenute dalla parte vittoriosa. Questo principio mira a garantire equità e a evitare che la parte che ha avuto ragione debba subire un ulteriore onere economico per aver fatto valere i propri diritti.

A.B.

Tribunale per i Minorenni di Genova, decreto 28 gennaio 2025 - Giudice Delegato Verrina.

MINORI - condotta del genitore pregiudizievole per la figlia minore - incapacità dell'altro genitore di assumere iniziative a tutela - strumenti di protezione - sospensione della responsabilità genitoriale - collocazione di madre e figlia in ubicazione segreta - allontanamento del padre - affidamento al servizio sociale.

(Artt. 333 c.c. - 473-bis.69 e 473-bis.15 c.p.c.)

A fronte del pregiudizio a cui una minore si trova esposta a causa dell'inadeguatezza della figura paterna il giudice, considerato il rischio che il genitore non si attenga all'intimazione di cessare le condotte pregiudizievoli, ove non ritenga sussistenti gli estremi per una pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale, è tenuto ad adottare i provvedimenti necessari e urgenti per mettere la minore in protezione disponendo, anche cumulativamente, la sospensione paterna dall'esercizio della responsabilità genitoriale, la collocazione di madre e figlia in ubicazione segreta, l'allontanamento del padre dalla casa familiare e, ove sia comprovata l'incapacità della madre di assumere iniziative a protezione della figlia, l'affidamento della minore al servizio sociale.

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., decr. 31 ottobre 2024, Giudice Unico Sdogati.

PROCEDURE concorsuali - sovraindebitamento - ristrutturazione dei debiti del consumatore - socio accomandante - ammissibilità.

(Artt. 67 e ss. CCII)

PROCEDURE concorsuali - sovraindebitamento - ristrutturazione dei debiti del consumatore - nozione di "consumatore".

(Art. 2, comma 1 lett. e) CCII)

PROCEDURE concorsuali - sovraindebitamento - ristrutturazione dei debiti del consumatore - ammissione alla procedura - debiti afferenti le società di persone nella forma societaria s.a.s. e s.n.c. - differenze.

(Art. 67 CCII)

La qualità di socio accomandante risulta posizione a latere dell'organizzazione societaria per quanto riguarda l'organizzazione e l'amministrazione e la contrazione dei debiti sociali.

Il novellato art. 2 CCII comprende tra i "consumatori" anche i soci delle società di cui ai Titoli III, IV e VI del c.c.

La ricorrente è ammessa alla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore ai sensi dell'art. 67 CCII limitatamente ai debiti afferenti le società di persone nella forma societaria S.A.S. in cui la medesima rivestiva la posizione di socia accomandante - con esclusione quindi dei debiti sociali afferenti la S.N.C., che invece, come tali, restano fuori dalla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore in quanto non risulta qualificabile rispetto a questi ultimi la qualifica di "consumatore" in ragione della responsabilità illimitata non differenziata tra soci.

mandante - con esclusione quindi dei debiti sociali afferenti la S.N.C., che invece, come tali, restano fuori dalla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore in quanto non risulta qualificabile rispetto a questi ultimi la qualifica di "consumatore" in ragione della responsabilità illimitata non differenziata tra soci.

P.MO.

Corte d'Appello di Genova, 26 novembre 2024 - Pres. Rossi - Est. Marocco.

PROCEDURE concorsuali - sovraindebitamento - OCC - gestore - responsabilità professionale - esclusione nel caso di specie.

L'Organismo di Composizione della Crisi da sovraindebitamento, nella persona del gestore, ha il compito di valutare la fattibilità del piano del consumatore e di attestare la completezza della documentazione allegata. Tuttavia l'apertura della procedura e la concessione dei relativi benefici (quali la sospensione delle esecuzioni e l'esdebitazione) rimangono prerogative esclusive del Tribunale, il quale verifica il rispetto dei requisiti normativi. L'eventuale inammissibilità della proposta di piano, derivante dal mancato rispetto delle condizioni di legge, è imputabile esclusivamente al proponente e non può costituire fonte di responsabilità per l'OCC e per il suo gestore. (Nel caso di specie l'OCC aveva tempestivamente segnalato alla debitrice le criticità della proposta di piano, in particolare, la mancata liquidazione dell'immobile e la previsione di una dilazione del pagamento dei creditori ipotecari oltre i limiti previsti dalla normativa. L'OCC si era attivato per ottenere il consenso del creditore ipotecario a una dilazione decennale, senza successo. La proposta era stata dichiarata inammissibile dal Tribunale di Genova per il mancato rispetto dei requisiti normativi, e l'OCC aveva sempre comunicato con chiarezza alla debitrice le problematiche relative alla sua fattibilità).

A.B.

Corte d'Appello di Genova, 27 dicembre 2024, n. 1564.

SPESE giudiziali in materia civile - principio di soccombenza - diritto di difesa e del giusto processo - omessa statuizione sulle spese di lite - lesione del diritto costituzionale - sussiste.

(Art. 91 c.p.c.)

SPESE giudiziali in materia civile - unitarietà e globalità del principio di soccombenza - riferimento all'esito finale della lite - necessità.

SPESE giudiziali in materia civile - compensazione integrale e parziale - "Gravi ed eccezionali ragioni" - limiti.

(Art. 92 c.p.c.; Corte cost., sentenza n. 77/2018)

AUSILIARI del giudice - CTU - acquisizione di documenti - ammissibilità - limiti.

ATTO amministrativo - disapplicazione da parte del G.O. - pregiudizialità tecnica - vizi di legittimità - necessità - discrezionalità della P.A. - limiti al potere del G.O.

Sul piano normativo, l'art. 91 c.p.c. prevede espressamente che il Giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanni la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquidi l'ammontare insieme con gli onorari di difesa. Per risalente, e mai superata interpretazione giurisprudenziale...

ziale (Cass., Sez. III, n. 1877 del 06/08/1965), la soccombenza genera il limite secondo il quale l'onere delle spese non può mai essere posto a carico della parte rimasta totalmente vittoriosa.

Il regolamento delle spese attua concretamente, ed effettivamente, il diritto di difesa e del giusto processo consacrato dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU del 22/04/2021, no. 27903/15.

La dottrina, sul piano dei diritti costituzionali, riconosce che l'omessa statuizione sulle spese di lite integri una lesione del diritto costituzionale, in relazione agli artt. 24 e 111 Cost., a una tutela giurisdizione effettiva e tendenzialmente completa, che contenga una statuizione sulle spese di lite conseguente al *decisum*. Inoltre, gli artt. 91-98 c.p.c., non solo stabiliscono un obbligo officioso del Giudice di provvedere sulle spese procedurali, ma hanno anche natura inderogabile (Cass., Sez. I, n. 11125 del 27/04/2023), anche nell'ipotesi in cui la domanda al regolamento delle spese di lite non sia espressa nelle domande.

Il criterio della soccombenza, al fine di attribuire l'onere delle spese processuali, non si fraziona a seconda dell'esito delle varie fasi del giudizio, ma va riferito unitariamente all'esito finale della lite, senza che rilevi che, in qualche grado o fase del giudizio, la parte poi definitivamente soccombente abbia conseguito un esito a essa favorevole (Cass., Sez. VI - III, n. 13356 del 18/05/2021). Infatti, è unitario e globale il criterio di individuazione della soccombenza, e violerebbe il principio di cui all'art. 91 il Giudice di merito che ritenesse la parte come soccombente in un grado di giudizio e, invece, come vincitrice in altro grado (Cass. n. 974 del 17/01/2007; Cass. n. 15557 del 07/07/2006; Cass. n. 18255 del 10/09/2024).

È egualmente unitario e globale il criterio, allorché il Giudice ritenga di giungere alla compensazione parziale delle spese di lite per reciproca parziale soccombenza condannando, poi, per il residuo, una delle due parti. In tal caso, l'unitarietà e la globalità del criterio della soccombenza comporta che, in relazione all'esito finale della lite, il Giudice debba individuare la parte parzialmente soccombente e quella per converso parzialmente vincitrice, in favore della quale il Giudice del gravame è tenuto a provvedere sulle spese, secondo il principio della soccombenza, applicato all'esito globale del giudizio, piuttosto che ai diversi gradi del giudizio e al loro risultato (Cass. n. 17523 del 23/08/2011; Cass. n. 4052 del 19/02/2009).

Dunque, in tema di liquidazione delle spese giudiziali, il criterio della soccombenza non si fraziona secondo l'esito delle varie fasi, bensì deve essere considerato unitariamente *ex post*, ossia all'esito della lite, nel momento in cui viene decisa dal Giudice d'appello, senza che rilevi il fatto che, in qualche grado o fase precedente del processo, la parte poi successivamente dichiarata soccombente abbia conseguito un esito per sé favorevole (Cass., n. 19880 del 29/09/2011).

In sintesi: In tema di regolamento delle spese processuali da parte del Giudice d'appello, il principio della soccombenza, di cui all'art. 91 c.p.c., letto alla luce del principio dell'infrazionabilità

della domanda, comporta che nella domanda di condanna alle spese di lite, formulata dall'appellante, alla condanna della controparte alla refusione delle spese di lite, debba ritenersi implicita la richiesta di regolamento anche di quelle di primo grado e la soccombenza debba essere individuata non avuto riguardo ai singoli segmenti (grado o fase) del giudizio, bensì al processo considerato unitariamente *ex post*, all'esito della lite decisa dal Giudice d'appello (Cass. Civ., Sez. V, n. 23639 del 03/09/2024).

Come noto, l'art. 92, comma 2, c.p.c. abilita il Giudice a disporre la compensazione parziale o totale delle spese di lite in caso di soccombenza reciproca, di assoluta novità delle questioni trattate, di mutamenti della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti o, nel caso in cui sussistano "altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni", rispetto cui la giurisprudenza della Suprema Corte ha precisato come tali "altre gravi ed eccezionali ragioni" siano da ravvisare nelle ipotesi sopravvenienze relative a tali questioni, cioè a quelle trattate in giudizio, "di assoluta incertezza, che presentino la stessa o maggiore gravità ed eccezionalità, delle situazioni tipiche espressamente previste dall'art. 92, comma 2, c.p.c." (Cass., Civ., Sez. III, n. 6424 del 08/03/2024).

In materia di CTU, il consulente nominato dal Giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti - non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a carico delle parti - tutti i documenti che si rende necessario acquisire, al fine di rispondere ai quesiti sottoposti alla sua attenzione, a condizione che essi non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni, che è onere delle parti provare e, salvo quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio (Cass., n. 3086 del 01/02/2022).

Ai fini del corretto esercizio del potere di disapplicazione di provvedimenti amministrativi da parte del Giudice è necessario ricorrano due condizioni oggettive: a) che il provvedimento amministrativo non costituisca l'oggetto diretto della controversia, cioè non può venire in rilievo come fondamento del diritto dedotto in giudizio, bensì deve configurarsi quale mero antecedente logico, sicché la questione della sua legittimità si prospetti come pregiudiziale in senso tecnico e non come principale (Cass., U., n. 2987 del 1975 e n. 2244 del 2015, *citt.*; Cass. n. 2588 del 22/02/2002; Cass. n. 19659 del 13/09/2006; Cass. n. 276 del 10/01/2017); b) che il provvedimento debba essere affetto da vizi di legittimità, come tali lesivi di diritti, mentre il sindacato del Giudice è escluso con riguardo alle valutazioni di merito attinenti all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione (Cass., Sez. U., n. 18263 del 2004 e n. 116 del 2007, *citt.*; Cass. n. 4242 del 22/02/2010; Cass. n. 5588 del 06/03/2013).

F.BARD.

Documenti

Giovanni Tarello
e il realismo giuridico americano.

Guido Alpa

Già Professore ordinario di Diritto civile
nell'Università di Roma "La Sapienza"

«Negli anni attorno al 1930, un gruppo di giuristi americani particolarmente occupati a sottoporre sia dottrine sia norme tradizionalmente accettate (o di cui si supponeva l'accettazione da parte dei tradizionalisti) ad una critica dal punto di vista del loro "realismo" (cioè della loro capacità *descrittiva*) si dissero "realisti" e vennero dagli interlocutori designati come "realisti".» Con queste parole inizia lo svolgimento del pensiero giusrealistico americano indagato nel 1962 da un giovane filosofo del diritto genovese, Giovanni Tarello. Si trattò di un movimento rivoluzionario della scienza giuridica ufficiale vigente negli U.S.A. subito dopo la Prima guerra mondiale. Prevalva ancora, un po' per l'influsso della dottrina tedesca, un po' per le tecniche alle quali chi studia i testi normativi è quasi naturalmente portato, il metodo formalistico, assertivo, dogmatico. Roscoe Pound e alcuni docenti d'ingegno come lui, Oliver Wendell Holmes, Christofer Columbus Langdell, avevano un po' smosso le acque, adottando il metodo casistico e socratico nei loro corsi, indagando la giurisprudenza degli interessi e quindi superando l'idea che il diritto fosse pura forma, rappresentazione astratta di regole comportamentali. Ma l'impero delle regole economiche, i rivolgimenti che la guerra aveva provocato, le nuove esigenze sociali richiedevano un passo ulteriore, postulavano un diritto flessibile, aderente al dato concreto, e prevedibile nelle soluzioni interpretative: insomma, un diritto descritto in modo più realistico. Dopo il caso *Lochner v. New York* del 1905 con cui la Corte Suprema aveva dichiarato incostituzionale una legge sull'orario di lavoro o dopo lo scontro tra la Corte Suprema e il presidente Roosevelt negli anni del New Deal non si poteva rappresentare il lavoro dei giuristi in termini di mera esegesi.

Da tempo fuori commercio e non sempre presente nei dibattiti recenti, il volume di Giovanni Tarello è stato ora ristampato, con prefazione di P.L. Chiassoi, nella collana dedicata a *La memoria del diritto* del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre, ordinata dai professori L. Loschiavo, G. Pino e V. Zeno-Zencovich. Il libro è acquisibile sul web.

Giovanni Tarello (1934-1987) è stato uno dei più importanti filosofi del diritto del Novecento, ha compiuto i suoi studi e la carriera accademica all'Università di Genova, dopo aver svolto ricerche all'Università di Sydney con Julius Stone e in diverse Università straniere, ha fondato una delle migliori Scuole di indirizzo analitico, ha inaugurato nel 1972 i *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Definire Tarello un filosofo del diritto è limitativo: le sue competenze, i suoi preziosi contributi, le sue acute analisi, spaziano dalla storia del

pensiero giuridico alla filosofia analitica, dalla teoria generale del diritto alla teoria dell'interpretazione, all'analisi critica del diritto del lavoro e del diritto processuale, e può essere considerato tra i fondatori della sociologia del diritto in Italia. Un personaggio eclettico, di cultura formidabile, di grande eleganza letteraria. Dopo aver pubblicato un libro sul problema della crisi del diritto (Giappichelli, 1957) si ingegna nel sistemare il pensiero dei giusrealisti americani, fino a quel momento poco studiati nel nostro Paese. E *pour cause*: la cultura giuridica, allora divisa tra neogiusnaturalismo e positivismo kelseniano, era da sempre sensibile al formalismo giuridico, e quindi un po' asfittica. Già nei primi anni della sua rapida carriera Tarello manifesta i canoni del suo pensiero: nutre un forte spirito critico, avversa gli astrattismi, irride i teorici lontani dalla realtà e per questo sceglie di occuparsi dei giuristi che attribuiscono importanza al fatto, al modo di essere e pensare degli operatori, alle soluzioni curvate sulle esigenze economico-sociali, agli atteggiamenti del giurista-interprete, alle ideologie sottostanti alle tecniche interpretative, per comprendere *come il diritto è piuttosto che come dovrebbe essere*. Un diritto dunque in costante mutamento, dovuto non solo all'intervento legislativo ma anche a quello – creativo – dei giudici; un diritto che evolve rapidamente; un diritto che viene costruito (e "manipolato") con schemi funzionali ad ottenere l'effetto desiderato. Ne nasce una critica dei concetti e una critica dell'argomentazione giuridica che consentono al lettore di muoversi con agilità tra le opere di Karl Llewellyn, Max Radin, Thurman Arnold, Benjamin Cardozo, Jerome Frank, e altri, i quali, con interventi a volta originali, a volta polemici, ciascuno con il proprio stile e i propri progetti di politica del diritto, hanno dato corpo ad un indirizzo che non si è spento neppure dopo la Seconda guerra mondiale. Il realismo giuridico americano vivrà nelle pagine di Grant Gilmore, di William Prosser, e in un certo senso anche di Ronald Dworkin; al realismo giuridico si sono ispirati i diversi movimenti che hanno resa vivace la filosofia del diritto del nostro tempo, come i Critical legal studies, la Critical Race Theory, il diritto femminista e così via. In Italia, dopo Tarello, il realismo, nella sua versione scandinava, è stato studiato da Silvana Castignone (sempre della Scuola genovese) e poi a Bologna, a cura di Enrico Pattaro e Carla Faralli.

Non si tratta dunque di una mera rilevazione descrittiva, ma piuttosto di una analisi delle operazioni compiute dai giudici e dagli altri operatori della giustizia, di cui l'interprete deve saper pronosticare le soluzioni rilevandone le illogicità e le incongruenze. Ma "diritto" non è solo ciò che fanno i giudici, come predicava Jerome Frank: Tarello non si nasconde che in un sistema articolato come il nostro, multilivello, con pluralità di fonti, destinato ad operare in una società complessa, l'opera del legislatore, quella dell'esecutivo e della Pubblica Amministrazione, e quella dei giudici debbono trovare un felice coordinamento. Per l'appunto dimostra – realisticamente – che le tecniche utilizzate non sono mai neutre, e che il diritto non è quello che si legge sulla carta ma quello che si "crea" e vive per effetto dell'interpretazione.

Per una cultura giuridica della dignità. Alla ricerca del Santo Graal.

Michele Marchesiello

Già Magistrato

Sommario: 1. *Dignità e diritti umani: valori e principi* - 2. *Dignità umana: scatola vuota o concetto fondamentale?* - 3. *La prospettiva filosofica e quella letteraria.*

1. Dignità e diritti umani: valori e principi.

Ho cominciato a interrogarmi sui problemi posti dall'idea di dignità alla riflessione e alle interpretazioni (usando il plurale, come accertamente ha fatto Alpa) (1) che i giuristi danno dei 'diritti umani' e della dignità della persona, a partire dalla loro difficile qualificazione: valori, o principi? Oppure valori e, insieme, principi?

Mi ha aiutato Gustavo Zagrebelsky, che in un suo vecchio articolo (2), in occasione delle discussioni sull'aborto (o, più pudicamente, sull'interruzione di gravidanza) tracciava nitidamente la distinzione-opposizione tra valori e principi.

Il *valore*, scriveva Zagrebelsky, si colloca nella sfera morale ed è qualcosa che 'deve *valere*', cioè un 'bene finale' che chiede di essere realizzato in se stesso. È un fine che autorizza qualsiasi azione, legittimandola. La massima dell'etica dei valori è 'agisci come ti pare in vista del valore che affermi'. In questo senso i valori sono 'tirannici', su di essi 'non si vota', a causa della loro inclinazione totalitaria, che rende impossibile il dialogo con valori opposti. Il *principio*, viceversa, è 'qualcosa che deve *principiare*, cioè un bene iniziale che chiede di realizzarsi attraverso attività che prendono da esso avvio e si sviluppano di conseguenza'. Il principio è in questo senso 'normativo', ma non 'prescrittivo' rispetto all'azione. La massima dell'etica dei principi è 'agisci in ogni situazione particolare in modo che nella tua azione si trovi il riflesso del principio'. A differenza dei valori, i principi non implicano una propensione totalitaria ma sono capaci - quando una stessa questione ne coinvolga più d'uno - di dialogare trovando forme di coesistenza e rispetto reciproco. I principi possono 'bilanciarsi' tra loro.

Assolutismo etico-giuridico da una parte, dunque, pluralismo (e non relativismo etico) dall'altra. I conflitti tra libertà e autorità, tra compassione e punizione, tra diritto alla vita e diritto alla morte costituiscono altrettanti esempi di questa tendenza dei principi a coniugarsi alla ricerca di un equilibrio possibile. Le difficoltà nascono quando valori e principi si confondono: i principi pretendendo di essere intesi come 'valori' (e quindi assolutamente non negoziabili), questi ultimi mascherandosi da principi (e quindi essenzialmente negoziabili.)

Per tornare alla questione posta da Alpa e alla distinzione (o confusione?) tra i valori e i principi alla base della cultura giuridica occidentale, si propone di assegnare la dignità personale al campo dei valori, e i diritti umani a quello dei principi.

La dignità personale è un bene non negoziabile né disponibile (lo si mette in gioco anche quando la persona accetta di spogliarsene, come nel caso famoso del 'lancio del nano'): è un 'bene finale', a suo modo tirannico. I diritti umani appartengono, viceversa, al novero dei principi, posta la loro funzione normativa ma non prescrittiva quanto all'azione che ad essi deve ispirarsi. La Costituzione - qualsiasi Costituzione - pur essendo ispirata a 'valori', ragiona sempre 'per principi', che in ogni situazione devono trovare tra loro un equilibrio ragionevole, in vista di una specie di omeostasi dell'organismo sociale.

Questa funzione regolatrice ed equilibratrice svolta da una Costituzione e dai suoi interpreti pare tanto più fondamentale oggi, davanti al moltiplicarsi spesso incontrollato dei 'diritti' che aspirano alla qualifica di 'umani' (come se ne esistessero di non-umani), determinando conflitti, spesso drammatici, non solo tra i soggetti che ne sono portatori, ma anche nella coscienza interna di ogni singolo soggetto.

Nel suo *'The Twilight of Human Rights Law'* (3) prendendo lo spunto dalla pratica tristemente diffusa delle detenzioni arbitrarie, delle 'uccisioni stragiudiziali' e della tortura, Eric Posner osservava che viviamo ormai in un'epoca in cui la maggior parte dei trattati sui diritti umani (ne esistono almeno nove), pur formalmente ratificati da quasi tutti i Paesi, viene in molti di questi stessi Paesi sistematicamente violata e disapplicata.

Si calcola che circa trenta milioni di persone al mondo vivano oggi in condizioni di schiavitù, nelle forme 'tradizionali' o in quelle più moderne.

Più di 150 Paesi, dei 193 appartenenti alle Nazioni Unite (il nostro incluso, come sappiamo dal G8 di Genova), ammettono forme più o meno larvate di tortura.

In molti paesi le donne continuano a costituire una classe subordinata e i bambini a lavorare nelle miniere.

Nel frattempo, non si fa che parlare di 'diritti umani'. L'uso dell'espressione *human rights* nei libri in lingua inglese è aumentato di 200 volte dal 1940, ed è usato 100 volte più dei termini *constitutional rights* e *natural rights*. Devastanti interventi militari sono stati definiti 'umanitari'.

Sempre nel frattempo, c'è ancora chi sostiene che l'incorporazione dei diritti umani nel diritto internazionale costituisca una delle maggiori conquiste della Storia, mentre i governi continuano impuniti a violare ogni tipo di diritto 'umano'.

Una delle ragioni di questo apparente paradosso, secondo Posner, consiste nel fatto che l'elenco dei diritti umani è andato crescendo in misura esponenziale: se ne contano oggi almeno 400 riconosciuti sul piano internazionale (4). Vi è incluso praticamente ogni aspetto della vita umana che sia stato ritenuto meritevole di una protezione internazionale. Anche se animato dalle migliori intenzioni, nessuno Stato potrebbe impegnarsi - e impegnare le proprie risorse - per l'attuazione integrale di tutti i diritti posti sotto quell'etichetta.

Si sarebbe tentati di riconoscere che i giuristi sono molto bravi a 'denominare' e catalogare i diritti fondamentali, ma che il diritto in generale si rivela impotente - o quasi - a farli rispettare e punirne le violazioni.

Valga l'esempio del crimine di genocidio, la geniale invenzione di Raphael Lemkin, che - denominato e 'internazionalizzato' - continua a venire commesso, impunito, sotto gli occhi di un mondo ormai 'ubriaco di diritti'.

È stata Mary Ann Glendon (5) a osservare che:

"Agli albori del Terzo Millennio, le decisioni inerenti i diritti dell'uomo rischiano di degenerare in una cacofonia. Le dichiarazioni sui diritti dell'uomo corrono il rischio di diventare semplici bacheche dove questo o quel gruppo di interesse cerca di apporre il suo nuovo diritto preferito".

E Paolo Carozza (6) ha riconosciuto - con molta fondatezza - che le attuali pratiche di individuazione e interpretazione dei diritti umani si inseriscono in un vero e proprio 'mercato di ideologie, e non di ideali', mercato gestito per di più da una 'circoscritta élite culturale' (ma, diremmo piuttosto noi, 'politica-economica-finanziaria') spesso indifferente a ciò che è favorevole o meno al benessere dell'uomo in tempi e luoghi diversi.

Il nuovo 'mercato dei diritti umani', come tutti i mercati, si configura quindi come il luogo deputato alle diseguaglianze,

che - non a caso - si stanno sviluppando in modo intollerabile in tutto il mondo.

A una crisi profonda dei diritti umani e a quella, conseguente, dell'idea di eguaglianza, corrisponde la manifesta difficoltà da parte del diritto nel cercare di fronteggiare le due crisi.

In questa situazione, in modo anch'esso apparentemente paradossale, si deve registrare il crescente interesse da parte dei giuristi per l'idea - o il 'valore' - della dignità della persona umana.

Crisi dei diritti umani, dunque, e attenzione crescente per la dignità umana. Nella Babele dei *diritti-principi*, si cerca rifugio nella dignità come *valore innato* e non negoziabile.

È questa la *dimensione tragica* della dignità umana: più la si offende e rinnega, più l'idea di una dignità 'innata' nell'essere umano (nell'essere uomo, o donna) rivela la propria centralità e necessità.

2. Dignità umana: scatola vuota o concetto fondamentale?

'Considerato che il riconoscimento della dignità umana intrinseca e dei diritti uguali e inalienabili di tutti i membri della famiglia umana è il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo....'

'Considerato che i popoli delle Nazioni Unite hanno riaffermato nello Statuto la loro fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana...'

(dal 'Preambolo' alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani)

'La dignità dell'uomo è intangibile.

È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla.'

(dalla Legge Fondamentale della Repubblica Federale Tedesca, art.1)

'La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata.'

(Carta Europea dei Diritti Fondamentali, capo I, art.1)

In forma meno esplicita ma più ellittica, la dignità fa la sua apparizione anche nella Costituzione italiana come 'dignità sociale' (art.3), come diritto a una retribuzione del lavoro che consenta 'un'esistenza libera e dignitosa' (art.36), come limite alla libertà di iniziativa economica privata (art.41). Il principio personalistico cui la nostra Carta fondamentale è ispirata propone infine la dignità come 'presupposto implicito' (Giovanni Maria Flick) di numerosi diritti fondamentali : presupposto che ha preso corpo grazie all'opera della giurisprudenza costituzionale (7).

E tuttavia, quella che abbiamo definito la 'dimensione tragica della dignità umana (*Menschenwuerde*)' si manifesta subito nella forma dell'ambiguità e del paradosso.

C'è chi la ritiene fondamento indispensabile per una cultura e una pratica dei diritti umani. C'è al contrario chi tende a negarle cittadinanza o significato per la considerazione giuridica: vuoi innalzandola a 'mero' valore etico, vuoi degradandola a parola vuota di significato e sostanzialmente inutile.

Tra questi - con l'autorevole avallo di Schopenauer ('...la parola d'ordine di ogni moralista dalla testa vuota'), Marx e Nietzsche: Marx basandosi sulla nozione 'classica' di dignità come indice di diseguaglianza, Nietzsche - all'opposto - lamentando la nuova pretesa 'democratica' della dignità che avrebbe voluto gli uomini tutti eguali.

Più recentemente e radicalmente, si sono espressi contro la nozione di dignità - o per la sua irrilevanza - la bioeticista Ruth Macklin e lo psicologo Steven Pinker.

Macklin (8) definisce la dignità '*a useless concept*', un concetto inutile, almeno per l'analisi etica dell'attività medica. Esso non aggiunge nulla ai principi fondamentali dell'etica medica:

il rispetto per la persona, la necessità del consenso informato del paziente, la riservatezza. Macklin diffida, in particolare, della fonte principale del concetto di dignità, che ravvisa nella Chiesa Cattolica Romana.

Pinker (9) si spinge oltre, definendo quella di dignità '*a squishy, subjective notion*', una nozione flaccida e soggettiva, per niente all'altezza del peso morale che le viene attribuito, intrisa di valori religiosi giudeo-cristiani dei quali lo scienziato sociale deve diffidare.

Non solo '*useless*' - come sostenuto da Macklin - ma addirittura nociva (*harmful*), la nozione di 'dignità' è per Pinker essenzialmente 'stupida' e disponibile per qualunque operazione di stampo totalitario: 'Una società veramente libera dovrebbe vietare allo Stato di imporre ai suoi cittadini un determinato concetto di dignità'. Filosofi e giuristi hanno dedicato alla dignità umana un trattamento più meditato e approfondito, anche se non uniforme nelle conclusioni.

Detto in termini molto - forse troppo - sintetici, il concetto di dignità è passato, dal significare la *diversità e superiorità* di alcuni personaggi rispetto all'uomo comune, loro subordinato e sottomesso, al significare, democratizzandosi, l'esatto contrario: ossia la radicale *eguaglianza* di tutti gli uomini in quanto individui.

Difficile - praticamente impossibile, forse addirittura inopportuno - interrogarsi sul significato 'vero' e univoco di questa nuova eguaglianza democratica, sul suo fondamento etico, religioso, filosofico o giuridico, addirittura sul suo avere o meno un fondamento e, se sì, quale.

È un fatto che l'individuo, autentica 'scoperta' dell'Illuminismo, reclama ormai il pieno riconoscimento, da parte di qualsiasi ordinamento giuridico, del proprio 'valere' in quanto uomo dotato di 'valore' (*Menschenwuerde*).

Proprio alla 'scoperta' moderna dell'individuo si deve il passaggio dell'idea 'classica' di dignità, storicamente funzionale alle varie forme di diseguaglianza-sudditanza, alla paradossale eguaglianza di tutti gli esseri umani proprio in quanto 'individui' e quindi necessariamente 'diversi', ciascuno investito della nuova e a suo modo rivoluzionaria dignità democratica.

Diversità non equivale a diseguaglianza: si può essere diversi, ma eguali - egualmente degni - nella diversità.

Si deve quindi convenire col filosofo Nick Bromell, nel configurare il termine 'dignità' come equivalente o strettamente connesso a 'democrazia'. (10) E dove la democrazia è in pericolo (come, secondo Bromell, negli Stati Uniti: ma, aggiungiamo noi, non solo negli Stati Uniti) è indispensabile tornare a pensare la dignità come quella 'misteriosa qualità che esprime il valore di una persona', su cui si fonda ogni possibilità di riconciliazione politica e quindi ogni autentica democrazia.

Misteriosa e 'malleabile' qualità, non nel senso che ognuno può intenderla a suo modo o in funzione dei propri interessi, ma nel senso che - a un consenso generale sulla centralità di quel valore, la dignità dell'uomo - corrispondono diverse e tra loro non necessariamente concordanti spiegazioni o 'narrazioni'.

Dignità di chi, e perché? Se è qualcosa che ci viene conferito per natura, per quale ragione ci può essere tolta o negata?

Alla base di ogni genocidio, di ogni crimine contro l'umanità, c'è sempre l'operazione preliminare che consiste nel sottrarre la dignità di essere umano alla vittima, nel destituirlo dalla condizione umana. Ma è chiaro - ineluttabile - che proprio attraverso questa 'sottrazione', il carnefice priva anche se stesso di quella 'misteriosa' e ineffabile qualità, che solo l'arte e la letteratura riescono a rappresentare. È quella che chiamiamo 'la dimensione tragica' della dignità.

Quando si viene al diritto, le cose si complicano. E si complicano, essenzialmente, proprio a causa di quella misteriosa 'ineffabilità'

che, accessibile all'intuizione dell'artista o dello scrittore, la fa sfuggire alla presa della prospettiva giuridica, che si nutre di generalità, astrattezza, precisione terminologica.

In quanto 'valore', la dignità è indimostrabile e non definibile, molto simile in questo alla *Grundnorm* kelseniana.

E allora, nell'interrogarsi intorno alla dignità, i giuristi da un lato prendono atto della sua inafferrabilità (o, come gli esploratori dell' '800 che andavano alla ricerca delle sorgenti dei grandi fiumi africani, finiscono per dichiararsi vinti o ricorrere anch'essi all'immaginazione), e dall'altro lato dedicano la loro attenzione agli usi molteplici che di quel concetto vengono fatti dai giudici, alla ricerca di un *common core*, di un nucleo comune che dovrebbe svelarsi attraverso l'analisi delle varie interpretazioni giudiziarie.

Cristopher Mc Crudden, nel suo saggio *'Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights'* (11), conclude che l'uso del termine 'dignità' - al di là di un *'basic minimum core'* - non fornisce un criterio universalmente valido per le decisioni in materia di diritti umani. Le giurisdizioni - nazionali e internazionali - non sembrano intendersi né tanto meno comunicare tra loro a questo proposito.

Il concetto di 'dignità' rimane così legato al caso specifico e allo specifico contesto giuridico in cui lo si applica. Non solo, aggiunge Mc Crudden: il ricorso alla 'dignità' sembra esporre il processo decisionale giudiziario a forme pericolose di manipolazione e discrezionalità.

Rimane - a quel concetto - solo uno spazio limitato e del tutto secondario per l'interpretazione e l'applicazione in giudizio dei diritti umani. Né pare che le più recenti analisi politico-filosofiche sul tema abbiano influenzato in qualche modo l'uso legale e giudiziario del termine. (12)

Un passo avanti rispetto a Mc Crudden (che ha posto la questione dell'interpretazione giudiziaria del concetto di 'dignità', ma non vi ha dato una risposta) lo compie - a stretto giro di posta - Paolo G. Carozza. (13)

Nella sua *'Reply'* al saggio di Mc Crudden, Carozza ribadisce l'emergere a livello globale di uno *jus commune* dei diritti umani: proprio in ragione di questo nuovo 'universalismo' dei diritti umani, il concetto di dignità assume il valore di una *common currency*, di una valuta comune nel dialogo transnazionale e nelle 'prese in prestito' che sempre più frequentemente si registrano tra giurisdizioni.

"Il concetto di dignità umana...fornisce ai tribunali una delle principali giustificazioni nel prendere in considerazione - nelle loro decisioni - fonti straniere di diritto, svincolandosi dai limiti posti loro dal diritto positivo", (14) giustificando in questo senso chi ha parlato di una 'super-positività' dei principi espressi dalla *Human Rights Law*. (15)

Questa funzione, svolta dalla nozione di dignità umana, implica l'esistenza di una convinzione universalmente diffusa circa la necessità, da parte dei giudici nazionali, di attenersi a quel valore indipendentemente dalle particolari connotazioni e giustificazioni che esso può ricevere nei diversi ordinamenti, e soprattutto richiede ai quei tribunali di dare una giustificazione per tutti quei casi in cui la decisione giudiziaria ritiene di allontanarsene, sulla base del diritto positivo nazionale.

Una norma può essere considerata 'universale' solo nella misura in cui si presenta in termini flessibili, rispettosi dei pluralismi e dei contesti specifici cui deve applicarsi. Proprio per questo, la norma può rivelarsi tremendamente efficace, sia che la si rispetti sia che si scelga di violarla: basti pensare alle 'uccisioni extra-giudiziali', alle detenzioni arbitrarie, alle forme sistematiche di discriminazione, alle *extraordinary renditions*, alla tortura, alle condizioni inumane nelle carceri.

Per Carozza, quindi, il *'minimum core'* di Mc Crudden diventa un vero e proprio *'hard core'*, uno zoccolo duro dell'idea di dignità umana universalmente intesa.

"Anche se non esiste un consenso internazionale su taluni aspetti dei requisiti minimi della dignità umana, esistono più che buone ragioni per sostenerne la validità: al contrario, l'esistenza di un consenso internazionale relativo alla dignità umana non è un segno infallibile della sua verità" (16)

Il 'rumore' che caratterizza i margini della nozione, non compromette la validità del consenso che si registra al suo centro, né giustifica la ricaduta in quella che Carozza chiama 'la dittatura del relativismo', contrapponendola agli 'universalisti' falsamente monolitici.

Il dialogo giudiziario intorno al problema della dignità - se non deve attribuire ai giudici un ruolo privilegiato e discrezionale nello stabilirne contenuti e limiti - sembra comunque indispensabile per la protezione dei diritti umani e della dignità della persona.

3. La prospettiva filosofica e quella letteraria.

Come spesso accade, anche se non può far piacere a molti di loro, i giuristi devono a questo punto cedere la parola ai filosofi, o ai poeti.

'I filosofi - scriveva Richard Rorty (17)- hanno cercato di fare chiarezza in questa confusione (in cosa consiste l'essenza dell'umano, di cui la dignità è espressione massima, n.d.a) ... Platone sosteneva che vi è una grande differenza tra noi e gli animali...Diceva che gli esseri umani sono fatti di un ingrediente in più tutto particolare che li colloca in una categoria ontologicamente diversa da quella dei bruti'

Gli anti-platonici, come Nietzsche, rispondono che tutti gli sforzi compiuti perché la gente smetta di stuprare, assassinare, castrare e umiliare altra gente, sono - nel lungo periodo - destinati a fallire.

In questo l'uomo è un animale particolare: nella sua pericolosità e crudeltà che non trovano riscontro negli altri animali. L'idea che esistano alcuni diritti 'innati' o 'inalienabili' della persona umana non sono che *'un tentativo risibile quanto inutile compiuto dai membri più deboli della specie per proteggersi in qualche modo dai più forti'* (18)

Rorty considera un passo avanti compiuto sul piano intellettuale nel secolo XIX la crescente perdita di interesse per il contrasto tra Platone e Nietzsche.

La domanda su 'qual è la nostra vera natura?' viene sostituita dall'altra, pragmatica, sul 'che fare di noi?'

Abbandonata (come un satellite divenuto inutile e lasciato inghiottire dallo spazio) ogni teoria sulla natura umana,

"Tendiamo a vederci come un animale flessibile, proteiforme, capace di darsi la forma che vuole, anziché come un animale razionale, oppure un animale crudele". (19)

Il riconoscimento tutto moderno dei diritti umani e della dignità dell'uomo in quanto tale, che ha assunto la forma inedita della 'cultura dei diritti umani' ha messo nell'angolo la ricerca dei 'presupposti' e dei 'fondamenti' filosofici dell'idea di dignità.

Questa 'scoperta' della sua dimensione culturale e storica si è esposta all'accusa di relativismo da parte di chi vorrebbe considerare l'idea dignitaria come un frutto della cultura occidentale che ne avrebbe fatto dono all'umanità intera.

Ma - dice Rorty - se si può essere d'accordo (o in disaccordo) sulla pretesa superiorità morale della cultura occidentale e dell'idea democratica maturata in quel contesto, questo non consente di fare del rispetto della dignità umana un vero e proprio attributo della natura umana in generale.

Il 'comprendere' (*das Verstehen*) è - in questo senso - più vicino al modo umano di sentire e sperimentare che non il 'conoscere' (*das Wissen*).

E allora, come far fronte all'apparentemente insanabile conflitto tra una razionalità sempre alla ricerca di incrollabili fondamenti ontologici, e una irrazionalità che abbandona ogni tentativo di 'conoscere' cosa si nasconda all'interno di ogni agire specificamente umano?

Il 'comprendere' - in questo senso - è più vicino al modo umano di sentire del 'conoscere'.

La risposta di Rorty - decisiva per il nostro interrogativo - è che "...l'impresa più grande che la filosofia possa sperare di compiere consiste nel fornire un quadro di sintesi delle nostre intuizioni, culturalmente determinate, in merito alla giusta scelta da operare in situazioni di volta in volta differenti... Questa generalizzazione non dovrà costituire il fondamento delle nostre intuizioni, ma piuttosto il loro compendio". (20)

Esempi di questo tipo di generalizzazioni sono il 'principio di differenza' di John Rawls e il diritto costituzionale alla *privacy* elaborato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti.

Si tratta di 'generalizzazioni riepilogative' che aumentano la prevedibilità e il potere delle istituzioni - quelle giudiziarie in primo luogo - di informare le loro decisioni ai valori di un'etica condivisa il più largamente possibile.

A questa condivisione, e al dialogo che essa instaura necessariamente tra le Corti, fa riferimento Jan Smits (21) quando - sottolineando la necessità di 'umanizzare' il diritto privato e il diritto dei contratti - riconosce che se da un lato non esiste la prospettiva di un concetto universale o trans-nazionale di dignità umana capace di imporsi al di là delle esperienze nazionali, riconosce dall'altro lato come si vada configurando tra i giuristi una positiva convergenza di 'argomenti' (una 'armonizzazione'?). Esisterebbe, di fatto, una *international argumentative community* fondata sulla condivisione di un'idea di dignità umana, comunque configurata: in termini espliciti o solo indiretti. Jan Smits definisce questo fenomeno allo stato nascente come '*A warning sign*' per il diritto civile.

In questo approccio pragmatico, 'umanizzante' o umanistico, consiste il modo migliore di rendere omaggio alla storia e realizzare quello che Tzetan Todorov ha chiamato 'lo spirito dell'Illuminismo', dal quale anche la riflessione giuridica è stata felicemente contaminata. La ragione si impone alla razionalità, senza cadere nell'irrazionalismo.

È evidente - tuttavia - che il compendio, le 'generalizzazioni riepilogative', i risultati della 'convergenza di argomenti' non possono essere lasciati all'opera, pur preziosa, di compilatori o di esegeti specialisti.

Lo stesso Rorty se ne rende conto, come se ne rendeva conto Bromell, nel sottolineare la qualità misteriosa e paradossale del valore della persona umana: insieme strettamente individuale e necessariamente condiviso dalla collettività. La dignità è esclusivamente 'mia', ma dipende anche dal valore e dalla dignità che gli altri mi attribuiscono.

Più che aiutare a risolvere un 'caso', l'idea di dignità costringe il giurista ad affrontare questioni-dilemmi irrisolvibili in termini generali e astratti: la vera ricerca del Sacro Graal, come qualcuno ha detto.

È quella che abbiamo definito la 'dimensione tragica' della dignità umana.

È ancora Rorty, il filosofo, a suggerire la via di uscita dall'impasse, esortando a concentrare tutte le nostre energie sulla 'manipolazione dei sentimenti', vale a dire sull'*educazione sentimentale*. È grazie a questa capacità di partecipazione 'compassionevole' che gli Ateniesi assistevano alla rappre-

sentazione dei '*Persiani*' di Eschilo o del '*Filottete*' di Sofocle, non a caso richiamato da Bromell nel suo studio del rapporto tra dignità e democrazia. E si deve anche alla lettura della '*Capanna dello zio Tom*' la reazione (sentimentale, certo, ma alla lunga assai efficace) di gran parte dell'opinione pubblica americana davanti all'orrore della schiavitù.

Per questa ragione - credo - anche i giuristi devono rivolgersi all'arte e alla letteratura, capaci di 'umanizzare' il diritto più di quanto non possano o sappiano fare gli addetti ai lavori. I tecnici - ha detto qualcuno - sono bravi nel sapere ma non sempre lo sono altrettanto nel capire.

A questo punto il nostro discorso torna a Guido Alpa, raro esempio di giurista straordinariamente bravo nel capire.

Proprio Guido (come tutti noi lo chiamiamo), nella sua sensibilità precorritrice dei temi rilevanti per la considerazione giuridica, si è chiesto se davvero diritto e letteratura siano due entità contrapposte, se il diritto non sia o non possa essere - a suo modo - una forma di letteratura e quali effetti conseguano alla interpretazione dei testi giuridici con i criteri propri della critica letteraria. (22) Rispondendo a questi interrogativi, Alpa arriva alla conclusione - tratta dall'esperienza statunitense e dai suoi riflessi sull'esperienza italiana - che l'approccio letterario al diritto 'non solo è scientificamente corretto e affidabile, ma può produrre risultati cospicui'.

A questo risultato egli perviene dopo un'accurata analisi su 'cosa si intende per 'diritto e cosa per *letteratura*, distinguendo tra testi di fantasia, testi religiosi o sacri e testi afferenti il diritto, cioè testi giuridici.

Il risultato di questa analisi è che non vi sono differenze determinanti tra le tre 'categorie' e spesso i tre tipi di testo sono tra loro 'intercambiabili': 'intrecciati' noi diremmo. Un testo sacro può divenire un testo giuridico, un testo giuridico può presentare spiccati caratteri letterari e un testo letterario può acquisire rilevanza religiosa o giuridica.

Alpa conclude che "*Non si può contrapporre il diritto alla letteratura, perché il diritto è letteratura; la separazione tra testi letterari e testi giuridici è interna, non esterna alla categoria dei testi, anche se il diritto - ovviamente - non è solo interpretabile mediante criteri letterari*". (23)

La dimensione tragicamente paradossale della dignità può essere affrontata - anche dal diritto - più che inoltrandoci sugli incerti sentieri della filosofia, rivolgendoci all'arte e alla letteratura: a Sofocle ed Eschilo, a Stendahl e Balzac, a Melville e Hawthorne. Solo la letteratura - come osserva Bromell - può insegnarci ad affrontare la strana condizione di chi si sente allo stesso tempo *invulnerabile* - perché dotato di valore 'in sé' - e *vulnerabile* perché dipende dalla conferma sociale di quel valore.

Per questa ragione dignità e democrazia si richiedono a vicenda.

Per questa ragione l'accrescersi vertiginoso delle disegualanze nel mondo comporta una perdita non facilmente riparabile: sia in termini di dignità della persona che in termini di effettiva democrazia.

Note.

(1) G. Alpa, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società post-moderna*, Marietti, Genova, 2017.

(2) *La Repubblica*, 22 febbraio 2008.

(3) E.A. Posner, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford U.P., New York, 2014.

(4) Si veda, in appendice al libro di Posner, la lista dei diritti riconosciuti dai principali trattati sui diritti umani. Anche se si deve riconoscere, con l'autore, che un diritto non è un prodotto 'naturale' e le sue tipologie

possono essere moltiplicate e suddivise all'infinito, a colpire l'osservatore è la straordinaria ampiezza delle attività umane coperte da quella nozione.

(5) M.A. Glendon, *La visione dignitaria dei diritti sotto assalto*, in *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di Luca Antonini, Rubbettino, 2007, pag. 79.

(6) P. Carozza, *Il traffico dei diritti umani nell'epoca post-moderna*, in *Il traffico...*, cit. sopra, p. 89.

(7) Cfr. *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, a cura di M. Bellocci e P. Passaglia, quaderno predisposto dalla Corte Costituzionale in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Roma, 30 settembre - 1° ottobre 2007.

(8) R. Macklin, *Dignity is a useless Concept*, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789/>.

(9) S. Pinker, *The Stupidity of Dignity*, in *The New Republic*, 28 maggio 2008.

(10) N. Bromell, *Dignity: a Word for Democracy*, in *Raritan*, vol. 35, Numero 1, estate 2015.

(11) In *The European Journal of International Law*, Vol. 19, n° 4, 2008.

(12) 'So far, at least, there is little evidence that the legal and the judicial use of the concept has been directly affected by recent philosophical/political theory analyses, or vice-versa'. Mc Crudden, op. cit. p. 663.

(13) P. G. Carozza, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: a Reply*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 19, n° 5, 2008.

(14) P. G. Carozza, op., cit. p. 932.

(15) G. Neuman, *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, 55 Stanford, L. R., 2003, 1863.

(16) P. G. Carozza, op. cit. p. 937.

(17) R. Rorty, *Diritti umani, razionalità e sentimenti*, in *I diritti umani*, Oxford Amnesty Lectures, trad. it., Garzanti, Milano, 1994, pag. 131.

(18) R. Rorty, op. cit. p. 131.

(19) R. Rorty, op. cit., p. 132.

(20) R. Rorty, op. cit. p. 133.

(21) J.M. Smits, *Human Dignity and Uniform Law: an Unhappy Relationship*, in TICOM, *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper*, n° 2008/2.

(22) G. Alpa, op. cit., p. 9.

(23) G. Alpa, op. cit., p. 25.

Direttiva Copyright: tra il diritto accesso alla cultura e le sfide dell'epoca digitale.

Claudia Campanale

Praticante Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *L'accesso alla cultura come diritto fondamentale.* - 3. *Diritto d'autore e sfide tecnologiche: differenze tra gli ordinamenti di Common Law ed ordinamenti di Civil Law.* - 4. *La Direttiva 2019/790 ed il recepimento in Italia.* - 5. *Diritto d'autore ed ambito didattico.* - 6. *Considerazioni conclusive.*

1. Premessa.

La tutela del diritto d'autore assume un ruolo centrale nell'era digitale, dal momento che la diffusione e la condivisione di contenuti sono facilitate dall'innovazione tecnologica e dalla crescente diffusione delle piattaforme digitali.

Nell'Unione Europea, la necessità di garantire un equilibrio tra la protezione delle opere creative e la libertà di accesso alla cultura ha portato all'adozione della Direttiva 2019/790, approvata il 17 aprile 2019 dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell'UE. Tale normativa rappresenta un passo significativo verso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia, affrontando temi chiave quali il diritto degli autori ad una remunerazione equa, le responsabilità delle piattaforme digitali nella diffusione di contenuti protetti ed il contrasto alla pirateria.

La direttiva ha, di conseguenza, generato un acceso dibattito tra coloro che sottolineano l'importanza della tutela degli autori e chi, invece, teme possibili restrizioni alla libertà di espressione ed alla condivisione online.

In merito a questa seconda prospettiva, le preoccupazioni riguardano soprattutto l'interpretazione restrittiva delle eccezioni e limitazioni previste dalla direttiva medesima, tali da poter incidere sulla libera fruizione dei contenuti da parte degli utenti, sollevando interrogativi sulla possibilità di conciliare la protezione del diritto d'autore con il diritto fondamentale di accesso alla conoscenza.

Questo articolo, pertanto, si pone l'obiettivo di analizzare la Direttiva 2019/790, confrontando i modelli giuridici di *common law* e *civil law* e approfondendo il processo legislativo che ha portato alla sua adozione, evidenziandone i punti di forza, le criticità, nonché le modalità di attuazione in Italia.

2. L'accesso alla cultura come diritto fondamentale.

L'accesso alla cultura è un diritto essenziale per il progresso sociale, la libertà di espressione e la partecipazione democratica, di conseguenza esso è sancito a livello internazionale e nazionale attraverso trattati, convenzioni e norme costituzionali.

L'articolo 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, ad esempio, riconosce il diritto di ogni individuo a prendere parte alla vita culturale della comunità, a godere delle arti e a beneficiare del progresso scientifico. Analogamente, il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (PIDESC) del 1966 impone agli Stati l'obbligo di garantire l'accesso alla cultura, promuovere la diversità culturale e proteggerne il patrimonio.

A livello nazionale, poi, molte costituzioni includono esplicitamente il diritto alla cultura: ne è un esempio la Costituzione italiana che, attraverso gli articoli 9, 33 e 34, tutela lo sviluppo della cultura, la libertà della scienza e dell'arte e il diritto all'istruzione. In Germania, invece, la *Grundgesetz* sancisce la libertà di espressione e la promozione culturale, mentre la Costituzione francese enfatizza la diversità linguistica ed il ruolo delle collettività territoriali nella promozione della cultura.

Nel Regno Unito, invece, tale diritto è garantito attraverso una serie di atti legislativi, come il *National Lottery Act* del 1993 ed il *Public Libraries and Museums Act* del 1964.

Dal momento che l'accesso alla cultura favorisce la crescita personale e collettiva, affinché questo sia garantito anche in un contesto digitale e transfrontaliero, è necessario un intervento legislativo internazionale.

Proprio in questa direzione si inserisce la Direttiva 2019/790, introducendo eccezioni obbligatorie per favorire attività come l'insegnamento online e l'estrazione di dati.

Nonostante gli indubbi aspetti positivi, la sua applicazione negli Stati membri avviene spesso in modo disomogeneo e ciò perché il concetto di diritti culturali è complesso e non del tutto definito in ambito normativo (1).

La dottrina, ad esempio, li intende come diritti umani volti a proteggere e promuovere gli interessi culturali di individui e comunità, garantendo la capacità di preservare, sviluppare e trasformare l'identità culturale (2). In tal senso, l'articolo 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani distingue due dimensioni della partecipazione alla cultura: da un lato, il diritto di ogni individuo a fruire dei benefici del progresso culturale; dall'altro, la tutela degli interessi degli autori.

In quest'ottica, dunque, i diritti culturali, includono non solo il diritto alla partecipazione alla vita culturale, ma anche la libertà di religione, di espressione, di associazione ed il diritto all'istruzione e alla proprietà intellettuale (3).

In questo contesto, pertanto, il diritto d'autore non dovrebbe ostacolare l'accesso alla cultura, specialmente nell'era digitale, in cui il progresso tecnologico consente una diffusione più ampia e accessibile della conoscenza.

3. Diritto d'autore e sfide tecnologiche: differenze tra gli ordinamenti di *Common Law* ed ordinamenti di *Civil Law*.

L'evoluzione tecnologica ha introdotto nuove minacce alla protezione del diritto d'autore, dal momento che la pirateria online, la condivisione non autorizzata di contenuti sui social media e l'aggrimento delle tecnologie di protezione mettono a rischio i guadagni degli autori e delle industrie creative.

Anche l'intelligenza artificiale ha sollevato ulteriori problematiche, come la creazione di *deepfake* e la riproduzione non autorizzata di opere artistiche, anche a seguito dell'utilizzo diffuso di dispositivi digitali, circostanza che ha facilitato la riproduzione e la distribuzione incontrollata di contenuti protetti.

Pertanto, alla luce di queste sfide, diventa fondamentale trovare un equilibrio tra la tutela dei diritti d'autore e la necessità di garantire l'accesso alla cultura: la ricerca di soluzioni adeguate è cruciale per preservare l'integrità dell'industria culturale, promuovere la creatività e assicurare che la cultura rimanga un bene accessibile a tutti.

A tal fine si potrebbe affermare, anche secondo quanto dichiarato da Schmitt, che la sovranità digitale si misura sulla capacità di rispondere al bisogno di tutela dei diritti fondamentali, perché *"sovrano è colui che decide sulla protezione dei diritti"* (4).

Di conseguenza, l'approccio giuridico al diritto d'autore varia notevolmente a seconda dei sistemi giuridici, e la sua disciplina riflette le diverse concezioni filosofiche dei singoli ordinamenti. Nei paesi di *civil law*, che includono molti paesi europei continentali, il diritto d'autore è spesso codificato in una legge specifica che fornisce una descrizione dettagliata dei diritti degli autori e delle opere coperte.

In questi ordinamenti, i diritti morali ricevono una protezione molto forte dal momento che sono generalmente considerati

inalienabili, perpetui e trasmissibili agli eredi, permettendo all'autore di conservare un certo controllo sull'opera anche dopo la sua morte.

Al contrario, nei Paesi di *common law*, quali gli USA, il fondamento del *copyright* assume un carattere utilitaristico, in quanto il legislatore attribuisce i diritti sull'opera affinché l'autore fornisca un incentivo nei campi dell'economia, della scienza e della letteratura, contribuendo, pertanto, al benessere sociale. Qui, la protezione si concentra sugli aspetti economici, con una maggiore flessibilità offerta dalla dottrina del *fair use*, che permette eccezioni all'esclusiva dell'autore senza il suo consenso.

Di conseguenza, l'elasticità dell'ordinamento americano, dovuta ad un suo approccio maggiormente utilitaristico, lo ha reso più facilmente adattabile a nuove tipologie di sfruttamento dell'opera nel contesto delle nuove tecnologie, ottimizzando la produzione e la diffusione di tali opere e contribuendo allo sviluppo di nuovi segmenti di mercato. Al contrario, la maggiore rigidità del sistema europeo ha garantito maggiore certezza rispetto alle ipotesi di applicabilità di tale principio, ma anche una maggiore lentezza nell'adattamento alle esigenze dell'economia di mercato moderna (5).

Inoltre, la durata dei diritti d'autore è spesso fissata per un periodo di tempo determinato, dopo il quale l'opera diventa di dominio pubblico: il principio generale in materia di durata dei diritti d'autore è quello espresso dall'art. 25 della Legge sul Diritto d'Autore (L.d.A.), secondo cui il *copyright* scade dopo 70 anni dalla morte dell'autore (termine uniformato in tutti gli Stati dell'Unione Europea nel 1993, con la Direttiva 93/98/EEC). Più recentemente, anche negli Stati Uniti la durata del *copyright* è stata portata a 70 anni dalla morte dell'autore, mediante il discusso *Copyright Term Extension Act* del 1998.

Nonostante queste differenze, entrambi i sistemi cercano di bilanciare gli interessi degli autori con quelli del pubblico, riconoscendo l'importanza della protezione delle opere creative, pur con modalità diverse.

Inoltre, la storia del diritto d'autore evidenzia come la sua evoluzione sia stata influenzata dal contesto storico e sociale. Il diritto d'autore, nato come privilegio librario a Venezia nel 1469 (6), si è progressivamente evoluto, passando dalla protezione esclusiva dell'autore all'affermazione dei diritti morali, soprattutto in Francia con la Rivoluzione Francese e in Germania con l'introduzione dell'*Urheberrecht* nel 1837 (7). La tradizione anglosassone ha seguito un percorso simile con lo *"Statute of Anne"* del 1710 (8), che ha istituito il *copyright* come diritto di esclusiva per gli autori. Tuttavia, la natura utilitaristica del *copyright* è più marcata nei sistemi di *Common Law*, rispetto alla centralità della persona dell'autore nelle tradizioni di *Civil Law*, che ha portato alla protezione anche dei diritti morali oltre a quelli patrimoniali (9).

Pertanto, sebbene vi siano differenze significative tra i due sistemi, entrambi cercano di rispondere alle sfide poste dall'evoluzione tecnologica e dalla globalizzazione, mirando al raggiungimento di un equilibrio tra la protezione dei diritti individuali e l'interesse pubblico.

La continua evoluzione della tecnologia e della distribuzione delle opere pone nuove sfide a entrambe le tradizioni, che, pur restando radicate in concezioni diverse, si sforzano di trovare soluzioni comuni.

4. La Direttiva 2019/790 ed il recepimento in Italia.

La tutela del diritto d'autore in Italia è regolata dalla legislazione nazionale, in particolare dalla Legge sul diritto d'autore (Legge n. 633/1941) e dalle disposizioni adottate dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM).

L'obiettivo principale è quello di garantire la protezione delle opere creative, incentivando la produzione culturale e l'innovazione.

L'approccio italiano riconosce una forte dimensione personalistica al diritto d'autore, basata sulla tutela dell'autore come individuo, oltre che sulla protezione dell'opera stessa. La protezione, poi, è garantita attraverso strumenti giuridici sia privatistici (azioni legali, risarcimenti e sanzioni) sia pubblicistici, con il coinvolgimento di enti come l'AGCOM e la Guardia di Finanza, specificamente competenti a ricercare, prevenire e contrastare gli illeciti compiuti a mezzo di strumentazione informatica in tutti i settori tipicamente rientranti nel perimetro d'intervento della polizia economico-finanziaria, ivi compresa la tutela del diritto d'autore (10).

Il ruolo dell'AGCOM nella protezione del diritto d'autore si è consolidato grazie a varie normative, tra cui il d.lgs. 70/2003 e la legge europea n. 167/17.

Con la delibera 680/13/CONS (11), poi, è stato adottato un Regolamento per la tutela del diritto d'autore sulle reti elettroniche, che consente ai titolari dei diritti di presentare istanze di rimozione di contenuti illeciti. Sebbene il regolamento abbia suscitato perplessità da parte della Corte Costituzionale (cfr. ordinanza n. 247/2015) e sia stato in parte annullato dal Consiglio di Stato (cfr. sentenza n. 4993/2019), esso rimane uno strumento centrale per il contrasto alle violazioni online.

L'AGCOM ha successivamente modificato il regolamento con le delibere 8/18/CONS e 295/20/CONS per adeguarsi alle esigenze giurisprudenziali, garantendo un'applicazione più efficace delle misure di protezione del *copyright* in rete. Infine, le recenti normative europee, come il Regolamento (UE) n. 2015/2120 (aggiornato prima nel 2020 e poi nel 2022), hanno fornito agli Stati indicazioni per garantire un accesso trasparente a Internet e per rafforzare la vigilanza sulla qualità dei servizi di comunicazione.

L'AGCOM ha risposto a queste esigenze con il testo unico approvato nella delibera n. 23/23/CONS del 2023, tramite il quale ha intrapreso un percorso di revisione regolamentare in materia di qualità dei servizi di comunicazione da rete fissa e da rete mobile.

Tuttavia, la responsabilità per la diffusione di contenuti illeciti online ricade principalmente sui gestori delle pagine e non sugli utenti finali, a meno che non siano coinvolti in attività di distribuzione illecita su larga scala.

Con specifico riferimento alla Direttiva 2019/790, poi, il recepimento della stessa in Italia è avvenuto con il decreto legislativo n. 177 dell'8 novembre 2021.

Il dibattito sul modello italiano è scaturito principalmente da quattro fattori: in primo luogo, la direttiva n. 790 del 2019 ha lasciato agli Stati membri un'ampia discrezionalità nel recepire l'articolo 15, determinando significative differenze nell'attuazione tra i diversi paesi. In secondo luogo, il provvedimento mira a bilanciare gli interessi degli editori di giornali, che desiderano una remunerazione adeguata per l'uso online delle loro pubblicazioni, e quelli dei prestatori di servizi, preoccupati dalle potenziali restrizioni e dagli oneri eccessivi. Inoltre, la direttiva esclude dalla protezione gli usi privati o non commerciali, i collegamenti ipertestuali e gli estratti brevi, sollevando dubbi sulla reale efficacia della tutela offerta agli editori. Infine, la disposizione prevede che gli autori ricevano una quota adeguata dei proventi generati dalle piattaforme di condivisione, ma la definizione e l'attuazione di tale misura sono state oggetto di controversia (12).

L'Italia ha adottato un approccio peculiare rispetto alla direttiva, modificando la legge n. 633 del 1941 con l'introdu-

zione dell'articolo 43-bis. Questo articolo definisce la pubblicazione di carattere giornalistico e i suoi editori, ai quali vengono attribuiti diritti esclusivi di riproduzione e comunicazione, pur escludendo gli utilizzi privati o non commerciali di pubblicazioni giornalistiche da parte di singoli utenti, i collegamenti ipertestuali e l'utilizzo di brevi estratti, ossia qualsiasi porzione di pubblicazione che non esenti dalla consultazione integrale dell'articolo (13).

Un altro elemento cardine della Direttiva Copyright è l'articolo 17, che introduce l'obbligo per le grandi piattaforme di contenuti (le cd. Big Tech, come Google e Facebook) di compiere "massimi sforzi" (14) per ottenere licenze dai detentori dei diritti. In caso contrario, il prestatore di servizi può essere ritenuto responsabile delle violazioni commesse dagli utenti sulla piattaforma. La Commissione Europea ha fornito specifiche linee guida per garantire un'attuazione uniforme dell'articolo 17 negli Stati membri e supportare gli operatori coinvolti, dal momento che, nella Direttiva, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online vengono definiti come soggetti che effettuano, in proprio, un'attività di condivisione con il pubblico.

Il quadro normativo introdotto dalla Direttiva Copyright sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale si completa, da ultimo, di un nuovo tassello attraverso la pubblicazione da parte di Agcom della delibera n. 95/24/CONS, del 16 maggio 2024, tramite la quale vengono definite le modalità di assistenza negoziale fornita dall'Autorità per dirimere le controversie tra autori ed artisti, interpreti ed esecutori e le loro controparti, con lo scopo di raggiungere accordi di licenza per le opere sulle piattaforme di video *on demand*.

Riguardo alla gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi, poi, il regolamento determina i criteri di rappresentatività degli organismi di gestione collettiva (*collecting societies*), consentendo di individuare gli organismi abilitati a rilasciare le c.d. licenze collettive.

Infine, vengono individuate specificamente le procedure concernenti la determinazione del c.d. "equo compenso" spettante ad autori ed artisti, interpreti o esecutori di opere audiovisive per i successivi sfruttamenti delle opere da parte degli utilizzatori.

Tuttavia, il quadro che emerge è frammentato, poiché numerosi soggetti, sia pubblici che privati, considerano la direttiva lesiva di diritti fondamentali. Ne è derivata una battaglia legale e concettuale sul bilanciamento tra il diritto d'autore e la libertà in rete, che potrebbe portare a ulteriori sviluppi giuridici in sede nazionale ed europea.

La riflessione giuridica sui diritti fondamentali legati alla ricerca (15), all'educazione e all'accesso al patrimonio culturale (16) si è intensificata a livello internazionale (17), soprattutto per quanto riguarda l'esercizio di questi diritti in un contesto digitale e transfrontaliero (18). Un aspetto cruciale di questa discussione riguarda la necessità di un'armonizzazione internazionale (19), dato che le normative sul diritto d'autore sono di natura territoriale e non prevedono un coordinamento sovranazionale per garantire un'applicazione uniforme dei diritti.

Tuttavia, il sistema di diritto d'autore internazionale, pur evoluto nel tempo, non è riuscito ad adattarsi adeguatamente alle peculiarità del contesto digitale, ostacolando l'accesso alla cultura tramite strumenti digitali.

Nonostante le pesanti critiche mosse dall'AGCOM, attraverso l'adeguamento delle leggi nazionali alle disposizioni della direttiva europea, l'Italia si sta adattando alle sfide ed alle opportunità presentate dalla crescente diffusione del contenuto digitale.

Il recepimento della direttiva offre una serie di vantaggi significativi, promuovendo, innanzitutto, una maggiore responsabilità delle piattaforme online nella gestione dei contenuti caricati dagli utenti, contribuendo così a prevenire la pirateria e le violazioni dei diritti d'autore. Questo garantisce un ambiente più equo per gli autori e i detentori di diritti, consentendo loro di beneficiare in modo più efficace dell'utilizzo delle loro opere.

Inoltre, il recepimento della direttiva introduce nuovi diritti per gli autori e i creatori di contenuti, tra cui il diritto alla remunerazione equa per l'utilizzo delle loro opere online.

Questo riconoscimento dei loro diritti economici rappresenta un incentivo importante per gli autori a continuare a creare e condividere opere originali, sostenendo l'innovazione e la diversità culturale. Tuttavia, il recepimento della direttiva solleva anche alcune questioni importanti: è fondamentale, infatti, trovare un equilibrio tra la protezione dei diritti d'autore e la libertà di espressione, nonché l'accesso ai contenuti online.

Per raggiungere tali obiettivi è necessario monitorare attentamente l'attuazione delle nuove disposizioni, valutando il loro impatto sui diversi attori coinvolti, come autori, utenti e piattaforme digitali.

È soltanto attraverso un dialogo continuo tra tutti gli interessati che si potranno affrontare in modo efficace le sfide emergenti e apportare eventuali miglioramenti al quadro normativo.

Da quanto detto emerge chiaramente che il recepimento della direttiva copyright in Italia rappresenta un passo significativo verso una migliore protezione dei diritti d'autore nel contesto digitale. Tuttavia, essendo questo un processo in evoluzione esso richiederà un costante monitoraggio e un'adeguata gestione delle sfide che potrebbero sorgere: solo attraverso un approccio bilanciato e collaborativo sarà possibile creare un ambiente digitale sostenibile, promuovendo la creatività, l'innovazione e il libero accesso ai contenuti culturali.

5. Diritto d'autore ed ambito didattico.

In ambito educativo e didattico, poi, si può notare come le tecnologie digitali incidano profondamente sia sulle modalità di accesso al materiale didattico che sulla sua diffusione, come confermato dalla Commissione europea nel Libro Verde dedicato al "Diritto d'autore nell'economia della conoscenza" (20).

Internet e la digitalizzazione rendono possibile l'insegnamento online, caratterizzato dalla separazione spaziale tra docenti e studenti e dalla flessibilità che consente agli studenti di fruire dei contenuti in modo autonomo.

Infatti, le moderne tecnologie, specialmente dopo l'impatto della pandemia di COVID-19, hanno facilitato l'integrazione della didattica online con quella tradizionale, agevolando notevolmente il rapporto tra docente e studente: difatti, oggi-giorno la didattica online viene considerata sempre più spesso uno strumento utile per supportare l'insegnamento tradizionale e frontale (cd. *blending learning*) (21).

Tuttavia, le nuove tecnologie hanno messo in evidenza la crescente difficoltà di garantire il diritto all'accesso alle opere creative. Le restrizioni imposte dal rafforzamento delle tutele hanno generato effetti negativi, soprattutto nel contesto educativo e della ricerca. Gli Stati si sono trovati a dover modificare le proprie leggi per allinearsi a un quadro normativo internazionale sempre più rigido, con il rischio di un ulteriore sbilanciamento a favore della protezione dei diritti degli autori, a discapito degli utilizzatori.

Nonostante ciò, le tecnologie hanno aperto nuove opportunità educative, come nel caso della creazione collaborativa di contenuti (es. Wikipedia) (22), che ha avuto un impatto significativo nell'ambito didattico.

Tuttavia, le rigidità del diritto d'autore internazionale rendono complessa la definizione dei limiti e delle possibilità di utilizzo di opere protette in contesti educativi. Oggi, pertanto, si cerca un equilibrio tra i diritti degli autori e gli interessi degli utilizzatori, in un tentativo di rispondere alle esigenze di tutela senza compromettere l'accesso alla conoscenza.

Al giorno d'oggi gli Stati non sono in grado di garantire la tutela del diritto d'autore senza il supporto degli attori digitali, come le grandi piattaforme di condivisione di contenuti, per questo è necessario impostare un vero e proprio dialogo tra gli operatori della Rete e gli Stati, mantenendolo costante per garantire l'individuazione dei diversi interessi in gioco e favorirne un'eventuale ed adeguata composizione. In questa prospettiva, gli Stati potrebbero demandare alle piattaforme la composizione del conflitto sorto tra interessi contrapposti, sulla base del recepimento della normativa e del progetto politico individuato direttamente dallo Stato (23).

La direttiva 2019/790 sulla protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi nel mercato unico digitale rappresenta un importante passo avanti nell'adeguamento della normativa europea alle sfide poste dalla crescente digitalizzazione dell'economia e della società.

I lavori preparatori che hanno condotto alla stesura di questa direttiva sono stati lunghi e complessi, poiché dovevano bilanciare gli interessi delle varie parti coinvolte, compresi gli autori, gli editori, le piattaforme online e gli utenti.

Dalla disamina fino ad ora effettuata, emerge chiaramente che uno dei principali obiettivi della direttiva è stato quello di garantire una maggiore equità nel rapporto tra gli autori e le piattaforme digitali, che spesso traggono benefici economici dalle opere creative senza una giusta remunerazione per gli artisti. Attraverso l'introduzione di disposizioni come l'obbligo per le piattaforme di ottenere licenze per i contenuti protetti e di prendere misure per prevenire la diffusione non autorizzata di opere, la direttiva mira a garantire un equo trattamento degli autori e a promuovere una remunerazione adeguata al loro lavoro.

In un contesto normativo così frammentario, appare fondamentale continuare a monitorare attentamente l'applicazione della direttiva e apportare eventuali correzioni o adeguamenti necessari per garantire un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco.

Pertanto, la direttiva 2019/790 rappresenta sicuramente un importante sforzo legislativo per adattare la normativa europea alle sfide del mercato digitale, cercando di trovare un equilibrio tra la protezione dei diritti d'autore e la promozione dell'accesso alla cultura e, per questo motivo, rappresenta un passo avanti nella creazione di un ambiente digitale più equo per gli autori e per tutti gli attori coinvolti.

Tuttavia, è fondamentale affrontare le preoccupazioni sollevate e assicurare che i diritti fondamentali e la libertà di espressione siano adeguatamente salvaguardati.

6. Considerazioni conclusive.

Da quanto detto, emerge chiaramente che la Direttiva Copyright 2019/790 rappresenti il culmine di un lungo e complesso iter legislativo avviato nel settembre 2016 dalla Commissione Europea con l'obiettivo di modernizzare il diritto d'autore ed adattarlo alle esigenze emergenti nell'epoca digitale.

La proposta mirava ad armonizzare le normative degli Stati membri per favorire il mercato unico digitale e tutelare i diritti di autori, produttori ed esecutori, con il fine di superare il cosiddetto *value gap* generato dalle grandi piattaforme digitali. Inoltre, introduceva eccezioni e limitazioni al diritto d'autore per finalità educative, scientifiche e di conservazione del patrimonio culturale, nonché nuove misure per garantire la remunerazione degli editori e per responsabilizzare le piattaforme online, evitando che fossero resi disponibili contenuti protetti specificamente individuati (24).

Dopo una prima bocciatura nel luglio 2018, l'accordo definitivo tra il Parlamento ed il Consiglio fu raggiunto nel febbraio 2019, di conseguenza, il testo della Direttiva venne approvato definitivamente tra marzo ed aprile 2019 (25) ed il 17 maggio dello stesso anno, essa venne pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (26).

La Direttiva, dunque, introduce tre principali ambiti normativi: vengono adeguate le eccezioni e le limitazioni all'era digitale ed al contesto transfrontaliero (Titolo II), includendo l'estrazione di testi e dati per la ricerca scientifica e la promozione dell'intelligenza artificiale (artt. 3 e 4), l'uso didattico digitale e transfrontaliero di opere protette (art. 5) e la riproduzione di opere per finalità di conservazione da parte di istituti culturali (art. 6); vengono, poi, introdotte misure volte a migliorare la concessione delle licenze ed un accesso più ampio ai contenuti (Titolo III), disciplinando le questioni inerenti le opere fuori commercio e la salvaguardia per gli autori (artt. 8-10); infine, sono previste misure per garantire il buon funzionamento del mercato per il diritto d'autore (Titolo IV), tramite l'introduzione di misure per la riproduzione e messa a disposizione del pubblico, di pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione (art. 15), con lo scopo di responsabilizzare le piattaforme di condivisione di contenuti (art. 17) e garantire agli autori una remunerazione equa e proporzionata per lo sfruttamento delle loro opere (art. 18).

Sono, poi, previste anche norme specifiche in tema di trasparenza riguardo alle forme di sfruttamento ed alla remunerazione dovuta (art. 19), meccanismi di riequilibrio economico tra autori ed utilizzatori (artt. 20-22) e strumenti di risoluzione delle controversie (art. 21).

L'iter legislativo della Direttiva è, dunque, stato segnato da un acceso dibattito tra le diverse categorie coinvolte – autori, editori, piattaforme digitali, enti di ricerca e difesa del patrimonio culturale – spesso su posizioni contrapposte. Tuttavia, si è cercato di bilanciare il diritto d'autore con il diritto all'informazione e alla libera circolazione dei contenuti.

Alla luce di quanto detto, emerge un quadro complesso e, al contempo, interessante riguardo all'impatto di tale legislazione sull'ambiente dell'istruzione digitale e sul delicato equilibrio tra i diritti spettanti ai titolari del diritto d'autore ed il diritto all'istruzione.

In conclusione, la Direttiva Copyright aspira a rappresentare un equilibrio tra interessi spesso divergenti: da un lato la protezione della proprietà intellettuale di autori ed editori, dall'altro la promozione della cultura, dell'educazione e della circolazione dei contenuti nell'era digitale.

La sua applicazione nei vari Stati membri sarà cruciale per determinare il successo del modello europeo di tutela del diritto d'autore nella diffusione delle risorse educative digitali, ma la sua attuazione richiede un attento bilanciamento per garantire sia l'accessibilità ai contenuti didattici sia la giusta remunerazione dei creatori.

Note.

(1) E. Psychogiopoulou, *Cultural rights, cultural diversity and the EU's copyright regime: the battlefield of exceptions and limitations to protected content*, in O. Pollicino, G. M. Riccio e M. Bassini (a cura di), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*, 2020, Cheltenham, p. 126.

(2) E. Psychogiopoulou, *op. cit.*, p. 126.

(3) E. Psychogiopoulou, *op. cit.*, pp. 126-127: “*Cultural rights in the narrow sense are rights that explicitly refer to culture. These include the right to participate in cultural life, the right of members of minorities to enjoy their own culture and the right of migrant workers to respect for their cultural identity and their right to maintain cultural links with their country of origin. Cultural rights in the broad sense include rights that have a link with culture, such as the rights to freedom of thought and religion, freedom of expression, the right to information, freedom of assembly and association, the right to education and the right to self-determination. Overall, cultural rights are rights related to ‘culture’, a concept that can vary from intellectual and artistic achievements to culture in the anthropological sense. Cultural rights may range from rights concerning creativity such as freedom of expression, freedom of the arts and intellectual property rights, including copyright, to linguistic rights, rights for the protection of cultural expressions, including cultural heritage, the right to culture, construed as the right to preserve, develop, participate, have access to and enjoy culture, and so on.*”.

(4) Cfr. E. Maroni, *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore nell'Unione Europea: profili critici e spunti comparatistici applicati al settore GLAM alla luce dell'emergenza COVID-19*, Zenodo, 2022.

(5) M. Senfleben, *Bridging the difference between copyright's legal traditions – the emerging of EC Fair Use Doctrine*, Journal of the Copyright Society of the USA, 2010.

(6) E. Squassina, *I privilegi librari a Venezia (1469-1545)*, in Squassina e Ottone (a cura di), *Privilegi librari nell'Italia del Rinascimento*, Milano, 2019, 332; C. Sganga, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, 53-54.

(7) La storia del diritto d'autore continentale è brevemente ripercorsa in: P. Goldstein e B. Holtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford, 2010, 19.

8 Ann. c.19.

(8) Per un confronto tra le due tradizioni: P. Goldstein e B. Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, 2020, 14.

(9) Proposte di legge C.1357 e abbinata, recanti “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della diffusione illecita di contenuti tutelati dal diritto d'autore mediante le reti di comunicazione elettronica*”.

(10) Il regolamento trova a propria volta fondamento normativo sul d.lgs. sulla direttiva e-commerce (2003/70/CE) e sull'art.182-bis della l.633/41 ed è stato recentemente oggetto di una sentenza da parte della Corte costituzionale volta a verificarne la legittimità. La consulta ha espresso le proprie perplessità sul fondamento legale dei propri poteri ed in particolare su un deficit di attribuzione. Sarà il legislatore a dover risolvere il problema, dotando l'Autorità di una base normativa più solida. Cfr. P. Costanzo, *Quale tutela del diritto d'autore in internet?* (Osservazioni a margine della sentenza n.247 del 2015 della Corte costituzionale), in *Giurisprudenza costituzionale*, n.3/2016, 2343 ss.

(11) D. J. Gervais, A. Maurushat, *Fragmented Copyright, Fragmented Management: Proposals to Defrag Copyright Management*, in *Canadian Journal of Law and Technology*, 2 (2003), 15-23.

(12) D. J. Gervais, A. Maurushat, *Fragmented Copyright, Fragmented Management: Proposals to Defrag Copyright Management*, in *Canadian Journal of Law and Technology*, 2 (2003), 15-23.

(13) “*The best efforts are only to be made to ensure the unavailability of specific works and other subject matter for which the rightholders have provided the service providers with the ‘relevant and necessary information’. Recital 66 specifies that if no such information meeting the requirements of Article 17(4) is provided by rightholders, online content-sharing service providers are not liable for unauthorised uploads*”.

(14) Per una proposta di costituzionalizzazione all'interno della Carta europea dei diritti dell'uomo del diritto alla ricerca, si rinvia a C. Geiger, B.J. Jutte, *The Right to Research as Guarantor for Sustainability, Innovation and Justice*, in *EUCopyright Law*, in T.E. Pihlajarinne, J. Mahonen, P. Upreti, *Intellectual Property Rights in the Post Pandemic World: An Integrated Framework of Sustainability, Innovation and Global Justice*, Edward Elgar Publishing, 2022.

(15) Il patrimonio culturale inteso quale eredità culturale di un popolo, così come definito dalla Convenzione di Faro del 27 ottobre 2005.

(16) A. Houang, Creative Commons Copyright Platform Working Group on User Rights', Position Paper, 30 October 2021. Il report finale del working group propone che le leggi sul diritto d'autore proteggano almeno gli usi che favoriscono la libertà di espressione e di informazione, come la citazione, la critica, la recensione, la parodia, il pastiche e la caricatura, nonché gli usi che promuovono obiettivi sociali e culturali, come l'istruzione e la ricerca, le attività di interesse pubblico gestite da biblioteche, archivi e musei e gli usi a beneficio delle persone con disabilità. Questi usi sono parte integrante del diritto d'autore e devono essere protetti come diritti, piuttosto che come eccezioni o limitazioni al diritto d'autore. Sulla base di questa concezione, nel documento ci si riferisce ad essi come "diritti degli utenti", nonostante la formulazione tradizionalmente adottata di "eccezioni e limitazioni"; C. Geiger, *Fundamental Rights as Common Principles of European Intellectual Property Law*, in A. Ohly (ed.), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, 2012, 223; P. Bernt Hugenholtz, R.L. Okediji, *Conceiving an International Instrument on limitations and exceptions to copyright, final report*, 2008, 49, ove gli autori sostengono un nuovo strumento internazionale sulle eccezioni e limitazioni che possa offrire un'opportunità unica per coordinare, armonizzare e bilanciare gli elevati (e nuovi) standard di protezione stabiliti nelle successive revisioni della Convenzione di Berna, nell'Accordo TRIPS e nei Trattati Internet dell'OMPI. Propongono, quindi, un intervento di *soft-law*, sotto forma di un'iniziativa congiunta tra l'OMPI (Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale) e l'OMC (Organizzazione mondiale del commercio) come espressione ideale e appropriata per la creazione di uno strumento internazionale. In alternativa, anche una raccomandazione congiunta del Comitato permanente per il diritto d'autore e i diritti connessi (SCCRR) dell'OMPI potrebbe analogamente costituire un importante contributo allo sviluppo di una coerenza nel diritto internazionale in materia di eccezioni e limitazioni.

(17) Per una disamina internazionale con specifico riguardo al diritto

alla ricerca, si rinvia a S. Flynn, M. Palmedo, A. Izquierdo, *Research Exceptions in Comparative Copyright Law*, PIJIP/TLS Research Paper Series n. 72, 2021. Gli autori dimostrano che ogni legge sul diritto d'autore nel mondo prevede almeno un'eccezione per promuovere gli usi di ricerca delle opere protette dal diritto d'autore, ma che tali eccezioni variano notevolmente da un Paese all'altro.

(18) L'attività della coalizione internazionale Access to Knowledge (A2K) sostiene, ad esempio, l'adozione di un sistema internazionale di copyright equo ed equilibrato che sia alla base dei principi sanciti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani. Nel sito di A2K sono pubblicate le mappe aggiornate della particolare disciplina adottata da ciascuno Stato per l'accesso alla ricerca, allo studio e al patrimonio culturale.

(19) COM (2008) 466/3, del 16 luglio 2008.

(20) Le università mettono a disposizione dei docenti degli strumenti di gestione di corsi e/o singoli seminari, che offrono un'ampia gamma di modalità di "gestione dell'apprendimento" (c.d. *learning management platform*). Non mancano tuttavia significativi esempi, anche europei, di percorsi universitari interamente a distanza che fanno massicciamente ricorso a modalità didattiche online, v. ad esempio la Open University con attualmente più di 200.000 studenti immatricolati. Da notare anche che la qualità dell'insegnamento impartito dalla Open University è costantemente valutata eccellente dalla britannica "Quality Assurance Agency for Higher Education" (fra le prime tre istituzioni nel 2008).

(21) Cfr. ad esempio un recente studio dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), *Participative Web and User-created Content*, 2007, 67: "Provided that it is accurate, the availability of large amounts of freely accessible information such as Wikipedia, Creative Commons materials, freely available pictures on photosharing sites, and websites created by individuals (e.g. a former teacher providing a website on American history, a naval officer authoring podcasts on different ships) can have positive educational impacts".

(22) A. Gatti, *Diritti fondamentali e copyright digitale: un'analisi dei modelli di enforcement in prospettiva comparata*, Relazione al Convegno "Digital Identity, Copyright and the Role of Culture", Firenze, 2019, in *Federalismi.it*, 2021, IV, 204-205.

(1) Cfr. Relazione Illustrativa alla Proposta, 2016/0280 (COD).

(23) 404 Il Parlamento europeo, il 26 marzo 2019; il Consiglio il 15 aprile 2019; l'Italia, insieme a Olanda, Lussemburgo, Polonia Svezia e Finlandia, ha votato contro l'adozione della Direttiva Copyright.

(24) GUCE L130 del 17 maggio 2019.

Divagando su inesistenza, nullità, annullabilità e vizi innocui.

Massimo A. Chiocca
Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Divagazioni sulle patologie negoziali (in generale).* - 2. *Divagazioni sul testamento.* - 3. *Divagazioni sulle deliberazioni.* - 4. *Divagazioni processuali. Notificazioni e sentenze.*

1. Divagazioni sulle patologie negoziali (in generale).

La categoria giuridica della inesistenza è, nella prassi, fagocitata dalla “comoda” categoria della nullità, in quanto trattamento in generale previsto dalla legge laddove sia sussistente un divario atto/modello-legale (1). L’atto è nullo quando non integra lo schema giuridico formale; possiamo così dire, sinteticamente, come la nullità rappresenti il mancato perfezionamento di una fattispecie normativa (2). È l’atto incapace di svolgere quella funzione mediatrice tra la norma e l’effetto giuridico, propria della fattispecie normativa; ossia, da essa previsto. Dunque, è un *quid facti*; tuttavia, l’atto, almeno sino a quando non venga espressamente dichiarato nullo, non andrà a perdere alcuna di quella rilevanza effettuale, che (già) presentava al tempo del suo insorgere (o “momento genetico”).

Solo così, l’atto nullo diviene un atto inefficace.

Quanto all’inefficacia, in generale, essa esprime una situazione di non produttività di effetti giuridici. Di regola, tale situazione è solo provvisoria: può volgere (anche se non necessariamente) verso la piena efficacia. A seguito: o di un automatismo legale o dell’intervento del giudice. L’atto esiste, sì, ma provvisoriamente; senza che tale condizione comporti, di per sé, un giudizio di invalidità.

L’invalidità - un versante patologico ove si colloca la nullità come vizio del negozio giuridico - costituisce una valutazione che si indirizza sulle finalità pratiche da conseguire attraverso l’atto medesimo. Rappresenta, insomma, una violazione normativa che sostanzia di negatività l’atto (cfr., ad esempio, Cass., n. 18230/2024, secondo cui - in tema di contratti bancari - il requisito della forma scritta *ad substantiam*, previsto dall’art. 117 del D. Lgs. n. 385/1983 e dall’art. 23 del D. Lgs. n. 58/1998, attiene alla “veste esteriore del contratto” ed alla modalità espressiva dell’accordo; la forma, dunque, non come elemento del negozio, ma come strumento dello stesso; a differenza, quindi, delle volontà delle parti, che ne costituiscono la struttura).

Non vi è invalidità se alla proposta non segua l’accettazione. Vi è invalidità, piuttosto, se l’accettazione non rispetti la forma dell’atto prevista obbligatoriamente dalla legge (art. 1350 cod. civ.: “... sotto pena di nullità...”) oppure la forma prescelta, ossia prestabilita di comune accordo, dalle parti (art. 1351 cod. civ.).

2. Divagazioni sul testamento.

Per la nullità, ed anche per l’inesistenza, le questioni travalicano - come si è visto sopra - la struttura dell’atto.

Prendiamo il caso del beneficiario di un’amministrazione di sostegno. Può disporre per testamento? Il beneficiario può nominare erede il proprio amministratore di sostegno?

La domanda riguarda la capacità dell’amministratore di sostegno di giovare di una disposizione testamentaria predisposta a suo favore direttamente dal beneficiario.

Le norme di riferimento sono gli articoli 596 e 599 cod. civ.

Incapacità del tutore: “...sono nulle le disposizioni testamentarie della persona sottoposta a tutela...”, ... “anche se fatte sotto nome di interposta persona”. Tali norme si applicano all’amministratore di

sostegno “in quanto compatibili”, in virtù del richiamo di cui all’art. 411, secondo comma, cod. civ. Tali norme stabiliscono la nullità delle clausole testamentarie a favore dal tutore (o di eventuali soggetti interposti), redatte da chi è sottoposto a tutela.

La nullità sembra così una conseguenza “testuale”. Ma è operativa per le clausole testamentarie redatte anche da chi è sottoposto ad amministratore di sostegno? La tesi affermativa ci appare frettolosa.

L’art. 596 cod. civ. fa riferimento alle “persone sottoposte a tutela”. Possono disporre per testamento tutti coloro che non sono incapaci di testare (art. 591 cod. civ.):

- 1) coloro non ancora maggiorenni;
- 2) gli interdetti per infermità di mente;
- 3) coloro, sebbene non interdetti, riconosciuti incapaci di intendere o di volere, per qualsiasi causa, anche transitoria, al momento della redazione del testamento.

Il testamento può essere impugnato da chiunque vi abbia interesse, nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie.

Dunque, perché si verifichi la nullità prevista per l’interdetto dall’art. 596 c.c., è necessario che il soggetto:

- sia sottoposto ad amministrazione di sostegno, e
- sia totalmente incapace di intendere e di volere al momento della redazione del testamento.

Tuttavia, la presenza di un amministratore di sostegno non è circostanza che di per sé faccia presumere tale incapacità assoluta. L’istituto in questione, infatti, trova applicazione indipendentemente dalla sussistenza di un’infermità mentale.

L’amministrazione di sostegno c.d. assistenziale apre alla verifica della capacità di intendere e di volere del beneficiario al momento del testamento. Quindi, alla possibilità che l’amministratore di sostegno assuma legittimamente lo *status* di “erede testamentario”. È nondimeno salva la prova, a carico di chi impugni la scheda, che essa scheda venne redatta in un momento d’incapacità del beneficiario.

Possiamo così dire che “l’ambito di applicabilità dell’art. 411, II comma, c.c., è limitato alla figura dell’amministrazione c.d. sostitutiva” (3); ma, in termini più generali, che la sanzione tipica dell’atto invalido, anche nella sua espressione più blanda, sia sempre la improduttività di effetti.

Discussa ancor oggi è sia l’ipotesi del testamento radicalmente falso, dove manchi in modo assoluto la volontà del testatore, sia l’ipotesi del testamento orale (nuncupativo).

La forma scritta è prevista dalla legge per il testamento sia olografo che per atto di notaio.

Rammentiamo le parole del Prof. Trabucchi: “E atto formale. Non solo il testamento è negozio solenne, ma nella manifestazione formale deve trovarsi completa la volontà testamentaria: solo la volontà che risulti dal testamento è volontà efficace *mortis causa*” (4).

Quindi, sebbene da altre manifestazioni del testatore si possa dedurre la sua intenzione - non dichiarata - di porre una condizione alla volontà espressa, la disposizione vale come pura e semplice. Anche nel diritto romano, come osservava lo Schultz (5), nella fase della *interpretatio* il formalismo ebbe significative attenuazioni. Tuttavia, “l’intenzione del dichiarante” fu seguita solo qualora si fosse trattato della (ricerca della) “reale intenzione sottostante la dichiarazione”. All’intenzione ipotetica, a ciò che l’autore avrebbe potuto dichiarare o scrivere, se certe “possibilità” fossero stati presenti nel suo spirito, non viene dato rilievo, sebbene ciò possa anche essere vero. È il costante dissidio tra *verba* e *voluntas*; “tra la razionalità di base e i richiami dell’infinito”. Un testatore istituisce erede A, onerandolo di un fedecommesso in favore di A e per l’evento che A non diventi erede, gli sostituisce B. A decede e B diviene erede. B è vincolato al fedecommesso? No : poiché il

testatore così non ha disposto, sebbene egli avrebbe così certamente disposto, se vi avesse fatto attenzione. E se un testatore istituisce erede il suo schiavo, ma omette di dichiararlo libero, l'istituzione è inefficace.

Il formalismo declina, dunque, ma assai lentamente. Per questo, secondo la Corte di Cassazione (24.4.1965, n. 719), l'art. 590 c.c. costituisce un'eccezione al principio generale di cui all'art. 1423 c.c. (il contratto nullo non può essere convalidato). L'art. 590 cod. civ. consente infatti la convalida delle disposizioni testamentarie nulle, da qualunque causa il vizio dipenda: sia per ragioni di forma (mancanza di sottoscrizione; testamento nuncupativo - forse), sia per ragioni di sostanza (vizi della volontà del testatore). E ciò, perché occorre salvaguardare la volontà del defunto. La convalida determina il venir meno della nullità, perché è stata ritenuta prevalente quella volontà sul c.d. "interesse sociale", presidiato, appunto, dalla sanzione della nullità civile.

Fa eccezione all'eccezione - dice la Corte di Cassazione - il caso in cui manchi in "rerum natura" una volontà dispositiva del *de cuius* (come si ha nel caso del testamento radicalmente falso) o il caso della clausola testamentaria contenente disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al buon costume. Queste ultime clausole generali hanno poi condizionato, da sempre, il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Anzi, *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae*: matrimonio inesistente, dunque, perché contrario al concetto naturale di matrimonio, pur in mancanza di specifiche norme.

Legittimo così il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione del matrimonio tra omosessuali? (per tali coppie, vi è la possibilità di accedere all'unione civile; perché i "concetti di famiglia e di matrimonio hanno natura di principi costituzionali, come tali vanno interpretati, tenendo sì conto delle trasformazioni dell'ordinamento e dell'evoluzione della società, ma non anche modificando [le norme] in modo da includere fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando furono emanate". Il significato originario del precetto costituzionale non può essere modificato in via ermeneutica, perché si tratterebbe di procedere ad un'interpretazione creativa e non di una semplice rilettura del sistema": Corte Cost., sentenza n. 138 del 14 aprile 2010).

3. Divagazioni sulle deliberazioni.

Torniamo all'atto inesistente: è quello che non sia identificabile nemmeno come atto giuridico; ed essendo un "inqualificabile" - se non come un "vuoto simulacro" - esso potrebbe apparire come un "irrilevante" per il diritto. Si è soliti dire, in particolare, come sia inesistente, giuridicamente, un atto valutabile come "difforme manifestamente dal modello legale"; come un atto "privo dei suoi requisiti essenziali" ovvero come privo dei "requisiti minimi di legge". Di conseguenza, "totalmente inidoneo alla produzione di un qualsivoglia effetto giuridico". Tutto ciò è stato detto con riferimento, in particolare, a quel particolare atto giuridico che, secondo la teoria generale, è la deliberazione.

Nei c.d. enti giuridici, pubblici o privati, la volontà imputabile all'ente, quando derivi da un "organismo collegiale" (ossia da più soggetti tra di loro riuniti con identità di funzioni), si manifesta mediante una deliberazione.

Non ricordiamo casi ove la legge contempra una delibera all'unanimità; ossia una decisione assunta con la presenza ed il voto favorevole di tutti i soggetti partecipanti al collegio. Assemblee e consigli, nell'ambito delle loro attribuzioni, deliberano sempre a maggioranza.

Il che non vuol dire che la minoranza sia priva di tutela.

Il dissenziente ed anche l'assente possono sempre contestare, mediante l'impugnazione, le delibere illegittime: contrarie alla legge e/o alle norme interne dell'ente.

Senza contestazione, decorso il termine finale previsto, anche quelle delibere si hanno tuttavia per "accettate". Sanato, con tale meccanismo - si dice -, l'eventuale vizio: per acquiescenza. Si accetta l'atto così com'è, una volta perfettamente conosciuto; se ne accettano, quindi, gli effetti, anche se lesivi di un diritto; il che può avvenire anche attraverso una condotta incompatibile con la volontà di contestare l'atto; ciò che rende tale condotta assimilabile ad una rinuncia espressa.

Di regola non è previsto, per le delibere, il vizio (non si dica dell'inesistenza ma neppure) della nullità, come ad esempio in materia condominiale.

Sappiamo come la sentenza n. 4806/2005 della Suprema Corte - a Sezioni Unite - sulla scia della distinzione tra "azione di annullamento" ed "azione di nullità" - abbia (ri)tracciato alcuni "criteri-guida".

Sarebbero così annullabili le deliberazioni "contrarie alla legge o al regolamento condominiale". E tra queste si dovrebbero annoverare le delibere assunte:

- in violazione delle norme relative al funzionamento dell'assemblea;

- in violazione delle norme relative alla formazione della volontà dell'assemblea (come le norme sulle maggioranze).

Le delibere sarebbero invece nulle allorquando:

- siano prive di "uno o più elementi essenziali";

- risultino avere oggetto impossibile o illecito (ossia contrario all'ordine pubblico, alla morale o al buon costume) ovvero un oggetto escluso dalla competenza dell'assemblea;

- incidano sui diritti individuali sulle cose comuni o sulla proprietà esclusiva di ognuno dei condomini.

La distinzione, secondo alcuni commentatori, avrebbe consacrato l'abbandono del vizio (c.d. generale) della nullità in favore dell'annullabilità; ma la decisione della Suprema Corte ha invece delineato solo dei criteri-tipo.

Dire che una delibera sia priva di uno o più "elementi essenziali" presuppone - prima di tutto - che questi elementi siano individuati. Infatti, anche la mancanza di un elemento della fattispecie procedimentale, può tradursi nella mancanza di un elemento costitutivo della volontà: come quando l'iter legale non abbia proprio inizio.

Dunque, i problemi per l'interprete non sono venuti meno e annullabilità, nullità ed inesistenza - ove si oblitera l'idea che la teoria dell'interpretazione giuridica non sia che un capitolo dell'interpretazione in generale ed in particolare delle c.d. "scienze morali" o "scienze dello spirito" (6) - rischiano di scivolare nel discorsivo. Prevalgono i giudizi discrezionali, in senso ampiamente soggettivo. Probabilmente ogni tesi è condizionata dall'eredità delle scuole e dottrine giuridiche. Rammento ad esempio la Facoltà di Pisa, per il diritto amministrativo. All'origine c'è l'insegnamento di Santi Romano. Con lui, nel 1913, si laurea Guido Zanobini, il quale, circa dieci anni dopo, confuta il principio di insindacabilità dell'azione amministrativa in favore del "principio di legalità". Una significativa corrente romanistica, l'ha espressa la Facoltà genovese. La dottrina italiana si trovava subordinata alla cultura giuridica tedesca; in particolare, al "movimento pandettistico". La pandettistica - siamo all'inizio dell'ottocento - esprime il tentativo di costruire un "sistema giuridico" assumendo, quale "materia da lavoro", il Corpus Iuris Civilis di Giustiniano. Fadda e Bensa tradussero il *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Bernhard Windscheid, dove la traduzione fu il pretesto per rielaborare tematiche e principi fino a costituire un trattato di "istituzioni" vero e proprio. La Scuola Torinese del Prof. Bobbio introduce in Italia, nel 1950, il "metodo analitico" nello studio della giurisprudenza (non dimentichiamo, però, come già a fine-ottocento, a Torino, l'ispirazione culturale dominante fosse incentrata su "meccanica",

“principi causali” e “darwinismo”). Gli allievi, A.G. Conte, Gavazzi, Losano, Scarpelli e, ma in posizione critica, il Tarello, sviluppano una teoria del diritto e dell'interpretazione giuridica in senso “formale” e “costruttivistico”, seguendo l'insegnamento kelseniano, basato su “analisi linguistica ed empirismo logico”. Riprendo. Certo, la questione è chiara allorché si abbia di fronte l'ipotesi della non-delibera; lo è meno quando si discute, ad esempio, della mancanza di volontà dell'ente. Ora, la formazione della volontà di un collegio, è la risultanza, e l'effetto, di un “procedimento” disciplinato dalla legge e/o dalle norme interne dell'ente:

- a. convocazione
- b. costituzione del collegio (assemblea o consiglio)
- c. trattazione e discussione di un argomento (che deve essere stato previamente inserito in un ordine del giorno)
- d. votazione dei soggetti partecipanti alla riunione.

La fase della trattazione e della discussione è funzionale a far sì che ogni membro del collegio possa orientarsi, consapevolmente, in ordine alle decisioni da assumere, anche alla luce delle opinioni espresse dagli altri membri.

Una deliberazione viene comunque in essere solo a seguito della votazione degli aventi diritto.

Una deliberazione costituisce una “sintesi” e non una somma delle volontà dei singoli partecipanti. Volontà che sono manifestate, nel collegio, attraverso il voto.

Le manifestazioni di voto - nel loro concorrere - danno vita alla votazione.

È la votazione a rappresentare, pertanto, la volontà dell'ente su di un dato argomento. Più precisamente, su quell'argomento sul quale, poco prima, si era consumata quella dialettica-argomentativa alla cui realizzazione aveva contribuito ogni membro, partecipante alla discussione in seno al collegio.

La teoria generale vuole che la votazione costituisca un elemento costitutivo di quell'atto collegiale - proprio degli enti - che è la deliberazione -, la cui mancanza, sostiene la dottrina maggioritaria, inficia di nullità l'atto.

Tale posizione non ci appaga pienamente.

Se la deliberazione è frutto della fusione - per la creatività dell'atto - dei singoli voti individuali, da esser tenuti distinti dalla volontà collegiale, espressa dall'ente, allora, è solo il momento della votazione a determinare tale fusione.

La votazione è l'unico elemento sostanziale - previsto dalla legge per ogni tipologia di delibera - mediante il quale riscontrare se il principio maggioritario sia stato osservato. Solo attraverso la votazione diviene possibile appurare se una maggioranza sia stata raggiunta; ma, prima ancora, se l'atto finale del procedimento deliberativo - e la sua precettività normativa - si sia formato.

Se viene infatti richiesta una maggioranza, non c'è delibera, e conseguentemente non c'è volontà dell'ente, laddove non vi sia stata alcuna votazione. Quella delibera, che ha solo la fisionomia esteriore per essere considerata l'espressione di una volontà collegiale, è, a mio avviso, inesistente.

Ad esempio, la delibera di nomina di un amministratore di s.r.l., assunta da un'assemblea formata da soggetti non muniti del diritto di voto e, quindi, non legittimati al voto, rappresenta una fattispecie apparente. In tal caso è l'organo, invero, a non essere formato: perché chi si riunisce non ha alcun titolo per formare il collegio previsto dalla legge. C'è votazione, ma non c'è una delibera che promani dall'organo deliberante dell'ente. Quindi, non può esistere alcuna volontà dell'ente. Una conseguenza logica.

Una precisazione. Nella disciplina legale delle società di persone manca la previsione dell'organo e del metodo assembleare. Pertanto, per l'esclusione di un socio, ad esempio, per la quale è richiesta la maggioranza dei soci non computandosi tra questi

quello da escludere (art. 2287 cod. civ.), non è necessario che tutti i soci manifestino le loro volontà mediante una delibera unitaria, nell'ambito di una riunione collegiale.

Alla categoria dell'inesistenza ricorriamo quindi:

- nel caso di «difetto di assemblea o consiglio», cioè quando la riunione non si sia tenuta;
 - nel caso di «assoluta mancanza di voti», cioè quando non si sia proceduto ad alcuna votazione;
 - nel caso di «votazione assunta solo da soggetti non legittimati».
- E quando non si raggiunga la maggioranza necessaria per una valida delibera?

Anche in questo caso non vediamo come l'atto potrebbe dirsi idoneo a dare vita ad una nuova situazione giuridica, conformemente alla sua funzione economico-sociale.

Come può il difetto di impugnazione, che opera a titolo di sanatoria dall'esterno, “sull'atto”, prevalere su di un elemento costitutivo dell'atto, la cui mancanza opera e sta “nell'atto” medesimo? Se non si vuol dire che sia inesistente, la delibera è quanto meno nulla: non solo perché sarebbe *contra legem*, ma soprattutto in quanto non corrispondente al tipo legale, ossia alla tipologia dell'atto-delibera.

Eppure, in materia di condominio, la giurisprudenza appare ancorata alla tesi per cui la violazione delle “norme sulle maggioranze”, richieste dalla legge per formare la volontà dell'assemblea (come quando il verbale contenga omissioni o errori circa l'individuazione delle quote dei singoli condomini) determini l'annullabilità della delibera. Mentre in materia di società (di capitali) la Suprema Corte parla financo di inesistenza, dove l'organo decida senza il rispetto della maggioranza dei voti richiesta dallo statuto sociale (Cass., 5.9.1997, n. 8592).

Comunque, un conto sono le “norme sulle maggioranze” (la delibera è approvata erroneamente con una maggioranza non adeguata per quel dato oggetto); altro è la mancanza di una maggioranza.

Quando poi il collegio decida a parità di voti, favorevoli e contrari, non si ha proprio alcuna decisione deliberata.

Un accenno merita il verbale di riunione collegiale.

Abbiamo detto che solamente con la votazione si verrebbe a realizzare quell'atto di volontà - collegiale - che è la delibera.

Tuttavia, è solo dal verbale - che esprime in forma scritta la delibera - ossia la documenta - che si può evincere se l'atto sia stato votato: con quale maggioranza o all'unanimità dei presenti (che potrebbe costituire anche la totalità dei membri del collegio).

Il verbale è la narrazione dei fatti nei quali si concreta la storicità dell'azione del collegio; fatti dei quali il verbale offre la prova presuntiva. E difatti la prova della non-rispondenza a verità delle indicazioni contenute nel verbale deve essere fornita da chi contesta il verbale stesso (Cass., 11.11.1992, n. 12119).

4. Divagazioni processuali. Notificazioni e sentenze.

Sul versante processuale - vi accenniamo fuggacemente - dove le componenti del processo sono valutabili prevalentemente in chiave formale - troviamo scritto, con riguardo all'atto-sentenza, che è inesistente quel provvedimento emesso, ad esempio, da un giudice carente in modo assoluto di potere; ossia, da “un giudice che improvvisi poteri ignoti all'ordinamento” (un pseudo atto giurisdizionale: una sentenza che abroghi una legge o una condanna penale emessa da un tribunale amministrativo); ovvero che presenti un “contenuto abnorme”, “irricognoscibile come atto processuale di tipo decisorio”, se non come “atto aberrante” (Cass., 28.12.2009, n. 27428 - per quanto l'atto aberrante o abnorme, sulla scorta dell'art. 111 Cost., sia stato più precisamente definito come l'atto in contrasto con lo stesso ordinamento giuridico comportante uno stato di illegalità); dunque, “insuscettibile di passare

in giudicato”. Ontologicamente inidoneo alla res iudicata. Impugnato o meno.

Rammento, ad esempio, il caso - risolto dal Pretore di Genova eravamo nel 1993! - dove il giudice, ai fini della sospensione condizionale della pena, aveva imposto al condannato, reo di un atto di vandalismo contro un cassonetto della nettezza urbana, 15 giorni di “scorta” al servizio di raccolta rifiuti, durante il turno mattutino. Oppure, il caso della sentenza pronunciata nei confronti di un soggetto defunto prima dell’instaurazione del giudizio di primo grado (e cioè, in quanto “*la capacità giuridica si acquista al momento della nascita e si estingue con la morte della persona fisica ex art. 1 c.c.*”; per cui non potrebbero che mancare “*quegli elementi minimi per produrre l’effetto della certezza giuridica costituente lo scopo del giudicato*”: Cass., n. n. 12292/2001; 11688/2001; n. 2023/1993).

E rammento, con riguardo all’atto di notifica, che è inesistente la notificazione eseguita ad un soggetto o in luogo non avente alcun tipo di rapporto o collegamento con il destinatario.

Gli esempi potrebbero continuare (ed aggiungo anche, per completezza, come Cass. Pen, Sez. Un., n. 35814/19, con riguardo ai sollevati profili penalistici, legati alla formazione di una copia di un atto pubblico invero inesistente, abbia ritenuto l’insistenza del reato di falso materiale di cui agli artt. 476 e 482 c.p., “*salvo che la copia assuma l’apparenza di un atto originale*”). Dunque:

- la notifica eseguita ad un soggetto deceduto è inesistente (Trib. Frosinone, 4.4.18) : perché - come sopra osservato - la morte del soggetto estingue la capacità giuridica; vale a dire, l’attitudine alla titolarità soggettiva di un qualsiasi rapporto giuridico tra vivi;

- la notifica eseguita ad un soggetto inesistente, come ad esempio ad un trust, il quale “*non è un soggetto passivo d’imposta*”, è inesistente (Cass., 5.3.2018, n. 5133);

- la notifica eseguita attraverso il servizio postale affidato ad un “licenziatario privato” e non mediante il servizio di posta svolto da Poste Italiane, è inesistente (Cass., 28.3.2018, n. 7676).

Quest’ultimo caso - il caso della notificazione eseguita da un soggetto non abilitato *secundum legem* - merita, prima di concludere, un breve approfondimento.

La notificazione è il mezzo legale di partecipazione di un atto, ossia per realizzare la sua “conoscibilità” che si presume essere “conoscenza” : art. 140 c.p.c. (la sentenza della Corte Costituzionale n. 3/2010 specifica che con il ricevimento della raccomandata informativa - che è il terzo adempimento previsto dall’art. 140 c.p.c. - si concretizzi la conoscibilità dell’atto; situazione che comunque si presume trascorsi 10 giorni dalla relativa spedizione, e non dalla ricezione; peraltro, il termine di “10 giorni dalla spedizione della raccomandata”, rileva solo nell’ipotesi in cui la raccomandata non fosse ricevuta).

Si compie, la notificazione, con l’intermediazione - necessaria e qualificata - di determinati “soggetti terzi”, nel rapporto tra il “mittente” ed il “destinatario”.

La nullità di una notifica - così si esprime la giurisprudenza - si ha allorquando la notifica venga eseguita, nei confronti del destinatario, con la consegna dell’atto in un luogo o ad un soggetto diversi da quelli stabiliti dalla legge, ma pur sempre aventi un riferimento con il destinatario medesimo. L’inesistenza di una notifica ricorre, invece, non solo quando abbia fatto difetto del tutto, ma altresì quando essa sia avvenuta in un modo “assolutamente non previsto dalla legge”; tale, cioè, da non poter essere sussunta in un “paradigma normativo” o in un “modello legale tipico” (Cass., 18.5.2018, n. 12279).

La notificazione di un atto avente “natura giuridica” è così considerata inesistente:

(i) allorquando sia (stato) insussistente un qualsiasi collegamento

tra il destinatario dell’atto ed il soggetto a cui, invece, l’atto stesso è stato in concreto consegnato;

(ii) allorquando sia (stato) insussistente un qualsiasi collegamento tra il luogo dove il destinatario dell’atto avrebbe dovuto avere un riferimento soggettivo ed il luogo dove invece la notificazione è in concreto avvenuta;

(iii) allorquando l’attività notificatoria posta in essere non sia stata minimamente in grado di raggiungere un qualsivoglia scopo (come quando la violazione sia andata ad incidere radicalmente sul “principio del contraddittorio”, si da non potersi dire in alcun modo instaurato);

(iv) allorquando l’attività notificatoria posta in essere:

(iv-a) sia (stata) totalmente carente degli estremi e dei requisiti essenziali per la sua qualificazione come “attività notificatoria”; ovvero

(iv-b) sia (stata) posta in essere seguendo schemi o termini normativi definibili come “abnormi” o “patologici” (e si fa appunto l’esempio della notifica eseguita da un soggetto privo dei poteri necessari per compierla).

In tutte queste ipotesi, la conseguenza è che l’atto è “tamquam non esset”, senza alcuna possibilità di sanatoria.

Pensiamo, infine, alla sentenza priva di sottoscrizione.

Stando alle fonti romane era nulla una sentenza *contra ius constitutionis*; oggi, secondo “massime” alquanto consolidate, il difetto può essere fatto valere in ogni tempo, mediante un’azione di accertamento negativo (la c.d. “*actio nullitatis*”) (in ambito amministrativo, si v., però, Cons. Stato, II, n. 793/2023, secondo cui l’assenza di sottoscrizione in un atto non potrebbe ritenersi invalidante qualora l’atto presenti “elementi testuali” che consentano di individuare il suo autore; quali, l’indicazione dell’ente, l’ufficio di appartenenza del funzionario, la sua qualifica).

Peraltro, con l’avvento delle Procedure Telematiche, in caso di violazione delle disposizioni tecniche, o non c’è vizio (ex art. 121 c.p.c.) o l’atto nasce imperfetto. Tuttavia, Cass., n. 3524/2023 ha ancora recentemente previsto - in tema di dichiarazione di fallimento - come la mancanza della sottoscrizione digitale del giudice, nel decreto di convocazione diretto alla parte-debitrice, renda l’atto non semplicemente nullo, ma inesistente e, come tale, insuscettibile di sanatoria per il raggiungimento dello scopo ex art. 156, comma 3, c.p.c.

Per cui, dunque, la *querela nullitatis* appare ancora un rimedio calzante per ogni ipotesi di inesistenza.

Concludiamo. L’inesistenza è una categoria antica. Che è stata ricondotta dagli analisti del linguaggio ad una “illogica antinomia del nulla”.

Tale qualifica è aliena rispetto alla disciplina positiva; è una invalidità “enucleabile dal sistema”; possiamo però dire che è esclusa davanti a regole imposte a pena di nullità o ogni volta che risulti violata una *lex minus quam perfectae* e l’atto sia solo irregolare.

Una categoria “immanente” nell’ordinamento: come misura di salvaguardia contro l’assenza di certezze giuridiche e garanzie procedurali.

Note.

(1) Parla di “arma della nullità”, il Sacco (v. *Il Contratto*, p. 525).

(2) Così, Natalino Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, 1970, p. 180.

(3) Cfr., Giovanni Bonilini (a cura di), *L’amministrazione di sostegno*, 2020, p. 251 e ss.

(4) Così, Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 1983, p. 845.

(5) Cfr., *Storia della giurisprudenza romana*, 1968, p. 244.

(6) Emilio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1971, p. 57.

*Eredità giacente: linee guida a confronto.**

Andrea Fusaro

Ordinario di Diritto privato, Università di Genova

Istituto del diritto successorio, l'eredità giacente nell'ambito dell'analisi giuridica ne ha condiviso la condizione cadetta, anzi l'ha subita in maniera accentuata: nell'ambito degli studi accademici le è stata dedicata ben scarsa attenzione e quella poca polarizzata verso i profili teorici più adatti all'approfondimento in chiave concettuale, perpetuando l'inclinazione prevalente nella prima metà del novecento, allorquando dominava il metodo dogmatico, guidato dal prestigio della dottrina tedesca, la celebre Pandettistica che, muovendo dal diritto romano, dal Digesto e le altre fonti, notoriamente inclinate verso una trattazione del diritto su base casistica, aveva elaborato concetti astratti, idonei a sostenere regole rotonde, da contrapporre alle eccezioni. In quel contesto l'eredità giacente si porgeva quale patrimonio autonomo, adespota, oggetto di una gestione fiduciaria nell'interesse altrui.

Quella visione ha prodotto alcune analisi raffinatissime, poco numerose se confrontate con l'attenzione dedicata ad altri settori del diritto. Erano gli anni in cui circolava la caustica iperbole che descriveva il secondo libro del codice come dedicato a pochi sprovveduti che avevano commesso errori nel fare testamento. I privatisti erano attratti dalla responsabilità civile, che diventava laboratorio di metodi, terreno di sperimentazione degli approcci maggiormente innovativi, spesso importati dall'estero specie dall'ambiente culturale nordamericano, si pensi all'analisi economica del diritto.

Attacchi al metodo dogmatico provenivano anche da storici - si pensi a Paolo Grossi e alla sua Scuola - che mettevano in discus-

sione la gerarchia delle fonti, indicando periodi - anteriori alla nascita dello Stato moderno - in cui dominava la frammentazione giuridica e la prassi occupava una posizione non marginale, ma centrale. Consonante è apparsa la posizione dei primi comparatisti, padri nobili quale Rodolfo Sacco, che hanno registrato la dissociazione dei formanti giuridici, assumendo un approccio gius-realista propenso a rilevare una pluralità di fonti, quindi un novero ben più ampio della triade legislazione, giurisprudenza, dottrina.

Collocata su questo sfondo, la trattazione offerta da Maria Schettino e Rosa Anna Fumarola (1) riesce encomiabile, come ha sottolineato il presidente dottor Arturo Picciotto, elogiandone soprattutto la valenza professionale. Personalmente aggiungo l'apprezzamento cosiddetto scientifico, da punto di vista della letteratura giuridica.

La ricognizione degli atteggiamenti riscontrati nella proposizione dei ricorsi (l'attenzione non sempre adeguata alla verifica dei presupposti, specie circa l'assenza di soggetti nel possesso dei beni, la tendenza a strumentalizzare l'intervento del curatore per dirimere vertenze), la segnalazione delle inclinazioni dei giudici (la tendenza conservativa del patrimonio, tale da non consentire un'indiscriminata vendita di cespiti in tempi brevi), la segnalazione degli orientamenti dei Tribunali, non limitata alle sentenze pubblicate, rimarcando le eventuali divergenze (ad esempio circa i criteri di liquidazione dei compensi), persino l'attenzione verso il profilo professionale dei Magistrati impegnati, il riscontro circa l'applicazione delle soluzioni privilegiate in dottrina (la preclusione circa la giacenza pro quota) hanno attitudine a restituire quel quadro fedele di *law in action* - di diritto all'opera - che vivifica l'elaborazione teorica.

Note.

(1) Come gestire l'eredità giacente, Maggioli, 2025.

* Introduzione al seminario "Eredità Giacente: Linee guida a confronto", organizzato a Genova venerdì 9 maggio 2025, da E.D. Genealogia ed Heres.

Recensioni

*Ombre in cerca di ascolto**.

PAOLO CENDON

Compagnia editoriale Aliberti, 2024

*“Perché le idee sono come farfalle che non puoi toglierle le ali
Perché le idee sono come le stelle che non le spengono i temporali
Perché le idee sono voci di madre che credevano di avere perso e sono come il
sorriso di Dio in questo sputo di universo
Continua a scrivere la vita, tra il silenzio e il tuono, difendi questa umanità
che è così vera in ogni uomo
In questo disperato sogno tra il silenzio e il tuono difendi questa umanità anche
restasse un solo uomo
Chiamami ancora amore, chiamami sempre amore perché noi siamo amore”*
(passaggi tratti da Roberto Vecchioni,
“Chiamami ancora amore”)

1. Vivere, rispettare e tutelare la fragilità.

Il libro di racconti del Prof. Paolo Cendon (come tutta la sua sterminata produzione scientifica a tutela dei soggetti fragili) pone al centro del diritto la persona, la sua interiorità con l'impegno a restituire a ciascuno una vita decorosa.

Non parla nel linguaggio giuridico in senso stretto ma nel linguaggio dei sentimenti e della filosofia anche se dietro ogni racconto si possono leggere le tutele giuridiche che nel tempo sono state approntate, o che ancora devono essere approntate, a tutela di ogni singola esperienza di vita descritta.

I racconti vanno così a fondo nell'ombra umana che alla fine di ogni racconto questa ombra, da ombra, diventa luce in cerca di ascolto.

Racconti profondamente umani nei quali si narra di gesti, di silenzi, di sguardi e di espressione dei volti e qui la narrazione si fa via via più intensa sino ad esprimere sentimenti di dolore ma anche di speranza. Sono vellutati, perché intendono tracciare, tessere, un colloquio con il lettore.

Si può scoprire un Paolo Cendon non solamente giurista ma abilissimo narratore che ci fa comprendere che anche la solitudine, la fragilità, il dolore, la follia, e le disabilità in ogni loro forma (ludopatìa, anoressia, droga, alcool) possono volgere al positivo.

Tutta l'opera di Cendon in difesa dei fragili origina da Franco Basaglia, lo psichiatra veneziano del quale quest'anno ricorrono i 100 anni dalla nascita: tutto inizia dalla chiusura dei manicomi, per curare la follia, per non lasciare i malati di mente soli, per legare, stringere una relazione empatica con loro, alla ricerca della tenerezza.

Da lì si dipana tutta la Sua produzione scientifica a tutela delle varie e variegata forme di disabilità e Cendon pare voglia insegnarci che non si sanno scegliere le parole ed i diritti che curano e le parole ed i diritti che salvano, se non si è capaci di introspezione e di immedesimazione: noi siamo di continuo responsabili delle parole che diciamo e di quelle che dovremmo dire e non diciamo ma anche dei silenzi che sono più delle parole e Cendon traduce tutto questo nel suo libro.

* Il libro è stato presentato in occasione del seminario che il Prof. Paolo Cendon ha tenuto ai praticanti iscritti alla Scuola Forense dell'Ordine degli Avvocati di Genova “Mauro de André”, il 26 novembre 2024.

L'alterità, il rispetto della condizione dell'altro, soprattutto quando soffre, è il terreno del confronto per rimuovere e superare la solitudine e l'ombra dell'anima.

Potremmo definire il Prof. Cendon, quando tratta dei diritti dei deboli, come poeta della fragilità, fragilità come ombra in cerca di ascolto, appunto.

Ha scritto Emily Dickinson: “Una parola muore appena è detta dice qualcuno. Io dico che comincia appena a vivere quel giorno”, se la sappiamo ascoltare, aggiungo io.

Eh sì, perché le parole contenute nel libro raccontano di esperienze umane che trascinano con loro angoscia, tristezza, solitudine, dissociazione e smarrimento ma ogni parola può essere, di volta in volta, quella decisiva, quella che crea fiducia nella soluzione di queste situazioni grazie alle tutele giuridiche che la dottrina ha nel tempo creato sfruttando i principi contenuti nella nostra Carta costituzionale.

Un'opera capace di emozionare e restare nel cuore perché, come tutti i grandi giuristi, Paolo Cendon ci spiega i fatti ed i diritti ad essi collegati, in modo semplice e chiaro.

Ogni episodio narrato è una esperienza vissuta dall'Autore e da ogni esperienza egli trae un insegnamento ed uno sprone per aiutare i personaggi descritti nei singoli racconti e ricordarci che quei personaggi, un giorno, potremmo essere noi stessi.

Desidero chiudere questa premessa ricordando le parole di Matteo Fedeli, violinista, violista e docente di violino: “Suonare per gli ospiti delle RSA dà un ritorno, a livello emozionale, che un palcoscenico non è in grado di dare” (1).

2. I singoli racconti.

Entrando nei singoli racconti, ciascuno esprime uno spaccato di vita vissuta dall'Autore, maestro nella descrizione di fatti ma soprattutto di sentimenti ed emozioni, intrisi di diritto passato, moderno e futuro, in linea con la sua visione di mondo e di tutela dei diritti dei più fragili.

In particolare il racconto “Sassolino”, n. 21, descrive la frustrazione e l'attenzione di un figlio per genitore terminale; “Notte africana”, n. 7, lo sfruttamento sessuale di una straniera che si prostituisce per cercare di potere avere una vita migliore; “Valigia sopra l'armadio”, n. 12, racconta di un ragazzo omosessuale che non riesce a vivere in libertà i propri sentimenti, con tutte le tristi conseguenze del caso.

Nel racconto “Specchio”, n. 1, si possono scorgere i germi del bullismo e della lotta, ante litteram, per combatterlo: storia vecchia, che si può leggere con gli occhi del giurista del futuro, intento a combattere tale piaga in difesa dei diritti fondamentali della persona.

“Mondo alla rovescia”, n. 28, è uno spaccato concreto, attuale e, purtroppo, diffusissimo della malattia mentale vissuta tra le mura domestiche: una malattia mentale che non sfocia nei ricoveri ma che viene vissuta quotidianamente dalle famiglie che spesso si trovano ad affrontare, da sole o quasi, queste situazioni di disagio. Un mondo sommerso vissuto nel nascondimento perché consapevoli della malattia, in un mondo che non vuole vedere e vivere tali situazioni: l'aiuto di singoli soggetti di buona volontà, è ancora oggi l'unico rimedio a tali situazioni di emarginazione.

“Viva gli sposi”, n. 6, è l'inno all'anti discriminazione, un rac-

conto struggente di due ragazzi down che, come tutti, cercano di vivere una vita normale, fatta di sentimento ed emozioni comuni che sfociano nel matrimonio (2).

“Prove di carattere”, n. 3, illustra gli eventi della vita visti dagli occhi di un bambino.

Non è un caso che le vicissitudini che vedono protagonista il fanciullo veneziano *Marcus* vengano definite nell'*incipit* del racconto come un “apprendistato infantile”, un percorso legato da un filo conduttore capace di fargli maturare, tassello dopo tassello, un grado elevato di sensibilità. Lo sconforto e disarmo nel vedere una colomba assalita da un gabbiano, la scomparsa della propria cagnolina malata, la preparazione di una pietanza a base di anguilla cucinata ancora viva. Da qui, l'elaborazione di una norma morale pro-futuro: la coscienza di non poter evitare una sofferenza animale sarebbe stata mitigata dalla decisione di non cibarsene. Ben presto, tuttavia, il giovane conosce la crudeltà che porta la firma dell'essere umano, come quella del vicino di casa violento e vessatorio nei confronti della moglie, oppure quella dell'uomo ubriaco che prende a calci le ciotole posizionate da una “gattara” per i mici randagi.

Marcus, a questo punto, si rende conto che piccoli gesti potrebbero rivelarsi utili ad evitare ciò che prima avrebbe ritenuto inevitabile: l'urlare a squarciagola nella notte del litigio placò gli animi del marito aggressivo; l'essersi avvicinato ai gattini per qualche carezza fece desistere l'uomo violento dallo scalciarli un'altra volta. Piccoli gesti che evocano nella mente di chi scrive l'aforisma di Ralph W. Emerson “*Punica persona che sei destinato a diventare è la persona che decidi di essere*” e questo bambino coraggioso, protagonista del racconto, riesce a portare luce in un mondo di ombre e ci ricorda di non voltare le spalle verso gli indifesi.

“Una madre racconta”, n. 4, è la storia della mamma di Giulio - ragazzo gravemente autistico - a cui non importa di cosa accadrà ai beni immobili quando lei e suo marito non saranno più in vita, oppure a quanto ammonterà l'imposta di successione o cosa ne sarà dei risparmi depositati sul conto corrente, quanto chi si prenderà cura del proprio figlio quando loro non ci saranno più, chi lo assisterà dopo di loro. Le novità legislative in materia rischiano di dare rilievo agli aspetti patrimoniali, lasciando in secondo piano aspetti di primaria importanza per le famiglie, ossia l'esistenza e l'assistenza dell'all'individuo fragile e privo della propria famiglia di origine. L'auspicio è che in un futuro non troppo distante, l'ascolto dell'altro possa divenire la prima regola così da restituire un quadro dove il beneficiario di istituti assistenziali possa essere visto, in primis, quale essere umano portatore di desideri, aspettative e speranze (3).

Il racconto “Inquieto gioventù”, n. 5, vede come protagonista *Marcus*, un ragazzo di ventiquattro anni che, terminati gli studi universitari, si accinge ad effettuare la difficile scelta di abbandonare la sua città natale. La storia è incentrata su un crescendo di esperienze di vita che, nel prosieguo della narrazione diventano via via più intense, cupe, tristi e segnate da un profondo senso di solitudine e rassegnazione.

La situazione di disagio che affligge *Marcus*, non traspare completamente nelle prime battute della storia, dalle quali sembrerebbe che le “difficoltà” che affliggono il protagonista derivino dal vuoto lasciategli dalla perdita dei genitori, e, soprattutto, dal senso di smarrimento, non dissimile a quello che tutti noi, chi più, chi meno, ci siamo trovati ad affrontare, causato dalla fine degli studi e dall'inizio della vita lavorativa. La sofferenza di *Marcus*, però, è in realtà molto più profonda, radicata nel disagio quotidiano che si trova ad affrontare a causa del suo aspetto fisico.

Man mano che si prosegue nella lettura del racconto e nelle tappe della crescita adolescenziale del protagonista, cresce la percezione del senso di solitudine che lo affligge. Al contempo cresce in *Marcus* la consapevolezza dell'impossibilità ad instaurare un rapporto affettivo per via di un aspetto fisico lontano dai normali canoni di bellezza o anche solo di normalità. Cresce la sensazione di rassegnazione al rimanere sempre vincolato e segnato da un'apparenza fisica socialmente debilitante, segnato da qualcosa che non si può cambiare.

Il racconto ripercorre, attraverso alcuni episodi, i principali momenti dell'adolescenza del protagonista, è forte tuttavia il contrasto con le esperienze degli adolescenti “normali”. Questi ultimi, riescono a vivere nella realtà i momenti che dovrebbero segnare lo sviluppo relazionale ed affettivo della vita di un ragazzo. Al contrario, queste tappe sono da *Marcus* solamente immaginate e sognate, ed è in questi passaggi che traspare maggiormente il senso di tristezza e solitudine della narrazione, tanto da spingere chi legge ad interrogarsi su quanto profondamente, una mera caratteristica fisica, possa influire sulla vita di un individuo.

C'è un altro aspetto, tuttavia, che colpisce il lettore: nonostante la solitudine e la consapevolezza dei propri “limiti” fisici, il protagonista non smette mai del tutto di sperare. Il racconto si conclude infatti con la scelta di *Marcus* di abbandonare la sua città di origine, Venezia, il luogo dove ha sempre abitato e dove è sempre stato vincolato al suo aspetto esteriore, per trasferirsi a Trieste.

Ed è proprio in queste battute finali che il contrasto tra il senso di rassegnazione per qualcosa che non può essere cambiato e la speranza di trovare un posto dove poter essere accettato malgrado l'apparenza, è più forte e porta il lettore ad interrogarsi ed a sperare per il futuro del protagonista.

Nel racconto “La spiaggia”, n. 8, l'Autore prova ad interrogarsi per capire cosa porta una persona a compiere un gesto tanto disperato come il suicidio.

In questo breve racconto, il Prof. Cendon trasporta il lettore in quello che *prima facie* sembra una qualsiasi scena di vita quotidiana. Una giornata al mare d'estate, pochi bagnanti intenti a godersi, nella loro individualità, la tranquillità di una spiaggia isolata. Il contesto, tuttavia, muta radicalmente in poche righe, e la perfetta tranquillità quotidiana viene stravolta da un evento tragico, quello, appunto, del suicidio di un ragazzo.

Attraverso queste poche pagine, l'Autore riesce a focalizzare l'attenzione del lettore; da un lato sul senso di impotenza che affligge chiunque si trova ad assistere, direttamente, come nel caso dei bagnanti della storia, o indirettamente come il lettore, ad un gesto estremo come quello compiuto dal ragazzo; dall'altro porta ad interrogarsi proprio sulle ragioni di tale gesto: perché lo ha fatto? Si poteva evitare?

Due sono i passaggi che colpiscono maggiormente in questo racconto.

Il primo è la drammatica perseveranza del ragazzo nel perseguire il suo intento, nonostante le ferite che si era appena procurato e restando completamente indifferente alle grida

(1-2) Alessandro Barca, Avvocato del Foro di Genova, Direttore della Scuola Forense Mauro de André, dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

(3) Simone Parisi, Praticante Avvocato, frequentante la Scuola Forense Mauro de André, dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

dei bagnanti volte a farlo desistere. Attraverso queste righe il Professor Cendon enfatizza il senso di disperazione, sordo ed incurabile del ragazzo, e trasmettere a chi legge la stessa impotenza provata dai bagnanti di fronte alla tragedia.

Il secondo è contenuto nelle righe finali, dove l'attenzione si focalizza sull'articolo di un quotidiano inerente alla vicenda, il quale, in poche battute e con una semplicità disarmante ed estremamente superficiale descrive il ragazzo e le probabili cause del gesto.

In queste poche righe finali, il Prof. Cendon riesca a descrivere in maniera impeccabile il modo in cui i media, ed in generale la maggioranza delle persone che restano estranee, per non dire indifferenti, a questi accadimenti, e come siano portati a minimizzare loro e, ed ancor di più, le persone che li compiono, quasi a volerli liquidare ad accadimenti normali ed inevitabili, come se tali accadimenti non gli appartenessero (4).

I racconti "Visita nel pomeriggio", n. 9 e "Suona il campanello", n. 10, rappresentano due gemme letterarie capaci di immergere il lettore in profondità emotive e riflessioni sulle fragilità umane. Essi ben si inseriscono nello spirito della raccolta, che intende esplorare le complessità dell'animo umano, offrendo uno sguardo attento e compassionevole su vite spesso ignorate dalla società.

"Visita nel pomeriggio", n. 9, cattura l'essenza dell'incontro come momento di apertura e confronto tra due mondi apparentemente distanti ma profondamente interconnessi.

La narrazione si svolge in un'atmosfera intima, carica di tensioni emotive, dove il tempo sembra rallentare per consentire al lettore di cogliere ogni sfumatura psicologica dei personaggi.

La visita, che dà il titolo al racconto, non è solo un evento fisico ma un viaggio interiore che porta i protagonisti a confrontarsi con le proprie vulnerabilità.

Cendon utilizza uno stile narrativo fluido e descrittivo, in grado di evocare immagini vivide e situazioni che risuonano con esperienze universali: la solitudine, la paura del rifiuto, e il desiderio disperato di essere compresi.

L'abilità dell'autore nel descrivere i dettagli - un gesto esitante, uno sguardo prolungato, il suono lontano di un orologio - contribuisce a costruire un'atmosfera malinconica ma intrisa di speranza. Il racconto si chiude lasciando il lettore sospeso, con domande che risuonano ben oltre l'ultima pagina.

Più nel dettaglio, l'opera appare di ampio respiro dal momento che, sotto un apparente minimalismo narrativo, cela una riflessione profonda sulla natura dei legami umani, sull'identità e sulla memoria. Attraverso una narrazione attenta ai dettagli, l'autore ci guida in un'esplorazione emotiva e sensoriale, dove l'ambientazione e i personaggi si intrecciano in modo indissolubile.

Dalla narrazione emerge un ritratto accurato ed emotivo di luoghi ed atmosfere, cornice articolata del "sentire" dei personaggi.

La Fondazione triestina, con la sua villa neoclassica su via Mendelssohn, diventa non solo lo sfondo ma un personaggio vivo e pulsante: la descrizione della struttura - le colonne, le sculture, la maestosità dell'architettura - si fonde con i ricordi del passato della famiglia Henzau, creando una tensione tra il peso della storia e la fragilità dell'adesso.

L'autore riesce ad evocare il fascino della villa, ma anche la sensazione di decadenza, come se il tempo, pur rispettandola, l'avesse segnata.

L'ambientazione si amplia, poi, con la città di Trieste, descritta nei suoi vicoli, piazze e mercati, in un mosaico che rispecchia l'interiorità del protagonista.

Ogni scelta narrativa - dagli itinerari ai piccoli gesti quotidiani - sembra essere studiata per far emergere il carattere contemplativo e un po' solitario di Marcus, il narratore.

Il protagonista, infatti, si presenta come un uomo abitudinario, immerso in un'esistenza di tranquilla monotonia: il suo lavoro alla Fondazione non è solo una fonte di reddito, ma un rifugio, un microcosmo in cui egli può confrontarsi con i suoi pensieri e osservare il fluire delle relazioni umane. La sua voce narrante è precisa, quasi distaccata, ma è nel non detto che emergono le sue inquietudini più profonde.

L'incontro con Joseph Henzau, il presidente della Fondazione, segna un momento cruciale nella storia. Joseph è un uomo che emana autorità e raffinatezza, ma al contempo è pervaso da una gentilezza disarmante.

Attraverso le loro conversazioni, emergono riflessioni sul potere, sulla memoria familiare e sulla fragilità dell'essere umano.

Il contrasto tra l'"algida impetitezza" di Marcus e la "semplicità nel rivolgere la parola" di Joseph sottolinea il divario generazionale e sociale, ma anche una possibile affinità nascosta.

Geneviève, infine, moglie di Joseph, appare come un'epifania: la sua figura è quasi onirica, un ideale di femminilità e grazia che trasforma ogni luogo in cui si trova. La sua presenza porta con sé un senso di bellezza eterna e intangibile, che Marcus osserva con un misto di ammirazione e consapevolezza della propria distanza da lei.

La scena del giardino, in cui Geneviève accarezza i fiori, è, infatti, una delle più evocative del racconto, carica di simbolismo e malinconia.

Sotto la trama apparentemente semplice, il racconto esplora tre temi complessi.

Il Tempo e la Memoria: La villa e la Fondazione rappresentano il peso del passato, con i suoi legami e le sue responsabilità. Attraverso gli occhi di Joseph, vediamo un uomo che si sforza di preservare la memoria familiare, mentre Marcus si interroga sul proprio ruolo in quel contesto.

La Solitudine e la Connessione: Marcus vive un isolamento emotivo, interrotto solo occasionalmente dai suoi incontri. Tuttavia, l'intesa sottile che si crea tra lui e Joseph suggerisce che anche nei contesti più formali possano nascere connessioni autentiche.

La Bellezza e l'Inaccessibilità: Geneviève incarna l'idea di una bellezza che non può essere posseduta, un ideale che Marcus osserva da lontano, consapevole della propria condizione di spettatore.

L'atmosfera (quasi) onirica del racconto viene valorizzata da un linguaggio ricco, ma mai ridondante. Le descrizioni, dense e minuziose, creano un'atmosfera quasi pittorica, dove ogni elemento - dalla luce che filtra tra gli alberi ai profumi del giardino - contribuisce a costruire un'esperienza immersiva. I dialoghi sono misurati, spesso allusivi, lasciando ampio spazio all'interpretazione del lettore.

Questo racconto, dunque, è un'opera che va letta con lentezza, assaporando ogni dettaglio. La sua forza sta nella capacità di evocare emozioni sottili, di mettere il lettore di fronte a domande profonde senza mai imporre risposte definitive. È una meditazione sulla vita e sulle relazioni, un invito a osservare ciò che ci circonda con occhi nuovi e un cuore aperto. Il racconto "Suona il campanello", n. 10 è una potente metafora dell'azione di chiedere aiuto e dell'importanza dell'a-

(4) Giulio Bertora, Praticante Avvocato, frequentante la Scuola Forense Mauro de André, dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

scolto. Il semplice gesto di suonare un campanello assume qui un significato simbolico: è un grido silenzioso, una chiamata che cerca una risposta in un mondo spesso troppo distratto o indifferente.

La protagonista, di cui scopriamo frammenti di storia attraverso *flashback* e riflessioni interiori, è un personaggio profondamente umano, segnato da errori, rimpianti e speranze. Cendon dà voce a un'umanità dolente che lotta per trovare il coraggio di oltrepassare il muro dell'incomunicabilità.

La forza del racconto risiede nella sua struttura narrativa: ogni scena è costruita con precisione, alternando momenti di silenzio a dialoghi intensi che rivelano la complessità emotiva dei personaggi. Anche qui, l'autore dimostra la sua maestria nel rendere tangibile l'invisibile, facendo emergere le paure e i desideri nascosti dietro l'apparente banalità di un gesto quotidiano.

Più nel dettaglio, il racconto si presenta come un'opera dal tono crudo e disarmante, un'indagine sulla condizione umana affrontata con una rappresentazione brutale e diretta. Attraverso la storia di Claire, una donna con paralisi cerebrale, l'autore esplora temi di vulnerabilità, desiderio e relazioni, immergendo il lettore in un mondo dove la forza interiore e la fragilità fisica si intrecciano in modo inestricabile.

Claire è, infatti, un personaggio indimenticabile: la sua disabilità è descritta con una crudezza quasi documentaristica, che evita qualsiasi edulcorazione per mostrare la realtà della sua esistenza. Nonostante le limitazioni fisiche estreme - una schiena storta, arti esili come grissini, e una totale dipendenza dagli altri - la donna emerge come una figura straordinariamente resiliente. La sua capacità di esprimersi attraverso un sintetizzatore vocale, di desiderare e di agire, anche in condizioni di estrema vulnerabilità, fa di lei una protagonista complessa e potente.

L'ambientazione - una villetta periferica ottenuta con l'aiuto dei servizi sociali - riflette la solitudine e l'isolamento della sua vita, ma diventa anche uno spazio di incontri, scontri e speranza. Questo microcosmo diventa il palcoscenico di un dramma umano universale.

Anche i personaggi secondari risultano meritevoli di attenzione: Micheline, l'assistente di Claire, è, difatti, un personaggio di grande ambivalenza.

Da un lato, la sua presenza è fondamentale per la sopravvivenza della protagonista; dall'altro, la sua instabilità emotiva e la frustrazione la rendono una figura inaffidabile e potenzialmente pericolosa. Ossessionata dalla ricerca dell'amore, Micheline è una donna che incarna l'irrisolutezza e la vulnerabilità delle relazioni umane.

Alan, invece, l'uomo che entra nella vita di Claire, è descritto con una semplicità che lo rende immediatamente riconoscibile e credibile.

La sua dolcezza e il suo rispetto per Claire offrono un raggio di speranza in una narrazione spesso opprimente. Nonostante un momento di cedimento con Micheline, Alan torna da Claire, in una scena che suggella una connessione autentica e toccante.

Il racconto affronta temi profondi e universali con una lucidità spietata.

Il Desiderio e l'Amore: Claire non è semplicemente una vittima della sua condizione; è una donna che desidera, che ama, che cerca connessioni. La sua relazione con Alan, seppur breve e fragile, rappresenta un trionfo dello spirito umano sulle barriere fisiche.

La Violenza e l'Abuso: la scena in cui Micheline aggredisce Claire è scioccante e profondamente disturbante, ma è anche

una denuncia del potere che chi assiste può esercitare su chi è vulnerabile. Questa dinamica esplora il confine sottile tra aiuto e controllo.

La Resilienza: Claire si ribella, nel suo modo silenzioso ma potente, denunciando Micheline e scegliendo di rischiare un cambiamento pur di liberarsi da un rapporto tossico. Questo gesto è un atto di coraggio che sottolinea la sua forza interiore.

Tutte le sopra menzionate tematiche sono valorizzate da una narrazione che si distingue per il suo stile diretto, quasi cinematografico: le descrizioni appaiono vive, dettagliate e spesso disturbanti, come nella rappresentazione del corpo di Claire o degli scontri con Micheline.

Questa scelta stilistica immerge il lettore nella realtà brutale della storia, senza filtri. Tuttavia, non mancano momenti di dolcezza e poesia, come la danza tra Alan e Claire, che contrastano con la crudezza sopra descritta ed offrono un equilibrio emotivo alla narrazione.

Questo racconto, dunque, è un'opera che colpisce al cuore. La sua forza risiede nella capacità di rappresentare la condizione umana in tutta la sua complessità - fisica, emotiva e relazionale.

Claire è una protagonista che rimane impressa, non solo per la sua disabilità, ma per la sua umanità, il suo coraggio e la sua capacità di amare.

Il racconto vuole, pertanto essere, uno spunto di riflessione profonda sull'amore, sulla violenza e sulla resilienza, capace di lasciare un segno duraturo nel lettore.

Entrambi i racconti, quindi, affrontano temi universali con una sensibilità rara: l'ascolto, il bisogno di connessione, e la capacità di accogliere l'altro sono al centro delle narrazioni. Cendon non si limita a descrivere le fragilità dei suoi personaggi; li abbraccia, li celebra e invita il lettore a fare altrettanto.

La scrittura è densa ma mai opprimente, ricca di dettagli che rendono le storie palpabili, dimostrando un'attenzione particolare dell'autore alle emozioni umane, alle sfumature del dolore e alla resilienza che emerge anche nelle situazioni più difficili.

“Visita nel pomeriggio” e “Suona il campanello” sono due racconti che, pur nella loro brevità, lasciano un segno profondo: Paolo Cendon ci regala non solo storie, ma esperienze che risuonano nel cuore e nella mente del lettore.

La sua capacità di trattare con delicatezza temi complessi come la solitudine, la vulnerabilità e la ricerca di comprensione fa di queste opere un invito a riflettere su cosa significhi essere umani.

In un mondo sempre più rumoroso e distante, queste storie ricordano l'importanza del silenzio, dell'ascolto e della vicinanza (5).

“Insieme per sempre”, n. 11, racconta la storia di Sergio e Silvia. I ragazzi si conoscono alla palestra dell'Unione Ciechi, Sergio è affetto da sclerosi multipla e Silvia è una volontaria, una giovane ragazza che ha devoluto la sua vita agli altri. I due scoprono subito di avere una grande intesa, sono molti i profili che li accomunano, tra cui il vuoto affettivo delle rispettive famiglie, l'essere irrisolti ed anche un po' irrequieti entrambi. Si crea un rapporto di confidenza, i due si incastrano perfettamente nei loro bisogni e nella reciproca capacità di “colmare i vuoti” l'uno dell'altra. In ragione della

(5) Claudia Campanale, Praticante Avvocato, frequentante la Scuola Forense Mauro de André, dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

patologia di Sergio - e del suo peggiorare - gli viene assegnato un alloggio, Silvia decide di trasferirsi con lui, coinquilini certamente atipici, ma nel loro spazio sicuro i due stanno bene. Elemento di apparente turbolenza è l'arrivo di Luca, un ragazzo che Silvia conosce per caso, un giovane soldato di leva dotato delle qualità che a Sergio mancano, capacità che Sergio non ha, probabilmente, a causa della malattia. Tra Silvia e Luca nasce una frequentazione, lei inizialmente si sente in difetto nei confronti di Sergio, e lo stesso Sergio ha delle resistenze che, nonostante tutto, riuscirà a vincere dopo una attenta riflessione. Siamo ora nel 2004 e, finalmente, entra in vigore la legge sulla protezione dei soggetti fragili e Silvia viene nominata Amministratore di Sostegno di Sergio e così potrà acquistargli una casa per soddisfare le esigenze della sua malattia.

“Incontri dal vivo”, n. 13, descrivono i primi passi dell'Autore, ancora bambino, nel mondo della disabilità. Siamo a Venezia intorno agli anni '50: col padre dirigente dell'economato pubblico, visita gli istituti in cui erano ricoverati matti, sordomuti e convalescenti. ciascuna “categoria” era dislocata in un diverso luogo. In una di queste visite, l'Autore (bambino), accompagna in mezzo ai frutteti ospiti sordo-muti. Qui il la mente porta a Eugenio Perucatti, figura importantissima per la storia del diritto penale e penitenziario; egli realizzò e fu direttore di un innovativo carcere per gli ergastolani sull'isola di Santo Stefano, luogo sperduto, isola quasi disabitata al largo di Ventotene, dove sperimentò un nuovo modo di vivere e concepire il carcere per gli ergastolani: avere compiti ben precisi da portare a termine, attività ludiche e di aggregazione periodiche e responsabilità ben precise. Ad uno di questi ergastolani, Pasquale - assassino reo confesso - Perucatti affidò le cure del più piccolo dei suoi figli e nonostante quell'uomo avesse ucciso in modo efferato, si dimostrò un perfetto ed attento baby-sitter, come lo definiremmo oggi. Il parallelismo può sembrare - a giusta ragione - un po' azzardato ma, a modo di vedere di chi scrive, più che doveroso perché come direbbe Don Andrea Gallo, entrambi si sono occupati degli Ultimi, quelli veri, i quali sono considerati solo per i ruoli marginali, senza rilevanza, e soprattutto senza responsabilità. Affidare il proprio figlio ad un soggetto fragile, ad un reietto, è un gesto che nasconde una enorme manifestazione di fiducia, è un modo per dimostrare di riuscire a “vedere” realmente l'Altro, riconoscergli un ruolo di cura e riconoscerne le capacità di poterlo portare a termine (6).

“Sotto gli oleandri”, n. 14, descrive la storia dell'amicizia tra Marcus e Dorian che viene sinteticamente descritta dall'Autore: *“Fermare il diavolo e i suoi intrighi era possibile. Sotto il cielo della giustizia avevamo un compito da svolgere”*.

Conosciutisi grazie ad un libro di storia della musica preso in prestito, i due entrano subito in sintonia.

Per Dorian parlare della propria omosessualità in famiglia non è mai stato un problema, non così all'esterno. *“Era stato incapace di difendersi, specie i primi tempi, ne era uscito con rabbie profonde, aspettava l'occasione per far pagare il filo a chi di dovere... sarebbe sceso un giorno o l'altro in campo”* scrive l'autore del giovane Dorian.

“L'occasione per scendere in campo” arriva prima nella vita di Marcus, che un giorno, dopo avere acquistato una caffettiera, viene travolto in strada da un giovane scippatore in fuga.

Marcus cade a terra confuso, inconsapevole di aver appena compiuto un vero e proprio placcaggio da perfetto giocatore di rugby.

Tra il clamore generale, le congratulazioni, gli applausi e gli articoli di giornale, Marcus viene improvvisamente innalzato ad eroe in quanto ha permesso di recuperare la borsetta della povera signora anziana derubata e traumatizzata, e così, un giovanotto che non ha mai avuto grande fiducia in sé stesso, che si è sempre visto esile e “bruttino”, viene inaspettatamente illuminato dalle luci della ribalta.

Marcus condivide la sua esperienza con Dorian, il quale entusiasta annuncia la nascita di un formidabile duo, che si sarebbe potuto chiamare *“La gang buona”* o *“Gli angeli misteriosi”* o *“La coppia di Trieste”*. Da questo momento, proprio loro due, si sentono in dovere di combattere il crimine, in modo gratuito e altruistico, traendone in cambio solo un grande senso di soddisfazione personale.

L'occasione per entrare in azione si presenta poco tempo dopo: il bersaglio viene identificato in un uomo, Amelio, il quale era solito compiere atti osceni in luoghi pubblici terrorizzando i bambini.

Marcus e Dorian riescono a sventare l'ennesimo attacco di Amelio nascosto sotto dei bellissimi oleandri, i quali diventano lo sfondo perfetto per questo atto di giustizia.

Il racconto porta a riflettere sul concetto di giustizia e sul suo complesso significato, che in questa storia si concretizza nell'aiuto gratuito e disinteressato, offerto nell'ombra ed infatti la narrazione termina con queste parole *“nessuno dei passanti intorno sembrava essersi accorto di nulla”*. In secondo spunto di riflessione si rinviene nel fatto che non sempre le ferite personali guariscono col tempo ma che si possono trasformare in nuove consapevolezza, proprio come accade a Dorian.

“Tentazioni”, racconto n. 15, tratta di desideri reconditi, bisogni insopprimibili ma anche di solitudine, angoscia e morte. Cendon attraverso la sua voce e quella di una vecchia conoscente, la Professoressa Marcella Lendici, racconta il tragico epilogo della vita di un suo caro amico e collaboratore editoriale, il Giudice Furio Felici.

Felici era un magistrato del sud Italia giunto all'apice della sua carriera attraverso l'assegnazione all'ufficio delle esecuzioni civili ed era anche un instancabile scrittore, tanto che Cendon di lui dice: *“una qualità che apprezzavo molto in Felici era che non mi diceva mai di no, editorialmente”*.

Cendon e Felici col passare del tempo, tra la scrittura di un codice commentato e l'altro, stringono una solida amicizia, al punto che Felici racconta della propria vita privata, della crisi coniugale culminata con la separazione dalla moglie Daria, la quale viene descritta come una donna consumata dalla gelosia, diventata del tutto paranoica.

Cendon, con il suo peculiare approccio curioso e brillante, mai inquisitorio, ascoltando l'amico, si interroga su quale sia la verità: la moglie di Felici non gli è mai parsa una visionaria, ma al contempo il suo rapporto quasi ventennale col magistrato gli impedisce di assumere un atteggiamento di sospetto nei suoi confronti.

Siamo all'inizio di giugno e il telegiornale di Rai Uno annuncia l'arresto di Felici.

Le accuse nei confronti del magistrato sono pesanti, si parla di rapporti tra Felici e la malavita, si parla di versamenti di somme di denaro, di escort dell'Est europeo, tutte “ricompense” gentilmente elargite dalla camorra al giudice in cambio di azioni concrete da parte di questo ultimo, tra le quali *“nomine di psichiatri compiacenti, aste di vendita e processi di*

(6) Arianna Sambito, Praticante Avvocato, frequentante la Scuola Forense Mauro de Andrè, dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

esecuzione orientati in un certo modo".

Il materiale probatorio è solido, l'accusa è in possesso di un diario personale di Felici e di innumerevoli intercettazioni, in particolare tra il magistrato e il capo clan Carmine Marabita, il quale aveva coinvolto Felici in quello che viene definito "*un progetto di evasione emotiva*", fatto di viaggi veloci Napoli-Milano, di suites eleganti in alberghi a sette stelle, di cene da rivista e di ragazze dell'Est Europa così belle da non sembrare nemmeno vere. Ovviamente tutto ciò ha un prezzo per il magistrato che, ben presto, sarà costretto a "ricambiare" tali favori.

A questo punto il lettore, sbigottito, già simpatizzando per l'ex moglie Daria, che forse in fin dei conti non era così visionaria e paranoica, attende il giudizio di Cendon, quasi con timore.

Cosa dirà il Professore di tutto ciò? Attraverso quali duri aggettivi appellerà il magistrato amico? Nessuno.

Cendon non cede alla tentazione di giudicare, non lo fa, chiunque al posto suo lo farebbe, ma lui si astiene, anzi, si domanda cosa possa fare per Felici, per ripulire un po' la sua immagine.

A questo punto Cendon decide di scrivere in favore dell'amico, sulla propria rivista on-line, e lo fa in modo magistrato, la storia di come si sono conosciuti, di come fossero soliti scrivere a quattro mani, evidenziando di Felici "*l'istinto per la giustizia vera, senza salamelecchi, una qualità preziosa*".

Passano ben ventiquattro mesi dall'articolo, che, come un seme, germoglia e germoglia in gratitudine da parte del magistrato, che definisce Cendon "coraggioso", coraggioso per aver parlato in suo favore, di fatto portando un po' di sole in una vera e propria tempesta.

Il lettore a questo punto è commosso, è rassicurato, sente che l'angoscia di un uomo condannato più dall'opinione pubblica che dalla magistratura è stata in parte risanata, sente un po' di calore in una gelida solitudine e avverte la speranza di una società migliore, meno giustizialista, più comprensiva e incline al perdono.

Arriviamo all'ultima pagina del racconto, Felici viene trovato morto suicida all'interno della casa della sorella, dopo essere stato condannato a quattro anni di reclusione per collusione con la mafia.

Il lettore, quindi, torna a leggere l'incipit del racconto "*La verità nascosta si farà strada pian piano, poi quel finale inaspettato*". A quale verità si fa riferimento? A mio parere non a quella giudiziaria, bensì a quella della vita umana, fatta di molte debolezze, di fragilità, di bisogni, tanto facilmente condannabili quanto indispensabili, di paure, di sconfitte e di logoranti solitudini.

Questo racconto ci porta a compiere un viaggio all'interno di quello che potremmo definire "*il ventre molle dell'umanità*" e si presenta straordinariamente umano come lo è l'approccio di Cendon, dal quale non possiamo che trarre un fondamentale insegnamento: quello di sviluppare un personalissimo senso critico e di agire di conseguenza (7).

Il racconto "Tutti per uno", n. 16, è la storia di Cettina; una narrazione cruda ma profondamente umana che esplora la vulnerabilità, l'inganno, il trauma e la resilienza. L'autore sembra voler mettere in luce la fragilità delle persone con disabilità di fronte alla manipolazione, sottolineando al contempo l'importanza cruciale del supporto familiare nel percorso di guarigione. Attraverso la vicenda di Cettina, si affrontano temi delicati come l'abuso, la giustizia e la difficile strada

verso il superamento del trauma, offrendo uno spunto di riflessione sulla necessità di una maggiore consapevolezza e di una società più inclusiva e protettiva.

La storia è ambientata in una cittadina siciliana durante un'estate di circa vent'anni fa e ruota attorno alla famiglia Amato, composta da Cettina, diciassettenne con un ritardo mentale causato da un errore medico alla nascita, i suoi genitori Gaetano e Lucia e la sorella minore Miriam. Cettina, nonostante le sue difficoltà, frequenta un laboratorio di sartoria e vive una vita relativamente serena grazie al costante supporto della sua famiglia.

Un pomeriggio, mentre i suoi genitori riposano e Miriam è al doposcuola, Cettina, incuriosita da un rumore proveniente dall'esterno, si affaccia al terrazzino e incontra due operai, Vincenzo e Luigi, che stanno lavorando alla casa vicina. I due uomini, con modi gentili e lusinghieri, iniziano a conversare con Cettina, mostrandosi interessati alla sua vita e complimentandosi con lei. Questa interazione, nuova per Cettina, la diverte e la fa sentire al centro dell'attenzione.

Nei giorni successivi, gli incontri tra Cettina e i due operai si ripetono. Durante uno di questi incontri, Vincenzo e Luigi invitano Cettina a una gita in campagna per il sabato successivo, giorno in cui i suoi genitori e Miriam sarebbero stati fuori città per un intervento chirurgico alla sorella. Cettina, dopo un'iniziale esitazione, accetta l'invito.

Il sabato, Cettina si prepara con cura e, dopo l'arrivo e la partenza della zia che doveva controllare andasse tutto bene, esce di casa per incontrare i due uomini. I tre si recano in auto in un luogo appartato in campagna. Qui, dopo aver bevuto dello spumante, Vincenzo e Luigi abusano sessualmente di Cettina. La ragazza, confusa e spaventata, subisce passivamente l'abuso, sentendosi ingannata e tradita. Dopo l'accaduto, Cettina viene riaccompagnata a casa e ammonita circa

Tornata a casa, a causa dello shock subito, ha un mancamento e si addormenta senza prima togliere l'abito che ha indossato durante la gita. Al ritorno della famiglia, Miriam nota una macchia di sangue sull'abito di Cettina, e altri dettagli, come l'odore di alcol e i segni di baci sul collo, insospettiscono i genitori. Messa alle strette, Cettina confessa l'accaduto.

Il padre di Cettina, Gaetano, reagisce immediatamente, denunciando l'accaduto alla polizia e portando la figlia in ospedale per accertamenti. Inizia così un percorso legale e psicologico per Cettina e la sua famiglia. I due colpevoli vengono arrestati e processati, e la famiglia riceve un risarcimento.

La storia si concentra, poi, sul difficile percorso di guarigione di Cettina, supportata dall'amore e dalla dedizione della sua famiglia. Ognuno dei suoi membri si assume un ruolo specifico: Lucia cerca di creare un ambiente sereno e di distrarre Cettina con attività e ricordi positivi; Gaetano si impegna a mostrarle che non tutti gli uomini sono come i suoi aggressori; Miriam, infine, si rivela una confidente preziosa, capace di comprendere i silenzi e le paure della sorella. Nonostante il supporto familiare, Cettina vive momenti di ricaduta e di profonda tristezza, segno indelebile del trauma subito. Il processo si conclude con la condanna dei due uomini, ma il percorso di Cettina verso la guarigione è ancora lungo e complesso.

La storia di Cettina non è solo un racconto di violenza e di abuso, ma anche una testimonianza di resilienza e di amore familiare. L'autore, pur descrivendo una realtà dolorosa, sembra voler trasmettere un messaggio di speranza, sottolineando l'importanza del supporto affettivo e della giustizia nel percorso di superamento del trauma. La storia invita a riflettere sulla necessità di proteggere le persone vulnerabili, di condannare ogni forma di abuso e di costruire una società più attenta e inclusiva.

(7) Martina Bregante, Praticante Avvocato, frequentante la Scuola Forense Mauro de Andrè, dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

La macchia sull'abito di Cettina, dettaglio potente e simbolico, rimane una traccia indelebile di una ferita profonda, ma anche un monito per non dimenticare e per continuare a lottare per la giustizia e la dignità di ogni individuo.

Il racconto "La chiave nascosta", n. 24, è la storia di Alessio Zardik e di sua figlia Bianca; è una tragedia complessa che affonda le radici in un passato di abusi e violenze. L'autore sembra voler esplorare le dinamiche distorte che possono instaurarsi all'interno di una famiglia, le conseguenze devastanti dell'incesto e la difficoltà di spezzare un ciclo di violenza e dipendenza. Attraverso la ricostruzione di questa vicenda, emerge un quadro inquietante di manipolazione, ricatto e disperazione, che porta a riflettere sulla responsabilità individuale, sul ruolo delle istituzioni e sulla necessità di una maggiore comprensione delle dinamiche psicologiche che sottendono a tali drammi.

La vicenda narrata riguarda un omicidio avvenuto in una città del Nord Italia diversi decenni prima. Alessio Zardik, un uomo di cinquantotto anni affetto da grave schizofrenia e con un passato di omicidi, uccide la figlia trentaduenne, Bianca, con novanta coltellate. Il tribunale, riconoscendo la mancata sorveglianza da parte dei servizi psichiatrici, condanna questi ultimi a risarcire il figlio di Bianca, nipote dell'assassino.

Un punto oscuro della vicenda rimane a lungo irrisolto: il movente dell'omicidio. Bianca era una donna di grande bellezza, ma la sua vita era stata segnata da abusi incestuosi perpetrati dal padre fin dall'adolescenza. Dopo il primo omicidio di Zardik, avvenuto a metà degli anni Settanta, l'uomo era stato internato in un manicomio giudiziario. In seguito, Bianca si era sposata e aveva avuto un figlio, Juan, ma aveva anche intrapreso la strada della prostituzione per necessità economiche. Cinque anni dopo, Zardik viene rilasciato e torna a casa. Due anni dopo avviene l'omicidio di Bianca. La versione ufficiale che circolava inizialmente ipotizzava una ripresa della relazione incestuosa, con Bianca che si ribella al padre e viene per questo uccisa. Tuttavia, il narratore, interessato al caso per motivi di studio, nutre dei dubbi su questa ricostruzione. La verità emerge grazie a una confidenza fatta al narratore da T., la psichiatra che aveva in cura Zardik dopo il suo rilascio. Zardik, tornato in libertà, si era impegnato a mostrarsi "guarito" e affidabile, collaborando con il Centro di Salute Mentale e cercando di rifarsi una reputazione. Parallelamente, si era dedicato a trovare fonti di guadagno, frequentando case da gioco e dedicandosi ad attività illecite. Aveva anche ripreso i rapporti con la moglie, madre di Bianca.

Il colpo di scena arriva con la rivelazione che non è Zardik a cercare Bianca, ma è lei a cercarlo. Bianca accusa il padre di averle rovinato la vita con gli abusi subiti durante l'adolescenza e gli chiede di prendersi cura di lei economicamente. Gli propone di riprendere la loro relazione, ma questa volta dietro compenso: un pagamento per ogni incontro o una somma fissa mensile. Zardik, inizialmente riluttante per timore di compromettere la sua nuova immagine e per un senso di colpa verso la figlia, alla fine accetta.

La relazione tra padre e figlia prosegue quindi in segreto, con Bianca che dipende sempre più economicamente da Zardik. Tuttavia, le esigenze economiche di Bianca aumentano e la donna chiede al padre un aumento della "tariffa", proponendogli anche pratiche sessuali più spinte. Zardik rifiuta, sentendosi intrappolato. Bianca lo minaccia, allora, di rivelare tutto ai suoi psichiatri, rovinando la sua reputazione.

A questo punto, la situazione precipita. Durante una lite, Zardik, sopraffatto dalla rabbia e dalla disperazione, uccide

Bianca con novantadue coltellate.

La storia di Zardik e Bianca è una tragedia che mette in luce la complessità delle dinamiche familiari e le conseguenze devastanti degli abusi. L'autore non offre facili giudizi morali, ma invita a riflettere sulle responsabilità individuali e sociali di fronte a situazioni di violenza e disagio mentale. Il racconto sottolinea la difficoltà di interrompere un ciclo di abusi e la necessità di un supporto psicologico e sociale adeguato tanto per le vittime quanto per i carnefici. La figura di Zardik, un uomo tormentato dalla sua malattia e dal suo passato, e quella di Bianca, vittima di abusi e costretta a scelte disperate, rappresentano un monito sulla fragilità umana e sulla necessità di una maggiore comprensione e compassione di fronte al dolore e alla sofferenza (8).

"Sorprese", n. 17, descrive alcune situazioni che affondano le radici nel periodo più effervescente e rivoluzionario della storia dei diritti dell'uomo: il '68. Un momento storico che costituirà lo spartiacque tra la società dell'autoritarismo e i movimenti sociali di massa. Da qui in avanti al centro dell'opinione pubblica vi sono i diritti di tutti e, in particolar modo, i diritti di coloro nei confronti dei quali la società, fino a quel momento, si era mostrata cieca e sorda, i più deboli. Tali racconti, cui chiave sia di stesura che di lettura sono emozioni e forti sentimenti, mostrano come avvennero i grandi cambiamenti della nostra società per quanto concerne le sfere dell'istruzione e della sanità pubblica. Più specificatamente, il cambiamento permea nel ruolo stesso delle istituzioni e del loro rapporto con i portatori di malattie mentali, coloro che incarnano gli emarginati sociali in quanto riconosciuti "pericolosi" da parte della società. L'Autore elabora questi temi attraverso lo sviluppo di tre racconti, che svolgono il ruolo di esempio pratico dell'evoluzione sociale sovra esaminata, il tutto mantenendo come protagonista principale l'emotività dell'essere umano in quanto tale, nelle sue forme e nelle sue fragilità.

Il primo racconto ha come protagonista un giovane professore di diritto privato, X. Un pomeriggio del 1972, la sua lezione è interrotta da tre studenti della contestazione universitaria, tali Garbarino, Mollici e Zebelli. Reduci del movimento del '68 e forti dell'appoggio della direttrice di dipartimento, vogliono imporsi sul giovane docente, prendendosi gioco di lui, con il pretesto di ottenere l'adozione di nuove modalità di svolgimento dell'esame di diritto privato, più confacenti alle esigenze dei nuovi studenti. La vicenda assume un epilogo diverso rispetto a quanto si aspetta il lettore, perché il protagonista, che inizialmente prova timore e sgomento di fronte a quell'incuriosione in classe, nel volgere lo sguardo verso i suoi studenti, trova appoggio e riesce a gestire la situazione con arte diplomatica, mettendo a tacere i tre manifestanti, mostrandogli le nuove soluzioni introdotte con la classe per alleggerire la mole di studio del temutissimo esame di diritto privato. Il Professor Cendon, attraverso questo episodio, porta alla definizione di un modello di istruzione più egualitario e democratico, ben lontano dal paradigma di una società autoritaria in cui la scuola e l'università appartiene agli insegnanti e non agli studenti. Proprio come quanto reclamano questi ultimi, sostenendo che l'apprendimento di tal materia deriva dall'atto pratico dell'esperienza e dalla sua conseguente analisi, alla stessa maniera Cendon riempie di così tanto significato i fatti da diventare l'incarnazione del cambiamento che la società sta subendo. Lo fa raccontando un episodio di vita quotidiana, mostrando al lettore come le

(8) Chiara Caccavale, Praticante Avvocato, frequentante la Scuola Forense Mauro de André, dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

tensioni possono essere vinte attraverso semplici gesti di comprensione ed ascolto per il prossimo. L'Autore mostra l'animo fragile ed estremamente umano di una figura autoritaria come il professore. Egli, come i suoi studenti, prova emozioni: paura, sgomento, insicurezza. È attraverso questi stessi sentimenti che l'insegnante riesce a rispecchiarsi nell'animo dei ragazzi ed a comprendere le loro esigenze di cambiamento, di nuovo adattamento, di necessità di comprensione e rivoluzione. La chiave di lettura diviene così chiara al lettore: abbandonare i rigidi schemi di un'istituzione accademica verticale per abbracciare valori più egualitari, solidaristici, che vedono l'essere umano in quanto tale, meritevole di tutela e di ascolto.

Il secondo racconto è ambientato in una piccola città del nord Italia, dove si sta tenendo un convegno sull'Amministrazione di sostegno. La vicenda mette in luce le fragilità delle persone affette da deficienze psichiche ed il profondo divario che spesso si erge tra i malati di mente e il resto della società che li giudica. Il protagonista Y, relatore dell'evento, viene più volte interrotto durante la sua esposizione dall'organizzatrice, donna affetta da problemi mentali che cerca in ogni modo di porre fine al suo intervento, addirittura strappandogli il microfono dalle mani. L'Autore pone l'accento sui mille volti che può assumere la malattia mentale. Il protagonista, infatti, si interroga sul motivo di quello strano comportamento, mostrando al lettore la profonda fragilità di questi soggetti, i cui comportamenti disfunzionali sono spesso scatenati da quel senso di vergogna e di impotenza dettati dall'incapacità di poter svolgere determinate attività della vita quotidiana in modo indipendente ed autonomo. Attraverso questo episodio, il lettore rivive la profonda tenerezza e compassione che il protagonista prova nei confronti della moderatrice di fronte alla necessità fino all'ultimo di voler nascondere la propria patologia spaventata dal giudizio dei presenti. I sentimenti scatenati dalla scena sopra descritta portano il protagonista ad esigere che il diritto delinei una figura a sostegno, un "curatore", che possa coadiuvare l'interessato, che in questo caso risulta essere la donna affetta da malattia mentale.

Il terzo episodio parla di un professore che rivive il sentimento di angoscia nutrito nei confronti degli esami universitari in qualità di studente. Ora che è professore, è incredibile come il narratore racconti questa esperienza attraverso il punto di vista del protagonista nelle vesti di insegnante, senza che nulla in realtà sia cambiato se non la propria carica. Angoscia e paura persistono, a tratti insostenibili, se non compensati dalla gioia di dare ottimi voti a quegli studenti che si sono distinti non solo per il loro genio, ma soprattutto per il loro impegno e partecipazione durante le lezioni. In particolare, il professor Z ama premiare coloro che rappresentano l'umiltà intellettuale, coloro capaci di pensiero critico profondo e di capacità d'analisi unica seppure non se ne rendano conto. Sono studenti talvolta troppo ansiosi o titubanti, forme di insicurezza che tendono ad offuscare l'effettivo potenziale di questi soggetti. L'Autore mostra un profondo rispetto oltre che comprensione verso chi, seppur inconsapevole delle proprie potenzialità, si cimenta nelle sfide quotidiane, mettendosi alla prova e venendo perciò premiato per tal intraprendenza. Di nuovo l'Autore offre come esempio da cui trarre insegnamento una vicenda personale, spunto esperienziale essenziale per comprendere coloro che rispecchiano canoni diversi rispetto a quelli che impone la società. Il professore in quanto tale non brama la perfezione ed il prototipo modello di studente perfetto, ma bensì premia la diversità e l'impegno di ciascun individuo nell'unicità del suo pensiero critico, più che della forma. Una sostanza che ha tono personale non dato dall'audacia e scioltezza del timbro di voce,

quanto dalla sostanza stessa del proprio argomento. Questo è l'insegnamento che offre il Professor Cendon: osservare al di là del proprio essere e dei comuni pregiudizi per comprendere le diversità altrui. Una vicenda che, ambientandosi nelle aule universitarie, stesso *background* del primo racconto, fornisce un modello di istruzione diverso da quello autoritario del secolo precedente, abbracciando principi diversi e riconoscendo la necessità della figura di un professore capace di ascoltare gli studenti per comprenderli pienamente.

L'Autore richiama anche la sua esperienza al fianco del Dottor Basaglia, artefice della riforma della psichiatria.

La scelta stilistica dell'Autore è sempre la medesima. Una narrazione semplice, in terza persona, i cui elementi descrittivi sono pochi, ma essenziali, per comprendere il contesto sociopolitico in cui sono ambientate le vicende. Attraverso un linguaggio diretto ed enfatico, il lettore viene calato nelle tre realtà sopra descritte.

Si tratta di racconti che prendono forma da un evento che si scatena a sorpresa: l'irruzione in classe dei tre studenti, la moderatrice che strappa il microfono di mano al relatore, un ottimo voto nonostante un'interrogazione con qualche errore. Situazioni che suscitano nel protagonista una reazione diversa rispetto a quella che si aspetta il lettore. Occasioni che richiedono di comportarsi in modo diverso nei confronti di coloro che chiedono semplicemente di essere ascoltati. Soggetti le cui debolezze mettono da parte i protagonisti ma che con empatia e comprensione possono essere ascoltati, per ricevere, finalmente, luce che meritano.

Nel racconto n. 18, "Gli Impavidi", vengono raccontate le avventure dei due giovani, Marcus e Dorian, personaggi già noti al lettore nei racconti n. 14 "Sotto gli Oleandri" e n. 19, "Crisi", che qui risultano ancor più determinati a portare avanti la loro lotta contro il crimine a difesa dei più deboli. Dopo la "punizione" in "Sotto gli oleandri" (racconto 14) ad Amelio Galdesi, "Gli angeli misteriosi" decidono di incrementare la squadra, arruolando due amici di nome Flamingo e Vincent. Il protagonista non si accontenta più di piccoli episodi di "giustizia fai da te". Marcus, l'io narrante, si sente ora un "vero militante della notte". Ecco che quindi il lettore, di fronte alla necessità del protagonista di dar eco alla voce dei più deboli e quindi di esercitare giustizia, inizia ad interrogarsi su quale sia il confine tra giustizia ed arbitrio. Tal dilemma si fa via via più concreto ed irrisolvibile fino a materializzarsi come una sorta di macigno che pesa sugli occhi del protagonista.

Il lettore, perciò, scopre che la presenza dei due nuovi arrivati risponde alla conseguenza del voler creare un vero e proprio corpo parasociale, per scovare e denunciare coloro che prevaricano i più deboli. C'è Flamingo, fidanzato di Dorian, alto, moro, di bell'aspetto, dal passato difficile, legato alla malavita e a poliziotti poco raccomandabili. C'è Vincent, biondo, dai lineamenti puliti, amante della cultura e dei logaritmi, un vero e proprio genio dell'informatica. Ciascuno nell'associazione ricopre un compito preciso e definito, necessario per conseguire successo nella "missione". I quattro, denominati "Gli Impavidi", prontamente individuano i prossimi bersagli grazie ad una precisa rete di contatti, intercettazioni e indagini sul posto.

Marilena Grampus, insegnante di liceo che tormenta e deride i propri alunni, forte della sua posizione; Binicco e Giacchieri, due sanitari abitualmente soggetti a molestare le loro pazienti, collezionando foto di nudi per dar sfogo alle loro "turpitudini", la Signora Goisis, oramai non più giovane, "avventuriera" che truffa pensionati e poveracci. Questi sono i prossimi bersagli per "Gli Impavidi".

Il piano “giustizialista”, però, si ferma appena un giornale locale pubblica la notizia riguardante il suicidio di un uomo di sessant'anni. Quando, poi, il protagonista del racconto scopre che si tratta di Amelio Galdesi (racconto n. 14), ha un profondo dilemma morale: fino a che punto la giustizia privata può essere considerata legittima? Questo interrogativo rimane aperto ed irrisolto, non solo per il protagonista ma anche per il lettore, nel caso in cui vi sia ancora differenza tra l'uno e l'altro (9).

Il racconto “Crisi”, n. 19, rappresenta un viaggio profondamente umano, capace di portare il lettore ad una riflessione di grande intensità morale. La storia degli “*Impavidi*” è un esempio vibrante di come il confine tra giustizia ed arbitrio possa rivelarsi fragile, ed il modo in cui questo dilemma viene affrontato dai protagonisti arricchisce il testo di sfumature psicologiche e filosofiche.

Ciò che rende questo racconto speciale, è la dimensione interiore dei personaggi.

Marcus, si distingue per la profondità dei suoi dubbi e delle sue riflessioni. Un personaggio con profonde questioni morali che offre una chiave di lettura straordinaria: la lotta tra l'istinto di agire per proteggere i più deboli ed il rispetto per le regole di una giustizia ufficiale. Questo conflitto interiore trasmette una rara autenticità, ed il lettore si trova inevitabilmente a condividere le sue esitazioni ed i suoi tormenti.

L'esperienza di vita segnata da malformazioni al viso non viene mai usata come motivo di autocommiserazione o facile pietismo nei confronti di Marcus. Al contrario, emerge come una figura di resilienza e determinazione capace di ispirare sentimenti di altruismo. La sua fisicità, accennata in modo delicato, si intreccia con una forza interiore che illumina l'intero racconto.

L'autore si spinge oltre l'azione e la morale, esplorando temi complessi come l'abuso di potere, la giustizia fai-da-te e le ambiguità del nostro sistema legale.

Ogni missione completata dagli “*Impavidi*” è occasione di introspezione, di domande senza risposte che arricchiscono il testo di profondità e guidano il lettore verso un profondo risveglio emotivo.

Tutte le domande senza risposta, i non detti presenti nel racconto, obbligano il lettore a riflettere sul senso di giustizia e su come questo influisce sulle azioni dell'essere umano.

Questo racconto si legge tutto d'un fiato, ma stimola a riflettere. Offre al lettore l'opportunità di interrogarsi su cosa significhi davvero fare il bene, in un mondo complesso. È una guida alla comprensione della complessità umana e alla comprensione delle fragilità, le quali possono diventare il mezzo per alimentare una luce tenue ma costante.

Questo racconto rappresenta l'ultimo episodio di una miniserie, “*Il ciclo di Marcus*”, racchiusa all'interno del libro, in un ordine apparentemente casuale.

Questa storia è l'ultima di una serie che consente di crescere insieme a Marcus: un ragazzo, e poi un uomo, segnato dalla vita, dalle sue deformità fisiche, dai silenzi, dalle ambiguità umane e dal senso di ingiustizia.

Leggere l'intera miniserie con attenzione consente al lettore di affrontare e comprendere, insieme a Marcus, i grandi temi della vita: il male ed il bene, la fragilità e la complessità umana. È l'invito a riflettere su come le fragilità, se osservate e ascoltate con cura, possano trasformarsi ed illuminare mondi nuovi, sempre che si abbia la sensibilità di avvertirle.

“Un'avventura diversa dalle altre”, n. 20, non è solamente il racconto di un evento: è un viaggio che conduce il lettore nel profondo dell'esistenza, trasformando le ombre del vivere in una luce tenue e duratura. Attraverso questa storia, l'Autore ci invita ad imparare e ad ascoltare sé stessi e gli altri con attenzione e, pertanto, ad osservare il prossimo senza superficialità. Solo con un ascolto attento ed uno sguardo più profondo è possibile convertire le ombre dell'esistenza umana in una luce tenue e duratura.

La narrazione conduce il lettore verso un intenso scambio introspettivo, incoraggiandolo a riflettere sui propri doveri e sulla potenza dei piccoli gesti, offre al lettore l'opportunità di comprendere, da un lato, la complessità dell'essere umano e, dall'altro, le sue fragilità. In questo racconto, il contesto giudiziario ed il diritto diventano il mezzo attraverso il quale intraprendere questa evoluzione interiore: il linguaggio giuridico, diventa lo strumento per interrogare prima l'anima e poi l'intelletto.

Al centro della narrazione si trova la figura di un Giudice, profondamente ancorato ai valori tradizionali ma con una complessità culturale e morale evidente e con una vasta conoscenza ed un profondo rispetto per il mondo femminile. Viene presentato come un personaggio sfaccettato, apparentemente aperto e progressista, in alcuni aspetti, ma fortemente legato a dogmi etici e religiosi.

Il culmine della storia si raggiunge con l'evoluzione personale del Giudice e col modo in cui egli affronta la questione morale centrale del racconto: una coppia, dove il partner è coinvolto in una “scappatella”.

La svolta narrativa avviene con la rivelazione dell'identità del terzo protagonista della vicenda. In questa fase emerge il cambiamento interiore del Giudice: da un'iniziale approccio quasi distaccato e leggero, egli si immerge progressivamente in una profonda introspezione emotiva ed intellettuale.

L'infedeltà diventa un momento cruciale per il lettore il quale si trova in prima persona a dover esplorare i pregiudizi legati all'identità sessuale ed al significato stesso del tradimento. Egli (il lettore), viene chiamato a riflettere non solo sulla fragilità delle relazioni intime ma anche sulle convenzioni sociali che spesso condizionano il modo di vedere il mondo. Attraverso tale racconto è possibile comprendere come i *bias* cognitivi che le persone attuano nelle valutazioni di fatti ed avvenimenti, possono portare a scelte inadeguate ed ingiuste.

La decisione del Giudice, a seguito della scoperta dell'identità del terzo protagonista della vicenda, volta al risarcimento per difendere la dignità ferita della moglie, viene ribaltata in appello, portando ancora una volta il lettore a riflettere sull'evoluzione culturale e sociale del nostro tempo. Una riflessione più ampia sull'ambivalenza tra giustizia ed umanità, tra norme ed emozioni. Una riflessione più ampia sull'ambivalenza tra giustizia ed umanità, tra norme ed emozioni.

Il racconto, è dunque un intreccio di critica sociale, d' introspezione ed è un'opera profondamente umana: gesti, sguardi e silenzi diventano i veri protagonisti, capaci di trasformare il dolore in speranza. L'autore diviene poeta della fragilità, e traccia una mappa emotiva che non solo narra, ma insegna. Ogni pagina custodisce il messaggio che nella sofferenza e nella fragilità umana si nasconde la forza di trovare un senso e costruire un futuro più giusto, più umano e proprio qui risiede la magia di questa narrazione: nell'arte di trasformare le ombre in luce, gli ostacoli in spunti di riflessione (10).

(9) Cecilia Barisone, Praticante Avvocato, frequentante la Scuola Forense Mauro de Andrè, dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

(10) Arianna Baldelli, Praticante Avvocato, frequentante la Scuola Forense Mauro de Andrè, dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

Grave colpa quella d'esser nati in una famiglia agiata. Questo è il pensiero di un uomo che, per tale motivo, desidera, ad ogni costo, "punire" sé stesso per essere abbiente e questo lo porta a donare a chi non hai mai avuto nulla - il proprio patrimonio, ritenendo che ai "poveri" sia stato tolto ingiustamente un privilegio. Togliere a sé stesso tutto, dando agli altri, ed ottenendo per sé quella leggerezza negata dagli averi, come se fossero dei piombi da immersione. Questo, in sintesi, il fatto descritto nel racconto "L'uomo che voleva punire sé stesso", n. 22.

Purtroppo, però, non sempre l'altro è un povero, un bisognoso o un disperato: talvolta si tratta, come nel racconto in questione, di anime votate alla prevaricazione, bramosi di denaro, desiderose di arricchirsi, che fingono di essere povere e si approfittano di soggetti deboli ma benestanti, arrivando a circuirli per impossessarsi dei loro beni. E' così, quindi, che le anime buone e generose vengono "depredate" dei loro averi da soggetti malvagi e senza scrupoli.

Ed è proprio qui che l'intervento dello Stato, nelle persone dei Giudici e degli Amministratori di sostegno, si fa urgente oltre che necessario, senza mai potere (e dovere) giungere, però, all'umiliazione e alla negazione della dignità della persona vittima di raggiri. Il protagonista del racconto, grazie a queste figure, otterrà una libertà nuova all'interno di una casa di riposo: una libertà fatta di sorrisi, di cura e di premure; una magra consolazione ma il messaggio che l'Autore vuole farci giungere è quello del prevalere del bene sul male, anche se il bene giunge tardivamente.

Nel racconto "La fotografia", n. 23, Paolo Cendon ripercorre intimi ricordi adolescenziali. L'oggetto è una banale fotografia, all'apparenza innocente, innocua, affatto ammiccante, di una attrice all'epoca poco nota, Lea Padovani. Meticolosamente - nonché furtivamente - ritagliata dalla rivista per fotomatori del padre, l'effigie è finalmente tra le mani del giovanotto, che può adorarla con i propri occhi.

Il debole piacere che deriva da tale ammirazione, ben presto, però, si affievolisce ulteriormente, dando spazio alla colpa, una colpa grave, per aver derubato il padre di un bene così prezioso a lui solo destinato, per averne violato la proprietà e anche per aver irrimediabilmente fatto scempio di quella rivista. I tentativi di riparare il danno sono disperati: in verità tra padri e figli, esiste un ancestrale velo d'imbarazzo nell'affrontare siffatte questioni, così terrene (11).

Il racconto "Non aprite quel portone", n. 25, impostato in forma di intervista, si apre con una affermazione molto importante: "Cercheremo di far sì che tu non muoia, evitando poi che tu faccia del male a chi ti vive accanto." A questo punto l'Autore si concentra su una problematica molto importante, ossia il potere che ha il giudice tutelare di imporre al soggetto amministrato misure necessarie per uscire dalle sue dipendenze, indipendentemente dal consenso prestato dallo stesso, ed analizza le conseguenze di questo potere sulla vita dell'amministrato.

Nella prima parte del racconto l'Autore richiama la tragica morte di Patricia, una giovane ragazza che si trova in una comunità dovrebbe aiutarla ad uscire dalla tossicodipendenza ed a tornare ad una "normale". Tuttavia, la ragazza in preda ad una crisi di astinenza, non essendo previsto nel provvedimento del giudice tutelare il divieto di uscire dalla comunità,

lei usciva dalla struttura e nel giro di ventiquattro ore trovava la morte per uso di droga.

A questo punto l'Autore evidenzia la lacunosità del provvedimento giudiziale, il quale avrebbe dovuto imporre a Patricia l'obbligo di rimanere all'interno della comunità, tanto più ove questa si fosse trovata in una grave situazione di difficoltà, senza il timore di sconfinare nel sequestro di persona, poiché il pericolo di esiti drammatici avrebbe costituito una giustificazione più che sufficiente.

Gli epiloghi tragici, purtroppo, sono frequenti non solamente tra soggetti tossico dipendenti ma anche nelle situazioni di dipendenza dal gioco, come quella di Glauco, un uomo che non aveva mai provato a giocare alla *roulette* e, due anni dopo la prima puntata, si ritrova rovinato, pieno di debiti, e causa di una innumerevole serie di problemi per la sua famiglia.

Il rimedio di fronte a tutto questo va rinvenuto nel cosiddetto "patto di rifioritura", un'evoluzione della semplice amministrazione di sostegno, in forza del quale a un soggetto fragile viene nominato un amministratore di sostegno che dovrà gestire i suoi beni e fare tutto ciò che è in suo potere per far uscire l'amministrato dalla sua dipendenza. Il Professor Cendon prende atto come la sensibilità dei Giudici tutelari verso questo tipo di problemi si sia decisamente sviluppata: nel 2004, infatti, con l'entrata in vigore della Legge sull'amministrazione di sostegno, si riteneva che l'unico rimedio applicabile ai soggetti vittime di "dipendenze" fosse quello rivolgersi ad uno psicologo il quale aveva il compito di convincere l'amministrato a farsi curare. Oggi, invece, il bene della vita del beneficiario dell'ADS è tutelato attribuendo all'amministratore poteri tali per fare sì che l'interessato alla misura "non muoia".

"Il patto di rifioritura", quindi, oltre ad essere compatibile con alcune misure restrittive nell'interesse del soggetto debole, è utile anche alle persone a lui vicine, in primis ai familiari, che saranno le prime a soffrire delle scelte estreme dei loro cari.

Nel racconto "Sul treno", n. 26, l'Autore veste i panni dello scrittore francese Guy de Maupassant e, rifacendosi al racconto "Idylle", ne dà una versione ri"generatrice".

La vicenda è ambientata all'interno del vagone di un treno nella Francia meridionale di centotrenta anni fa. I protagonisti sono una giovane donna e un "soldatino *smilzo e insonnolito*". I due non si conoscono ma durante le cinque fermate che li porteranno al capolinea, avranno modo di conoscersi e aiutarsi vicendevolmente.

Il vero protagonista del racconto, tuttavia, è il seno della giovane ragazza, molto pronunciato e stretto nella sua camicetta, al punto da catturare l'attenzione del "soldatino".

Il giovane si accorge di due aloni chiari comparsi sulla camicetta della donna, guarda e non guarda, imbarazzato e angustiato da un problema fisico che "lo sfinisce".

La ragazza, a questo punto, per giustificare la situazione, spiega al compagno di viaggio di essere una balia e che quel giorno non aveva potuto allattare il bimbo di cui si prendeva abitualmente cura poiché, a causa di un raffreddore, non era riuscito ad attaccarsi al suo seno, motivo per cui la giovane lamenta molto fastidio, tale da sentirsi "scoppiare".

Il "soldatino" ascolta incredulo la spiegazione della giovane balia e, nel momento in cui questa apre la propria camicetta offrendogli il proprio seno, la aiuta, nutrendosi del suo latte. Il racconto si conclude con il ringraziamento della ragazza, alleggerita dal peso che portava, a cui il militare risponde affermando di essere lui a dovere ringraziare lei poiché non mangiava da due giorni.

(11) Simone Incorvaia, Praticante Avvocato, frequentante la Scuola Forense Mauro de Andrè, dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

L'Autore, in questo racconto, trasforma una situazione anomala, potenzialmente connotata da una forte sensualità, in una scena di tenerezza e di assistenza, facendo sì che due sconosciuti diventino due complici, prima sofferenti e infine uniti da un atto così intimo come l'allattamento, che nel libro di Paolo Cendon diventa l'azione più naturale del mondo in quanto gesto di cura verso il prossimo bisognoso (12).

3. Il messaggio e le speranze dell'Autore.

La necessità di tutelare i soggetti che vivono in fragilità. E' senz'altro questo il messaggio che l'intera opera di Cendon intende trasmettere. Ed è un messaggio che nessuno (chi per convinzione, chi per offrire una buona immagine di sé) oserebbe dichiarare, ai giorni nostri, di non condividere.

C'è però un ultimo racconto, intitolato "Toyota Yaris e dintorni", n. 27, in cui l'Autore, a conclusione delle proprie considerazioni, ritiene di poter abbandonare, per poche pagine, il messaggio primario, rivolgendo il pensiero al delicatissimo aspetto del se e del come la tutela dei soggetti deboli sia sottoposta a limitazioni. Perché, dopo i tanti racconti dedicati a denunciare le più disparate condizioni di debolezza in cui l'individuo può trovarsi, col correlato monito di fornirgli aiuto, è giunto per Cendon, a chiusura del cerchio, il momento di tirare le fila del discorso, nel tentativo di delineare in cosa tale aiuto debba - o non debba - concretizzarsi.

Perché è facile convenire sul fatto che la persona fragile necessita di protezione; più difficile è tracciare i confini entro cui è bene che tale protezione rimanga circoscritta.

L'angolo prospettico, di cui non si fa mistero fin dalle prime righe del brano, è quello per cui un'eccessiva tutela non costituisce vera tutela: la protezione, per essere tale, deve osservare (senza invaderli) quei margini di autodeterminazione che spettano anche, se non di più, al soggetto inabile.

Ecco allora che persino il lettore, trovandosi inaspettatamente coinvolto nella considerazione per cui la tutela, se estrema, può avere un'accezione negativa, inizia ad interrogarsi, seguendo il sentiero tracciato dall'Autore, sulla nuova questione: fino a che punto la tutela può spingersi, rimanendo misura buona e proficua per il malato? Da quale momento diventa invece ingiusta invasione nelle scelte di autogoverno del soggetto debole? E come distinguere le due situazioni?

Che insita nel concetto stesso di protezione ci sia una componente di ingerenza nella sfera del soggetto protetto, questo è certo: se non sei in grado di prenderti cura della tua persona, chi ti protegge lo farà per te; se non sei in grado di gestire il tuo patrimonio in autonomia, chi ti protegge ti aiuterà nel farlo; se non sei in grado di prendere decisioni che soddisfino al meglio il tuo interesse, chi ti protegge interverrà e deciderà al tuo posto. L'intento è naturalmente quello di porgere aiuto, di affievolire le difficoltà da cui il soggetto debole è afflitto e di accompagnarlo nella propria esistenza così che non rimanga solo. Ma il prezzo da pagare è caro: la perdita di autonomia del predetto soggetto, tanto sotto il versante personale quanto sotto quello economico.

E così torniamo alla questione, ormai cara anche al lettore, del fino a che punto la tutela costituisce salvaguardia necessaria e da quale momento essa diventa inammissibile privazione della libertà individuale.

Inutile pensare di poter tracciare dei limiti astratti, inamovibili e validi per tutti.

Al centro c'è pur sempre l'individuo: questi ha certamente diritto a mantenere un proprio spazio di manovra, ma la sua estensione non può prescindere dalla valutazione della concreta condizione fisica e/o psichica in cui egli versa.

Ad ogni modo, volendo comunque assecondare l'esigenza di formulare una regola di carattere generale, che plachi gli inquieti, si può osservare che la tutela del soggetto fragile dovrebbe spingersi, nel rispetto di una sorta di principio di proporzionalità, solo fino a dove la misura risulta strettamente necessaria, mai oltre: tutto ciò che un individuo, se pur afflitto da malattia nel copro o nella mente, appare in grado di sbrigare da sé non dovrebbe implicare l'intervento altrui.

Invero, consentire ad una persona di assumere decisioni e/o comportamenti in maniera autonoma, nonostante la propria condizione di inabilità, costituisce già di per sé una forma di tutela, ed anzi forse la forma di tutela più alta, poiché significa garantire a quella persona, nei limiti delle sue possibilità, l'esercizio di quelle libertà di scelta e di autodeterminazione che ricoprono un ruolo essenziale nell'esistenza umana, in quanto consentono all'individuo di ascoltare le proprie pulsioni e di assecondarle, di realizzarsi e di (tentare di) concretizzare ciò che più desidera (non è forse questa, d'altronde, la vera felicità?).

E si badi, l'Autore non allude solo al *consentire* scelte banali, come quella relativa al gusto del gelato, all'andare al mare o al cinema, all'utilizzo di un mezzo pubblico o all'acquisto di piccoli beni di consumo.

Con l'audacia che contraddistingue l'intero brano, Cendon va ben oltre, e dimostra di reputare corretto che la donna incinta, anche se interdotta, possa scegliere (lei sola) di interrompere la propria gravidanza, dimostra di reputare corretto che il soggetto interdotta possa svolgere autonoma richiesta di passare alla più delicata misura dell'amministrazione di sostegno, dimostra di reputare corretto che un'anziana signora possa disporre dei propri beni mediante testamento, *anche se in circolo - secondo quel certo psichiatra - ci sono ombre e fantasmi strani*, dimostra di reputare corretto che il protagonista della storia con cui esordisce il racconto in commento - un ragazzo affetto da schizofrenia - sia stato autorizzato dal Giudice ad acquistare l'auto fortemente desiderata per anni, una *Toyota Yaris*, pur non essendo in grado di guidarla, solo per poter trascorrere al suo interno giornate ricolme di felicità (*da allora, non è mancato giorno che non vedesse Guido infilarsi nella «sua» Yaris ... Sono stati soldi ben spesi. Pare che dopo l'acquisto anche certi disturbi secondari, che Guido lamentava, alla testa, allo stomaco, si siano attenuati*) (13).

Ecco, quindi, la conclusione e l'auspicio cui giunge il Professor Cendon: proteggere meno e tutelare di più.

Alessandro Barca, Michela Ferraris,
Arianna Baldelli, Cecilia Barisone, Giacomo
Battaglia, Giulio Bertora, Martina Bregante, Chiara
Caccavale, Claudia Campanale, Simone Incorvaia,
Simone Parisi, Arianna Sambito*

Nota.

(*) Si ringraziano per la collaborazione i Dottori Claudio Laporini e Tommaso Minna.

(12) Giacomo Battaglia, Praticante Avvocato, frequentante la Scuola Forense Mauro de Andrè, dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

(13) Michela Ferraris, Avvocato del Foro di Genova, docente della Scuola Forense Mauro de Andrè, dell'Ordine degli Avvocati di Genova

I principi generali.

GUIDO ALPA

II edizione, Giuffrè, Milano, 2024

Ricostruendo con maestria l'ampiezza e la profondità della discussione teorica su una formula, quella dei "principi generali", giustamente definita come "vaga" e "ambigua", il volume di Alpa, che fa seguito all'importante Convegno linceo sui principi del 1991 (1), documenta con molta efficacia la presenza costante nella nostra tradizione giuridica, fino ad oggi, del ricorso ai principi generali nella dottrina, nelle leggi speciali e nella giurisprudenza. I principi, formula sotto la quale possono nascondersi significati diversi, vanno storicizzati: la ricchissima varietà dei principi generali si lega alla varietà delle dimensioni storiche, culturali e istituzionali in cui vengono elaborati e di cui sono espressione; al riguardo l'insigne giurista genovese può mettere in campo la solidità delle sue competenze di storico del diritto e della cultura giuridica, già evidenziate dal volume del 2000 *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano* (2), e di teorico del diritto oltre che di fine civilista.

Manca in dottrina una definizione stipulativa universalmente accreditata dei principi, che non sono inventariabili quasi fossero a numero chiuso. Controverso è anche il loro ruolo (3). Dall'analisi condotta da Alpa l'enunciazione generale appare come una categoria essenziale e irrinunciabile del discorso giuridico e della struttura del diritto, in particolare ovviamente del diritto privato, che dei principi generali è terreno di elezione, anche se più recentemente i principi si sono ampiamente diffusi anche in altri ambiti del diritto, dal diritto processuale civile al diritto tributario. Nell'ambito civilistico, all'interno del quale i principi vengono distinti dalle disposizioni scritte, dai valori, dagli *standard*, dai concetti, dalle clausole generali, dai brocardi, i principi generali, tanto in contesti di *case law* quanto in quelli di diritto codificato, si presentano come strumento tecnico di configurazione della fattispecie sia nel momento normativo, sia in quello interpretativo, e divengono terreno fertile per gli studiosi di teoria generale, declinata secondo i diversi orientamenti. Quello che da molti è considerato come un limite insuperabile dei principi, la loro indeterminatezza, che non ne farebbe "vere norme" e finirebbe per porre in pericolo la certezza del diritto dei sistemi codificati (per lo stesso Betti la tematica dei principi va collegata a quella delle lacune dell'ordinamento) è in realtà il loro punto di forza, che spiega come da fonte marginale e sussidiaria – anche grazie all'introduzione delle costituzioni che ad essi fanno massiccio ricorso – i principi siano divenuti strumento cui legislatore giudice e dottrina fanno uso sempre più frequente. Va da sé che il ricorso alla formula "principi generali" tradisce un'idea, più o meno consapevole, di "norma", di "giustizia", di "ordinamento". L'anticipatrice intuizione di Josef Esser, il più acuto teorico contemporaneo dei principi, individua nella giurisprudenza, come in effetti poi è abitualmente avvenuto con sempre maggiore intensità e chiarezza, il laboratorio per eccellenza dei principi, che si scoprono, si sperimentano e si confermano nella pratica concreta del diritto (4). Uno strumento essenziale, che consente l'apertura e la flessibilità del sistema giuridico e che consente molteplici usi in diversi contesti giuridici (5), anche se può portare con

se contraddizioni e incertezze. Successivamente, per l'esattezza vent'anni dopo *Grundsatz und Norm* (6), l'elaborazione di Ronald Dworkin in *Taking rights seriously* (7) distingue nettamente regole e principi, facendo di quest'ultimi i valori sottostanti dell'ordinamento, e dunque li incorpora stabilmente nel diritto in quanto esprimono un'esigenza di correttezza e di giustizia che non può essere espunta dalla realtà del diritto. La critica al positivismo di Dworkin ha profondamente segnato la teoria dei decenni seguenti (8), ma il punto di fondo rimane sempre l'alternativa tra la concezione positivista dei principi, che li considera regole di secondo grado di diritto positivo che confermano la completezza e l'autosufficienza dell'ordinamento, e le teorie che collegano invece il diritto ad una dimensione assiologica e vedono i principi come punto di partenza del ragionamento giuridico. Preso atto dell'insufficienza della concezione formalista a descrivere compiutamente significato e ruolo dei principi, la prospettiva di Alpa è quella di un equilibrato giusrealismo, che muove anzitutto da una ricognizione dei dati di fatto, superando quindi l'antica idea propria dei sistemi codificati, dei principi come fonte meramente sussidiaria del diritto e approfondendo il ruolo creativo della giurisprudenza nell'individuazione dei principi (9). Alpa vede il principio come il punto di avvio della *ratio decidendi*, esaminandolo nel suo concreto operare e considerando direttamente applicabile a una concreta fattispecie. La dottrina è chiamata ad un'opera ricostruttiva e ordinatrice dei principi. Ciò che desta ammirazione è la completezza e la fine precisione analitica della sua indagine ricostruttiva, che fa di questo volume giunto alla terza edizione, un vero e proprio classico della letteratura giuridica contemporanea.

Giuseppe Zaccaria

Professore emerito di Filosofia del diritto,
Università di Padova

Note.

- (1) *I principi generali del diritto. Atti dei convegni lincei*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992.
- (2) G. Alpa, *La cultura delle regole*, cit.
- (3) G. Alpa, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2023, 3 ed., pp. 9 ss.; cfr. inoltre Id., *La creatività all'opera. La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in M. Bessone, a cura di, *Il diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 107.
- (4) Diversa, e connotata in senso metagiuridico, la posizione di E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano, 1971 (2 ed.), pp. 310 ss., 318 ss., 324 ss.
- (5) G. Alpa, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 176, ma v. anche N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, pp. 278 ss..
- (6) J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, cit.
- (7) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, su cui il nostro *In dialogo con Ronald Dworkin, in Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*; Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 319-340.
- (8) G. Zaccaria, *Postdiritto* cit., pp. 277 ss.
- (9) G. Alpa, M. De Acutis, Z. Zencovich, a cura di, *Casi scelti in tema di principi generali*, Cedam, Padova, 1993.

Sezione di diritto del lavoro

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. lav., 16 dicembre 2024, n. 1283 – Giudice Grillo.

LAVORO – rapporto di lavoro – buono pasto – natura giuridica – attribuzione - presupposti – Contratto Collettivo Servizi Ambientali Utilitalia.

Il diritto al buono pasto non ha natura retributiva ma costituisce una erogazione di carattere assistenziale, collegata al rapporto di lavoro da un nesso meramente occasionale, avente il fine di conciliare le esigenze di servizio con le esigenze quotidiane del lavoratore; proprio per la suindicata natura il diritto al buono pasto è strettamente collegato alle disposizioni della contrattazione collettiva che lo prevedono. (1)

(...Omissis...)

1. Con ricorso depositato telematicamente il 20.2.2024, i ricorrenti indicati, tutti dipendenti di **** (nel seguito, per brevità, anche solo *****) hanno convenuto in giudizio la datrice di lavoro, per sentire dichiarare il proprio diritto al riconoscimento, a far data dal 1° gennaio 2017, del buono pasto sostitutivo del servizio mensa per ogni giornata di lavoro effettivo superiore alle sei ore. ***** si è ritualmente costituita in giudizio, chiedendo la reiezione dell'avversaria domanda, perché infondata in fatto e in diritto e comunque non provata.

2. La causa è stata istruita documentalmente ed è stata poi discussa oralmente dai difensori delle parti, che hanno infine insistito come nei rispettivi atti.

3. Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

4. Occorre indicare, innanzitutto, i fatti essenziali ai fini del decidere, da ritenersi pacifici, non contestati o comunque documentalmente provati.

5. I rapporti di lavoro tra i ricorrenti e *** sono (o sono stati, per coloro che sono andati frattanto in pensione) disciplinati dal CCNL dei Servizi Ambientali Utilitalia (doc. 2 ric.), applicato dalla resistente.

6. I ricorrenti svolgono (o hanno svolto) un orario lavorativo giornaliero a turno unico superiore alle sei ore e non hanno usufruito e non usufruiscono del servizio di mensa, che non è stato attivato da ***.

7. Il predetto CCNL, all'art. 32 ("Indennità e provvidenze varie"), lettera H (voce "Mensa"), dispone che: "Nelle Aziende in cui non opera il servizio di mensa interna, saranno individuate adeguate soluzioni alternative, ivi comprese convenzioni con attività di ristoro esterne, previo esame congiunto con i soggetti sindacali competenti individuati nell'art. 1 del presente CCNL. L'irrealizzabilità del servizio mensa non può determinare la corresponsione di indennità sostitutive". Tale disciplina, di cui al CCNL applicato da *** [in precedenza, CCNL "Nettezza urbana (aziende municipalizzate)"] è invariata, quanto meno, dal maggio 2003 (v. docc. da 11 a 15 conv.).

8. Il buono pasto è, ovviamente, prestazione diversa rispetto alle indennità sostitutive della mensa, che qui non vengono in questione.

9. *** ha sottoscritto accordi sindacali con cui si è attribuito ai lavoratori il diritto alla corresponsione dei buoni pasto, a determinate condizioni.

10. Con l'accordo sindacale aziendale n. 7 dell'1.7.1999, il diritto è stato attribuito ai lavoratori a turno unico che svolgono la propria prestazione lavorativa nell'intervallo orario 12:00 – 15:00 (doc. 4 ric.; doc. 3 conv.), "considerata l'opportunità di evitare ai lavoratori interessati a tale turno, la consumazione del pasto in orario troppo anticipato, o posticipato, rispetto alle normali abitudini".

11. Nell'Ordine di servizio (OdS) n. 91 del 2000 (doc. 1 conv.) si è prevista l'erogazione del buono pasto ai lavoratori che svolgono la prestazione con orario spezzato (ad es. 730-12.30; 13.00-16.15) e si è ribadito il diritto previsto per i lavoratori a turno unico dal menzionato accordo, estendendolo ai casi di rientro per lavoro straordinario (nonché di distacco e permesso sindacale).

12. L'accordo sindacale n. 4 del 29.1.2009 (doc. 4 ric.; doc. 4 conv.) ha esteso il diritto dei lavoratori a turno unico, in relazione ad "ogni giornata di effettiva presenza in servizio con prestazione di lavoro normale a cavallo delle seguenti fasce orarie: 12:00- 15:00; 19:00-22:00"; all'uopo, per "giornata di effettiva presenza in servizio" si intende una "prestazione in orario normale di lavoro almeno pari alla metà delle 6 ore giornaliere previste, a cavallo delle fasce suddette". 12.1. Come anticipato, tale accordo è stato adottato in attuazione di una previsione contrattuale collettiva, in materia di "mensa", corrispondente a quella in vigore. 12.2. Nelle premesse dell'accordo le Rappresentanze sindacali aziendali, "nel chiedere un ampliamento dei beneficiari dei ticket restaurant, attese anche le tipicità degli orari vigenti, riconoscono che l'Azienda attraverso l'emanazione dell'OdS DPO n. 91/Rev 4 ha dato sempre puntuale e corretta applicazione" all'Accordo del 1999;

13. Con comunicazione n. 171 dell'11.2.2009 (doc. 5 conv.) *** ha illustrato ai propri dipendenti le modalità di applicazione dell'Accordo del 2009 (anche mediante l'esemplificazione di determinati orari di lavoro), fermo il diritto già disciplinato in caso di rientro per straordinario.

14. I ricorrenti hanno beneficiato del diritto al buono pasto, alle condizioni previste dai predetti accordi (v. verbale udienza 1.10.2024, con riguardo alle dichiarazioni delle parti in libero interrogatorio e alla dichiarazione del difensore dei ricorrenti, il quale - dietro invito del Tribunale - ha chiarito che "... non è contestata dai ricorrenti la percezione dei buoni pasto, nei termini di cui alla memoria di costituzione di controparte, avvenuta però in caso di effettuazione di turni compresi nelle fasce orarie oggetto di contrattazione sindacale, mentre l'oggetto dell'attuale vertenza attiene all'accertamento del diritto al buono pasto per la sola effettuazione di un turno di lavoro superiore alle sei ore, indipendentemente dalla relativa collocazione oraria").

15. L'ipotesi di piattaforma per il rinnovo del CCNL proposta da FP CGIL, Uiltrasporti e Fiadel prevede sotto la voce "diritto al pasto" l'attribuzione a tutti i lavoratori in turno antimeridiano, pomeridiano e "semi notte" del "diritto al pasto con tutte le varie forme possibili" (v. prod. doc. conv. 14.11.2024).

16. Le linee guida di piattaforma per il rinnovo del CCNL del settore dei Servizi Ambientali presentate da FIT-CISL prevedono che "Per lavoratrici e lavoratori, impiegati in atti-

vità che interessano nello stesso giorno orari che si svolgono sia in turno antimeridiano che pomeridiano, va definito un diritto al pasto con tutte le varie forme possibili per garantirlo in ogni impresa” (v. prod. doc. conv. 18.11.2024).

17. Venendo alle questioni più propriamente giuridiche, si deve premettere che, per giurisprudenza consolidata, «L’attribuzione del buono pasto [costituisce]... agevolazione di carattere assistenziale che, nell’ambito dell’organizzazione dell’ambiente di lavoro, è diretta a conciliare le esigenze del servizio con le esigenze quotidiane del dipendente, al fine di garantirne il benessere fisico necessario per proseguire l’attività lavorativa quando l’orario giornaliero corrisponda a quello contrattualmente previsto per la fruizione del beneficio, [ed] è condizionata all’effettuazione della pausa pranzo» (Cass. 1 marzo 2021 n. 5547; conf. Cass. 31 ottobre 2022 n. 32113 e Cass. 1 settembre 2023 n. 25622).

18. Più specificamente, la prestazione di natura assistenziale de qua è “... finalizzata ad alleviare, in mancanza di un servizio mensa, il disagio di chi sia costretto, in ragione dell’orario di lavoro osservato, a mangiare fuori casa” (Cass. 22 ottobre 2020 n. 22985).

19. Dunque, «... il diritto... non ha natura retributiva ma costituisce una erogazione di carattere assistenziale, collegata al rapporto di lavoro da un nesso meramente occasionale, avente il fine di conciliare le esigenze di servizio con le esigenze quotidiane del lavoratore (Cass. 28 novembre 2019 n. 31137 e giurisprudenza ivi citata); proprio per la suindicata natura il diritto al buono pasto è strettamente collegato alle disposizioni della contrattazione collettiva che lo prevedono (da ultimo, Cass. 21 ottobre 2020 n. 22985)» (Cass. 1 marzo 2021 n. 5547; conf. Cass. 31 ottobre 2022 n. 32113 e Cass. 1 settembre 2023 n. 25622).

20. Non rientrando il diritto alla mensa e ai buoni pasto «nel trattamento retributivo in senso stretto», secondo consolidata giurisprudenza, (quanto meno) nell’ambito del lavoro privato «il regime della loro erogazione può essere variato anche per unilaterale deliberazione datoriale, in quanto previsione di un atto interno, non prodotto da un accordo sindacale» (Cass. 28 luglio 2020 n. 16135).

21. Dunque, non essendo state neppure dedotte, nella specie, previsioni in materia di diritto alla mensa/ai buoni pasto diverse da quelle contrattuali collettive, la fonte primaria del diritto stesso non può essere individuata se non nel CCNL applicato da ***, disciplinante i rapporti di lavoro.

22. La relativa previsione, sopra trascritta, è rimasta invariata (quanto meno) nell’ultimo ventennio ed era tale, dunque, nel momento della conclusione dell’accordo sindacale del 2009, sopra menzionato.

23. Essa non pare attribuire ai ricorrenti il diritto vantato, cioè al buono pasto anche nei casi non disciplinati dagli accordi sindacali ed in particolare da quello del 2009 di cui sopra, perché, in relazione alle aziende che, come ***, non hanno attivato il servizio di mensa interna, prevede solo che “... saranno individuate adeguate soluzioni alternative, ivi comprese convenzioni con attività di ristoro esterne, previo esame congiunto con i soggetti sindacali competenti...”.

24. Si è detto quali siano stati gli esiti dell’esame congiunto, formalizzati negli accordi sindacali alle cui previsioni *** si è attenuta. Accordi che, a ben vedere, apprestano una “soluzione alternativa” adeguata, costituita - per quanto qui interessa - dal riconoscimento del buono pasto, da ultimo, a chi, lavorando su turno unico, presta la propria attività nelle fasce orarie individuate dalle parti (12:00-15:00 e 19:00-22:00), ritenendosi diversamente possibile la consumazione del pasto

“a casa”, prima dell’inizio del turno o dopo il termine dello stesso, senza eccessivo scostamento dagli orari abituali. D’altra parte, neppure i servizi mensa operano usualmente 24 ore al giorno.

25. I contenuti della contrattazione aziendale dimostrano che le parti stipulanti (e, quindi, anche le rappresentanze sindacali) hanno interpretato la previsione di cui al CCNL nei termini proposti. Le stesse piattaforme di rinnovo di recente rese note sembrano confermare che il detto CCNL non preveda già il diritto al buono pasto in tutti i casi in cui l’orario di lavoro sia superiore alle 6 ore e comporti, quindi, una pausa.

26. Non coglie nel segno la pretesa attrice di fondare il proprio asserito diritto sulle previsioni di contratti collettivi diversi, relativi al settore della sanità (pubblica e privata), perché esse sono di tenore differente e ricollegano specificamente il diritto alla mensa/al buono pasto al rispetto di un orario che comprenda una pausa. Pertanto, neppure possono estendersi ai rapporti lavorativi in questione i principi giurisprudenziali relativi al diverso settore. Si è detto, infatti, che solo il CCNL applicato da *** potrebbe fondare le pretese attrici.

27. Conclusivamente, il ricorso risulta totalmente infondato e deve essere respinto.

28. Quanto alle spese di lite, la particolare novità della questione (non constano precedenti di legittimità in merito al CCNL in questione) ne consente l’integrale compensazione, tra le parti.

P.Q.M.

il Giudice, defintivamente pronunciando, respinta ogni contraria deduzione, eccezione e conclusione, respinge il ricorso; compensa integralmente, tra le parti, le spese di lite.

(1) Esiste il diritto al “buono pasto”?

Sommario: 1. *Premessa: le difese delle parti.* - 2. *Brevi cenni sul buono pasto.* - 3. *Il ruolo della contrattazione collettiva.* - 4. *La decisione del Giudice.*

Premessa: le difese delle parti.

Con ricorso ex art 414 cpc 119 ricorrenti, tutti dipendenti di un’azienda in house del Comune di Genova, hanno adito il Tribunale di Genova chiedendo venisse accertato il loro diritto a percepire il buono pasto sostitutivo del servizio mensa, a far data dal gennaio 2017, per ogni giorno di lavoro effettivo superiore alle sei ore.

Secondo la tesi da questi prospettata, il diritto alla mensa e quindi al buono pasto, sarebbe direttamente collegato al diritto alla pausa previsto dall’art 8 comma 1 del d.lgs. n. 66/2003 a mente del quale ogni lavoratore che svolge la prestazione lavorativa di almeno 6 ore giornaliere ha diritto ad una pausa di non meno di 10 minuti anche per consumare il pasto (1).

In sostanza, secondo i lavoratori ricorrenti, il compimento di una prestazione lavorativa di durata superiore a sei ore, che dà diritto alla pausa di cui all’art. 8 del d.lgs. n. 66/2003 ai fini del recupero delle energie psicofisiche e dell’eventuale consumazione del pasto, comporterebbe automaticamente il diritto a percepire anche il buono pasto.

La società datrice di lavoro ha resistito in giudizio contestando le difese attoree, precisando in particolare che, nel rispetto di quanto previsto dal CCNL applicato (che all’art 32 prevede che le aziende in cui non opera il servizio di mensa interna sono onerate di individuare adeguate soluzioni alter-

native previo esame congiunto con i soggetti sindacali competenti) aveva negli anni sottoscritto con le organizzazioni sindacali diversi accordi al fine di disciplinare l'erogazione dei buoni pasto (accordi di cui per altro gli stessi ricorrenti avevano pure beneficiato allorquando avevano negli anni svolto la prestazione lavorativa con le modalità previste negli accordi stessi).

La convenuta evidenziava in ogni caso la totale carenza probatoria dei ricorrenti: nulla era stato infatti provato, dedotto o documentato con riguardo al rapporto di lavoro, evidenziando in particolare che non erano stati neppure individuati per quanti e per quali giorni veniva rivendicato il diritto all'erogazione del buono pasto rendendo di fatto impossibile per il giudicante ogni valutazione sul punto.

Il Giudice nella sentenza in commento è quindi stato chiamato a decidere se l'articolazione oraria eccedente le sei ore giornaliera è da sola elemento sufficiente per fondare il diritto dei ricorrenti a percepire il buono pasto.

2. Brevi cenni sul buono pasto.

Il buono pasto è un emolumento sostitutivo del servizio mensa che il datore di lavoro può riconoscere ai propri dipendenti qualora, per ragioni economiche o organizzative, non voglia o non possa istituire un servizio mensa aziendale. Per costante giurisprudenza il diritto a fruire dei buoni pasto ha natura assistenziale e non retributiva, finalizzato unicamente ad alleviare, in mancanza di un servizio mensa, il disagio di chi sia costretto, in ragione dell'orario di lavoro osservato, a mangiare fuori casa (2).

Si differenzia dalla c.d. indennità sostitutiva del servizio mensa che è considerata a tutti gli effetti parte integrante della retribuzione e pertanto viene inserita in busta paga.

Non esiste alcuna disposizione legislativa che impone al datore di lavoro di organizzare un servizio mensa né una disposizione che impone al datore di lavoro che non organizza detto servizio di riconoscere uno dei predetti emolumenti sostitutivi.

Il datore di lavoro è altresì pure libero di attivare contemporaneamente i diversi sistemi: istituire il servizio di mensa per una categoria di lavoratori, adottare il sistema dei buoni pasto per un'altra categoria ed erogare l'indennità sostitutiva per una terza categoria di prestatori di lavoro.

La mancanza di specifici obblighi si desume dal fatto che il buono pasto non è normato da alcuna fonte legislativa se non da un punto di vista fiscale e contributivo: i buoni pasto sono infatti soggetti ad una disciplina fiscale e previdenziale agevolata (3).

In altri termini, nel nostro ordinamento il buono pasto non è riconosciuto dalla legge quale diritto soggettivo del lavoratore ma è solo disciplinato nei suoi profili fiscali e contributivi, trattasi infatti di un istituto nato in sede di contrattazione collettiva e che a nessun titolo rientra nel concetto di retribuzione ex art 2099 c.c. (4).

Il buono pasto non rientra quindi nella definizione di "salario" o "compenso" per il lavoro prestato ma viene considerato come una prestazione che ha un carattere di utilità personale per il lavoratore.

Pur non rientrando nel concetto di retribuzione, può però essere riconosciuto come parte delle condizioni di lavoro, e in molti casi viene utilizzato come strumento di welfare aziendale.

Non rientrando nel trattamento retributivo in senso stretto può addirittura essere prima concesso dal datore di lavoro e poi per unilaterale deliberazione dello stesso essere pure revocato (qualora ovviamente sia stato inizialmente previsto

solo per mezzo di un atto interno e non frutto di un accordo sindacale) (5).

Da ultimo rileva, quale ulteriore prova della non inclusione dei buoni pasto nel concetto di retribuzione in senso stretto, il fatto che essi non rientrano tra i "trattamenti retributivi" previsti dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003 in tema di responsabilità solidale del committente con l'appaltatore di servizi, posto che rientrano tra i "trattamenti retributivi" solo gli emolumenti che il datore di lavoro risulti tenuto a corrispondere ai propri dipendenti e che hanno natura eminentemente retributiva (6).

3. Il ruolo della contrattazione collettiva.

Come già si è detto il buono pasto è nato in sede di contrattazione collettiva.

La giurisprudenza unanime ritiene che per la natura occasionale e assistenziale (finalizzata a conciliare le esigenze di servizio con le esigenze quotidiane del lavoratore), il diritto al buono pasto è esclusivamente collegato alle disposizioni della contrattazione collettiva che lo prevedono e, soprattutto, che il datore di lavoro non è obbligato alla corresponsione del buono pasto o all'attivazione del servizio mensa in favore dei propri dipendenti.

Si ritiene pertanto che sussista, dunque, soltanto un interesse legittimo pretensivo dei dipendenti all'erogazione del servizio mensa, e non anche un diritto soggettivo (7).

La matrice di origine esclusivamente sindacale – collettiva dell'istituto si rinviene poi nella legge posto che l'art 6 del decreto legge n. 333/1992 recita "salvo che gli accordi ed i contratti collettivi, anche aziendali, dispongano diversamente, stabilendo se e in quale misura la mensa è retribuzione in natura, il valore del servizio di mensa, comunque gestito ed erogato, e l'importo della prestazione pecuniaria sostitutiva di esso, percepita da chi non usufruisce del servizio istituito dall'azienda, non fanno parte della retribuzione a nessun effetto attinente a istituti legali e contrattuali del rapporto di lavoro subordinato".

La giurisprudenza in materia è ancora molto poca ed ha avuto ad oggetto pressoché per la quasi totalità il CCNL Comparto Sanità nelle sue varie versioni a seguito dei plurimi rinnovi che si sono succeduti (si segnala infatti che i ricorrenti hanno citato unicamente la giurisprudenza riferita a tale contratto collettivo).

In ogni caso, in tutte le pronunce che ad oggi sono reperibili, i Giudici hanno deciso la questione sottoposta alla loro attenzione procedendo ad un'analisi dettagliata delle clausole del contratto collettivo, applicato al rapporto di lavoro, in tema di buoni pasto.

Le sentenze, sia di merito che di legittimità, non hanno "creato" un nuovo diritto al buono pasto ma si sono limitate ad interpretare le norme di settore che tale diritto già riconoscevano.

Ad esempio la Corte di Cassazione con la sentenza n. 5547/2021, partendo dal dato fattuale che il CCNL Comparto Sanità 20 settembre 2001 riconosceva il diritto al buono pasto a tutti i lavoratori "in relazione alla particolare articolazione del lavoro" (8), ha fornito un'interpretazione a tale locuzione in combinato disposto con l'art 8 d.lgs. n. 66/2003, arrivando alla conclusione che il buono pasto spetta a tutti i lavoratori (il cui rapporto di lavoro è regolato da tale fonte collettiva) che in base all'orario di lavoro hanno diritto a beneficiare di una pausa (9).

La Corte in un'altra pronuncia, sempre analizzando la disposizione del contratto collettivo in tema di buoni pasto

(CCNL AIOP - ARIS - Fondazione don Carlo Gnocchi onlus 2002 - 2005 Sanità Privata (10)), ha ravvisato una posizione soggettiva dei ricorrenti direttamente tutelata dal contratto collettivo ed immanente al rapporto di lavoro subordinato, in quanto “discende direttamente dalla disciplina di fonte collettiva come componente naturale e stabile dello statuto legale del rapporto di lavoro” (11).

È quindi la sola contrattazione collettiva che può prevedere se e in che misura esista il diritto per i lavoratori e determinarne i presupposti.

A titolo esemplificativo si cita una sentenza di risultato contrario ove la Corte di Cassazione ha ritenuto non sussistere il diritto di una lavoratrice ai buoni pasto in quanto il CCNL di riferimento collegava il diritto alla percezione del buono pasto alla effettiva fruizione della pausa, pausa a cui la lavoratrice aveva però rinunciato per terminare anticipatamente l'orario di lavoro (12).

Non possono non essere citate tre sentenze del Tribunale di Genova in materia aventi ad oggetto il CCNL Comparto Sanità 21 maggio 2018 (13), nelle quali i Giudici hanno tutti ritenuto non sussistente il diritto dei ricorrenti a percepire i buoni pasto in quanto svolgere la prestazione di lavoro in turno era incompatibile con le previsioni del CCNL che escludevano espressamente i turnisti tra quelli a cui veniva riconosciuto il buono pasto (14).

4. La decisione del Giudice.

Nel caso di specie il giudice ha rigettato il ricorso e, stante la mancanza di altre pronunce aventi ad oggetto il CCNL Servizi Ambientali e la particolare novità della questione, ha compensato le spese processuali.

Il giudicante ha evidenziato in primis che il CCNL applicato, in punto buoni pasto, è sostanzialmente invariato dal 2003.

L'attenzione del Giudice si è quindi concentrata sull'art. 32, lett. H, secondo il quale “Nelle Aziende in cui non opera il servizio di mensa interna, saranno individuate adeguate soluzioni alternative, ivi comprese convenzioni con attività di ristoro esterne, previo esame congiunto con i soggetti sindacali competenti”.

Per il Tribunale, dalla semplice lettura della norma è da escludersi che le parti collettive abbiano inteso attribuire ai lavoratori un diritto al buono pasto, quanto piuttosto un obbligo per il datore di lavoro che non può o vuole istituire il servizio mensa di individuare adeguate soluzioni alternative previo esame congiunto con i soggetti sindacali.

Nella specie, la parte datoriale aveva proprio prodotto gli accordi sindacali con cui si era attribuito il diritto al buono pasto al ricorrere di determinate condizioni, puntualmente indicate negli accordi medesimi.

Con l'accordo sindacale aziendale n. 7/1999, il diritto era stato dapprima attribuito ai lavoratori a turno unico che svolgono la propria prestazione lavorativa nell'intervallo orario 12:00-15:00.

Nel 2000 con l'ordine di servizio n. 91 è stata prevista l'erogazione del buono pasto ai lavoratori che svolgono la prestazione con orario spezzato (ad es. 7.30-12.30; 13.00-16.15) e si è ribadito il diritto previsto per i lavoratori a turno unico dal menzionato accordo, estendendolo ai casi di rientro per lavoro straordinario (nonché di distacco e permesso sindacale).

Da ultimo con l'accordo n. 4/2009 il datore di lavoro ha poi esteso il diritto ai lavoratori a turno unico, in relazione ad ogni giornata di effettiva presenza in servizio con prestazione di lavoro normale a cavallo delle seguenti fasce orarie: 12:00-15:00; 19:00-22:00.

Per il Giudice quindi la parte datoriale e le rappresentanze sindacali avevano congiuntamente individuato quelle soluzioni alternative richieste e previste dal CCNL Servizi Ambientali, unica fonte normativa cui far riferimento per i motivi sopra detti.

La pronuncia si è poi soffermata sulla tesi dei lavoratori secondo cui il diritto al buono pasto si fonderebbe sull'art. 8 del d.lgs.99/2003, sulle previsioni di contratti collettivi diversi da quello applicato (in particolare sul settore della sanità sia pubblica che privata) e sui relativi principi giurisprudenziali espressi nelle sentenze relative a tali settori. Il parallelismo non coglie nel segno secondo il Giudice, dal momento che tali sentenze sono intervenute in un contesto lavorativo regolato da una contrattualistica collettiva ben diversa.

Per altro, il non automatico riconoscimento del diritto a percepire il buono pasto per il solo fatto di effettuare una prestazione lavorativa eccedente le sei ore, si rinviene in una recentissima sentenza della Corte di Cassazione il cui ragionamento giuridico sottostante ha portato a riconoscere il diritto a percepire il buono pasto (per l'assurdo) anche durante le ferie (momento in cui pacificamente il lavoratore non svolge neppure 1 minuto di prestazione lavorativa).

Nel suddetto caso il CCNL applicato al rapporto di lavoro è quello degli Autoferrotranvieri il quale non disciplina l'istituto del buono pasto quanto piuttosto l'indennità sostitutiva di mensa, che pertanto è parte integrante della retribuzione in senso stretto.

La Cassazione riprende quindi l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, secondo cui la retribuzione durante le ferie deve essere equivalente a quella percepita nei giorni lavorativi ordinari, in quanto una riduzione potrebbe scoraggiare il lavoratore dall'effettuarle. In base a tale principio, ha voluto ribadire che la retribuzione per le ferie deve includere ogni compenso relativo all'esecuzione delle mansioni e legato allo “status” personale e professionale del lavoratore, al fine di garantire condizioni economiche simili a quelle del periodo lavorativo (15).

Tornando al caso deciso dal Tribunale di Genova, il Giudice ha rigettato il ricorso avuto anche riguardo al fatto che la totalità dei lavoratori aveva percepito i buoni pasto alle condizioni previste dagli accordi sindacali prodotti ossia quando avevano svolto le prestazioni lavorative nelle fasce orarie ivi indicate.

Si segnala infine una recente sentenza in tema del Tribunale di Roma, il cui caso sottostante si appalesa molto simile al caso di specie: il datore di lavoro è un'azienda che copre tutti i servizi legati alla gestione del ciclo dei rifiuti e dell'ambiente, applica il CCNL Servizi Ambientali e i ricorrenti hanno svolto le medesime difese rinvenibili nell'ambito del procedimento definito con la sentenza oggetto di commento.

Il Giudice anche in questo caso ha ritenuto che la disposizione contrattuale di cui all'art. 32, lett. h), non prevede l'attribuzione di un diritto al buono pasto, stabilendo invece l'obbligo di istituire un servizio mensa interno all'impresa oppure l'individuazione di modalità alternative; nel caso *de quo*, la parte datoriale aveva proprio dimostrato di aver istituito convenzioni con altri esercizi per garantire la fruizione dei pasti (16).

Stefano Torchio
Avvocato, Foro di Genova

Note.

(1) Art 8 comma 1 d.lgs. n. 66/2003: “Qualora l'orario di lavoro giornaliero ecceda il limite di sei ore il lavoratore deve beneficiare di un intervallo per pausa, le cui modalità e la cui durata sono stabilite dai contratti

collettivi di lavoro, ai fini del recupero delle energie psico-fisiche e della eventuale consumazione del pasto anche al fine di attenuare il lavoro monotono e ripetitivo”.

(2) Cass., 8 agosto 2012 n. 1429, in *Giust. civ. Mass. 2012*, 7-8, 1030.

(3) L'art. 51, comma 2, lett. c), del TUIR prevede che non concorrono a formare il reddito del lavoratore fino al limite giornaliero di 4 euro per i buoni cartacei e 8 euro per quelli in formato elettronico. Come ribadito nella Circolare INPS n. 15 del 28.01.2022, tali soglie di esenzione valgono anche e ai fini previdenziali, tenuto conto dell'unificazione delle base imponibili, prevista dal Decreto Legislativo 2 settembre 1997, n. 314.

(4) Art 2099: “La retribuzione del prestatore di lavoro può essere stabilita a tempo o a cottimo e deve essere corrisposta, con le modalità e nei termini in uso nel luogo in cui il lavoro viene eseguito. In mancanza di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice. Il prestatore di lavoro può anche essere retribuito in tutto o in parte con partecipazione agli utili o ai prodotti, con provvigione o con prestazioni in natura”.

(5) Cass., 28 luglio 2020 n. 16135 in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 2020*, 4, II, 647.

(6) Tribunale di Venezia, Sez. Lav, 16 marzo 2022 n. 192 in *Redazione Giuffrè 2022*.

(7) Tribunale Crotone, Sez. Lav., 29 aprile 2021, n. 400 in *Redazione Giuffrè 2021*.

(8) Art 29 CCNL settembre 2001: “Le aziende, in relazione al proprio assetto organizzativo e compatibilmente con le risorse disponibili, possono istituire mense di servizio o, in alternativa, garantire l'esercizio del diritto di mensa con modalità sostitutive. Hanno diritto alla mensa tutti i dipendenti, ivi compresi quelli che prestano la propria attività in posizione di comando, nei giorni di effettiva presenza al lavoro, in relazione alla particolare articolazione dell'orario. Il pasto va consumato al di fuori dell'orario di lavoro. Il tempo impiegato per il consumo del pasto è rilevato con i normali mezzi di controllo dell'orario e non deve essere superiore a trenta minuti”.

(9) Cass., 1 marzo 2021 n. 5547 in *Giustizia Civile Massimario 2021* “Così esposte le previsioni contrattuali, la questione di causa consiste nello stabilire quale sia la “particolare articolazione dell'orario” che, ai sensi del comma 2 del richiamato art. 29 CCNL INTEGRATIVO SANITA', attribuisce il diritto alla mensa ai dipendenti presenti in servizio 11. L'art. 26 del CCNL SANITA' 1998/2001, del 7.4.1999, sull'orario di lavoro, non contiene utili indicazioni sul punto, in quanto si limita a stabilire un orario di lavoro settimanale di 36 ore ed a fissare i criteri generali per la sua distribuzione. 12. Un chiaro indice interpretativo si trae, comunque, dalla disposizione del comma 3 del medesimo art. 29 CCNL INTEGRATIVO 20.9.2001, a tenore del quale il pasto va consumato al di fuori dell'orario di lavoro ed il tempo a tal fine impiegato è rilevato con i normali strumenti di controllo dell'orario e non deve essere superiore a 30 minuti. 13. Da tale norma si ricava che la fruizione del pasto ed il connesso diritto alla mensa o al buono pasto- è prevista nell'ambito di un intervallo non lavorato; diversamente, non potrebbe esercitarsi alcun controllo sulla sua durata. 14. Si può dunque convenire sul fatto che la “particolare articolazione dell'orario di lavoro” è quella collegata alla fruizione di un intervallo di lavoro. 15. Di qui il rilievo del D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro), art.

8, a tenore del quale il lavoratore deve beneficiare di un intervallo per pausa qualora l'orario di lavoro giornaliero ecceda il limite di sei ore, ai fini del recupero delle energie psicofisiche e della eventuale consumazione del pasto; le modalità e la durata della pausa sono stabilite dai contratti collettivi di lavoro ed, in difetto di disciplina collettiva, la durata non è inferiore a dieci minuti e la collocazione deve tener conto delle esigenze tecniche del processo lavorativo”.

(10) “E' fatto obbligo alle strutture sanitarie con più di 160 dipendenti di istituire il servizio di mensa; sono fatte salve le situazioni già esistenti. 3 - Nelle predette strutture sanitarie, laddove i servizi prevedano particolari articolazioni di orario, il datore di lavoro provvederà a garantire l'esercizio della mensa anche con modalità sostitutive (quali, ad esempio, buono pasto, cestino da consumare in luogo idoneo, ecc.) che, comunque, non debbono prevedere indennità monetizzabile. (...) 5 - Il pasto va consumato al di fuori dell'orario di lavoro”.

(11) Cass., 31 luglio 2023 n. 23255, in *Rivista De Jure*.

(12) Cass., 21 ottobre 2020 n. 22985 in *Redazione Giuffrè 2021*, “Nel caso di specie i presupposti del diritto sono fissati dall'art. 4, comma 2, dell'accordo collettivo sul riconoscimento dei buoni pasto, secondo cui “il buono pasto viene attribuito per la singola giornata lavorativa nella quale il dipendente effettua un orario di lavoro ordinario superiore alle sei ore, con la relativa pausa prevista dall'art. 19, comma 4, del CCNL, all'interno della quale va consumato il pasto” ... Nel caso di specie è pacifico che la pausa pranzo non sia stata fruita, per rinuncia ad essa della lavoratrice, evidentemente al fine di poter terminare anticipatamente, nel primo pomeriggio, la prestazione di lavoro. Pertanto, in mancanza di pause, non sono integrati gli estremi cui la disciplina collettiva subordina il diritto alla prestazione”.

(13) Art. 27, comma 4 CCNL Comparto Sanità: “Qualora la prestazione di lavoro giornaliera ecceda le sei ore, il personale, purché non in turno, ha diritto a beneficiare di una pausa di almeno trenta minuti al fine del recupero delle energie psicofisiche e della eventuale consumazione del pasto”

(14) Tribunale di Genova, 30 ottobre 2023 n. 748; Tribunale di Genova, 23 novembre 2023 n. 762; Tribunale di Genova, 12 ottobre 2023 n. 797: “La previsione applicabile pro tempore, invece, riconosce il medesimo diritto assieme a quello alla pausa di (almeno) 30 minuti, non a “tutti i dipendenti”, ma al personale - che superi, ben inteso, le sei ore di lavoro giornaliero - “purché non in turno”. Così precludendo al personale turnista (a cui pacificamente apparteneva la ricorrente, nel periodo de quo), sia il diritto alla pausa di (almeno) 30 minuti, sia quello alla mensa/al buono pasto. Né vi sono, nel CCNL, altre previsioni volte a riconoscere tali diritti ai lavoratori “in turno”. E il diritto alla fruizione della mensa/del buono pasto, costituente una erogazione di carattere assistenziale..., proprio per la suindicata natura..., è strettamente collegato alle disposizioni della contrattazione collettiva che lo prevedono. Del resto, laddove previste (Comparto ministeri) “[l]e norme primarie (art. 3, co. 1, L. 334/1997 e art. 2, co. 11, L. 550/1995) si limitano del resto a rinviare, per le regole di attribuzione dei buoni pasto, ad appositi accordi collettivi. E' dunque la contrattazione collettiva, quale fonte di disciplina del detto diritto, a poterne determinare i presupposti. E vi provvede, per quanto qui interessa, con il menzionato art. 27, co. 4”.

(15) Cass., 27 settembre 2024 n. 25840 in *CED, Cassazione, 2024*.

(16) Tribunale Roma, 09 ottobre 2024, n.15235 in *Diritto & Giustizia 2024*, 24 dicembre.

Massimario

Tribunale di Genova, sez. lav., 5 giugno 2024, n. 445 - Giudice Dito.

LAVORO - previdenza - pensione - quota 100 - cumulabilità - lavoro intermittente.

(Art. 14 l. n. 26/2019)

Ai sensi dell'art 14 l. 26/2019 la pensione quota 100 non è cumulabile con i redditi da lavoro dipendente o autonomo, ad eccezione di quelli derivanti da lavoro autonomo occasionale, nel limite di 5.000 euro lordi annui.

La ratio sottesa alla disposizione è quella di bilanciare il vantaggio di poter acquisire il diritto a pensione con notevole anticipo rispetto al possesso dei requisiti per la pensione ordinaria e il limite derivante dalla rinuncia ad essere inseriti attivamente nel mondo del lavoro.

Non può trascurarsi inoltre come il pensionamento a quota 100 costituisca anche una sorta di incentivo al ricambio generazionale nel lavoro e un contributo alla creazione di opportunità lavorative, rispetto ai posti lasciati liberi, esigenze che risulterebbero del tutto frustrate qualora si permettesse al pensionato di lavorare ancora, indipendentemente dal tempo occupato e dalla retribuzione percepita per il lavoro svolto, risultando così superabile anche ogni argomentazione legata alla sproporzione fra il guadagno ottenuto e il trattamento perso.

La mancata previsione da parte della legge di una specifica sanzione in caso di violazione del divieto di cui all'art l. 26/2019 comporta l'applicazione dei principi generali.

La circostanza che non sia possibile, in determinate ipotesi, un cumulo di entrate significa che qualora il cumulo si sia verificato, quanto percepito deve considerarsi come non dovuto.

Ciò si traduce nel venire meno del diritto alla pensione nei limiti in cui il cumulo si è verificato, con obbligo, pertanto, di restituzione.

(Nel caso di specie il ricorrente-pensionato quota 100, ex dipendente di ristorante, ha ricevuto da parte dell'inps comunicazione di indebito di euro 11.000,00 per le mensilità di pensione di un intero anno avendo questi prestato attività lavorativa a favore dell'ex datore di lavoro per soli due giorni con contratto di lavoro intermittente per complessivi 91 euro. Il Giudice ha rigettato il ricorso).

VA.TO.

Tribunale di Massa, sez. lav., 7 ottobre 2024, n. 221 - Giudice Soffio.

LAVORO - rapporto di lavoro - associazione in partecipazione - crediti di lavoro - prescrizione.

(Art. 2552 c.c.)

Nell'associazione in partecipazione, ancorché la disciplina dell'art. 2552 c.c. sia derogabile, l'associante non può restare esonerato da ogni perdita, ossia dal rischio di impresa.

Non si configura il "rischio d'impresa" in presenza del riconoscimento da parte dell'associante di un minimo garantito mensile all'associato.

In presenza di una mancata partecipazione alle perdite, è da escludere un apporto imprenditoriale in ragione dell'assenza del rischio di impresa.

Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della legge n. 92 del 2012 e del decreto legislativo n. 23 del 2015, mancando dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata, non è assistito da un regime di stabilità. Sicché, per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, il termine di prescrizione decorre, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro.

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 8 ottobre 2024, n. 935 - Giudice Parodi.

LAVORO - rapporto di lavoro - previdenza complementare - trattamento di fine rapporto.

(D.lgs. n. 252/2005)

Il finanziamento delle forme pensionistiche complementari è attuabile mediante il versamento di contributi a carico del lavoratore, del datore di lavoro e del committente, o anche attraverso il conferimento del TFR maturando che comporta l'adesione alle forme pensionistiche complementari, in modalità espressa o tacita.

Nell'ipotesi di insolvenza del datore di lavoro che abbia accantonato il TFR conferito al Fondo di previdenza complementare, senza tuttavia versarlo, si pone il problema di individuare - nell'ambito del rapporto associativo tra lavoratore e Fondo, intermediato dal datore di lavoro (quale debitore delle quote tempo per tempo maturate) - quale sia il soggetto legittimato ad attivarsi per il credito in questione, anche alla luce della previsione dell'intervento dell'apposito Fondo di Garanzia dell'Inps, in caso di omissione contributiva del datore di lavoro soggetto a procedura concorsuale, con diritto di surrogazione al lavoratore, a norma del D.Lgs. n. 80 del 1992, art. 5, commi 2 e 3.

Il lavoratore è legittimato a domandare l'ammissione per le quote di TFR maturate e non versate dal datore di lavoro fallito al Fondo Tesoreria dello Stato gestito dall'INPS poiché il datore di lavoro non è un mero adiectus solutionis causa e non perde la titolarità passiva dell'obbligazione di corrispondere il TFR stesso.

VA.TO.

Tribunale di Savona, sez. lav., 15 ottobre 2024, n. 302 - Giudice Serra.

LAVORO - rapporto di lavoro - licenziamento - giustificato motivo oggettivo - motivazione.

(L. n. 604/1966)

Sebbene il dovere del datore non debba spingersi all'esposizione in modo analitico di tutti gli elementi di fatto e di diritto posti alla base del provvedimento risolutivo, tuttavia, la motivazione deve pur sempre essere specifica, al fine di adempiere alla sua precipua

funzione, di consentire al lavoratore di comprendere le ragioni del recesso e di approntare idonee difese.

La mera indicazione del tipo di licenziamento intimato non è senz'altro idonea a consentire al lavoratore di comprendere le ragioni sottese alla volontà datoriale di interrompere il rapporto di lavoro.

In tal caso si configura un licenziamento privo di qualsivoglia motivazione e quindi in violazione del disposto di cui all'art. 2 l. 604/1966.

Tale onere non può ritenersi assolto dalla mera indicazione che il licenziamento sarebbe supportato da un astratto e non meglio individuato "giustificato motivo oggettivo" senza alcuna specificazione delle ragioni che in concreto ha determinato la decisione di porre fine al rapporto di lavoro.

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 28 gennaio 2025, n. 906 - Giudice Scotto.

LAVORO - rapporto di lavoro - agenzia di somministrazione - licenziamento per giustificato motivo oggettivo - dovere di correttezza e buona fede - onere di repêchage.

(Art 3 d.lgs 23/2015)

In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo la violazione del dovere di correttezza e dell'obbligo di buona fede nell'individuazione dei lavoratori da licenziare è questione diversa da quella della violazione dell'obbligo di repêchage.

Con riguardo al primo principio, qualora la ristrutturazione aziendale sia riferita ad una specifica unità produttiva contestualmente soppressa, non è contraria a buona fede la decisione aziendale di limitare la platea dei lavoratori da licenziare agli addetti della predetta unità.

Diversa è la questione dell'obbligo di repêchage, in quanto il datore di lavoro è onerato di dimostrare l'impossibilità di reimpiego del lavoratore in mansioni diverse, non solo provando che al momento del licenziamento non sussistesse alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa per l'espletamento di mansioni equivalenti, ma anche di aver prospettato al dipendente, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori.

Il datore di lavoro-somministrante, nel caso di riorganizzazione aziendale con soppressione di posti, ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, deve dare prova di aver vagliato la possibilità di ricollocare il dipendente in altro posto di lavoro, anche quale lavoratore somministrato.

La tutela prevista dall'art 3 comma 2 del d.lgs. 23/2015 (che prevede la reintegrazione attenuata qualora sia direttamente dimostrato in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato) si applica anche nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, rispetto alla quale resta però estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore.

Pertanto, nel caso in cui sia direttamente dimostrato in giudizio che il fatto materiale è sussistente ma vi è stata una violazione dell'onere di repêchage, il Giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento dell'indennità come prevista dall'art 3 comma 1 d.lgs 23/2015.

(Nel caso di specie la ricorrente era stata licenziata a seguito della chiusura dell'unità produttiva ove era addetta con ordinario contratto di lavoro subordinato. Il Giudice ha escluso la violazione del dovere di correttezza e buona fede nell'individuazione dei lavoratori da licenziare in quanto, insieme alla ricorrente, era stata licenziata anche l'unico altro addetto all'unità soppressa. Si è invece ritenuto sussistente la violazione dell'obbligo di repêchage in quanto la convenuta non aveva dato prova di aver cercato di ricollocare la lavoratrice anche presso le società utilizzatrici. Il Giudice ha quindi ritenuto sussistente il motivo posto alla base del licenziamento ma violato l'obbligo di repêchage e richiamando la sentenza della Corte Costituzionale 128/2024 ha condannato il datore di lavoro al solo pagamento della indennità prevista dall'art. 3 comma 1 dlgs 23/2015 e non alla reintegrazione).

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 4 febbraio 2025, n. 953 - Giudice Parodi.

LAVORO - Jus postulandi - mancanza di valida procura - sanatoria.

(Art 182 c.p.c.)

L'art. 182, comma 2, c.p.c., nella formulazione introdotta dall'art. 46, comma 2, della l. n. 69 del 2009, consente di "sanare" l'inesistenza o la mancanza in atti della procura alla lite.

Il Giudice quando rileva la mancanza della procura al difensore, il difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione che determina la nullità della procura stessa, assegna quindi alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rimozione della stessa.

VA.TO.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte costituzionale, 27 febbraio 2025, n. 45 - Pres. Amoruso - Red. Buscema - Regione Liguria (Avv. Piciocchi) c. Pres. Cons. per lo Stato (Avv.ti De Giovanni e Feola).

(La questione è stata proposta dalla Regione Liguria, su sollecitazione del Consiglio delle autonomie locali, con ricorso pubblicato in G.U. n. 16 del 2024, 1a serie spec. (n. 11 registro ricorsi 2024)).

BILANCIO e contabilità pubblica - trasferimenti pluriennali dal fondo di solidarietà comunale al fondo speciale per l'equità del livello dei servizi - attuazione della sentenza della corte costituzionale n. 71 del 2023 - ricorso della regione liguria - lamentata insufficienza del trasferimento, con lesione del principio di correlazione tra risorse e funzioni - lamentata preclusione del finanziamento dei LEP e riduzione della componente verticale del fondo stesso - non fondatezza della q.i.c.

(Art. 119, commi primo, terzo, quarto e quinto comma, della Costituzione)

BILANCIO e contabilità pubblica - trasferimenti pluriennali dal fondo di solidarietà comunale al fondo speciale per l'equità del livello dei servizi - ricorso della regione liguria - tagli "lineari" a valere sulle risorse del FSC - lamentata lesione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali locali - non fondatezza della q.i.c.

(Artt. 119, commi primo, terzo e quarto, e 120, comma 2, della Costituzione)

BILANCIO e contabilità pubblica - esenzione dal contributo alla finanza pubblica degli enti in dissesto, in procedura di riequilibrio nonché di quelli che hanno sottoscritto accordi di risanamento finanziario - comuni che presentano un bilancio in equilibrio ma con un elevato debito pro-capite - mancata esclusione dall'esonero - ricorso della Regione Liguria - lamentata irragionevolezza - lamentata lesione del principio di non discriminazione - lamentata lesione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali locali - lamentata preclusione della piena erogazione dei LEP - lamentata lesione del principio di leale collaborazione - non fondatezza della q.i.c.

(Artt. 3 e 119, commi primo, terzo e quarto, e 120, comma 2, della Costituzione)

PARAMETRO - sindacato di legittimità costituzionale in via principale - motivi di impugnazione - omessa motivazione - rilevabilità d'ufficio - inammissibilità delle q.i.c.

(Artt. 5, 114 e 120, secondo comma, della Costituzione)

OGGETTO - sindacato di legittimità costituzionale in via principale - motivi di impugnazione - omessa motivazione su alcune delle norme impugnate - ridefinizione del thema decidendum - rilevabilità d'ufficio - inammissibilità delle q.i.c.

È infondata la questione di costituzionalità dell'art. 1, commi 494

e 497, della legge n. 213 del 2023, nella parte in cui prevedono il trasferimento di risorse dal Fondo di solidarietà comunale al Fondo speciale per l'equità del livello dei servizi in quanto la scelta, pure espressiva della discrezionalità del legislatore, recepisce il monito formulato da questa Corte con la sentenza n. 71 del 2023, in cui si è affermato che l'art. 120, secondo comma, Cost. abilita il potere sostitutivo dello Stato come rimedio all'inadempienza dell'ente territoriale, ove lo richieda «la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali». (1)

È infondata la questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 533, della legge n. 213 del 2023, nella parte in cui impone un "taglio lineare" sui contributi alla finanza pubblica a carico dei comuni in quanto la norma è riconducibile alla legittima esigenza del legislatore statale di fissare principi da imporre a regioni ed enti locali per esigenze di coordinamento della finanza pubblica e, dunque, non è lesiva dell'autonomia finanziaria degli enti locali riconosciuta dall'art. 119, commi primo, terzo e quarto, Cost., né è preclusiva della piena erogazione dei LEP, né è lesiva del principio di leale collaborazione. (2)

È infondata la questione di costituzionalità, promossa in via subordinata, dell'art. 1, comma 533, della legge n. 213 del 2023, nella parte in cui esonera dal contributo alla finanza pubblica degli enti in dissesto, in procedura di riequilibrio nonché quelli che hanno sottoscritto accordi di risanamento finanziario e non anche i comuni che presentano un bilancio in equilibrio ma con un elevato debito pro-capite in quanto le esenzioni individuate dal legislatore atengono, con tutta evidenza, a situazioni diverse e non comparabili. (3)

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 494, 497 e 533, della l. n. 213 del 2023, promossa, in riferimento agli artt. 5, 114 e 120, secondo comma, della Costituzione, dalla Regione Liguria in quanto il ricorso si limita a menzionare i parametri costituzionali senza fornire alcuna argomentazione quanto alla loro violazione. (4)

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 534 e 535, della l. n. 213 del 2023 in quanto il ricorso, benché impugni formalmente le disposizioni di cui ai commi da 533 a 535 dell'art. 1 della legge n. 213 del 2023, limita l'intero apparato motivazionale alla norma che prevede il contributo a carico dei comuni contenuta nel comma 533. (5)

(1-5) La Corte costituzionale torna su perequazione finanziaria e coordinamento della finanza pubblica allargata, tra esigenze di tutela della autonomia degli enti territoriali locali e necessità di contenimento della spesa corrente. (1)

Sommario: 1. Le questioni di legittimità costituzionale prospettate dalla Regione Liguria. - 2. La decisione della Corte costituzionale. - 3. Alcune considerazioni in prospettiva su perequazione e coordinamento finanziario.

1. Le questioni di legittimità costituzionale prospettate dalla Regione Liguria.

Con la sentenza in epigrafe la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi su diverse questioni di legittimità costituzionale promosse dalla Regione Liguria, su sollecita-

zione del Cal ligure (2), con ricorso in via d'azione, afferenti alla legge statale di bilancio per il 2024 per la lamentata lesione, sotto diversi profili, dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali locali.

Più precisamente, sono stati innanzitutto impugnati i commi 494 e 497 dell'art. 1 della l. 30 dicembre 2023, n. 213 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2024 e bilancio pluriennale per il triennio 2024-2026), nella parte in cui, in asserito contrasto (e non già in attuazione) con quanto disposto con la sentenza della stessa Corte costituzionale n. 71 del 2023, prevedevano la riduzione delle risorse del Fondo di solidarietà comunale (d'ora in poi "FSC"), destinando le risorse provenienti da tale riduzione al finanziamento del Fondo per l'equità del livello dei servizi (d'ora in poi "FELS"). Previsione, quest'ultima che, secondo la ricorrente, non avrebbe considerato, da un lato, se tali risorse sarebbero state adeguatamente dimensionate ai fabbisogni di spesa da finanziare, come imposto dal principio di correlazione tra risorse e funzioni di cui all'art. 119, quarto comma, Cost.; nonché, dall'altro, se tali risorse sarebbero risultate effettivamente congrue rispetto all'esigenza di evitare regressioni nell'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP). Inoltre, è stato censurato il comma 533 della medesima legge statale di bilancio, nella parte in cui era stato previsto che il contributo a carico dei comuni (mediante decurtazione su una ingente somma a carico del fondo di solidarietà comunale) introdotto nel 2014, anziché terminare nel 2024, fosse prorogato sino al 2028, sì da pregiudicare l'equilibrio di bilancio già precario delle ridette amministrazioni locali e compromettere la capacità di erogare i servizi ai cittadini, *in primis* i livelli essenziali delle prestazioni (3).

In via subordinata, il comma 533 della l. n. 213 del 2023 è stato impugnato, altresì, nella parte in cui esentava dal contributo alla finanza pubblica una serie di comuni che si trovavano in disavanzo di amministrazione e che erano oggetto di speciali misure di riequilibrio finanziario, ma non anche i comuni, come quello di Genova, che risultavano in equilibrio di bilancio epperò erano parimenti bisognosi di un percorso di consolidamento strutturale a causa dell'elevato debito pro-capite. Scelta, quest'ultima, che, ad avviso della regione, si sarebbe posta in irrimediabile contrasto con il principio di ragionevolezza, sia per la prospettata disparità di trattamento tra comuni che, per altri profili, erano stati invece assimilati dallo stesso legislatore, sia perché non si coglieva la logica sottesa a detta scelta legislativa che, da una parte, prevedeva l'erogazione di un contributo a sostegno del virtuoso percorso intrapreso dai comuni riguardati dall'asserita disparità e, dall'altro, sottraeva risorse ai medesimi per effetto del taglio generale, così vanificandone, almeno in parte, l'efficacia.

2. La decisione della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, disattese tutte le eccezioni d'inammissibilità sollevate dalla difesa erariale, ha, in via preliminare, rilevato d'ufficio l'inammissibilità di singoli motivi di impugnazione per l'assenza di motivazione (4) sulla asserita violazione di alcuni dei parametri costituzionali pure evocati dalla regione ricorrente (5) e ha circoscritto il *thema decidendum* della seconda questione di legittimità costituzionale prospettata dal momento che, benché fossero state impuginate più norme, l'apparato motivazionale era evidentemente limitato a solo una di queste (6).

Entrando nel merito, essa ha, inoltre, rigettato tutte le questioni di legittimità costituzionale così prospettate, consolidando e meglio chiarendo quanto già statuito in alcuni precedenti orientamenti.

Quanto alla prima questione, la Corte costituzionale ha, infatti, avuto modo di confermare come la scelta censurata, anche se espressiva della discrezionalità del legislatore statale, dovesse considerarsi recettiva del monito formulato nella sentenza n. 71 del 2023 (7). Monito che, peraltro, imponeva al legislatore di intervenire in tempi brevi sulla soluzione perequativa ibrida adottata con la legge di bilancio per il 2021 in quanto contraria al disegno costituzionale delineato dall'art. 119 Cost. Si rilevava, cioè, nella citata pronuncia, come «all'interno del FSC e in aggiunta alla tradizionale perequazione ordinaria - strutturata, fin dalla sua istituzione, secondo i canoni del terzo comma dell'art. 119 Cost. e quindi senza alcun vincolo di destinazione - [fosse] stata [...] progressivamente introdotta, a partire dal 2021, una componente perequativa speciale, non più diretta a colmare le differenze di capacità fiscale, ma puntualmente vincolata a raggiungere determinati livelli essenziali e obiettivi di servizio», sottolineandosi che una simile «ibridazione [fosse] estranea al disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria, il quale, a tutela dell'autonomia degli enti territoriali, mantiene necessariamente distinte le due forme di perequazione».

La scelta del legislatore statale di riallocare, con i commi da 494 a 497 dell'art. 1 della legge n. 213 del 2023, le risorse vincolate dal FSC in un fondo *ad hoc*, speciale e con vincolo di destinazione (il FELS), individuando come destinatari i comuni che ancora non avessero raggiunto i livelli essenziali o gli obiettivi di servizio relativi a servizi sociali, asili nido e trasporto di alunni disabili, è stata, dunque, giudicata dalla Corte come una plausibile forma di recepimento del monito formulato con la menzionata sent. n. 71 del 2023, specie nella parte in cui ivi si affermava che l'art. 120, secondo comma, Cost. abilitava il potere sostitutivo dello Stato come rimedio all'inadempienza dell'ente territoriale, ove lo avesse richiesto «la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali». Previsione, quest'ultima, che, sempre ad avviso della Corte, avrebbe dovuto fare «sistema» con l'art. 119, quinto comma, Cost., dovendo essere all'interno dei fondi perequativi speciali, correttamente strutturati secondo il citato disegno costituzionale, che sarebbe stato «possibile trarre le coerenti e necessarie implicazioni in caso di mancato impegno delle risorse statali vincolate a favore dei LEP» (8). Ciò tanto più che, come rilevato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza in commento, «una volta conseguiti, da parte di tutti i comuni, i LEP e gli obiettivi di servizio [...], le risorse in esame perderanno la loro natura di interventi speciali di cui all'art. 119, quinto comma, Cost., e confluiranno, quindi, quale componente verticale nel FSC, destinato alla perequazione generale».

Del resto, anche in ordine alla lamentata insufficienza del FSC a finanziare le funzioni fondamentali degli enti locali, si è ribadito che «gli interventi legislativi che incidono sull'assetto finanziario degli enti territoriali non devono essere valutati "in maniera atomistica, ma nel contesto delle altre disposizioni di carattere finanziario" (9)» e che, negli ultimi anni lo Stato aveva trasferito ingenti risorse ai comuni non solo per fronteggiare gli effetti negativi della pandemia da COVID-19 e della crisi ucraina, ma anche per la realizzazione dei progetti legati al PNRR.

In senso analogo, con riguardo alla censurata provenienza delle risorse e, quindi, alla natura verticale od orizzontale dei fondi perequativi (ossia, rispettivamente, alla fonte statale o comunale delle risorse che vi confluiscono), si è riaffermato che il modello di perequazione esclusivamente verticale è «espressamente imposto solo dall'art. 119, quinto comma,

Cost., il quale attribuisce chiaramente allo “Stato” il compito di destinare “risorse aggiuntive” e di effettuare interventi speciali a favore di “determinati” enti territoriali, quando lo richiedano, tra l’altro, gli obiettivi di promuovere lo sviluppo economico, di coesione e solidarietà sociale, di rimuovere gli squilibri economici e sociali, o infine, di garantire l’effettivo esercizio dei diritti della persona» (10).

Quanto poi alla seconda questione di legittimità costituzionale prospettata, in ordine all’asserito contrasto con l’autonomia finanziaria degli enti locali del “taglio lineare” sul contributo alla finanza pubblica a carico dei comuni operato dal legislatore statale (11), la Corte costituzionale ha avuto buon gioco nel far perno sul proprio consolidato orientamento, in virtù del quale lo Stato, per ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali, può legittimamente imporre agli enti territoriali dei vincoli in ordine alle loro politiche di bilancio, anche se i medesimi incidono indirettamente sulla loro autonomia di spesa (12).

Nel caso di specie, infatti, si è giudicato che la disposizione impugnata avesse inteso perseguire l’esigenza di contenimento della spesa pubblica per il comparto degli enti locali, analogamente a quanto previsto per le regioni, in considerazione degli impegni assunti in sede europea con la sottoscrizione del nuovo Piano strutturale di bilancio, di durata settennale, che vincola il Paese a rispettare una traiettoria di spesa netta. Previsione che, peraltro, si limitava, per le amministrazioni comunali (e provinciali) a definire l’importo complessivo del contributo richiesto, lasciando così a queste un significativo margine di autonomia in merito alle materie/voci di bilancio sulle quali effettuare i risparmi e, soprattutto, escludendo dal calcolo delle spese quelle concernenti il finanziamento dei diritti sociali, in piena attuazione del principio della “spesa costituzionalmente necessaria” (13).

Infine, il rigetto della terza questione di legittimità costituzionale, promossa in via subordinata sempre in relazione all’art. 1, comma 533, della legge n. 213 del 2023, è stata motivata per il fatto che le esenzioni individuate dal legislatore attenevano a situazioni diverse e, dunque, non comparabili a quella del comune che avesse presentato un (anche elevato) debito pro capite, «né a quella del comune che stesse ripianando un normale disavanzo di amministrazione con apposito piano di rientro, ai sensi dell’art. 188 del d.lgs. n. 267 del 2000, nel corso dell’esercizio, ovvero negli esercizi successivi considerati nel bilancio di previsione e, in ogni caso, non oltre la durata della consiliatura» (14).

3. Alcune considerazioni in prospettiva su perequazione e coordinamento finanziario.

Con la sentenza in commento la Corte, dunque, torna a mettere ordine in materia di perequazione finanziaria, sottolineando distinzioni e concetti che vanno al di là dell’individuazione dei corretti meccanismi legislativi e si proiettano sui ruoli che, dinanzi al complesso strumentario predisposto dall’art. 119 Cost., lo Stato e gli enti territoriali sono chiamati a ricoprire. Il rigetto delle plurime questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione Liguria costituisce, infatti, un dispositivo solo apparentemente rivolto a quest’ultima (e, per essa, al complesso delle regioni a statuto ordinario), veicolando invece una serie di indicazioni e di moniti indirizzati anche allo Stato.

E del resto il caso di specie si prestava meglio di altri a rivelare come un certo utilizzo dei meccanismi perequativi da parte del legislatore statale incida in modo diretto non solo sulla consistenza dei flussi finanziari che gli enti territoriali percepiscono

dallo Stato e attraverso i quali vengono coperti i costi delle funzioni assegnate ai primi, ma anche sulle modalità di spesa delle risorse in questione, a seconda che le medesime ricadano in un fondo senza vincolo di destinazione *ex art. 119, co. 3, Cost.* (quale è il Fondo di solidarietà comunale) ovvero in uno *ex art. 119, co. 5, Cost.* (quale è invece il Fondo per l’equità del livello dei servizi). In questo senso, il combinato disposto delle diverse disposizioni impugnate dalla Regione Liguria prevedeva non solo il trasferimento della “quota verticale” (vale a dire di quella statale) del FSC nel FELS, ma anche l’imposizione nei confronti dei comuni di un contributo alla finanza pubblica che, configurato come quota trattenuta dallo Stato sui trasferimenti dal FSC, aveva in effetti ridotto il valore *relativo* dei trasferimenti di quel fondo perequativo.

La Corte, nella sostanza, ha rigettato il ricorso perché, nel caso di specie, la riduzione dei flussi di finanziamento degli enti locali non dipende dal “travaso” di risorse dal FSC al FELS, ma riposa su ragioni di coordinamento della finanza pubblica che nulla hanno a che vedere con il tema della perequazione.

Da un lato, il valore assoluto di quei flussi deve, infatti, essere calcolato sulla base del complesso delle misure legislative che dispongono risorse economiche in favore degli enti territoriali, sicché il trasferimento (peraltro temporaneo) di parte di queste da un fondo non vincolato a uno speciale non necessariamente incide sui saldi complessivi, riflettendo unicamente la scelta del legislatore di adottare una determinata soluzione perequativa, e più precisamente quella di vincolare “a monte” le decisioni di spesa pubblica degli enti destinatari dei trasferimenti. Da un altro lato, il contestuale contributo imposto ai comuni a valere sui trasferimenti del FSC si colloca nel diverso ambito delle misure di coordinamento finanziario e risponde alla specifica *ratio* di contenere la spesa pubblica per il comparto degli enti locali onde rispettare gli impegni assunti dallo Stato in sede europea con la sottoscrizione del nuovo Piano strutturale di bilancio.

La domanda, pertanto, sorge spontanea: interventi di perequazione territoriale e contenimento della spesa corrente degli enti locali sono misure tra loro compatibili? Qual è il loro margine di “convivenza” costituzionalmente accettabile? Il punto di interesse della sentenza in commento risiede esattamente nel percorso argomentativo seguito dalla Corte per rispondere positivamente al primo quesito e, di conseguenza, per porre una serie di paletti e indicazioni in ordine al secondo. Per ottenere questo risultato, la Corte combina e adatta al caso di specie diversi e consolidati filoni della sua giurisprudenza in materia, mettendosi così nelle condizioni di ribadire alcuni importanti principi sia con riferimento alle modalità di finanziamento dei livelli di governo sub-statali (specie con riferimento ai LEP), sia con riguardo al ruolo degli amministratori di quest’ultimi.

Con riferimento al primo profilo, se da un lato la Corte ribadisce «l’ampia possibilità di scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore» in ordine allo strumentario di cui all’art. 119 Cost. (15), dall’altro lato essa chiarisce la piena sindacabilità della «soluzione normativa adottata». Tale precisazione, peraltro, deve essere letta alla luce dei due moniti (non nuovi, per vero) contenuti nella sentenza: il primo, secondo il quale «lo Stato continua a generare un sistema di finanza locale derivata, alimentata da trasferimenti veicolati da fondi settoriali, così allontanandosi dal modello di autonomia finanziaria delineato dall’art. 119 Cost.» (16); e il secondo, per il quale «sono da evitare sostanziali estensioni dell’ambito temporale di precedenti manovre perché tale prassi potrebbe sottrarre al confronto parlamentare la va-

lutazione degli effetti complessivi e sistemici di queste ultime in un periodo più lungo [...] nella prospettiva della nuova *governance* economica europea, che prevede [...] anche l'allungamento temporale delle misure di contenimento della spesa netta menzionate nel Piano strutturale di bilancio, si palesa vieppiù la necessità di un ossequio sostanziale, e non meramente formale, al principio di leale collaborazione, mediante il coinvolgimento delle sedi già appositamente contemplate nell'ordinamento, come la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, di cui l'art. 5 della legge 5 maggio 2009, n. 42». La scelta tra fondo perequativo vincolato (di esclusiva competenza statale) e non vincolato non è, dunque, rimessa al totale arbitrio del legislatore statale: l'abuso nell'utilizzo di fondi settoriali (e integralmente finanziati dallo Stato) - come quelli oggetto dell'odierno scrutinio di legittimità - ben potrebbe rappresentare l'indice di un progressivo allontanamento dal modello di federalismo fiscale «cooperativo» che traspare dall'art. 119 Cost. (17), come tale suscettibile di essere censurato sul piano costituzionale (18). Non solo, anche la tecnica normativa di estendere l'efficacia temporale di alcune, pregresse, misure di contenimento - come accaduto nel caso di specie - mal si conciliano con il principio di leale collaborazione cui deve necessariamente essere improntata l'elaborazione dei rapporti finanziaria tra lo Stato e gli enti territoriali, specie allorché debbano essere configurate *nuove* misure di coordinamento finanziario volte al contenimento della spesa corrente.

Proprio gli effetti di tali misure conducono al secondo profilo di interesse più sopra richiamato, vale a dire quello del ruolo degli amministratori locali. Il contributo alla finanza pubblica di cui all'art. 1, co. 533, della legge n. 213 del 2023 è andato esente da censure di costituzionalità poiché, da un lato, era stato congegnato in modo da non impattare sulle spese destinate a fornire prestazioni inerenti ai diritti sociali (principio della c.d. spesa costituzionalmente necessaria (19)), e dall'altro, ferma l'esclusione di quest'ultime spese, si limitava a definire l'importo complessivo del contributo richiesto, «lasciando dunque un significativo margine di autonomia alle regioni e agli enti locali in merito alle materie/voci di bilancio relativamente alle quali effettuare i risparmi» (20). Ed è tale margine di autonomia ad essere risultato decisivo: esso, rendendo possibile l'articolazione di una politica di bilancio, consente lo svolgimento del mandato politico-rappresentativo da parte degli amministratori dell'ente territoriale, con tutto ciò che ne discende in termini di responsabilità politica nei confronti degli elettori per il mandato svolto.

Da questa prospettiva, emerge in modo chiaro la perdurante attenzione della Corte a non deresponsabilizzare gli amministratori degli enti locali rispetto all'andamento finanziario dei rispettivi enti, secondo una ormai risalente ma costante giurisprudenza (21).

Con riferimento al caso di specie, ne discende, pertanto, che una misura di coordinamento della finanza pubblica volta al contenimento della spesa corrente, ancorché collegata - nei suoi effetti - alle dinamiche dei trasferimenti perequativi tra lo Stato e gli enti locali, non può giungere a neutralizzare le fondamentali politiche di bilancio degli enti locali, compromettendo così il funzionamento degli ordinari processi di *accountability* degli amministratori in ordine al risultato di amministrazione. Tutto ciò, chiaramente, a meno che l'ente in questione non versi già in uno stato di insolvenza tale da impedire al vertice politico di articolare quelle medesime decisioni di carattere finanziario: non è un caso, infatti, che il contributo previsto dalla norma impugnata non si applichi proprio agli enti locali per i quali è stata avviata la procedura

di dissesto o di pre-dissesto, giacché in quei casi - a differenza degli enti in equilibrio di bilancio - non vi è più lo spazio per l'elaborazione di un *politica* di bilancio, così come per la rivendicazione, in sede elettorale, di una responsabilità di mandato per essa.

Francesca Bailo, Michele Francaviglia
Professori associati di Diritto costituzionale
e Diritto pubblico

Note.

(1) Pur essendo il presente lavoro frutto della riflessione congiunta degli Autori, a F. Bailo sono da attribuire i §§ 1 e 2, mentre a M. Francaviglia è da attribuire il § 3.

(2) Si ricordi che, ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. d) della l.r. Liguria 1° febbraio 2011, n. 1, il Consiglio delle autonomie locali può proporre al Presidente della Giunta l'impugnativa degli atti dello Stato o di altre Regioni ritenuti lesivi dell'autonomia regionale e di enti locali liguri.

(3) Detto contributo, pari a euro 200 milioni, è ripartito dall'art. 1, comma 533, della legge n. 213 del 2023 «in proporzione agli impegni di spesa corrente al netto della spesa relativa alla missione 12, Diritti sociali, politiche sociali e famiglia, degli schemi di bilancio degli enti locali, come risultanti dal rendiconto di gestione 2022».

(4) Al proposito, da ultimo, cfr. Corte cost., sent. n. 192 del 2024.

(5) Segnatamente, è stata dichiarata l'inammissibilità della prima questione di legittimità costituzionale, nella parte riferita agli artt. 5, 114 e 120, secondo comma, Cost.; la seconda questione, nella parte riferita agli artt. 5 e 114 Cost.; la terza questione posta in via subordinata, nella parte riferita agli artt. 5, 114 e 120, secondo comma, Cost.

(6) In particolare si segnala che la Corte costituzionale ha ridefinito d'ufficio il *thema decidendum* relativo alla seconda questione di legittimità costituzionale prospettata giudicando che, benché la regione ligure avesse formalmente impugnato le disposizioni di cui ai commi da 533 a 535 dell'art. 1 della legge n. 213 del 2023, essa aveva in realtà limitato l'intero apparato motivazionale alla norma di cui al comma 533. Circa il ridotto potere di circoscrizione dell'oggetto del sindacato da parte della stessa Corte costituzionale, cfr., *ex plurimis*, di recente, sentt. n. 147 del 2023, n. 147 del 2022 e 274 del 2020).

(7) Si ricordi che in quella sede la Regione Liguria, sempre su sollecitazione del Cal ligure, aveva sollevato, per la via principale, questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 172, 174, 563 e 564, della legge 30 dicembre 2021, n. 234 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024), in riferimento agli artt. 5 e 119, primo, terzo, quarto e quinto comma, della Costituzione, nella parte in cui, ad avviso della ricorrente, le suddette disposizioni intervenivano sulla disciplina del FSC incrementandone la dotazione, ma assoggettando le risorse statali aggiuntive «a penetranti vincoli di destinazione» in maniera incoerente con la «disciplina costituzionale degli strumenti di perequazione». La Corte aveva tuttavia dichiarato l'inammissibilità della questione per l'impossibilità, per il giudice costituzionale, di esercitare una supplenza nei confronti del legislatore nel dettare relazioni finanziarie «alternative» a quelle adottate dallo Stato in difformità dallo schema costituzionale, ammonendolo però a intervenire tempestivamente per superare, in particolare, una soluzione perequativa ibrida non coerente con il disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria di cui all'art. 119 Cost.

(8) In tal senso, cfr. ancora Corte cost., sent. n. 71 del 2023.

(9) Al proposito, cfr. già Corte cost., sent. n. 63 del 2024.

(10) In tal senso, cfr. ancora Corte cost., sent. n. 63 del 2024.

(11) Mentre l'infondatezza del profilo relativo alla asserita preclusività dell'erogazione piena dei LEP è stata motivata per il fatto che la norma censurata (e, cioè, il comma 533 dell'art. 1 della l. n. 213 del 2023) avrebbe dovuto «ricollegarsi al quadro normativo definito dalla nuova governance economica europea, destinata a entrare in vigore nel corso

dello stesso 2024 e, dunque, a influenzare la manovra di bilancio». Infine, la pretesa lesione del principio di leale collaborazione per il contrasto della previsione censurata con l'intesa sottoscritta in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali il 30 gennaio 2020 sulla ricostituzione della quota verticale del FSC è stata parimenti dichiarata infondata in quanto le modalità di riparto del contributo previsto dalla disposizione impugnata erano da stabilirsi con decreto del Ministro dell'interno previa intesa in Conferenza Stato-città ed autonomie locali (intesa peraltro superabile in caso di mancato accordo, disposizione non oggetto di impugnazione) diversa da quella indicata dalla ricorrente.

(12) Al proposito, la stessa Corte costituzionale ha richiamato Corte cost., sentt. n. 44 del 2014 e n. 64 del 2016, nonché Id., sentt. n. 417 del 2005, n. 36 del 2004, n. 43 del 2016.

(13) Cfr. *supra* nota 2. Il principio della "spesa costituzionalmente necessaria", evocato per la prima volta con Corte cost., sent. n. 169 del 2017, è stato poi ripreso successivamente con le sentt. n. 195 del 2024, n. 220 del 2021, n. 197 del 2019 e n. 87 del 2018.

(14) Sul punto, cfr. anche Corte cost., sent. n. 195/2024.

(15) Sul punto v. *ex plurimis* Corte cost., sent. n. 192 del 2024, nell'ambito della quale la Corte ha affermato che «rientra nella discrezionalità del legislatore "muoversi" all'interno dell'art. 119 Cost.».

(16) Per un analogo sollecito in tal senso, cfr. Corte cost., sent. n. 195 del 2024.

(17) Modello, com'è noto, disegnato dalla legge delega n. 42 del 2009 (e dai suoi decreti attuativi) e che ad oggi risulta tuttavia in gran parte inattuato.

(18) Sul punto v. le considerazioni contenute in Corte cost., sentt. n. 71 del 2023 e 192 del 2024.

(19) V. *supra* nota 12.

(20) Sul punto, la Corte richiama il proprio consolidato orientamento, per il quale, in materia di vincoli alle politiche di bilancio delle Regioni e degli altri enti territoriali, la legge statale può stabilire solo un «limite complessivo, che lascia agli enti stessi ampia libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti e obiettivi di spesa» (così Corte cost., sentt. nn. 43 del 2016, 417 del 2005 e 36 del 2004).

(21) Sul punto cfr. *ex plurimis* Corte cost., sentt. nn. 18 del 2019 e 115 del 2020.

Massimario

TAR Liguria, sez. I, 25 giugno 2024, n. 462 - Pres. Caruso - Rel. Bolognesi - La Casalinda S.r.l (Avv.ti Alfero e Merletti) c. Regione Liguria (Avv.ti Crovetto e Bozzini), Azienda Regionale per l'Innovazione e gli acquisti - Aria S.p.A. (Avv.ti Gallo, Squillace, Castrogiovanni), Valsecchi Cancelleria S.r.l. (Avv.ti Quartiroli e Vaccarisi).

APPALTI - Codice dei contratti pubblici - espunzione legislativa dell'avvalimento di garanzia - equipollenza in base alla disciplina eurounitaria del contratto di affidamento.

(D.lgs. n. 36/2023 art. 104, D.lgs. n. 50/2016 art. 89, Direttiva n. 2014/24/UE art. 63)

L'espunzione dell'avvalimento di garanzia dal nuovo Codice dei contratti pubblici non ne comporta l'inapplicabilità, poiché la disposizione autoesecutiva ex art. 63 della Direttiva appalti n. 2014/24/UE, prevede l'equipollente strumento dell'"affidamento" sulle capacità di altri soggetti per acquisire i requisiti economico-finanziari non posseduti dall'operatore economico.

S.SCA.

TAR Liguria, sez. I, 10 luglio 2024, n. 497 - Pres. Caruso - Rel. Bolognesi - Omissis (Avv.ti Lo Bianco, Maoli e Balletti) c. Ministero dell'Interno, Prefettura di Genova (Avvocatura dello Stato).

ANTIMAFIA - tentativo rilevante di infiltrazione mafiosa - informazione interdittiva antimafia - legittimità.

(D. lgs. n. 159/2011, artt. 84 e 91)

ANTIMAFIA - Informazione interdittiva antimafia - tentativo di infiltrazione mafiosa - decorso del tempo.

(D. lgs. n. 159/2011, artt. 84 e 91)

È legittima l'informazione interdittiva antimafia in presenza di un tentativo rilevante di infiltrazione mafiosa riconoscibile in base ad un giudizio probabilistico basato sia sui canoni dell'esperienza comune sia sulle cognizioni specifiche riferite al "modus operandi" proprio delle associazioni mafiose.

È legittima l'informazione interdittiva antimafia anche dopo il mero decorso del tempo in quanto inidoneo di per sé ad elidere l'attualità dell'efficienza infiltrativa, a meno che, con un giudizio fattuale o probabilistico, l'Amministrazione ritenga, sulla base circostanze concretamente apprezzabili, ormai interrotti i presupposti infiltrativi.

S.SCA.

TAR Liguria, sez. I, 29 luglio 2024, n. 550 - Pres. Caruso - Rel. Bolognesi - Omissis- (Avv. Storlenghi) c. Ufficio Territoriale del Governo Genova, Ministero dell'Interno, Questura Genova (Avvocatura dello Stato).

ARMI - divieto di detenzione - licenza di porto d'armi - reati che non comportino l'impiego di armi.

(TULPS art. 3, 9, 39, 43, l. n. 110/1975 art. 4, co. 1)

La commissione di reati che non comportino l'impiego di armi, quali l'associazione a delinquere finalizzata alla truffa, così come anche fatti o comportamenti privi di rilevanza penale ma ritenuti sintomatici della propensione del ricorrente a non rispettare le regole della buona condotta, possono ugualmente costituire il legittimo presupposto del provvedimento inibitorio dell'uso delle armi.

S.SCA.

TAR Liguria, sez. II, 18 settembre 2024, n. 655 - Pres. Morbelli - Est. Vitali - Arge s.r.l. (Avv. Betti) c. Palazzo Ducale Fondazione per la Cultura (Avv.ti Barabino e Dottori); e nei confronti di Comune di Genova, Regione Liguria e Ministero della Cultura, non costituiti.

CONCESSIONE - diniego di aggiudicazione - onere di motivazione rispetto alle esigenze del bando - omissione - sviamento di potere - illegittimità.

(Art. 3 l. 241 del 1990; art. 95, comma 12, d.lgs. n. 50/2016; T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 10/10/2023, n. 5528)

CONCESSIONE - diniego di aggiudicazione - omissione - motivazione ex post soltanto in sede giurisdizionale - inammissibilità

(Art. 31 comma 3 c.p.a.; Consiglio di Stato sez. VII, 6/6/2024, n. 5069)

È illegittimo per sviamento di potere il diniego di aggiudicazione di una concessione che non assolve all'onere di motivazione circa le ragioni di non convenienza o di inidoneità dell'offerta rispetto alle esigenze che hanno condotto all'indizione della gara come esplicitate nel bando.

È inammissibile la motivazione di un diniego di aggiudicazione fornita ex post soltanto in sede giurisdizionale

L.T.

Corte Costituzionale, 29 ottobre, n. 196 - Pres. Barbera - Red. Patroni Griffi - Regione Liguria (Avv. Masuelli) c. Pres. Cons. per lo Stato (Avv. St. Urbani Neri).

ENTI LOCALI - disciplina del limite dei mandati elettivi per l'elezione diretta del Sindaco - esigenza di tutela di diritti fondamentali e principi costituzionali - discrezionalità legislativa - insindacabilità se non per manifesta irragionevolezza.

(Artt. 3, 5, 48, 51, 114 della Costituzione)

ENTI LOCALI - disciplina del limite dei mandati elettivi per l'elezione diretta del Sindaco - questione di costituzionalità - rilevanza della dimensione demografica dell'ente locale - logica graduale non manifestamente irragionevole - infondatezza della questione.

(Artt. 3, 5, 48, 51, 97, c. 2, 114 e 118 della Costituzione; art. 32, c. 2, l. 11 marzo 1953, n. 87; art. 4, c. 1, d.l. 29 gennaio 2024, n. 7, conv., con modif., nella l. 25 marzo 2024, n. 38; art. 51, c. 2, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 ;

Corte cost., sent. n. 60 del 2023)

Il numero massimo dei mandati consecutivi per l'elezione diretta del Sindaco riflette una scelta normativa idonea a invertere e garantire fondamentali diritti attinenti alla competizione elettorale e principi costituzionali concernenti la fisionomia rappresentativa e democratica degli enti locali, la cui discrezionalità può essere sindacata solo se manifestamente irragionevole. (1)

È infondata la questione di costituzionalità della disciplina del numero massimo dei mandati consecutivi per l'elezione diretta del Sindaco poiché costituisce una scelta non manifestamente irragionevole graduata sulla dimensione demografica dell'ente locale. (2)

(1 - 2) La questione è stata proposta dalla Regione Liguria, su sollecitazione del Consiglio delle autonomie locali, con ricorso pubblicato in G.U. n. 24 del 2024, 1a serie spec. (n. 19 registro ricorsi 2024) Il ricorso censurava la normativa impugnata, in particolare, perché, col tenere fermo il limite di due mandati consecutivi per i sindaci dei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, col portare a tre il limite per i sindaci dei comuni tra 5.001 e 15.000 abitanti e rimuovendolo completamente per i sindaci dei comuni al di sotto dei 5.000 abitanti, avrebbe operato su un mero dato dimensionale, in sé non in grado di giustificare la diversità di trattamento tra gli enti locali.

P.C.

Consiglio di Stato, sez. IV, 14 marzo 2024, n. 7594 - Pres. Lamberti - Rel. Monteferrante - Azienda Agricola Caterina Società Agricola in Accomandita Semplice di Moro Antonietta Anna & C (Avv. Masetti) c. Ente Parco di Portofino (Avv. Mottola).*

* Conferma TAR Liguria, sent. n. 898 del 2020.

PATRIMONIO EDILIZIO - Parco di Portofino - domanda di censimento di rudere paesante anche la volontà di ricostruzione - accoglimento della domanda da parte Consiglio dell'Ente Parco di Portofino recante un'annotazione circa l'insussistenza delle condizioni per ricostruire - legittimità

(Art. 107, d.lgs. n. 267 del 2000 ; art. 30, d.l. n. 69 del 2013, conv. nella l.e n. 98 del 2013 (riprodotto dall'art. 12 della l.r. Liguria n. 40 del 2013; art. 20 dello Statuto dell'Ente Parco di Portofino; art. 9, comma 4, lett. b), Norme Tecniche di Attuazione del Piano del Parco; art. 16 Regolamento per la Riqualficazione del Patrimonio Edilizio del Parco)

Legittimamente il Consiglio dell'Ente Parco di Portofino ha riscontrato la domanda di censimento di un rudere annotando anche l'insussistenza delle condizioni di legge e di regolamento per la ricostruzione preavvertita nella domanda stessa di censimento.

P.C.

I

TAR Liguria, sez. II, 24 aprile 2024, n. 372 - Pres. Vitali - Est. Morbelli - Associazione Internazionale "Amici del Monte di Portofino" e Onlus Associazione Verdi Ambiente e Società - V.A.S. (Avv. Granara) c. Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (Avvocatura dello Stato) e nei cfr. di Regione Liguria (Avv.ti Masuelli e Castagnoli) e ISPRA - Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale

(non costituita); intervenienti *ad opponendum* Comuni di Santa Margherita Ligure, Recco, Avegno, Tribogna, Cicagna, Portofino e Camogli, e ad adiuvandum Comune di Zoagli.

II

TAR Liguria, sez. II, 24 aprile 2024, n. 373 - Pres. Vitali - Est. Morbelli - Legambiente Nazionale a.p.s., Lipu o.d.v. e Wwf Italia e.t.s., (Avv. Lertora) c. Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (Avvocatura dello Stato) e nei cfr. di Regione Liguria (Avv.ti Masuelli e Castagnoli) e Comune di Camogli, (Avv. Mauceri) Comune di Portofino (Avv. Adamo) e Comune di Santa Margherita Ligure (Avv. Bolia) e con l'intervento del Comune di Recco (Avv. Barilati e Massacano).

PARCHI NAZIONALI - istituzione - procedura a natura bifasica - perimetrazione provvisoria - previsione di misure di salvaguardia - individuazione nella fase preliminare di un'area più vasta rispetto alla delimitazione definitiva - legittimità.

(L. 6 dicembre 1991 n. 394, art. 34 comma 1 lett. f-ter (lettera aggiunta dall'art. 1, comma 1116, l. 27 dicembre 2017, n. 205, a decorrere dal 1° gennaio 2018)

PARCHI NAZIONALI - Parco di Portofino - superamento da parte del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica della precedente perimetrazione provvisoria in assenza di decisivi elementi istruttori tecnico scientifici ma soltanto in virtù di un'intesa amministrativa con la Regione circa la delimitazione "definitiva" del parco - sviamento di potere - illegittimità della nuova perimetrazione.

(L. 6 dicembre 1991 n. 394, art. 34 comma 1 lett. f-ter (lettera aggiunta dall'art. 1, comma 1116, l. 27 dicembre 2017, n. 205, a decorrere dal 1° gennaio 2018); d.m. n. 332 del 6.8.2021; d.m. n. 331 del 10.10.2023)

PARCHI NAZIONALI - Parco di Portofino -perdurante validità ed efficacia della perimetrazione provvisoria - nuova perimetrazione provvisoria da parte del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica - - insussistenza di eventuali vizi di legittimità originaria o sopravvenuta dell'atto ritirato, né di valide ragioni di interesse pubblico - illegittimità della nuova perimetrazione.

(Artt. 21-quinquies e 21-nonies L. n. 241/1990)

È legittima nell'ambito della struttura bifasica della procedura di istituzione di un Parco nazionale individuare in sede di perimetrazione provvisoria e di previsione delle misure di salvaguardia un'area più vasta rispetto alla delimitazione definitiva.

È illegittimo per sviamento di potere il superamento dal parte Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica della precedente perimetrazione provvisoria in assenza di decisivi elementi istruttori tecnico scientifici ma soltanto in virtù di un'intesa amministrativa con la Regione.

È illegittima in difetto di valide ragioni di interesse pubblico la nuova perimetrazione dell'istituendo Parco nazionale di Portofino nella perdurante validità ed efficacia della perimetrazione provvisoria

P.C.

Sezione di diritto tributario

Massimario

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 12 agosto 2024, n. 143 - Pres. Stolfi - Rel. Tropini.

ACCERTAMENTO - utili extracontabili - presunzione di distribuzione ai soci - società a ristretta base azionaria - presunzione semplice - legami di parentela - insufficienza.

La presunzione giurisprudenziale di distribuzione ai soci di utili extracontabili in società a ristretta base azionaria non può trovare applicazione laddove tale distribuzione non risulti provata dall'Ufficio né che detti utili siano stati effettivamente percepiti dal contribuente, non essendo sufficiente la circostanza del legame di parentela fra i soci della società.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 18 settembre 2024, n. 813 - Pres. e Rel. Graziano.

ACCERTAMENTO - utili extracontabili - presunzione di distribuzione ai soci - società a ristretta base azionaria - prova dell'estraneità alla gestione sociale - rilevanza.

La presunzione di distribuzione di utili extracontabili ai soci di società di capitali a ristretta base azionaria non opera nei confronti di quei soci che siano riusciti a dimostrare in giudizio la loro estraneità alla gestione e alla conduzione della società. (Nel caso di specie, il contribuente ha vittoriosamente impugnato un avviso di accertamento che gli attribuiva un maggior reddito derivante dalla partecipazione a una società che a sua volta era stata destinataria di avviso di accertamento divenuto definitivo per mancata impugnazione).

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di La Spezia, 16 gennaio 2024, n. 67 - Pres. Di Napoli - Rel. Parentini.

ACCERTAMENTO - società di capitali a ristretta base sociale - presunzione di attribuzione di utili extra contabili - presunzione di attribuzione pro quota - prova contraria - estraneità del socio alla gestione - utili "in nero" - socio indagato - socio imputato.

Nell'ipotesi di società di capitali a ristretta base sociale è ammissibile la presunzione di attribuzione ai soci di utili extracontabili, che non si pone in contrasto con il divieto di presunzione di secondo grado, in quanto il fatto noto non è dato dalla sussistenza di maggiori redditi accertati induttivamente nei confronti della società, bensì dalla ristrettezza dell'assetto societario, che implica un vincolo di solidarietà e di reciproco controllo dei soci nella gestione sociale. Ciò non di meno, trattandosi di presunzione relativa il contribuente è ammesso a fornire la prova contraria della presunta partecipazione agli utili extrabilancio; prova contraria che consiste non solo nella dimostrazione che "i (pretesi) maggiori ricavi sono stati accantonati o reinvestiti dalla società" (in senso conforme a Sez. 5, Sentenza n. 15824 del 29/07/2016) e, dunque, non distribuiti, ma anche nella dimostrazione che egli è rimasto del tutto estraneo alla gestione della società che metteva capo esclusivamente ad uno o più dei restanti soci ai quali soli, dunque, deve essere ritenuta confinata la distribuzione dei ricavi "in nero".

L'estraneità del socio alla gestione e conduzione societaria, idonea ad escludere una sua partecipazione agli utili "in nero", può ricavarsi "anche dal fatto che il socio non sia stato coinvolto, né come indagato né come imputato, nell'indagine penale sulla società" (in senso conforme a Cass. civ. Sez. V Ord., 15/09/2021, n. 24870)

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 18 dicembre 2024, n. 1117 - Pres. Di Napoli - Rel. Parentini.

ACCERTAMENTO - termini di decadenza - proroga Covid - limiti.

La proroga di 85 giorni dei termini relativi alle attività di liquidazione, controllo, accertamento, riscossione e contenzioso da parte degli Enti impositori di cui all'art. 67 del D. L. 18/2020, concepita in occasione della pandemia da COVID-19, deve ritenersi relativa ai soli avvisi di accertamento in scadenza nel periodo considerato, potendosi escludere che la stessa sia relativa anche alle attività di accertamento scadenti in anni successivi in cui ormai l'emergenza sanitaria è cessata.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 23 dicembre 2024, n. 1127 - Pres. Baldini - Rel. Scanu.

ACCERTAMENTO - termini di decadenza - proroga Covid - limiti.

L'art. 67 del D.L. 18/2020, relativo alla proroga di 85 giorni dei termini relativi alle attività di liquidazione, controllo, accertamento, riscossione e contenzioso da parte degli Enti impositori concepita in occasione della pandemia da COVID-19, non può essere interpretato nel senso di intendere tale estensione in avanti dei termini decadenziali successivi al 2020 in favore dei soli Enti impositori, dal momento che tale interpretazione si porrebbe in contrasto con la disciplina di cui all'art. 12 del D. Lgs. 159/2015 in materia di sospensioni disposte in occasione di eventi eccezionali nonché con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 30 settembre 2024, n. 170 - Pres. Bocchiardo - Rel. Prevosto.

ACCERTAMENTO - avviso di accertamento - termini di decadenza straordinari - proroga - normativa emergenziale covid-19 - d.l. 18/2020 - decreto Cura Italia - termine di decadenza ordinari - applicabilità.

In materia di termini di decadenza per l'accertamento tributario, la proroga di ottantacinque giorni dei termini di decadenza per gli accertamenti tributari prevista dal d.l. 18/2020 (c.d. decreto Cura Italia) si applica esclusivamente agli atti di accertamento relativi all'anno di imposta 2015, i cui termini di scadenza erano pendenti alla data di entrata in vigore del d.l. 18/2020 (8 marzo 2020). Per gli anni d'imposta successivi non opera alcuna proroga, dovendosi applicare i termini ordinari di decadenza previsti dall'art. 43 del d.p.r. 600/1973.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 19 di-

cembre 2024, n. 287 - Giudice monocratico Zerilli.

ACCERTAMENTO - termini di decadenza - proroga Covid - ampiezza.

La proroga di 85 giorni dei termini relativi alle attività di liquidazione, controllo, accertamento, riscossione e contenzioso da parte degli Enti impositori di cui all'art. 67 del D.L. 18/2020, concepita in occasione della pandemia da COVID-19, si applica a tutti gli atti il cui termine di accertamento ricade in detto intervallo anche se il termine di prescrizione o decadenza sospeso non è scaduto entro il 2020. Detta soluzione rispecchia la ratio della normativa emergenziale, volta a compensare le disfunzioni sull'attività di accertamento e riscossione generate dalla situazione emergenziale e inevitabilmente destinate a ripercuotersi su tutte le annualità di imposta ancora utilmente valutabili nel momento in cui l'emergenza si è verificata, con una incidenza della stasi necessariamente estesa anche ai periodi successivi al 2020.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 23 settembre 2024, n. 158 - Pres. e Rel. Stolfi.

ACCERTAMENTO - contraddittorio endoprocedimentale - prova di resistenza.

Sebbene non sia rinvenibile, tanto nell'ordinamento interno quanto in quello sovranazionale, un obbligo generalizzato di instaurazione del contraddittorio, la violazione dell'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale comporta l'invalidità dell'atto di accertamento purché in giudizio il contribuente fornisca la "prova di resistenza", consistente nella dimostrazione che le ragioni che lo stesso avrebbe potuto addurre, qualora il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato, sarebbero state tali da comportare valutazioni che avrebbero potuto condurre ad un diverso risultato rispetto a quello raggiunto dall'Amministrazione nell'atto impositivo.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 5 agosto 2024, n. 689 - Pres. Di Napoli - Rel. Gibelli.

ACCERTAMENTO - contraddittorio - successione - de cuius - erede - notifiche all'erede - accertamento della qualità di erede.

ACCERTAMENTO - responsabilità diretta - responsabilità diretta soci - società a ristretta base societaria - automatismo - presunzione - presunzione di distribuzione dei profitti - prova contraria - prova in sede di accertamento.

L'accertamento è un procedimento amministrativo che deve essere, al di là delle specifiche previsioni di avvisi e comunicazioni, almeno "potenzialmente contraddittorio". Lo stesso non si può svolgere e concludere nei confronti di persona deceduta per poi procedere alle notifiche agli eredi. Nel caso in cui la persona avverso la quale l'accertamento è diretto deceda prima della conclusione dello stesso, l'attività intera deve essere ripetuta avverso l'erede o gli eredi e deve ricomprendere l'accertamento di tale loro qualità. Solo ove l'accertamento o sia condotto e concluso avverso il de cuius, e la morte dello stesso intervenga successivamente, lo stesso può essere notificato agli eredi direttamente ovvero impersonalmente presso l'ultimo domicilio del de cuius (Cassazione civile, sez. trib., 07/07/2003, n. 10659).

La responsabilità "diretta" dei soci delle società a ristretta base societaria non costituisce un automatismo di legge (posto che diversamente la legge fiscale avrebbe creato un "tipo societario par-

ticolare"). Piuttosto in presenza di una ristretta base risulta una elevata probabilità, ed una corrispondente presunzione, di distribuzione diretta ai soci dei profitti non dichiarati dalla società. Avverso tale dato plausibile è tuttavia possibile fornire la prova contraria ed è possibile darla anche in sede di accertamento in via amministrativa.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 7 novembre 2024, n. 852 - Pres. Cardino - Rel. Bolognesi.

ACCERTAMENTO - reddito di partecipazione - società a base ristretta - utili extracontabili - presunzione - estraneità - gestione societaria - controllo reciproco - onere della prova.

NULLITÀ - doppia motivazione - motivazione per relationem - assenza di p.v.c.

È legittima la presunzione di attribuzione ai soci degli eventuali utili extracontabili accertati in capo ad una società di capitali a ristretta base azionaria, rimanendo salva la facoltà del singolo socio di offrire la prova del fatto che i ricavi occulti non siano stati distribuiti, ma accantonati dalla società, ovvero da essa reinvestiti. La prova contraria ex art. 2697 comma 2 c.c. incombe sui soci accertati, in ordine alla circostanza che i ricavi contestati alla società siano stati accantonati o reinvestiti (in senso conforme a Cass. 2 luglio 2020, n. 13550). Tuttavia, tale principio generale deve essere completato dalla precisazione per cui la presunzione di distribuzione degli utili extra-bilancio può essere vinta dal Contribuente nel caso in cui quest'ultimo fornisca la dimostrazione circa la propria estraneità alla gestione e conduzione societaria.

L'avviso di accertamento è nullo per doppia motivazione per relationem in assenza di allegazione del presupposto P.V.C. non noto al contribuente. È, infatti, pacifica la nullità dell'atto motivato che richiama un altro documento che, a sua volta, rimanda ad altra fattispecie documentale non conosciuto dal contribuente.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 16 dicembre 2024, n. 971 - Pres. Caputo - Rel. Caridi.

ACCERTAMENTO - associazione non riconosciuta - debiti di imposta - legale rappresentante - gestione dell'ente - estraneità - responsabilità - esclusione.

In tema di associazioni non riconosciute, la responsabilità personale e solidale, prevista dall'art. 38 c.c., di colui che agisce in nome e per conto dell'associazione non è collegata alla mera titolarità della rappresentanza dell'associazione stessa, bensì all'attività negoziale concretamente svolta per suo conto che abbia dato luogo alla creazione di rapporti obbligatori fra l'ente ed i terzi. Pertanto, essendo tale principio applicabile anche per in materia tributaria, grava sul chiamato a rispondere dei debiti d'imposta - derivanti ex lege dal verificarsi del relativo presupposto - dimostrare la sua estraneità alla partecipazione e gestione dell'ente nel periodo di relativa investitura.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 3 dicembre 2024, n. 940 - Pres. Piombo e Rel. Chiti.

ACCERTAMENTO - antieconomicità - definizione - comportamento abnorme - contrarietà alle regole commerciali - fattispecie.

L'antieconomicità dell'attività imprenditoriale consegue ad un comportamento del contribuente che sia abnorme ed in contrasto

con le più elementari regole commerciali. Conseguentemente, la presunzione di ricavi inferiori ad una soglia di normalità non è di per se stessa sintomo di gestione antieconomica a meno che non si ravvisi l'esistenza di comportamenti anomali dal lato dei maggiori costi o di minori ricavi dovendo l'ufficio quantificare il reale effetto economico motivandolo adeguatamente (Nella specie, la pretesa afferente l'attività di "tabaccheria" è stata ritenuta infondata anche in considerazione del fatto che il contribuente ha dato prova della congruità del reddito dichiarato in relazione alle circostanze del caso concreto).

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 16 dicembre 2024, n. 1094 - Pres. e Rel. Goso.

ACCERTAMENTO CATASTALE - classamento - variazione catastale - procedura DOCFA - accertamento di ripristino dell'originario classamento - carenza di motivazione - insussistenza - fattispecie.

L'avviso di accertamento di ripristino dell'originario classamento di un immobile scaturito da una procedura DOCFA con la quale era stata richiesta la variazione non deve ritenersi carente di motivazione laddove la differenza tra la categoria proposta e quella attribuita derivi solo da una diversa valutazione tecnica degli elementi di fatto indicati dal contribuente, sicché l'onere motivazionale in capo all'Ufficio deve ritenersi assolto mediante la semplice indicazione dei dati oggettivi acclarati dallo stesso, dal momento che si tratta di dati conosciuti o facilmente conoscibili dal contribuente tramite il raffronto con quelli contenuti nella propria dichiarazione.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, sez. III, 30 dicembre 2024, n. - Pres. Goso - Rel. Penna.

ACCERTAMENTO CATASTALE - catasto - unità immobiliare - frazionamento immobiliare - classificazione - categoria catastale - onere della prova.

Il frazionamento di un immobile non comporta necessariamente la perdita delle caratteristiche di signorilità che ne giustificano la classificazione nella categoria catastale A/1. È onere della ricorrente che sostiene il "degradamento" del pregio dei due immobili ricavati dal frazionamento di un'unità immobiliare specificare la qualità e la quantità delle negatività sopravvenute che incidono sulla funzionalità e signorilità dei due immobili ricavati sì da ritenere la precedente classificazione non più confacente al nuovo status. (Nel caso di specie la Corte ha respinto il ricorso di un contribuente che aveva impugnato gli avvisi di accertamento con cui l'Agenzia delle Entrate aveva confermato la classificazione A/1 per due unità immobiliari derivate dal frazionamento di un immobile di sua proprietà).

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 18 dicembre 2024, n. 1118 - Pres. Di Napoli - Rel. Parentini.

DOGANA - valore in dogana - valore di transazione - ri-determinazione - criteri statistici - banca dati Merce - sistema informatico - valore dichiarato.

Una volta che sorgano legittime perplessità sul valore reale della merce, non potendosi ricavare il valore della transazione aliunde, non può ritenersi illegittimo il ricorso a criteri statistici avallato anche dalla giurisprudenza di legittimità la quale ha ritenuto che la banca dati Merce di cui fa uso la Dogana - lungi dal costituire un parametro astratto e, come tale, inattendibile - costituisce un

sistema informatico che raccoglie informazioni sulle merci importate nell'UE, indicando prodotto per prodotto una scala di valori entro la quale è ammesso che possa oscillare il valore dichiarato delle merci. Tale sistema è alimentato con dati di provenienza nazionale e internazionale, scaturenti dalle dichiarazioni doganali e dagli elenchi riepilogativi degli acquisti e cessioni intracomunitarie. Esso consente quindi di individuare, con la maggiore precisione possibile, per ciascuna voce doganale, la materia prima utilizzata, il nome della ditta importatrice, i marchi più o meno noti della merce importata e quindi il valore e la qualità dei prodotti simili a quello oggetto di controllo.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 18 dicembre 2024, n. 1111 - Pres. Fugacci - Rel. Vinciguerra.

DOGANA - importazione - sanzioni - art. 303, c. 2, lett. a), TULD - esimente - applicazione - denominazione commerciale - specificità - necessaria.

DOGANA - sanzioni - principio di proporzionalità - applicazione - necessità - conseguenze - incompatibilità - sanzione irrogata - disapplicazione - rimodulazione della sanzione in misura pari al diritto evaso - possibilità.

Per poter escludere le sanzioni irrogate in applicazione dell'esimente di cui all'art. 303, c. 2, lett. a), TULD, è necessario che la denominazione commerciale della merce importata non sia generica (come così ritenuta, nella specie, la denominazione "termoforo in microfibra") in quanto deve essere idonea a consentire una qualificazione del prodotto importato, al fine di poter applicare i diritti doganali, senza dover ricorrere ad una articolata istruttoria.

In materia di sanzioni correlate a violazioni doganali, la rigidità della sanzione minima prevista dall'art. 303 del D.p.r. n. 43/1973 è incompatibile con il principio unionale di "proporzionalità", in quanto non consente al Giudice una sua graduazione avuto riguardo alle circostanze del caso concreto. Conseguentemente, ove tale sanzione appaia manifestamente sproporzionata rispetto all'ammontare del diritto evaso (nella specie, oltre il doppio), il Giudice, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, può disapplicarla rideterminandola in misura pari all'importo del diritto evaso.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 23 dicembre 2024, n. 1138 - Pres. Goso - Rel. Penna.

IMPOSTA DI SUCCESSIONE - curatore - eredità giacente - possesso - detenzione - trascrizione - voltura catastale.

Il curatore ereditario, al quale non sono stati trasferiti beni e diritti ereditari è obbligato solo a presentare la dichiarazione di successione ma non al pagamento del tributo ancorché "nei limiti del valore dei beni ereditari dei quali è in possesso". Questo perché il curatore dell'eredità giacente non è immesso nel possesso dei beni e dei diritti trasferiti per successione mortis causa (animus possidendi ex art. 1140 cc); non assume la qualità di erede o legatario, non è sostituto del chiamato all'eredità e non è un rappresentante legale dei chiamati all'eredità. Il curatore è solo il titolare di un ufficio di diritto privato (conferitogli dalla legge a tutela di un interesse pubblico) consistente nell'amministrare una massa patrimoniale oggettivamente intesa e priva di soggettività giuridica. Il curatore dell'eredità giacente è un mero detentore, sotto la vigilanza del giudice, del patrimonio del de cuius; patrimonio che è tenuto a tutelare e gestire, in attesa dell'accettazione da parte dei chiamati. Il curatore non può dunque essere considerato contemporaneamente "fiscalmente" possessore e "civilisticamente" deten-

tore dei beni ereditari posti sotto la sua amministrazione e custodia. La nozione di possesso in ambito tributario non può variare in ragione delle necessità (con riferimento alla posizione del chiamato che "possiede" i beni ereditari ex art. 485 c.c.) sino ad essere identificata in ambito successorio come situazione di fatto che consenta l'esercizio di concreti poteri sui beni ereditari, che non si manifesta necessariamente in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà sui beni ereditari. Il curatore dell'eredità non integra dunque, i presupposti soggettivo e oggettivo richiesti dalla legge per essere riconosciuto quale debitore dell'imposta di successione obbligato al suo versamento.

Per le stesse ragioni il curatore, in assenza di devoluzione dei beni e diritti ereditari (art. 5 D.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347), non sia tenuto ad alcuna trascrizione, e di conseguenza al versamento dell'imposta ipotecaria e catastale di bollo e tributi speciali.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 30 dicembre 2024, n. 296 - Pres. e Rel. Pellegrini.

IMU - beni demaniali - demanio marittimo - locazione - presupposto d'imposta - insussistenza.

Non è dovuta l'IMU dalla società che svolge attività di stabilimento balneare in parte su una porzione di arenile appartenente al demanio marittimo sulla quale non insistono manufatti non amovibili o difficilmente amovibili concessi a titolo di concessione demaniale e in parte in contigui beni immobili di proprietà comunale concessi in locazione alla medesima società dal comune.

Corte di Giustizia Tributaria di I Grado di Genova, 25 ottobre 2024, n. 941 - Giud. Mon. Di Napoli.

IMU - presupposto impositivo - decreto di trasferimento - nozione di possesso - titolarità giuridica - disponibilità.

Ai fini della imponibilità IMU bisogna far riferimento alla data del decreto di trasferimento del bene, a nulla rilevando, poi, che la disponibilità del bene e la consegna materiale delle chiavi sia avvenuta successivamente poiché il possesso rilevante, ai fini della definizione del presupposto di imposta, si fonda sulla titolarità giuridica e non sulla mera disponibilità del bene.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 18 dicembre 2024, n. 1119 - Pres. Di Napoli - Rel. Morbelli.

IRES - operazioni infragruppo - riqualificazione dell'operazione - abuso del diritto - illegittimità.

In tema di operazioni infragruppo, l'art. 110 co. 7 del Tuir non costituisce norma di natura antielusiva e pertanto non consente all'Ufficio di procedere a una riqualificazione giuridica delle operazioni de quibus ma soltanto a una rettifica dei valori e delle condizioni delle pattuizioni, residuando la possibilità di procedere alla riqualificazione dell'operazione soltanto attraverso la contestazione della sua elusività.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 27 dicembre 2024, n. 293 - Pres. Pellegrini - Rel. Landolfi.

IRPEF - residenza ai fini fiscali - centro degli interessi principali - doppia imposizione - effettività della residenza all'estero.

Se si contesta la residenza fittizia all'estero del contribuente

iscritto all'AIRE, occorre che l'Ufficio fornisca elementi probatori di natura dimostrativa-documentale atti a fornire la prova positiva della sussistenza di significativi elementi di collegamento con l'Italia. (Nella specie, l'Ufficio aveva emesso un avviso di accertamento sulla base di una segnalazione da parte delle autorità di uno stato estero circa la non residenza effettiva del contribuente nel territorio dello Stato estero, poi nei fatti smentita dalle stesse autorità di tale paese).

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 23 settembre 2024, n. 160 - Pres. e Rel Bocchiardo.

IRPEF - rimborso irpef - istanza di rimborso irpef - termine di decadenza - art. 38 d.p.r. 602/1973 - imposte in eccesso - diritto al rimborso - indebito - sentenza di accertamento dell'indebito.

Il termine decadenziale di quarantotto mesi previsto dall'art. 38 d.p.r. 602/1973 per la richiesta di rimborso delle imposte versate in eccesso decorre dalla data in cui il diritto al rimborso può essere fatto valere ovvero dalla data in cui diventa definitiva la sentenza di accertamento dell'indebito versamento. (Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che il termine di quarantotto mesi dovesse decorrere dalla data in cui la Corte di Cassazione aveva depositato le sentenze di accertamento definitivo dell'indebito versamento delle imposte da parte del contribuente).

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 5 dicembre 2024, n. 1069 - Giud. Mon. Baldini.

IRPEF - credito d'imposta - doppia imposizione - immobile estero - redditi esteri - art. 6 OCSE - dichiarazione integrativa - art. 165 d.p.r. 917 del 1986 - art. 169 d.p.r. 917 del 1986 normativa internazionale - convenzione Italia e Grecia - arricchimento erariale - uguaglianza - capacità contributiva - detrazione.

Qualora un soggetto residente in Italia percepisca redditi dall'affitto di immobili di sua proprietà ubicati in Grecia, occorre riferirsi all'art. 6 del modello O.C.S.E. secondo il quale i redditi derivanti da beni immobili devono essere tassati nello Stato in cui sono ubicati, ferma l'assoggettabilità a tassazione anche nello stato di residenza del percettore per cui tali redditi devono essere dichiarati. Se il contribuente prima non ha dichiarato i redditi derivanti dagli immobili ubicati in Grecia, ma ha successivamente provveduto a presentare dichiarazione integrativa, senza, però, provvedere al pagamento delle maggiori imposte - così come derivanti dalla dichiarazione integrativa stessa - si deve ritenere che il mancato pagamento non inficia la validità della dichiarazione ma che, anche nel caso in cui tale dichiarazione non fosse valida, il credito di imposta deve essere comunque riconosciuto in quanto previsto dalla Convenzione tra Italia e Grecia. Nel rapporto tra l'art. 165 d.p.r. 917 del 1986 e la Convenzione tra Italia e Grecia, la quale non subordina la fruizione del credito per le imposte assolte all'estero ad alcun adempimento di natura formale, la Convenzione deve prevalere, anche al fine di evitare un ingiustificato arricchimento dell'Erario a spese del contribuente. Tale riconoscimento è rinvenibile anche nell'art. 169 del d.p.r. 917 del 1986, il quale afferma che in caso di contrasto tra la normativa interna e quella internazionale si deve applicare la normativa più favorevole al contribuente. Il mancato riconoscimento del credito di imposta, in presenza dei requisiti sostanziali, violerebbe i principi di uguaglianza e capacità contributiva.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 23

settembre 2024, n. 158 - Pres. e Rel. Stolfi.

IVA - credito - compensazione - visto di conformità - mancata apposizione - atto di recupero - illegittimità.

In materia di IVA, deve ritenersi che il credito vantato dal contribuente nasca dalla disciplina sulla dichiarazione fiscale e non da quella sull'apposizione del visto di conformità, la cui mancata apposizione determina una violazione meramente formale che non consente all'Amministrazione di negare la compensazione del credito.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 23 settembre 2024, n. 159 - Pres. e Rel. Bocchiardo.

IVA - istanza di rimborso - diniego tacito - onere della prova - principio di collaborazione tra contribuente e Amministrazione finanziaria.

Nel contenzioso relativo all'impugnazione del diniego tacito di rimborso IVA non può essere richiesta al contribuente la prova dei pagamenti che darebbero diritto all'IVA versata in eccesso dal momento che, in virtù dei principi di collaborazione tra contribuente e amministrazione finanziaria e buona fede, in alcun caso l'Ufficio può richiedere al contribuente informazioni e/o prove documentali di cui sia già in possesso.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 23 dicembre 2024, n. 1129 - Pres. Fugacci - Rel. Vinciguerra.

IVA - accertamento - operazioni oggettivamente inesistenti - società cartiera - onere della prova.

In tema di fatture emesse a fronte di operazioni oggettivamente inesistenti, può ritenersi consolidato l'orientamento giurisprudenziale per cui l'onere della prova gravante sugli Uffici finanziari in ordine all'inesistenza delle operazioni fatturate può ritenersi assolto qualora questi forniscano attendibili indizi, connotati dagli elementi della gravità, precisione e concordanza, idonei giuridicamente a integrare una presunzione semplice ex art. 2729 c.c., residuando sul contribuente l'onere di dimostrare l'effettiva esistenza delle operazioni contestate.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 23 dicembre 2024, n. 1137 - Pres. Goso - Rel. Penna.

IVA - istanza di rimborso - diniego tacito - fallimento - base imponibile del tributo.

Per le prestazioni rese nei confronti di soggetti sottoposti a fallimento, i professionisti devono emettere fattura riducendo la base imponibile dell'Iva proporzionalmente, di modo che la totalità dell'importo corrisposto con il pagamento contenga in sé tanto l'imponibile quanto la relativa imposta, nella consapevolezza che la procedura non ha risorse per poter pagare importi ulteriori rispetto a quelli indicati nel piano di riparto. Ne consegue che è legittimo il diniego dell'Ufficio rispetto all'istanza di rimborso (presentata dal contribuente per far valere il credito relativo all'Iva erroneamente portata in detrazione dal curatore) in mancanza della prova che l'imposta sia stata effettivamente versata dai vari professionisti.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 23 dicembre 2024, n. 1132 - Pres. Fugacci - Rel. Vinciguerra.

IVA - rappresentante fiscale - soggetti non residenti - responsabilità solidale - art. 17 d.p.r. 633/1972 - onere della prova - operazioni inesistenti - società cartiera - contraddittorio tributario - accertamento induttivo.

Il rappresentante fiscale non può essere ritenuto automaticamente responsabile in solido per violazioni IVA contestate alla società rappresentata, se non viene dimostrata la sua ingerenza attiva nelle operazioni contestate. La responsabilità solidale, prevista dall'art. 17, comma 3, d.p.r. 633/72, sorge solo qualora il rappresentante fiscale abbia effettivamente posto in essere operazioni irregolari o abbia partecipato consapevolmente alla frode. L'onere della prova grava sull'Amministrazione finanziaria, che deve dimostrare la fittizietà delle operazioni con elementi gravi, precisi e concordanti, non potendosi limitare a contestazioni generiche o alla mera esistenza di rapporti con società cartiere.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di La Spezia, 8 febbraio 2024, n. 17 - Pres. Caporuscio - Rel. Sgambati.

IVA - frode IVA - operazioni inesistenti - operazioni oggettivamente inesistenti - onere della prova - presunzioni semplici - fattura - esibizione fattura - regolarità formale scritture contabili - regolarità formale dei mezzi di pagamento - irrilevanza - interposizione fittizia - possibilità.

In materia di IVA, una volta che l'Amministrazione finanziaria dimostri, anche mediante presunzioni semplici, l'oggettiva inesistenza delle operazioni, spetta al contribuente, ai fini della detrazione dell'IVA e/o della deduzione dei relativi costi, provare l'effettiva esistenza delle operazioni contestate, non potendo tale onere ritenersi assolto con la mera esibizione della fattura ovvero in ragione della regolarità formale delle scritture contabili o dei mezzi di pagamento adoperati, in quanto essi vengono di regola utilizzati proprio allo scopo di far apparire reale un'operazione fittizia.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 30 dicembre 2024, n. 295 - Giud. Mon. Pellegrini.

PROCESSO - impugnazione intimazioni di pagamento - ingiunzione ex r.d. 14/4/1910 n. 163 - riparto di giurisdizione - giudice ordinario - giudice tributario - titolo esecutivo - inesistenza del titolo esecutivo - cartella di pagamento - inesistenza cartella di pagamento - intimazione di pagamento - vizi - vizi atti presupposti.

In materia di impugnazione delle intimazioni di pagamento emesse per la riscossione di crediti patrimoniali dello Stato ex R.D. 14/4/1910 n. 639, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, il quale è competente a valutare l'inesistenza del titolo esecutivo, e quindi a cascata della cartella di pagamento e, pertanto, della stessa intimazione di pagamento: si tratta di una valutazione incidenter tantum che il giudice competente a decidere sul ricorso contro l'intimazione di pagamento può esprimere nella misura in cui solo attraverso l'impugnazione dell'intimazione di pagamento parte ricorrente può far valere le proprie ragioni contro gli atti prodromici. Prima va determinato chi è il giudice competente a decidere sul ricorso contro l'intimazione di pagamento: poi, a tale giudice, potranno essere sottoposte le questioni in ordine all'inesistenza di tale atto di intimazione (rectius: alla sua invalidità) determinate da vizi afferenti gli atti presupposti (tra cui l'inesistenza del titolo come sostenuta da parte resistente) che il giudice competente a giudicare sull'atto a valle potrà valutare incidenter

tantum (e con il limite dell'impossibilità per parte ricorrente di far valere tali vizi antecedentemente alla comunicazione dell'intimazione di pagamento).

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 3 dicembre 2024, n. 1065 - Pres. e Rel. Goso.

PROCESSO - istanza di sospensione dell'atto impugnato - definizione del giudizio in forma semplificata - mancata comparizione della parte - ammissibilità.

La conversione del rito ex art. 47-ter del D. Lgs. 546/1992 ha una caratterizzazione ufficiosa, sicché la mancata comparizione della parte ricorrente all'udienza cautelare non può risultare preclusiva alla definizione immediata del giudizio. Infatti, ove si ritenesse che la scelta di non comparire all'udienza fissata per la discussione dell'istanza di sospensione cautelare del provvedimento risulti ostativa alla rapida definizione del contenzioso, risulterebbero favorite strategie dilatorie confliggenti con la ratio acceleratoria insita nel prefato art. 47-ter e con il principio costituzionale, ad esso sotteso, della ragionevole durata del processo.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 19 dicembre 2024, n. 1120 - Giud. Mon. Morbelli.

PROCESSO - spese di lite - condanna alle spese - natura accessoria.

Le spese di lite liquidate dal giudice tributario non costituiscono accessori del tributo oggetto della controversia decisa dal giudice tributario. La statuizione sulle spese, infatti, non ha natura tributaria e neppure partecipa della natura del tributo. Inoltre, la condanna alle spese costituisce evenienza eventuale e non dipende dalla esistenza del tributo, potendosi verificare anche nel caso in cui il giudice disconosca la natura tributaria della controversia portata alla sua attenzione (la pronuncia sulle spese può seguire anche ad una pronuncia di difetto di giurisdizione).

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 16 dicembre 2024, n. 1108 - Pres. di Napoli - Rel. Gibelli.

PROCESSO - atti impugnabili - Agente della riscossione - proposta di compensazione - inammissibilità del ricorso.

Non rientra nel novero degli atti impugnabili di cui all'art. 19 D. Lgs. 546/1992 con conseguente inammissibilità del relativo ricorso la proposta di compensazione formulata dall'Agente della Riscossione a seguito di istanza di rimborso presentata dal contribuente in quanto detto elenco, anche se non tassativo, riguarda atti che si manifestino quale prima espressione della pretesa tributaria contestata. La proposta di compensazione, infatti, non è comunque atto imperativamente imposto, potendo essere rifiutato ad nutum dal contribuente. (Nel caso di specie, parte ricorrente aveva ricevuto la proposta di compensazione a seguito di un'esigua istanza di rimborso presentata per riaprire la questione relativa all'effettiva sussistenza di un debito tributario sul quale era caduto il giudicato).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 11 dicembre 2024, n. 947 - Pres. e Rel. Venturini.

PROCESSO - patteggiamento - d.lgs. n. 87 del 2024 - efficacia diretta - efficacia vincolante - sentenza pe-

nale - sentenza di patteggiamento - dibattimento - decreto di archiviazione - processo penale - elemento di prova - efficacia probatoria - disconoscimento efficacia probatoria - prova indiziaria - giudizio di legittimità dell'accertamento.

ACCERTAMENTO - frode - operazione fraudolenta - partecipazione alla frode - consapevole partecipazione alla frode - estraneità alla frode - onere della prova - misure ragionevoli - incolpevole ignoranza - mera regolarità della documentazione contabile - pagamento del corrispettivo - circostanze non concludenti - diligenza - diligenza massima esigibile - operatore accorto - criterio di ragionevolezza - criterio di proporzionalità - mancanza di benefici.

La novella di cui al d.lgs. n. 87 del 2024, in tema di efficacia diretta e vincolante nel giudizio tributario di merito, non è applicabile alla sentenza di patteggiamento: la sentenza penale deve essere stata pronunciata "in seguito a dibattimento", e ciò esclude dal perimetro dell'art. 21 bis i decreti di archiviazione e le sentenze c.d. di "patteggiamento". Conseguentemente si può, tuttora, affermare che il processo penale è considerato, per scelta legislativa, un veicolo privilegiato di notizie di rilevanza fiscale. Si aggiunga che la prevalente giurisprudenza della Cassazione civile, in materia tributaria, ritiene che la sentenza penale di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. (c.d. patteggiamento) costituisce indiscutibile elemento di prova per il giudice di merito il quale, ove intenda disconoscere tale efficacia probatoria, ha il dovere di spiegare le ragioni per cui l'imputato avrebbe ammesso una sua insussistente responsabilità, ed il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione. Detto riconoscimento, pertanto, pur non essendo oggetto di statuizione assistita dall'efficacia del giudicato, ben può essere utilizzato come prova - quantomeno indiziaria - dal giudice tributario nel giudizio di legittimità dell'accertamento.

Quanto all'onere in capo al resistente di "percepire" l'esistenza di una frode a monte (anche a voler ammettere che non ne fosse parte consapevole), deve essere condiviso il recentissimo orientamento della giurisprudenza di legittimità in base al quale il contribuente, ancorché non coscientemente partecipa di una frode, è tenuto ad adottare comunque tutte le misure ragionevoli in suo potere, al fine di assicurare la propria estraneità ad operazioni fraudolente. Ciò richiede l'assenza non solo di una sua consapevole partecipazione, ma anche dell'incolpevole ignoranza dell'operazione inesistente. Non sarà, dunque, sufficiente che il contribuente rappresenti la mera regolarità della documentazione contabile e la dimostrazione che la merce sia stata consegnata o il corrispettivo effettivamente pagato, trattandosi di circostanze non concludenti, anzi frequentemente utilizzate proprio a mascheramento dell'attività illecita posta in essere. Inoltre ove l'Amministrazione assolva a detto onere istruttorio, grava sul contribuente la prova contraria di avere adoperato, per non essere coinvolto in un'operazione volta ad evadere l'imposta, la diligenza massima esigibile da un operatore accorto, secondo criteri di ragionevolezza e di proporzionalità in rapporto alle circostanze del caso concreto, non assumendo rilievo, a tal fine, né la regolarità della contabilità e dei pagamenti, né la mancanza di benefici dalla rivendita delle merci o dei servizi.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 2 febbraio 2024, n. 79 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

PROCESSO - giudizio penale - archiviazione penale - efficacia nel processo tributario.

La richiesta di autorizzazione da parte del pubblico ministero, al pari di un provvedimento di assoluzione da parte del giudice penale, non produce effetti vincolanti ai fini del processo tributario, in cui il giudice, essendo tenuto a verificare se le prove acquisite nella sede penale siano idonee a fondare il proprio convincimento circa la sussistenza dei fatti costitutivi dell'obbligazione tributaria, deve altresì prendere in considerazione gli altri elementi di prova acquisiti nel giudizio tributario, i quali possono consistere anche in presunzioni portate dall'Ufficio e non utili nel procedimento penale per addivenire a una sentenza di condanna.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 16 dicembre 2024, n. 1102 - Giud. Mon. Di Napoli.

REGISTRO - imposta di registro - prima casa - agevolazione fiscale - immobile - pertinenze immobiliari - compendio immobiliare - art. 1, nota II bis), comma 4 bis, del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 -- incentivo all'acquisto.

In materia di agevolazioni per la "prima casa", la nozione di immobile deve ritenersi comprensiva non solo dell'abitazione principale ma anche delle pertinenze, dovendosi - in assenza di precise ed inequivoche limitazioni del beneficio e in piena adesione alla ratio della norma - intendere come "compendio immobiliare" sia l'abitazione principale sia le pertinenze. (Nel caso di specie, la Corte ha riconosciuto che il legislatore con l'introduzione della norma, in un contesto di crisi immobiliare, ha inteso incentivare l'acquisto di nuovi immobili, senza imporre restrizioni che escludano le pertinenze, purché sussistano i requisiti sostanziali previsti dalla disciplina).

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 29 maggio 2024, n. 423 - Pres. Piombo - Rel. Assandri.

RISCOSSIONE - definizione agevolata - dichiarazione di adesione - estinzione del processo.

Il "semplice" deposito della dichiarazione di adesione alla definizione dei carichi affidati all'Agente della Riscossione, unitamente alla successiva comunicazione di quest'ultimo, è di per sé sufficiente a determinare l'estinzione del contenzioso pendente ex art. 44 D. Lgs. 546/1992, non essendo pertanto necessario il pagamento integrale del debito rateizzato.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 23 settembre 2024, n. 162 - Pres. e Rel. Bocchiardo.

RISCOSSIONE - iscrizione a ruolo - cartella esattoriale - mancata indicazione del funzionario responsabile - nullità.

Sono affette da nullità l'iscrizione a ruolo e la relativa cartella di pagamento quando queste non indichino il nome del funzionario persona fisica responsabile del procedimento, non potendo assumere rilievo che l'Ufficio faccia ricorso a modelli ministeriali pre-stampati che riportano già l'indicazione, quale responsabile del procedimento, del Dirigente dell'Ufficio.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 26 settembre 2024, n. 166 - Pres. Bocchiardo e Rel. Prevosto.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - rateizzazione del debito tributario - versamento rateale - mancato pagamento di una rata - decadenza dal beneficio - decadenza dal beneficio della rateizzazione - iscrizione a ruolo importi residui.

In caso di versamento rateale, si applicano le disposizioni di cui all'art. 15-ter del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602, per effetto del quale il mancato pagamento di una delle rate diverse dalla prima determina la decadenza dal beneficio della rateazione e la conseguente iscrizione a ruolo dei residui importi dovuti nonché della sanzione di cui all'art. 13 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, aumentata della metà e applicata sul residuo importo dovuto a titolo di imposta.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 23 dicembre 2024, n. 1126 - Pres. Baldini - Rel. Galletto.

RISCOSSIONE - fondo patrimoniale - debito tributario - ipoteca - ipoteca su beni appartenenti al fondo patrimoniale - bisogni familiari - vincolo di destinazione - art. 1170 c.c. - onere della prova - esecuzione forzata.

L'iscrizione ipotecaria sui beni costituiti in fondo patrimoniale è illegittima se il contribuente dimostra che il debito tributario è stato contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia e che il creditore ne era a conoscenza. Ai sensi dell'art. 1170 c.c., l'Amministrazione finanziaria non può procedere all'esecuzione forzata su tali beni se il debito non è riconducibile a necessità familiari. Il contribuente ha l'onere di provare che i redditi del nucleo familiare erano sufficienti al sostentamento e che il debito non è stato contratto per tali esigenze. In assenza di tale prova, la tutela del fondo patrimoniale non opera, consentendo l'azione esecutiva sui beni vincolati.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 16 dicembre 2024, n. 1095 - Pres. e Rel. Goso.

TARI - accertamento - esonero dal pagamento del tributo - onere della prova.

L'esonero dal pagamento della TARI presuppone che il contribuente presenti apposita denuncia nelle forme e nei termini previsti dal relativo regolamento comunale, non sussistendo, in alcun modo, un onere ex art. 7, comma 5-bis, del D. Lgs. 546/1992 in capo all'Ente impositore di provare l'insussistenza delle condizioni per la debenza del tributo.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 27 dicembre 2024, n. 289 - Giud. Mon. Pellegrini.

TARI - rifiuti urbani - presupposto impositivo - occupazione - condizione - uso privato - onere della prova - condizioni - sussistenza delle condizioni - eccezione.

In materia di TARI, costituiscono presupposto impositivo l'occupazione o la conduzione di locali ed aree scoperte, adibiti a qualsiasi uso privato, non costituenti accessorio o pertinenza degli stessi, di talché, pur valendo il principio secondo cui è l'Amministrazione a dover fornire la prova della fonte dell'obbligazione tributaria, è onere del contribuente dimostrare la sussistenza delle condizioni per beneficiare della riduzione della superficie tassabile ovvero dell'esenzione, trattandosi di eccezione rispetto alla regola generale del pagamento dell'imposta sui rifiuti urbani nelle zone del territorio comunale.

Sezione di diritto penale

Documenti

Il potere del giudice penale di disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo. Profili di compatibilità con i principi costituzionali di tassatività e irretroattività.

Gianmaria Botta

Magistrato

Sommario: 1. *Inquadrare il problema: la disapplicazione provvedimento - 2. Provvedimento amministrativo e processo penale - 3. A cavallo tra provvedimenti restrittivi e ampliativi - 4. Le prime svolte sul tema in materia di reati edilizi - 5. Il dibattito tra concezione monistica o dualistica della disapplicazione - 6. Le Sezioni Unite sul reato di cui all'art. 44 del DPR 380/2001 - 7. Qualche considerazione su una questione ancora aperta.*

1. Inquadrare il problema: la disapplicazione provvedimento.

Il sistema italiano di giustizia amministrativa si caratterizza da tempo per la sua natura dualistica, con ciò intendendosi che le controversie sussistenti tra pubblica amministrazione e privati sono soggette ad una cognizione di carattere generale tanto del giudice amministrativo quanto del giudice ordinario.

La legge abolitiva del contenzioso amministrativo aveva infatti introdotto la giurisdizione unica del giudice ordinario in tutte le controversie tra privati e pubblica amministrazione in cui si facesse questione di diritti soggettivi, mentre rimanevano applicabili i rimedi di natura amministrativa, e non giurisdizionale, a tutela delle posizioni soggettive di consistenza di interesse legittimo.

Questa modifica era stata resa necessaria dall'esigenza di affidare le controversie più delicate, concernenti diritti civili o politici incisi dal potere amministrativo, ad un organo che fosse dotato dei caratteri di terzietà e indipendenza.

Tuttavia, in ossequio al principio di separazione dei poteri, l'art. 5 della legge citata consentiva al giudice ordinario solamente di disapplicare gli atti amministrativi dedotti nella controversia, accertatane la illegittimità nei limiti di quanto necessario per decidere sulla lesione del diritto soggettivo fatto valere.

Attraverso il potere di disapplicazione il giudice ordinario, pur non potendo giungere alla invalidazione dell'atto amministrativo, ove ne riscontri l'illegittimità, è abilitato a disapplicarlo, cioè a decidere la questione sottoposta alla sua cognizione come se l'atto stesso fosse *tamquam non esset* (1).

Il potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo è stato riconosciuto in capo al giudice ordinario al fine di bilanciare due principi costituzionali che sono tra loro fondamentalmente contrapposti: da un lato, il principio, ora anche eurounitario, di effettività della tutela giurisdizionale e, dall'altro, il principio tradizionale della separazione dei poteri, da intendere come divieto di ingerenza dell'autorità giurisdizionale nel settore tipico della competenza della pubblica amministrazione, e certezza dell'azione amministrativa (2). E infatti la soluzione della disapplicazione che rende il provvedimento illegittimo come inesistente assicura l'effettività

della tutela giurisdizionale per il privato coinvolto nella vicenda senza che sia però messa in crisi la certezza dell'azione amministrativa dato che l'atto non viene annullato o revocato con conseguenze *erga omnes*, ma esclusivamente privato di effetti in relazione al caso concreto (3).

Il fondamento si rinviene invero all'art. 4, co. 1, della legge abolitiva del contenzioso che stabilisce che «quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa» al giudice ordinario è permesso esclusivamente «conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio», ma gli è vietato annullare, revocare o modificare l'atto amministrativo.

La formulazione dell'art. 4 ha posto alcuni interrogativi circa la natura giuridica dell'istituto: secondo una parte della dottrina, il potere di disapplicazione del giudice ordinario si sostanzia in una facoltà di ordine processuale che legittima il giudice ordinario a decidere sulla controversia portata alla sua cognizione senza tener conto dell'atto amministrativo illegittimo (4).

Altra dottrina lo ritiene, al contrario, un istituto di diritto sostanziale che si caratterizza come un tipo di invalidità degli atti amministrativi, riguardante non l'atto in sé, ma i suoi effetti che sarebbero giuridicamente irrilevanti.

Resta il fatto che una volta riconosciuta l'illegittimità del provvedimento, il giudice è tenuto a disapplicarlo *tamquam non esset*, disconoscendone quindi l'efficacia dispositiva nella disciplina del rapporto controverso; bisogna precisare però che al di là del processo in oggetto, il cui esito verrà deciso come se il provvedimento non fosse stato emanato, l'atto manterrà intatta la sua efficacia.

Secondo le più recenti teorie, connesse in particolare all'annoso tema della disapplicazione del regolamento illegittimo, l'istituto della disapplicazione si configura come un meccanismo di risoluzione di conflitti fra norme fondato in particolare sul principio della gerarchia delle fonti.

Tale principio postula che la fonte di grado superiore prevale sulla fonte di grado inferiore secondo lo schema *lex superior derogat inferiori*; in altre parole, la norma che deriva dalla fonte giuridicamente superiore determina l'invalidità di quella inferiore contrastante, dal momento che il principio di gerarchia agisce in presenza di un contrasto tra fonti di grado differenziato risolvendolo con la prevalenza della fonte considerata più elevata in grado.

È la soluzione cui è giunto proprio con riferimento ai regolamenti il Consiglio di Stato con l'ormai risalente e consolidata sentenza n. 154/1992, da cui si evince che «nel conflitto tra due norme di rango diverso non può darsi preminenza che a quella legislativa, di livello superiore rispetto alla disposizione regolamentare».

Pertanto, se si segue l'indirizzo per cui il provvedimento amministrativo, come il regolamento amministrativo, è atto produttivo di diritto, ossia fonte di norme individuali, entrambi possono ricadere nell'ambito della disapplicazione, intesa come criterio risolutivo di conflitti tra norme, che il giudice deve necessariamente applicare qualora il conflitto si insinui nella controversia che sta per decidere.

Queste considerazioni sono la diretta conseguenza del fatto che ogni atto dell'amministrazione può essere soggetto al

controllo giurisdizionale di legalità a norma dell'art. 113, Cost., e il giudice non solo ha il potere, ma anche il dovere di disapplicare tutti i tipi di atti amministrativi che siano in contrasto con la legge ordinaria.

Si deve osservare che il potere di disapplicazione è riconosciuto solo in capo al giudice ordinario, mentre è inibito al giudice amministrativo.

Il giudice amministrativo è infatti destinatario del potere di annullamento dei provvedimenti affetti da vizi di legittimità che risulta condizionato dai limiti e dalla disciplina in tema di impugnazione, decadenza ed effetti propria del codice del processo amministrativo.

Il potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice amministrativo risulta oggi espressamente riconosciuto dal codice del processo amministrativo solo nell'ipotesi di cui all'art. 34, ossia in relazione alla domanda risarcitoria presentata in via autonoma dal privato leso dall'atto illegittimo.

2. Provvedimento amministrativo e processo penale

Quando si fa riferimento al concetto di giudice ordinario tipicamente ci si riferisce al giudice civile chiamato alla tutela dei diritti soggettivi incisi dall'esercizio illegittimo del potere amministrativo.

Tuttavia, non si può non evidenziare che anche il giudice penale rientra nell'ambito della categoria del giudice ordinario e anch'esso può essere chiamato a pronunciarsi su vicende che, anche collateralmente, presuppongono una qualche valutazione in ordine alla legittimità di un determinato provvedimento amministrativo e alla rilevanza dello stesso nella conclusione di un dato procedimento.

Il provvedimento amministrativo può integrare la norma penale in diversi modi. Quando funge da ulteriore protezione per interessi già affidati alla pubblica amministrazione, di solito la norma incriminatrice viene formulata in bianco o con il rinvio a determinati elementi normativi esterni alla fattispecie.

Questo significa che la norma di per sé risulta incompleta e, per determinare quali comportamenti siano punibili, è necessario riferirsi a una fonte esterna, come il provvedimento amministrativo.

La distinzione tra i due tipi di integrazione è qualitativa: la norma penale in bianco è astrattamente incompleta; per identificare le condotte illecite è indispensabile il provvedimento amministrativo.

Al contrario, quando si tratta di elementi normativi, la fattispecie astratta è completa, ma il riferimento a un elemento esterno è necessario per applicare concretamente la norma incriminatrice.

Inoltre, il provvedimento amministrativo può rappresentare il presupposto, l'oggetto o il fine della condotta incriminata. Esempi noti di tale modello di integrazione sono l'articolo 650 c.p., che sanziona la violazione di un ordine legalmente dato dall'autorità pubblica, o l'articolo 44 del Testo Unico dell'Edilizia D.P.R. 380/2001, dove il reato si basa sull'assenza del titolo abilitativo rilasciato dalla pubblica amministrazione, in particolare del permesso di costruire, nonché i reati di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p. e di corruzione di cui agli articoli 318 e 319 c.p., dove risulta decisivo ai fini dell'incriminazione a norma dell'una ovvero dell'altra fattispecie conoscere i doveri d'ufficio del pubblico ufficiale.

In questi contesti, sorgono alcune domande: il giudice penale deve sempre valutare, prima di ogni altro aspetto, la legittimità dell'atto amministrativo richiamato dalla norma penale, anche

se la legge non richiede esplicitamente la legittimità del provvedimento secondo la teoria della tipicità sostanziale?

L'eventuale illegittimità del provvedimento può condurre alla sua disapplicazione?

E infine, la sopravvenuta assenza del provvedimento a seguito della disapplicazione è equivalente alla sua mancanza originaria? (5)

Il potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo illegittimo da parte del giudice penale si fonda, come per il giudice civile, sugli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo.

In realtà la questione non è stata accolta fin dall'inizio così pacificamente, dal momento che non sono mancate voci tese a sostenere che gli arresti della legge abolitiva del contenzioso fossero da limitare al solo giudice civile, proprio perché diretti a riconoscere una tutela piena ai diritti soggettivi, senza che fosse possibile immaginarne uno spazio di estensione anche all'operato della giustizia penale.

Proprio sulla base di questo tipo di ragionamento, i primi fautori della tesi del riconoscimento del potere di disapplicazione anche in capo al giudice penale fondarono le proprie convinzioni non tanto nella lettera della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, quanto piuttosto nella natura dell'accertamento tipico del giudizio penale.

Pur ammettendo che la legge abolitiva del contenzioso avesse come obiettivo naturale chiarire esclusivamente i rapporti tra provvedimento e giudice civile, si deve comunque rammentare che il giudice penale è e resta il giudice del fatto.

Ciò significa che egli è chiamato a non arrestare la propria indagine di fronte all'esistenza di un provvedimento amministrativo, ma ha il preciso dovere di conoscere la vicenda in tutta la sua interezza e complessità.

Accolto questo assunto, la forza dell'accertamento penale deve allora espandersi in modo decisivo anche oltre al principio di presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo e sostanzarsi in una valutazione concreta della sua rispondenza ai canoni della legalità.

Non si può non cogliere in questa ricostruzione un'attenzione particolare ai beni e agli interessi coinvolti nell'ambito del procedimento penale che può concludersi con una delle più gravi lesioni dei diritti della persona, vale a dire la limitazione della libertà personale tutelata dall'art. 13 Cost.

Proprio lo spettro di simili conseguenze giustifica il riconoscimento anche in capo al giudice penale del potere di avere cognizione sugli atti amministrativi, quantomeno nella forma della valutazione di legittimità degli stessi.

Con questo primo passo iniziò a crearsi l'orientamento più risalente che negava *in nuce* ogni margine di sindacabilità dell'atto amministrativo in sede penale.

A questa tesi se ne affiancò però presto un'altra, per certi versi più restrittiva, ma con il pregio di garantire un maggior rispetto del principio di legalità e di separazione tra il potere amministrativo e quello giudiziario.

Nell'impostazione di questa seconda teoria il potere di disapplicazione del giudice penale non sarebbe caratterizzato dalla generalità, ma sarebbe limitato ad alcune ipotesi tassativamente riconosciute dalla legge.

I fautori di questa tesi hanno in particolare evidenziato come esistano all'interno della disciplina del Codice penale una serie di locuzioni a cui sarebbe possibile agganciare il potere di disapplicazione da parte del giudice penale.

Il riferimento è ad esempio all'art. 650 c.p. che riporta l'espressione «ordine o provvedimento legalmente dato»; proprio il riferimento alla legalità dell'ordine o del provvedimento ha

fatto ritenere in questo caso possibile una valutazione di legittimità del provvedimento operata dal giudice penale, con conseguente disapplicazione dell'atto che viene in rilievo qualora siano riscontrati determinati vizi.

Un'altra ipotesi è data dall'art. 328 c.p. in tema di esercizio abusivo della professione che con l'espressione abusivamente sembra fare un rimando alla disciplina amministrativa di autorizzazione allo svolgimento di determinate professioni la cui elusione, con conseguente illegittimità di atti e provvedimenti, potrebbe fondare un sindacato del giudice penale sugli stessi con annesso potere di disapplicazione.

Tirando le somme, secondo questa tesi, il potere di disapplicazione del giudice penale non sarebbe generalizzato a tutti i provvedimenti amministrativi che si presentano alla sua attenzione, ma si limiterebbe alle sole ipotesi in cui questo sia attribuito dal legislatore con delle formule, più o meno ambigue, dirette in tal senso.

Anche in questo caso, comunque, il potere di disapplicazione rimarrebbe ancorato alla peculiarità del giudizio penale, e non verrebbe fatto derivare dalla lettera della legge abolitiva del contenzioso la cui rilevanza viene ancora limitata al solo giudizio civile. Occorre poi rilevare un altro orientamento, sorto in particolare nella giurisprudenza di merito che ha accostato il potere di disapplicazione al principio di gerarchia delle fonti e quindi all'art. 116 Cost. secondo il quale giudice sarebbe soggetto soltanto alla legge.

Questa tesi sconta invero gli stessi risvolti problematici dell'analoga teoria che era stata avanzata con riferimento alla portata della legge abolitiva del contenzioso nell'ambito del giudizio civile.

Richiamare il principio di gerarchia delle fonti come fondamento del potere di disapplicazione appare infatti improprio, specialmente alla luce del fatto che il provvedimento amministrativo non può che considerarsi esterno al sistema delle fonti, dal momento che è privo dei caratteri di generalità, astrattezza e innovatività tipici degli atti normativi.

Tale considerazione può quindi ritenersi certamente valida con riferimento alla disapplicazione dei regolamenti, ma non altrettanto efficace nel descrivere il potere di disapplicazione provvedimentale del giudice ordinario.

Quanto evidenziato finora vale a descrivere le difficoltà che la dottrina e la giurisprudenza hanno incontrato sulla strada dell'attribuzione e della qualificazione del potere del giudice penale di disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo.

Che si accolga l'una o l'altra delle tesi che si sono sommariamente espresse è invero di grande dirigenza, dato che a seconda dell'opzione prescelta cambierà la descrizione dei poteri e delle facoltà riconosciute al giudice penale, che potrà essere capace di un accertamento pieno ovvero del tutto privo della possibilità di sindacare gli atti amministrativi che risultano oggetto della sua cognizione.

La giurisprudenza di legittimità risulta ormai consolidata nel riconoscere il potere del giudice penale di disapplicare in modo generalizzato il provvedimento amministrativo che viene alla sua attenzione; in particolare il suo fondamento è stato riconosciuto nel combinato disposto degli articoli 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo e l'articolo 2 del codice di procedura penale che attribuisce al giudice il potere di decidere ogni questione da cui dipende l'esito del processo che è chiamato a presiedere.

3. A cavallo tra provvedimenti restrittivi e ampliativi.

Ammesso in questo modo il potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice penale, occorre ora esaminare quali sono gli effetti che esso è in grado di produrre e se esistono differenze rispetto all'omologa

facoltà riconosciuta in capo al giudice civile nella tutela dei diritti soggettivi che si relazionano con l'esercizio dell'azione amministrativa.

La disapplicazione non consiste semplicemente in un controllo del giudice penale sull'atto amministrativo (cioè, nella verifica della sua legittimità), ma rappresenta un'azione concreta del giudice che decide della illiceità penale di un comportamento umano ignorando un determinato provvedimento.

La verifica della legittimità del provvedimento è un accertamento che il giudice penale compie per stabilire se applicare o meno quell'atto amministrativo nella controversia in esame. In tal modo, se l'atto amministrativo è ritenuto illegittimo, il giudice penale non deve considerarlo nella decisione del processo.

Questo accade nei casi in cui l'atto rilevi come presupposto del reato, sia in senso positivo, quando senza l'atto il reato non possa essere commesso, sia in senso negativo, quando è l'assenza dell'atto a determinare la commissione del reato.

Si tratta di situazioni in cui gli atti sono compiuti da un soggetto diverso dall'imputato, sono, infatti, atti amministrativi, e quindi, rispetto al reato, fungono solo da presupposti.

In un caso, la norma penale punisce un comportamento che viola un provvedimento restrittivo, nell'altro, sanziona un comportamento che sarebbe stato lecito solo a seguito dell'emanazione di un provvedimento ampliativo.

L'uso della disapplicazione in queste circostanze porta a esiti opposti nel giudizio penale: in un caso, l'imputato sostiene che l'ordine violato è frutto di un provvedimento illegittimo e dalla disapplicazione di quest'ultimo deriva l'assoluzione secondo lo schema proprio della disapplicazione *in bonam partem*; nell'altro, il giudice ritiene che l'imputato non avrebbe dovuto eseguire un provvedimento autorizzatorio illegittimo e dalla disapplicazione di questo può derivare la condanna secondo lo schema proprio della disapplicazione *in malam partem*.

Le questioni rilevanti per il giudice penale sono due: prima di tutto, è necessario stabilire se è sufficiente verificare l'esistenza dell'atto o se è necessario esaminarne anche la legittimità; in secondo luogo, se l'esame del giudice include la legittimità dell'atto, qual è lo strumento processuale per riconoscere l'eventuale illegittimità.

La prima questione dovrebbe essere risolta considerando la struttura della norma incriminatrice, mentre la seconda può avere diverse soluzioni teoriche.

Questi problemi si presentano in modo diverso a seconda del ruolo del provvedimento nella struttura della fattispecie penale e degli effetti del provvedimento per il soggetto privato che viene imputato nel processo penale.

Quando la norma penale sanziona un comportamento che viola un provvedimento amministrativo che costituisce quindi la fonte di un obbligo la cui inosservanza costituisce la condotta penalmente sanzionata, il provvedimento avrà necessariamente un contenuto restrittivo.

Al contrario, quando la norma punisce un comportamento tenuto in assenza del provvedimento amministrativo richiesto per svolgere determinate attività soggette ad un regime autorizzatorio in senso lato, il provvedimento ha, o avrebbe dovuto avere se fosse stato emanato, effetti ampliativi.

Partendo dalla prima ipotesi, il provvedimento amministrativo costituisce un presupposto positivo del reato quando la condotta penalmente rilevante consiste nella violazione di un provvedimento con effetti restrittivi, cioè che limita la sfera giuridica del soggetto privato.

Si tratta di provvedimenti ablatori personali a contenuto ordinatorio che incidono sulle situazioni giuridiche del desti-

natario, influenzando sulle sue libertà costituzionali o su altri diritti della persona, imponendo obblighi di fare o di non fare. Un esempio di questa situazione è dato dalla disapplicazione dell'ammonimento del Questore di cui alla legge 93 del 2013. Si tratta di una misura di prevenzione di competenza esclusiva del Questore, volta a garantire alla vittima di atti persecutori, diffusione illecita di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito o altri comportamenti indicativi di violenza domestica una protezione rapida e anticipata rispetto alla conclusione del procedimento penale.

L'ammonimento consiste in un'intimazione del Questore all'autore delle condotte affinché si astenga dal commettere ulteriori atti di molestia, minaccia, violenza o intrusioni nella vita altrui.

Si tratta quindi di un provvedimento amministrativo che ricade a pieno titolo nella categoria degli atti ablatori, restrittivi della sfera del privato che si vede limitate alcune facoltà, la cui violazione determinerebbe una responsabilità penale a norma dell'art. 650 c.p.

Come si anticipava, qualora nel corso dell'accertamento processuale il giudice penale dovesse ritenere il provvedimento di ammonimento emesso dal Questore affetto da un qualche vizio di legittimità, egli sarebbe certamente chiamato a non farne applicazione.

L'esito dell'operazione di disapplicazione dell'ammonimento del Questore si risolve evidentemente nella caducazione di uno dei presupposti del reato di cui all'art. 650 c.p. con conseguente elisione della responsabilità penale dell'imputato.

L'effetto che si produce è evidentemente di portata favorevole per l'imputato, risultando, appunto, *in bonam partem*, senza che vengano messi in crisi i principi fondamentali di garanzia che sono sottesi alla lettera dell'art. 25 Cost.

Più complessa, invece, la questione con riferimento alla disapplicazione *in malam partem*, che ricorre nell'ipotesi in cui l'amministrazione abbia emanato un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, quale ad esempio un'autorizzazione o una concessione, che sia stato poi riconosciuto in sede penale come illegittimo con conseguente disapplicazione e riconoscimento della responsabilità penale.

Un caso di questo genere è quello dell'applicazione dell'art. 473 c.p. che punisce la contraffazione e l'alterazione di marchi e brevetti.

Si pensi all'ipotesi di un provvedimento di concessione dell'utilizzo di un brevetto da parte dell'Ufficio italiano Brevetti e Marchi che successivamente risulti illegittimo in sede di accertamento penale.

Se ciò avviene, l'utilizzo del brevetto risulta illecito e il comportamento del titolare della concessione di cui il giudice penale è chiamato ad effettuare la disapplicazione potrebbe essere chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 473 c.p.

È in questo caso evidente la tensione con i principi fondamentali del diritto penale che afferiscono all'art. 25 Cost.

L'effetto della disapplicazione della licenza di brevetto è chiaramente quello di estendere la responsabilità penale del suo destinatario e risulta quindi avere conseguenze *in malam partem*. Il soggetto, che poteva utilizzare il brevetto o il marchio solo in presenza di un atto di licenza emanato dall'autorità amministrativa competente, si trova privo della necessaria autorizzazione e il suo comportamento ricade pertanto nella sfera del penalmente illecito.

Ciò che immediatamente salta all'occhio è in particolare l'opera di retroazione della responsabilità penale, estesa fino a coprire fatti che nel momento in cui sono stati commessi risultavano, quantomeno allo sguardo dell'agente, ricompresi nella sfera dell'irrelevanza penale.

Il principio di presunzione di legittimità dell'atto amministrativo lascia intendere infatti che il privato sia portato a confidare nella legalità della licenza di brevetto di cui sia stato destinatario, con conseguente aspettativa di agire nel pieno delle facoltà riconosciutegli dall'ordinamento.

È evidente, quindi, che la disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo comporterebbe in questo la retroattività della legge penale sfavorevole con conseguente incriminazione del soggetto agente.

Un'altra questione problematica attiene invece al rispetto del principio di tassatività e divieto di analogia che costituisce il primo e più diretto corollario del principio di determinatezza.

Se l'art. 473 c.p. prende esclusivamente in considerazione l'utilizzo di marchi e brevetti alterati o contraffatti, l'incriminazione dell'utilizzo di una licenza di brevetto che è frutto di un provvedimento amministrativo illegittimo costituisce un'indebita estensione in via analogica della portata applicativa della fattispecie, operata ancora una volta *in malam partem*. Certamente la rilevanza penale del comportamento dell'agente potrebbe risultare esclusa sotto profili differenti rispetto a quelli che vengono in rilievo rispetto agli elementi oggettivi del fatto differenti.

Sempre la rilevanza del principio di presunzione di legittimità dell'atto amministrativo può essere letta in chiave di esclusione della colpevolezza dell'agente che ha, come si diceva, confidato nella piena legalità delle sue azioni.

L'affidamento incolpevole del privato sarebbe quindi tale da incidere sulla sussistenza dell'elemento psicologico del reato. Alcuni autori hanno infatti sostenuto che al giudice penale sia possibile riconoscere il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo in ogni caso, dato che il successivo ricorso ai principi penalistici in materia di colpevolezza determina comunque l'esclusione della responsabilità dell'agente.

Proprio sulla spinta di questa ultima teoria si è invece proposto di escludere il potere di disapplicazione *in malam partem* del provvedimento amministrativo salvi i casi in cui l'illegittimità di esso risulti il portato di una collusione ovvero di specifiche condotte dirette dal privato ad ottenere un atto a lui favorevole di cui però ha dolosamente determinato l'illegittimità.

In questi casi è evidente come sarebbe irragionevole escludere *in toto* la responsabilità penale del privato, che a quel punto sarà integrata sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo.

4. Le prime svolte sul tema in materia di reati edilizi

La soluzione della questione della disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo con effetti *in malam partem* è stata ricostruita partendo dall'esame delitti previsti e puniti dall'art. 44 del Testo Unico dell'Edilizia, il DPR 380/2001, che incrimina le attività edificatorie esercitate in difformità o in assenza del permesso di costruire e il reato di lottizzazione abusiva. Sul punto si sono infatti più volte pronunciate le Sezioni Unite della Corte di cassazione con l'intento di giungere ad un risultato soddisfacente, tale da conciliare le esigenze di incriminazione con le garanzie sottese ai principi di irretroattività della legge penale e divieto di analogia, fornendo allo stesso tempo anche importanti coordinate in ordine al fondamento e ai limiti del potere di disapplicazione riconosciuto al giudice penale.

L'articolo 44 del DPR 380/2001 recante il Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia riguarda le sanzioni penali per gli illeciti edilizi.

Questa disposizione ha lo scopo di disciplinare le conseguenze penali che riguardano chiunque realizza interventi edilizi in violazione delle normative urbanistiche e edilizie.

In primo luogo, l'art. 44 comma primo lettera a) prende in considerazione l'ipotesi dei lavori di costruzione effettuati in violazione delle prescrizioni contenute all'interno del permesso di costruire, ossia di portata difforme rispetto ai limiti che sono stati previsti dal permesso stesso.

Il reato disciplinato alla lettera in questione riguarda qualsiasi tipo di inosservanza delle previsioni normative, di pianificazione e regolamentari, indipendentemente dal fatto che si tratti di interventi soggetti a permesso di costruire, a SCIA alternativa, o a semplice SCIA.

Si tratta invero di un'ipotesi per lo più residuale che ricorre quando non sussistono gli estremi dei reati di cui alle lettere successive.

In secondo luogo, la norma individua la fattispecie di costruzione attuata in totale difformità, con variazioni essenziali ovvero in assenza del permesso di costruire.

In ultima istanza, la lettera c) dell'art. 44 incrimina il reato di lottizzazione abusiva ossia dell'esecuzione di un insieme di opere che comportino una trasformazione urbanistica o edilizia del territorio, mirata alla creazione di un nuovo complesso edilizio, senza autorizzazione o in violazione delle prescrizioni della legge o degli strumenti urbanistici

Questa condotta è soggetta a sanzioni più severe rispetto ad altre forme di edificazione senza autorizzazione o in difformità dal permesso di costruire, poiché influisce sull'organizzazione e sulla pianificazione urbanistica del territorio, riservata all'Amministrazione.

Il testo dell'art. 44 suggerisce quindi una sorta di progressione criminosa che prende avvio con la più lieve condotta della violazione del permesso di costruire, si sposta nella più grave edificazione attuata in assenza del titolo abilitativo ovvero in completa difformità rispetto allo stesso e si chiude con la più riprovevole delle ipotesi che è quella del soggetto che si sostituisce all'Amministrazione nella gestione e nel governo del territorio attuando un'alternativa personale al piano regolatore generale e comunale.

Dal punto di vista del bene tutelato dalla norma, quindi, è evidente come la *ratio* dell'incriminazione risieda nell'armonico e uniforme sviluppo della comunità attraverso una chiara ed efficace programmazione in materia edilizia e urbanistica. Come si diceva proprio la disciplina del reato di cui all'art. 44 del DPR 380 del 2000 ha costituito il punto di svolta nel dibattito relativo al potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo *in malam partem* da parte del giudice penale.

Si è detto nel paragrafo che precede che la norma in questione contempla tre ipotesi di reato ordinate in senso di gravità crescente.

È innanzitutto prevista l'ipotesi di violazione del permesso di costruire, poi quella di totale assenza o totale difformità dell'opera rispetto al permesso di costruire e infine il reato di lottizzazione abusiva.

Si prenda in considerazione l'ipotesi del privato che costruisca in conformità ad un permesso di costruire rilasciato dai competenti organi comunali di cui venga però accertata in sede penale l'illegittimità per la sussistenza di un vizio di incompetenza, violazione di legge ovvero eccesso di potere.

Se si ammettesse il potere generalizzato di disapplicazione del giudice penale nell'ipotesi del permesso di costruire, allora, all'esito delle valutazioni, il privato risulterà privo del permesso di costruire e ricorrerà quindi nell'ipotesi di reato di cui alla lettera b) dell'art. 44.

Analoga problematica si porrebbe nel caso di privato indagato per il reato di cui all'art. 44 lettera a), ossia per costruzione in difformità al permesso di costruire, la cui abilitazione venga riconosciuta illegittima; anche in questo caso la disapplicazione comporterebbe un aggravamento della responsabilità penale, ossia l'applicazione del reato previsto dalla lettera b), con conseguenti gravi effetti *in malam partem*.

Entrambe queste operazioni si concludono con il medesimo esito, ossia la creazione di una nuova fattispecie di reato che ricorre quando il privato ha ottenuto il permesso di costruire, ma, poiché questo è stato ritenuto illegittimo dal giudice penale, risulta *tamquam non esset*, con la successiva applicazione delle pene previste dall'art. 44 lett. b) in luogo di quelle della lett. a)

Si rende così evidente la violazione dei principi di tassatività, divieto di analogia e irretroattività della legge penale.

Da un lato, il principio di tassatività viene eluso perché nel silenzio della legge si crea sostanzialmente una nuova norma incriminatrice, la fattispecie in cui il privato ha un permesso di costruire illegittimo, che è chiaramente diversa da quella in cui il privato è privo del permesso o da quella in cui ne viola le prescrizioni.

Dall'altro lato, l'irretroattività della norma penale sfavorevole viene superata nel momento della disapplicazione, dato che gli effetti di essa vengono riferiti ad un periodo antecedente a quello del giudizio, determinando un accertamento aggravatore della responsabilità penale fondato su elementi susseguenti alla commissione del fatto.

A risentirne sarebbe anche il più generale principio di uguaglianza: il privato che non ha il permesso di costruire *tout court* si trova evidentemente in una posizione diversa rispetto a chi, invece, lo ha originariamente ottenuto, ma questo sia risultato in un secondo momento illegittimo.

Con la disapplicazione del provvedimento concessorio le due posizioni sarebbero al contrario di fatto equiparate, nonostante appaia *ictu oculi* irragionevole giungere alla medesima conclusione sulla base di così differenti premesse.

Giova qui sempre rammentare che il principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi genera in capo al privato un legittimo affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento, tale da incidere sulla sussistenza dell'elemento psicologico del reato.

Come si è accennato, taluna dottrina ha sostenuto, infatti, che si possa procedere alla disapplicazione anche con effetti *in malam partem*, dato che il successivo accertamento dell'elemento soggettivo del reato porterà comunque ad escludere la responsabilità penale dell'agente.

Invero, questa risulta l'ennesima conferma dell'irricevibilità del riconoscimento in capo al giudice penale del potere di disapplicare un provvedimento favorevole per il privato da cui discenderebbe l'applicazione della sanzione penale, salvi ovviamente i casi collusione o concorso nell'illegittimità dello stesso.

5. Il dibattito tra concezione monistica o dualistica della disapplicazione

A questo punto sembra preferibile ricondurre la questione della disapplicazione del provvedimento *in malam partem* allo spirito della legge abolitiva del contenzioso amministrativo ed alla sua esegesi giurisprudenziale.

L'art. 4 della legge abolitiva afferma che il giudice ordinario può procedere alla disapplicazione dei provvedimenti amministrativi dai quali sia derivata una lesione del diritto oggetto di contestazione; il riferimento al concetto di lesione del diritto soggettivo sembra restringere l'area del disapplicabile

esclusivamente ai provvedimenti restrittivi, che appunto comprimono in termini di lesione un diritto, senza ricomprendervi anche quelli ampliativi che, per definizione, attribuiscono nuove facoltà al privato.

L'art. 5, invece, afferma che i provvedimenti amministrativi possono essere in ogni caso applicati dal giudice ordinario solo se risultano essere conformi alle leggi, con la diretta conseguenza che in caso di illegittimità questi devono essere disapplicati per giungere alla soluzione della controversia.

In questo senso si tratta di un potenziamento e di una generalizzazione del potere di disapplicazione del giudice ordinario che non si ferma più solo al sindacato sui provvedimenti restrittivi, ma si estrinseca in un controllo di legittimità diretto su tutti gli atti dell'amministrazione da cui dipende la soluzione della controversia, siano essi ampliativi o restrittivi della sfera del destinatario.

Se la lettera della legge si fosse limitata a quanto disposto dall'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso non si sarebbero creati particolari problemi con riferimento alla disapplicazione del provvedimento amministrativo in sede di giudizio penale.

È invece proprio quanto disposto dall'art. 5, che consente anche la disapplicazione *in malam partem* al giudice ordinario, che si pongono tutte quelle questioni di compatibilità con i principi fondanti dell'ordinamento penale che si è sommariamente cercato di riportare.

Proprio questo differente spazio applicativo delle due fattispecie ha fondato la prime interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali con riferimento al potere di disapplicazione del giudice penale.

Se infatti si distinguesse la lettura degli art. 4 e 5 della legge abolitiva allora non sorgerebbero particolari questioni problematiche, dal momento che si potrebbe ritenere pacificamente applicabile all'ambito penalistico solamente quanto statuito dall'art. 4, ossia la disapplicazione *in bonam partem* dei provvedimenti ampliativi, mentre rimarrebbe esclusa la portata normativa dell'art. 5 in tema di disapplicazione generalizzata, inclusa quella con effetti *in malam partem*.

Qualora invece si ritenesse che il sistema abbia natura unitaria e inscindibile, come è stato autorevolmente sostenuto nel tempo, allora non si potrebbe riconoscere il potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo in capo al giudice penale, pena la lesione dei principi fondamentali di tassatività, divieto di analogia e irretroattività della legge penale.

6. Le Sezioni Unite sul reato di cui all'art. 44 del DPR 380/2001

Riportando l'accento sui reati edilizi, appare come la giurisprudenza abbia intrapreso una strada mediana che si è articolata in una serie di pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione aventi ad oggetto proprio la disapplicazione del permesso di costruzione nei processi penali inerenti ad alcune imputazioni per i reati di cui agli art. 44 del DPR 380/2001. Si è detto che, a partire dagli anni Settanta, la giurisprudenza di merito aveva iniziato ad equiparare il permesso di costruire illegittimo a quello inesistente, con la conseguenza, in parte inaccettabile, che i lavori eseguiti in forza di un titolo viziato e annullato integravano la fattispecie incriminatrice di abuso edilizio.

Tale ragionamento veniva fondato appunto sull'art. 5, interpretato in maniera unitaria con l'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso, in forza del quale il giudice ordinario si vede riconosciuto un potere di disapplicazione generalizzato dei provvedimenti amministrativi illegittimi.

Ma la tesi della disapplicazione venne confutata dalla dottrina, secondo la quale l'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso, introdotto specificamente per la tutela di diritti soggettivi, non potesse operare nel processo penale, proprio a causa dell'inammissibilità delle conseguenze penali, quali la retroattività *in malam partem* e la violazione del divieto di analogia cui potrebbe dar luogo la disapplicazione.

Stimolata da queste critiche la Cassazione iniziò gradualmente ad escludere l'assimilazione del provvedimento illegittimo a quello inesistente, anche in ossequio al principio di tassatività, e ribadì che il giudice penale debba limitarsi a controllare l'esistenza dell'atto sulla base dell'esteriorità formale e della sua provenienza dall'organo legittimato ad emetterlo.

Questa impostazione giurisprudenziale portò a teorizzare l'assenza dell'atto anche quando la sua emanazione risulti frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che rilascia il provvedimento e del soggetto privato che lo consegue.

Nel contrasto giurisprudenziale intervenne la nota sentenza a Sezioni Unite Giordano del 1987, nella quale la Cassazione affermò che il potere del giudice penale di conoscere dell'illegittimità dell'atto amministrativo illegittimo non può essere ricondotto al potere di disapplicazione di cui agli articoli 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso, ma può trovare fondamento o giustificazione solo in una esplicita previsione legislativa ovvero nell'ambito dell'interpretazione ermeneutica della norma penale, qualora l'illegittimità dell'atto amministrativo si presenti essa stessa come elemento essenziale della fattispecie criminosa.

In tal modo, le Sezioni unite hanno accolto la natura unitaria degli art. 4 e 5 della legge abolitiva, escludendo *in toto* il potere di disapplicazione del giudice penale, facendo salvi solo i casi in cui tale facoltà sia riconosciuta espressamente o implicitamente dal legislatore.

Tali conclusioni vennero confermate anche dalla Corte costituzionale con la sentenza 288/1990 secondo la quale al giudice penale non sarebbe riconosciuto il potere di disapplicare il provvedimento amministrativo, salvo il caso di lesione di diritti soggettivi o di illiceità penale.

Le Sezioni Unite Giordano fondano le proprie convinzioni anche sulla ricognizione del bene giuridico sotteso alla norma incriminatrice di cui all'art. 44 DPR 380/2001; secondo la Cassazione, infatti, il bene sotteso avrebbe natura meramente formale, coincidente con l'interesse al controllo preventivo dell'attività edificatoria da parte della pubblica amministrazione. Ciò che rileva è il controllo formale sull'esercizio dell'attività edificatoria, il cui espletamento, ancorché viziato da illegittimità, è sufficiente a ritenere protetto il bene alla cui tutela è diretto l'art. 44 DPR 380/2001, senza un necessario controllo dello stesso da cui derivi un'eventuale disapplicazione *in malam partem*.

La sentenza Giordano, tuttavia, non riuscì a risolvere in modo definitivo e chiaro il contrasto giurisprudenziale, dal momento che prestava il fianco a numerose critiche, afferenti in particolare proprio all'idea del bene giuridico coincidente con un mero controllo formale dell'amministrazione sulla regolarità edificatoria.

Ciò rese nuovamente necessario l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite che, con la sentenza Borgia del 1993, ribaltarono la visione sposata dalle SU Giordano.

La Cassazione, infatti, pur affermando che al giudice penale non è affidato alcun sindacato sull'atto amministrativo, è comunque tenuto a verificare la conformità tra i fatti ipotizzati e la situazione legale, definita dalle disposizioni legislative statali e regionali in materia di urbanistica e edilizia, dalle

previsioni degli strumenti urbanistici e dalle prescrizioni del regolamento edilizio.

L'insieme di queste disposizioni rappresenta il parametro per determinare la legalità o l'illegalità di un'opera edilizia, considerando che l'obiettivo della tutela penale fornita dalle norme sui reati edilizi non è più semplicemente il controllo e la regolamentazione degli usi del territorio, ma la salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio stesso.

In ragione di ciò, la mera esistenza del permesso di costruire non vale, di per sé, a escludere l'illiceità penale dell'esecuzione di opere di trasformazione del territorio che violino il suddetto parametro di legalità urbanistica e edilizia.

Il giudice penale deve, infatti, accertare la legittimità del titolo abilitativo rispetto alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, e non incontra in ciò il limite degli articoli 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso, che sono invece posti a presidio della tutela di diritti soggettivi e non del diritto oggettivo, in quanto il suo potere di accertamento penale trova fondamento e giustificazione in una esplicita previsione normativa che lo legittima a procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata.

La *ratio* non è quindi il controllo formale dell'attività edilizia da parte della pubblica amministrazione per il tramite di un permesso di costruire, ma è il corretto assetto del territorio comunale: le costruzioni devono essere conformi nella sostanza, non nella forma, alle previsioni contenute negli strumenti amministrativi che regolano e gestiscono l'urbanistica del territorio.

Si accoglie, alla fine, l'idea che la possibilità di sindacare e quindi disapplicare il provvedimento illegittimo sia una concezione sostanzialistica e valoriale, aprendo però di nuovo il problema del rispetto dei principi tipici della materia penalistica. Resta il fatto che questo orientamento espresso dalle Sezioni Unite Borgia del 1993 è stato confermato anche in tempi più recenti con riferimento all'ipotesi non di illegittimità o assenza del permesso di costruire, ma a quella della lottizzazione abusiva.

La Cassazione si è infatti espressa nuovamente a Sezioni Unite nel 2002 ribadendo la natura sostanziale del controllo che deve esser garantito in sede di valutazione amministrativa in materia di concessioni edilizie, non potendosi ritenere soddisfacente alla tutela del bene sotteso alla norma incriminatrice l'accertamento dell'espletamento di un controllo di matrice meramente formale.

7. Qualche considerazione su una questione ancora aperta

Alla luce di quanto finora esposto emerge chiaramente come l'argomento rivesta una particolare delicatezza teorica, nel senso che riguarda sostanzialmente il bilanciamento tra due contrapposti interessi.

Alla necessità di garantire il rispetto del principio di legalità in materia penale, così fortemente presidiato dall'art. 25 Cost., si oppone la necessità sia di garantire la legittimità dei provvedimenti amministrativi sia quella di sanzionare comportamenti illeciti che sulla base di questi sono stati realizzati.

Il caso dell'art. 44 DPR 380/2001 si presenta allora come emblematico esempio di questa difficoltà insita nel processo di contemperamento.

Difficoltà che non sembra esser stata completamente superata nemmeno dalle sentenze della Cassazione a Sezioni Unite

che risolvono purtroppo solo parzialmente la questione della disapplicazione del permesso di costruire.

La soluzione prospettata è alla fine infatti quella di riconoscere il potere di disapplicazione al giudice penale anche con effetti *in malam partem*; quindi, con conseguenze che si proiettano anche sul livello delle garanzie di legalità dell'ordinamento penale, salva comunque l'irresponsabilità dell'agente a titolo soggettivo.

Di per sé, dunque, la disapplicazione ancorché illegittimamente attuata con effetti *contra reum* si conclude in un'operazione neutra per gli esiti sostanziali della controversia penale, che si conclude comunque con una sentenza di assoluzione dell'imputato ancorché con formula differente.

Dopo un'attenta considerazione, però, questa potrebbe non essere l'unica prospettiva perseguibile in materia, dal momento che solo sul piano concreto è in grado di esprimere un efficace contemperamento tra le esigenze che si sono individuate, senza assicurare una soluzione soddisfacente sul piano dei principi.

È stato ipotizzato in giurisprudenza, infatti, un modello come quello che è stato introdotto per i reati concernenti la tutela del diritto d'autore, con la previsione di garanzie procedurali inerenti alla pronuncia in via pregiudiziale di sezioni specializzate, ad esempio, anche in materia edilizia.

Il vero problema, a pare di chi scrive, si determina però nell'individuazione del fondamento del potere di disapplicazione del giudice penale.

La Cassazione, infatti, lo collega alla particolare natura dell'accertamento che caratterizza il giudizio penale, ovvero in alcune espressioni letterali che sembrano fondare un sindacato di legittimità del provvedimento amministrativo.

Il reale fondamento dovrebbe invece ritrovarsi proprio nel dettato degli articoli 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo che detta la disciplina non solo per la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi quanto più per il più generale potere di sindacato riconosciuto dall'ordinamento al giudice amministrativo, da un lato, e al giudice ordinario, dall'altro, senza operare distinzioni di sorta tra ambito civile e ambito penale.

Una soluzione, insomma, di sistema che si riallacci al dettame delle Sezioni Unite e che abbia come proprio ultimo risvolto la tutela della collettività letta alla luce dei principi penalistici che governano un accertamento che ha si dipana sui binari dell'accertamento del fatto e della giustizia sostanziale, prima che formale.

Note.

(1) P.L. Matta, Considerazioni sparse in tema di disapplicazione dell'atto amministrativo, in *Norma quotidiano di formazione giuridica*, 2014 cit. p. 2.

(2) M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2008.

(3) P.L. Matta, Considerazioni sparse in tema di disapplicazione dell'atto amministrativo, in *Norma quotidiano di formazione giuridica*, 2014 cit. p. 6.

(4) E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cit - tadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964.

(5) G. Basile, *la disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice penale salvus iuris* - rivista di informazione giuridica, 2019.

Sezione di deontologia forense

Documenti

La massima sanzione disciplinare forense: la radiazione.

Fabio De Santis*

Avvocato del Foro di Massa

Sommario: 1. *Inquadramento generale e l'allontanamento dall'albo forense.* – 2. *Effetti ed Esecutività* - 3. *Illeciti emblematici* 4. *La reinscrizione all'albo a seguito di radiazione.* – 5. *Conclusioni.*

1. Inquadramento generale e l'allontanamento dall'albo forense.

Il presupposto necessario per esercitare l'attività forense e continuare a far parte dell'Avvocatura è quello di prestare l'impegno solenne (1) di osservare i relativi doveri che a professione forense comporta anche per la sua insita funzione sociale.

Tale impegno, nella sua sacralità, viene prestato innanzi al consiglio dell'ordine, in seduta pubblica, e questo è il momento in cui l'iscritto viene investito della sua funzione di Avvocato.

Questa formalità non rappresenta una sterile formula che deve essere "recitata" dall'iscritto e dimenticata subito dopo, ma essa detta i principi e le regole di condotta per far parte dell'avvocatura che ogni iscritto deve ricordare ed osservare quotidianamente. La stessa cerimonia pubblica con le "sue" formalità e riti, nella sua "sacralità" d'investitura di un collega, non può essere sottovalutata o considerata da meno.

L'avvocato quindi, al fine di esercitare la professione, assolvere a quella funzione sociale a cui è chiamato e fregiarsi di tale titolo, accetta e si impegna solennemente "ad osservare con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione" e rispettare i principi del nostro ordinamento a partire da quelli imposti dalla legge forense.

Va da sé che violazioni molto gravi di quei principi fondamentali che l'iscritto stesso si è impegnato solennemente a rispettare per far parte della classe forense, legittimano il suo allontanamento dall'Avvocatura con l'inibizione dell'uso del titolo.

Infatti, la radiazione: *l'esclusione definitiva, dall'albo, elenco o registro* (2), costituisce il massimo trattamento sanzionatorio che "è riservata, per espressa previsione normativa a «violazioni molto gravi che rendono incompatibile la permanenza dell'incolpato nell'albo, elenco o registro» e, pertanto, soltanto a quelle condotte che si pongano in assoluto ed insuperabile contrasto con tutti i più elementari doveri morali e civili, come ad esempio l'aver commesso reati di particolare gravità" (3).

La sanzione della radiazione tiene conto non solo di quei comportamenti inconciliabili con la funzione sociale propria dell'avvocatura ma anche della totale mancanza di resipiscenza e della pervicacia con la quale l'avvocato incolpato ha concretizzato la sua condotta. Infatti, è principio disciplinare che "l'ammissione della propria responsabilità da parte dell'in-

colpato può essere valorizzata nell'ambito del complessivo giudizio relativo alla sua personalità ai fini della determinazione della giusta sanzione in senso più mite; attenuazione che invece deve escludersi ove, per converso, l'incolpato non mostri alcuna resipiscenza" (4). Nel caso sottoposto al giudice disciplinare, l'avvocato veniva condannato in sede penale e sanzionato dal CDD con la radiazione perché, in qualità di professionista delegato all'espropriazione immobiliare, si appropriava della complessiva somma di oltre 200mila euro, versata dagli aggiudicatari di due distinte procedure esecutive. Il professionista impugnava detta sanzione, perché ritenuta eccessiva e quindi ne chiedeva una mitigazione alla luce di proprie asserite difficoltà economiche dovute ad una contrazione dell'attività professionale. In applicazione del principio di cui alla precedente massima, il CNF respingeva l'impugnazione, confermando la radiazione inflitta in sede territoriale.

2. Effetti ed esecutività.

Si ricorda che l'uso del titolo di avvocato spetta esclusivamente a coloro che siano stati iscritti ad un albo circondariale (nonché agli avvocati di Stato) ed è vietato a chi sia stato radiato (ex art. 2 co. 7 e 8, L.F.). L'avvocato radiato (così come quello sospeso) che svolga attività professionale (sia giudiziale che stragiudiziale) è perseguibile, ai sensi del reato, previsto e punito dall'art. 348 c.p., esercizio abusivo di una professione, senza dimenticare la responsabilità *disciplinare dell'avvocato che agevoli o, in qualsiasi altro modo diretto o indiretto, renda possibile a soggetti non abilitati l'esercizio abusivo dell'attività di avvocato o comunque consenta che tali soggetti ne possano ricavare benefici economici*, ex art. 36 co. 2 codice deontologico forense.

La sanzione disciplinare della radiazione, ex art. 62 co. 2 Legge Forense dall'art 34 Reg. n. 2/14 CNF, produce i suoi effetti dalla data in cui il provvedimento diviene definitivo: dal giorno successivo alla vana scadenza del termine per l'impugnazione al CNF della decisione del CDD ovvero, dal giorno successivo alla notifica della sentenza CNF che rigetti l'impugnazione avverso la decisione del CDD.

Da quel momento, «l'incolpato è tenuto ad astenersi dall'esercizio della professione o dal tirocinio senza necessità di alcun ulteriore avviso», quindi l'efficacia della radiazione prescinde dagli atti esecutivi (5) che il COA di appartenenza dell'incolpato è chiamato a svolgere per garantire la pubblicità del provvedimento stesso come previsto dall'art. 62 comma 5 e 6 Legge Forense e dall'art 35 Reg. n. 2/14 CNF.

Tenuto conto della struttura *bifasica* del procedimento disciplinare, amministrativa "giustiziale" (davanti al CDD) e *impugnatoria giurisdizionale* (davanti al CNF/CASS. SSUU), si ricorda e sottolinea che l'estinzione del giudizio (*giurisdizionale*) dinanzi al CNF/CASS. SSUU rende definitiva la sanzione disciplinare (*amministrativa*) irrogata dal CDD territoriale.

Alla luce di quanto sopra, una erronea valutazione del procedimento disciplinare (distinzione delle fasi processuali) potrebbe comportare, per l'incolpato, conseguenze nefaste. Infatti, l'estinzione della fase giurisdizionale o "la mancata riassunzione del procedimento giurisdizionale dinanzi al CNF dopo il rinvio da parte della Corte di Cassazione comporta l'estinzione del procedimento impugnatorio (artt. 392-393 cpc) ma

(*) Consigliere dell'Ordine degli Avvocati del Foro di Massa, Segretario dell'Associazione di Deontologia e Disciplina Forense (ADDF). Già Consigliere di Disciplina di Genova per il quadriennio 2015/2018 e Segretario dello stesso Consiglio di Disciplina di Genova per il quadriennio 2019/2022.

non della sanzione disciplinare impugnata, la quale, anzi, essendo una mera determinazione amministrativa, si consolida e diviene definitiva” (6).

Stessa conclusione si ha “qualora, nelle more del giudizio di impugnazione dinanzi al CNE, l’interessato sia cancellato dall’albo, deve dichiararsi la cessazione della materia del contendere, giacché la potestas judicandi del CDD è strettamente ed indissolubilmente collegata alla iscrizione negli Albi o nei suoi Registri allegati” (7), pertanto “in tal caso, l’estinzione del giudizio di impugnazione comporta la stabilizzazione del provvedimento amministrativo pronunciato dal CDD, sicché la sanzione disciplinare diventa definitiva sia pur non eseguibile, non risultando l’incolpato più iscritto all’albo o registro” (8).

Per completezza, “la doppia affermazione di responsabilità, in sede penale ed amministrativa per l’identico fatto, è conforme ai principi della convenzione CEDU e non viola il divieto di bis in idem, stante la diversa natura ed i diversi fini del processo penale e del procedimento disciplinare, nel quale ultimo il bene tutelato e l’immagine della categoria, quale risultato della reputazione dei suoi singoli appartenenti” (9).

3. Illeciti emblematici.

L’ordinamento forense e i suoi principi deontologici che dovrebbero essere alla base dell’essere Avvocato e i presupposti necessari dell’agire degli stessi mirano a tutelare anche l’affidamento che la collettività ripone nella figura dell’avvocato, quale professionista leale e corretto in ogni ambito della propria attività.

Ciò ci permette di cogliere e comprendere facilmente come tale affidabilità nell’avvocato e in quello che rappresenta, possa essere compromessa, non solo nell’esercizio *strictu sensu* dell’attività professionale, ma anche da comportamenti scorretti tenuti al di fuori della vita professionale, nella vita privata (o nei rapporti con i terzi) che vanno inesorabilmente a compromettere la propria reputazione o l’immagine della professione forense con contestuale perdita di credibilità nella categoria.

Sul punto, tra le altre, appaiono significative le sentenze di radiazione inflitte all’avvocato che attesti falsamente di essere portatore di un grave handicap fisico al fine di ottenere fraudolentemente il rilascio dei contrassegni per invalidi da esporre nei veicoli (10);

all’avvocato che aveva appiccato il fuoco all’esterno nonché all’interno di un immobile tramite una molotov, presso il quale aveva altresì intenzionalmente abbandonato amianto di cui aveva successivamente fatto denuncia “anonima”, al fine di ottenere l’allontanamento dell’occupante dall’immobile stesso e provocarne la (s)vendita a terzi per il tramite della sua intermediazione (11).

all’avvocato che abusando della qualifica universitaria ricoperta e del proprio prestigio professionale, induceva una pluralità di soggetti (nel caso di specie, decine di studenti e praticanti avvocati in procinto di sostenere l’esame di abilitazione alla professione di avvocato) a dare o promettere rapporti sessuali, in cambio di rassicurazioni circa il superamento degli esami (universitari e, rispettivamente, di Stato), spesso neppure realmente sostenuti (12).

All’avvocato che deteneva droga ai fini di spaccio (13), così come “il conclamato stato di tossicodipendenza e la detenzione a fini di spaccio di sostanze stupefacenti costituisce comportamento gravissimo che lede enormemente l’immagine della professione forense ed in quanto tale giustifica la massima sanzione disciplinare...” (14).

All’avvocato coinvolto in reati di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione, nonché riciclaggio e usura (15).

Nell’ampia casistica disciplinare rinveniamo comunque av-

vocati radiati per il loro coinvolgimento in reati di bancarotta (16), corruzione in atti giudiziari (17), falsificazione di provvedimenti giudiziari (18), concussione (19), che abbiano agevolato attività criminale di associazioni a delinquere di stampo mafioso (20) o associazioni a delinquere transnazionali (21). Ancora più ampia è la casistica di appropriazione indebita di somme spettanti al cliente (22) o, quali tutori, appropriandosi di somme dell’interdetto (23); amministratori di sostegno che si appropriano di somme del beneficiario (24); delegati dal giudice che si appropriano di somme della procedura (25), oppure con artifici e raggiri si siano fatti consegnare indebitamente ingenti somme da terzi (26).

Si ricorda che l’appropriazione indebita era una delle ipotesi previste per la radiazione di diritto prima della modifica introdotta con la legge 17/02/1971 n.91 all’art. 42 del regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578.

Il Consiglio Distrettuale di Genova nell’anno 2024 ha irrogato tre radiazioni dall’albo di avvocati responsabili di aver violato i basilari doveri di probità, lealtà e correttezza, in spregio alla natura fiduciaria che connota il rapporto avvocato cliente, ai doveri di (doppia) fedeltà, diligenza e competenza a cui ogni avvocato deve conformarsi.

I fatti sottoposti all’attenzione del Consiglio Distrettuale di Disciplina territoriale di per sé gravi ed incompatibili con la permanenza dell’iscrizione all’albo, venivano posti parallelamente all’attenzione del Giudice penale ed avevano un ampio eco sulla stampa locale e nazionale, minando così, in radice non solo l’affidamento del cliente (o della parte assistita) che deve avere nel proprio avvocato (e nell’Avvocatura che lo stesso rappresenta) ma anche un grave pregiudizio all’immagine dell’Avvocatura stessa agli occhi della collettività.

In particolare, veniva irrogata la sanzione della radiazione al primo, poiché in qualità di amministratore di sostegno, pubblico ufficiale e ausiliario del Giudice Tutelare, con plurime condotte si appropriava di ingenti somme di denaro in danno dell’amministrato con utilizzo di tali somme per acquisti personali o estranei alle esigenze del beneficiario. L’incolpato si appropriava di oltre un milione di euro, mediante prelevamenti dai conti correnti, emissione di diversi assegni e utilizzo di carte di pagamento sui conti della persona amministrata. Nel corso degli anni non presentava alcuni rendiconti annuali e al fine di occultare gli ingenti prelievi di cui sopra, attestava falsamente, nei successivi rendiconti, entrate minori e spese maggiori di quelle effettive e reali, oltre ad oltre condotte deprecabili.

Al secondo, perché con plurime condotte creava e falsificava attestazioni di cancelleria e diversi provvedimenti e sentenze del giudice, al fine di celare i propri inadempimenti professionali al mandato ricevuto e rassicurare così, falsamente, il proprio cliente a cui consegnava in più occasioni fotocopie di atti e provvedimenti formati falsamente.

Al terzo, sempre in qualità di amministratore di sostegno di diversi beneficiari, già condannato penalmente per il reato di peculato (sentenza impugnata e poi patteggiata in sede di appello), poiché con plurime condotte si appropriava di ingenti somme di più beneficiari, mediante prelevamenti in contanti dai conti correnti dei beneficiari ed emissione di assegni intestati a se medesimo o a favore di soggetti terzi (legati allo stesso da rapporti professionali o familiari), abusando così della propria qualità di pubblico ufficiale e dei poteri conferitigli dal Giudice Tutelare.

4. La reinscrizione all’albo a seguito di radiazione.

Per completezza, il professionista radiato può chiedere di essere nuovamente iscritto all’albo secondo il procedimento or-

dinario (art. 17, co. 15, L. 247/2012) decorsi cinque anni dall'esecutività del provvedimento sanzionatorio, ma non oltre un anno successivamente alla scadenza di tale termine (art. 62, co. 10, L. 247/2012). In altri termini, tale possibilità quindi gli è concessa in una finestra temporale di un anno che decorre dallo scadere dei cinque anni dall'esecutività della sanzione.

La valutazione della condotta irreprensibile, che la legge richiede (ex art. 17 L. n. 247/2012) per la re-iscrizione nell'albo a seguito di radiazione "non può limitarsi all'esame dei comportamenti dell'avvocato precedenti alla condanna disciplinare, poiché altrimenti di nessun professionista già ritenuto meritevole di radiazione disciplinare potrebbe mai essere disposta la reiscrizione" (27).

Ai fini della reiscrizione è infatti necessario valutare il comportamento successivo del richiedente, compreso il risarcimento delle parti lese (28). In tale ottica, la Suprema Corte ha avuto modo di sottolineare che "[...] *l'art. 17, co. 15, L. n. 247/2012, nello stabilire che l'avvocato cancellato dall'albo "ha il diritto di esservi nuovamente iscritto qualora dimostri la cessazione dei fatti che hanno determinato la cancellazione" indirettamente individua anche la riparazione del danno come presupposto per la reiscrizione, giacché il mancato ristoro costituisce indice negativo ai fini del giudizio prognostico relativo alla recuperata affidabilità del professionista*" (29).

5. Conclusioni.

La funzione sociale attribuita all'Avvocato dall'ordinamento, l'impegno solenne che lo stesso assume per far parte a pieno titolo della classe forense, obbliga l'iscritto a tenere un comportamento corretto (secondo i canoni forensi) in ogni ambito della sua vita professionale e privata al fine di non pregiudicare l'affidamento che i cittadini devono poter riporre nell'intera classe forense e nel singolo avvocato che la rappresenta.

Tali principi vengono ribaditi anche nella Carta dei Principi Fondamentali dell'Avvocato Europeo ove si ribadisce che: "*Principio (d) – dignità, onorabilità e probità: Per poter esercitare in maniera corretta la professione, l'avvocato deve mostrarsi degno di fiducia, fiducia che trova conforto nell'appartenenza a una professione improntata al decoro; da ciò deriva che egli non dovrà fare nulla che possa nuocere alla reputazione propria e dell'avvocatura in generale e che possa compromettere la fiducia del pubblico negli avvocati. Questo non significa che l'avvocato debba essere perfetto, ma che deve evitare comportamenti indecorosi, sia nell'esercizio della professione che in altre attività che nella vita privata, tali da gettare discredito sull'avvocatura. Una condotta indegna può comportare l'applicazione di sanzioni che possono arrivare, nei casi più gravi, alla radiazione.*"

E proprio la radiazione, l'allontanamento dalla classe forense con il divieto dell'uso del titolo, come massima sanzione per quelle condotte gravi e inconciliabili con i principi forensi, è il giusto e severo contrappeso da applicare per garantire, agli occhi della collettività e dell'avvocatura stessa, la serietà e correttezza dell'intera classe forense, la sua credibilità ed autorevolezza.

Note.

(1) Art. 8 Legge Forense "... *«Consapevole della dignità della professione forense e della sua funzione sociale, mi impegno ad osservare con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione di avvocato per i fini della giustizia ed a tutela dell'assistito nelle forme e secondo i principi del nostro ordinamento»*". Prima della riforma forense il cd "giuramento".

(2) Art. 53 c.4 L.F. – Sanzioni / Art. 22 Codice deontologico

(3) CNF sent. n. 73 del 01 giugno 2022; CNF sent. n. 3 del 23 febbraio 2022.

(4) CNF sent. n. 117 del 22 maggio 2021.

(5) Corte di Cassazione SS.UU., sent. n. 22986 del 21 agosto 2024.

(6) CNF sent. n. 194 del 3 ottobre 2023.

(7) CNF sent. n. 39 del 26 febbraio 2024. In senso conforme, da ultimo, CNF sent. n. 242 dell'8 novembre 2023 nonché CNF sent. n. 186 del 25 settembre 2023. Sulle eccezioni al divieto di cancellazione dall'albo in pendenza di procedimento disciplinare, cfr. da ultimo CNF sent. n. 335 del 27 dicembre 2023 nonché CNF sent. n. 35 del 25 marzo 2023.

(8) In arg. si segnalano CNF sent. n. 182 del 21 ottobre 2022 e CNF sent. n. 159 del 3 ottobre 2022.

(9) CNF sent. n. 26 del 23 febbraio 2024. *Nel caso di specie, il ricorrente aveva eccepito l'asserita nullità della radiazione disciplinare irrogatagli, poiché -a suo dire- violava il principio del ne bis in idem, essendo stato già condannato in sede penale per i medesimi fatti.*

(10) CNF sent. n.225 del 27 maggio 2024.

(11) Il CNF con sent. n. 152 del 17 luglio 2021 ha ritenuto congrua la radiazione irrogata dal CDD territoriale). Confermata Corte di Cassazione n. 10444 del 31 marzo 2022.

(12) CNF sent. n. 301 del 12 dicembre 2023.

(13) CNF sent. n. 168 del 30 luglio 21.

(14) Nel caso di specie il CNF con sent n.149 del 26 settembre 2022 riteneva, ex art. 21cod. deont., di attenuare la massima sanzione irrogata dal CDD territoriale, tenuto conto della "*profonda respipiscenza dell'incolpato, il quale spontaneamente nelle more intraprendeva un idoneo percorso riabilitativo presso le competenti strutture di salute mentale e dipendenze*" ritenendo così congrua, nel caso concreto, la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio della professione per anni tre.

(15) CNF sent. n.263 del 20 giugno 2024.

(16) CNF sent. n. 35 del 26 febbraio 2024.

(17) CNF sent. n. 26 del 23 febbraio 2024.

(18) CNF sent. n. 151 del 26 settembre 2022.

(19) CNF sent. n. 73 del 01 giugno 2022.

(20) CNF sent. n. 88 del 09 maggio 2023.

(21) CNF sent. n. 179 del 25 ottobre 2021.

(22) CNF sent. n. 165 del 17 luglio 2021; CNF sent. n. 166 del 17 luglio 2021; Corte di Cassazione sent. n. 7073 del 03 marzo 2022; CNF sent. n. 255 del 30 dicembre 2021; CNF sent. n. 131 del 25 giugno 2021; CNF sent. n. 118 del 22 maggio 2021.

(23) CNF sent. n. 2 del 09 febbraio 2023; CNF sent. n. 112 del 25 giugno 2022.

(24) CNF sent. n. 127 del 05 settembre 2022.

(26) CNF sent. n. 117 del 22 maggio 2021.

(26) CNF sent. n. 205 del 22 novembre 2021.

(27) CNF sent. n. 12 del 28 febbraio 2023.

(28) CNF sent. n. 180 del 21 ottobre 2022.

(29) Corte di Cassazione sent. n. 22511 del 26 luglio 2023.

Angelo Falzea e le funzioni giurisdizionali del Consiglio nazionale forense.

Guido Alpa*

C'è una pagina della vita professionale di Angelo Falzea nota a pochi colleghi, che val la pena di recuperare dall'oblio (la riportiamo di seguito a tale riflessione): essa corrisponde agli anni in cui il Maestro che oggi ricordiamo rappresentò il distretto della Corte d'Appello di Messina al Consiglio nazionale forense, l'organo di governo dell'Avvocatura italiana. E' stata una presenza significativa, perché durata quindici anni, dal 1971 al 1986. Falzea era stato eletto dagli Ordini del distretto alcuni mesi dopo la scomparsa del suo predecessore, Salvatore Pugliatti. Egli era in quel periodo preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina, e proprio negli anni del Consiglio aveva dato alle stampe *l'Introduzione alle scienze giuridiche* (1975) e *Voci di teoria generale del diritto* (1978). In quel torno d'anni del Consiglio facevano parte gli avvocati più rinomati, provenienti non solo dalle file dell'Avvocatura ma, nella maggior parte dei casi, anche dalle file dell'Accademia; e presidenti furono Aldo Casalinuovo (1971-1985) e Franzo Grande Stevens (1985-1991). Proprio negli stessi anni Natalino Irti era stato eletto a rappresentare gli Ordini dell'Abruzzo.

I tre lustri nei quali Falzea è stato consigliere coprono un arco di tempo importante per il nostro Paese, sia per il boom economico, sia per la collocazione del Paese nello scacchiere internazionale, sia per gli anni di piombo e i conflitti ideologici particolarmente acuti.

Tra i diversi progetti di riforma che investivano la società civile circolavano a quell'epoca alcuni disegni di legge sull'ordinamento delle professioni: era ben chiara, ovviamente, la differenza tra lo status giuridico del professionista quale lavoratore indipendente distinto dal lavoratore salariato e soprattutto dall'imprenditore, ma era altrettanto chiaro il privilegio concesso a coloro che impiegando le loro facoltà intellettuali, e la loro perizia, realizzavano un interesse privato unito ad interessi pubblici. Ciò giustificava la loro collocazione in una sede intermedia tra il lavoro dipendente e lo svolgimento di attività economiche: l'assoggettamento all'esame di abilitazione professionale, la possibilità di applicare tariffe per il proprio compenso, la denominazione di onorario anziché di retribuzione per l'attività prestata, l'obbligo di acquisire l'abilitazione all'esercizio della professione mediante il superamento dell'esame di Stato, l'assoggettamento ad un codice etico e quindi l'appartenenza obbligatoria ad un ordine professionale governato da professionisti, delineavano un disciplina che sottolineava sia l'indipendenza organizzativa ed economica dell'avvocato sia la consistenza dei servizi resi, sia il quadro morale in cui l'attività doveva essere prestata. Su questi connotati dell'attività forense era unanime la dottrina, da Francesco Santoro Passarelli a Francesco Galgano: l'avvocato non è (e non può essere) un lavoratore dipendente e neppure un imprenditore.

(*) Relazione letta al Convegno su "Angelo Falzea, un maestro del novecento giuridico italiano", organizzato a Roma il 9 ottobre 2024 all'Accademia Nazionale dei Lincei dal Prof. Giovanni D'Amico.

Angelo Falzea ha continuato a seguire l'attività del CNF negli anni successivi alla cessazione del suo incarico, ha intrattenuto rapporti con i Consiglieri, come dimostrano le numerose, acclamate partecipazioni ai congressi di aggiornamento, ed ha svolto una preziosa relazione su "Il principio "ignorantia iuris non excusat" e il ruolo dell'avvocato nella conoscenza del diritto", al Congresso AIGA del 1987, che Falzea ha voluto ripubblicare nel III volume delle sue *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. 3. Scritti d'occasione, Milano, 2010, pp. 173 ss.).

Proprio in quegli anni comincia ad avvertirsi tuttavia l'esigenza – che riaffiora di tanto in tanto anche ai tempi nostri – di assegnare alla categoria di tutti i lavoratori indipendenti, anche se assoggettati agli ordini, una disciplina uniforme, ad evitare la frammentazione delle professioni, la proliferazione degli ordini, il moltiplicarsi di status differenziati che appaiono ai più come status di privilegio.

I progetti che circolavano prevedevano che la responsabilità deontologica, determinata dalla violazione del Codice etico di ciascuna categoria, fosse affidata al giudice ordinario piuttosto che non agli Ordini professionali locali e poi agli Ordini nazionali.

Può apparire naturale che il giudice ordinario, al quale compete il potere di controllare l'esercizio dell'attività professionale, individuare i confini della responsabilità civile, misurarne la diligenza, ed eventualmente deciderne la condanna al risarcimento dei danni cagionati al cliente, possa contestualmente occuparsi anche della violazione delle norme etiche ed applicare quindi le sanzioni correlate alla gravità della lesione, cioè possa occuparsi della legittimità dell'avvertimento, della censura, della sospensione, della cancellazione o della radiazione dall'albo professionale comminata dagli ordini in sede di controllo deontologico dell'iscritto. E tuttavia nel caso dell'Avvocatura questa connessione non è così automatica: ciò perché l'Avvocatura contribuisce all'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, l'amministrazione della giustizia, ed è simbolo e veicolo di democrazia, perché posta alla salvaguardia del giusto processo in uno Stato democratico di diritto. Di qui l'obbligatorietà della difesa, la prestazione della difesa a tutti nel processo penale, il soccorso ai meno abbienti con il patrocinio a spese dello Stato, e con la presenza di avvocati negli organi costituzionali e negli stessi ranghi della Magistratura.

In sintesi, la professione forense, e quindi la categoria dei professionisti che le appartengono, godono di uno status che non può essere unificato agli status delle altre professioni.

Negli anni corrispondenti alla presenza di Falzea al Consiglio nazionale forense i venti della riforma soffiano impetuosi, e rischiano di travolgere questa impalcatura normativa: di qui la preoccupazione del Consiglio volta a difendere il ruolo politico e sociale dell'Avvocatura, e la ragione, più che comprensibile, di affidare a Falzea la sua difesa, e quindi le sue sorti. Ed è appunto il Maestro che guida la Commissione istituita dal CNF nei contatti con il Governo, con il Parlamento e con le altre Istituzioni, che è chiamato a preparare le difese del CNF.

Ne nascono pagine di straordinario vigore unito alla limpidezza e alla eleganza della forma.

Queste pagine sono pubblicate dapprima su *Rassegna forense* del 1984 (la rivista del Consiglio che raccoglie saggi, opinioni e sentenze in materia di responsabilità professionale) e poi, sempre sulla stessa *Rivista*, nel 2015 (pp.1007-1018) a commento dell'art. 2 c. 4 della legge di riforma della n. 247 del 2012 con cui si è assegnata una disciplina organica e moderna alla professione di avvocato.

Il punto che preoccupa di più il Consiglio e quindi il nostro Relatore riguarda le funzioni giurisdizionali del Consiglio nazionale forense: i proponenti della riforma unitaria delle professioni avevano in animo di cancellare questo potere ed affidare il controllo dell'esercizio della professione interamente al giudice ordinario, confinando gli Ordini territoriali e il Consiglio nazionale nell'area dell'attività amministrativa.

Molto abilmente Falzea ricostruisce la natura giuridica del CNF muovendo dai fondamenti dell'ordinamento, cioè dalla Costituzione: il Consiglio di Stato, i Tribunali amministrativi regionali, la Corte dei conti, il Tribunale superiore delle acque pubbliche, i Commissari regionali liquidatori di usi civici, i Tribunali militari e le Commissioni tributarie sono giudici speciali, istituiti anterior-

mente alla Costituzione e da essa “conservati” nelle loro funzioni. Il divieto di istituire tribunali speciali previsto dall’art. 102 vale solo per il futuro.

La norma si deve applicare anche al Consiglio nazionale forense? In effetti, accanto ai giudici sopra indicati il CNF è sopravvissuto all’approvazione della Costituzione, essendo stato istituito nel 1926.

All’epoca in cui Falzea si accinge ad esporre la sua difesa si era già formato l’orientamento giurisprudenziale che qualificava come amministrative le funzioni dei Consigli territoriali e per contro giurisdizionali le funzioni del Consiglio nazionale operante in sede disciplinare. Ma questo non impediva di rimettere in gioco la questione.

Una risalente pronuncia della Corte costituzionale, n. 110 del 1967, aveva precisato che “Non vale che il procedimento può essere iniziato anche dal pubblico ministero presso il Tribunale o su ricorso di chi è interessato a denunciare l’infrazione commessa dal professionista; né vale che gli atti del procedimento e la decisione devono essere comunicati al pubblico ministero suddetto, che questi può presentare deduzioni, e può chiedere la escussione di testimoni. A parte che non può escludersi che il compito di iniziare un procedimento amministrativo o di intervenire sia dato al pubblico ministero, quello presso il Tribunale, nella specie, non partecipa al procedimento innanzi al consiglio dell’ordine; tanto vero che, ricevuta copia della decisione, deve farne relazione all’ufficio superiore, il quale è il solo legittimato a proporre ricorso al consiglio nazionale forense. Unicamente in questa seconda fase del procedimento il pubblico ministero prende parte alla discussione, svolge le sue conclusioni e assiste alla decisione finale; e così resta dimostrato che i poteri che gli spettano nella fase anteriore hanno unicamente il carattere di collaborazione ad una attività amministrativa. E si dimostra che soltanto quando il procedimento si sposta nella sede del reclamo le funzioni del pubblico ministero si esercitano ai fini della tutela di un interesse esterno a quello del gruppo, diverso e distinto dall’altro che si incentra nell’ordine”.

Con successiva sentenza n. 114 del 1970 la Corte aveva ritenuto che “nei procedimenti disciplinari di cui agli artt. 38 e seguenti della legge n. 36 del 1934 sull’ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore, il Consiglio nazionale, a differenza dei singoli Consigli dell’Ordine, svolge, quando è chiamato a decidere sui ricorsi contro i provvedimenti adottati da detti Consigli, funzione giurisdizionale per la tutela di un interesse pubblicistico, esterno e superiore a quello dell’interesse del gruppo professionale: il che può trovare conferma nella ricorribilità contro le decisioni del Consiglio nazionale alle Sezioni unite della Corte di cassazione. (...) Ugual considerazione va fatta per i giudizi che si svolgono davanti al Consiglio nazionale su ricorsi avverso provvedimenti dei Consigli dell’Ordine riguardanti la sospensione dell’esercizio professionale in base all’art. 261 del testo unico sulle imposte dirette”.

Prima che Falzea si occupasse della questione erano già molteplici le sentenze della Corte costituzionale che avevano sfiorato la questione (le sentenze nn. 163 del 1971, 27 del 1972, 22 del 1973, 2 del 1974, 174 del 1980, 175 del 1980).

In particolare, la 27 sentenza del 1972 aveva precisato che “L’esame delle disposizioni concernenti i procedimenti disciplinari innanzi al Consiglio nazionale forense (artt. 59 a 68 del r.d. n. 37 del 1934) non lascia adito a dubbi sulla posizione di parte che assume il pubblico ministero nei casi in cui spieghi intervento in detti procedimenti. È sufficiente tener presente le norme che gli attribuiscono il potere d’impugnare in via principale ed incidentale le decisioni pronunciate dai consigli locali e di proporre ricorso alle sezioni unite della Cassazione avverso le decisioni del Consiglio nazionale, nonché le norme che gli attribuiscono la fa-

coltà di prendere visione degli atti, proporre deduzioni, esibire documenti, richiedere ulteriori indagini ritenute necessarie per l’accertamento dei fatti, per rendersi conto che il p.m. assume la veste di contraddittore diretto dell’incolpato e del suo difensore, ossia la figura tipica di parte nel processo di cui trattasi”.

Ora è evidente che con siffatta sua posizione non riesce in alcun modo a conciliarsi la norma denunciata che prevede l’assistenza del p.m. nel momento della deliberazione della decisione ed esclude, per contro, la presenza dell’incolpato e del suo difensore. La veste e le attribuzioni del p.m. nei procedimenti disciplinari dinanzi al Consiglio nazionale forense non sono dissimili da quelle spettanti al p.m. nei procedimenti ordinari e ciò nondimeno, per questi ultimi, l’ordinamento giudiziario vigente detta una norma generale di contenuto diametralmente opposto sancendo appunto il divieto per il p.m. di assistere alla deliberazione della decisione delle cause civili e penali da parte dei giudici di merito (art. 80, comma primo, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12).

Questo lungo percorso viene partitamente esaminato da Falzea per dimostrare come nelle decisioni della Corte non si sia mai dubitato che il procedimento dinanzi al CNF abbia natura giurisdizionale. E la conclusione del discorso sarà scritta sulla pietra dalla sentenza n.284 del 1986 (Presidente La Pergola, Relatore Saja) con queste parole: “Sulla legittimità costituzionale della normativa non incide sicuramente il fatto che al Consiglio spettino anche delle funzioni amministrative. In proposito non è pertinente la giurisprudenza di questa Corte, che ha ritenuto l’illegittimità di alcune giurisdizioni speciali a causa della coesistenza nello stesso organo di funzioni giurisdizionali e amministrative” (cfr. sentt. n. 60/1969; 121/1970; 128/1974).

Invero, secondo detta giurisprudenza, non è la semplice coesistenza delle due funzioni che menoma l’indipendenza del giudice (come la Corte ha espressamente ribadito nella sent. 73/1970), bensì il fatto che, nelle ipotesi considerate dalle decisioni suddette, le funzioni amministrative erano affidate all’organo giurisdizionale in una posizione gerarchicamente sott’ordinata, sicché era imminente il rischio che il potere dell’organo superiore potesse indirettamente estendersi anche alle funzioni giurisdizionali e potesse così in definitiva pregiudicare altresì l’indipendenza del giudice. Nella fattispecie, al contrario, le funzioni amministrative sono esercitate dal Consiglio senza che sussista un rapporto di subordinazione verso alcun altro soggetto e quindi in piena autonomia: con la evidente conseguenza che la loro coesistenza con quelle giurisdizionali non importa il rischio sopra menzionato e pertanto non incide sull’indipendenza del Consiglio stesso.

A conferma di ciò, non si può omettere il riferimento al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti i quali, per dettato costituzionale, hanno nel contempo funzioni giurisdizionali e di altra natura (artt. 100 e 103 Cost.). Peraltro anche gli organi della giurisdizione ordinaria, accanto alle funzioni tipiche, ne hanno altre di natura amministrativa (organizzazione degli uffici, vigilanza e controllo sul personale di cancelleria e subalterno, vigilanza sugli ufficiali dello stato civile, ecc.) senza che queste diminuiscano la loro indipendenza.

Il parallelo del CNF con il Consiglio di Stato e con la Corte dei Conti sembra tratto proprio dalle argomentazioni declinate da Falzea nella sua memoria.

Un altro argomento che il Maestro spende per giustificare l’attribuzione della funzione giurisdizionale al CNF riguarda la disciplina delle impugnazioni delle sue decisioni: non si tratta di sindacato di atti amministrativi, ma di vere e proprie impugnazioni delle decisioni che si celebrano davanti ad esso, avendo i procedimenti disciplinari carattere contenzioso: per l’appunto l’art. 56 del r.d.l.27 novembre 1933 n.1578 si coordina – sottolineando Falzea – con l’art. 111 Cost.

Ma la ricostruzione storica delle competenze del Consiglio non è sufficiente, agli occhi di Falzea, per conservare tali funzioni nel corso del tempo: egli dimostra che la difesa dell'avvocato con riguardo alle due competenze specifiche, tenuta degli albi e controllo del comportamento deontologicamente corretto, è costituzionalmente garantita solo se all'avvocato si garantisce il diritto alla giurisdizione, presidio a sua volta dalla sua indipendenza, sia come singolo, sia come appartenente alla categoria forense.

Ancora una volta il richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale è d'obbligo: questa Corte ha ritenuto – spiega Falzea – con più specifico riferimento al processo penale, che la difesa tecnico-professionale costituisce un momento essenziale del diritto di difesa ed è perciò irrinunciabile e insurrogabile (spec. sent. n. 125 del 1979); che essa è l'unica difesa in grado di garantire il contraddittorio e la tutela effettiva delle ragioni della persona coinvolta nel processo (questa argomentazione, già presente nella sentenza n. 46 del 1957, è stata ripresa e sviluppata nella appena ricordata sentenza n. 125 del 1979, la quale fa leva sulla necessità, già prospettata dal Carnelutti, di assicurare una almeno tendenziale parità tra accusa e difesa in relazione alla specifica capacità professionale del pubblico ministero e, perché non personalmente interessato, al suo agevole dominio delle emozioni); che per questo suo compito la difesa tecnico professionale risulta intimamente legata allo esercizio della funzione giurisdizionale e condiziona la regolarità del processo (sent. n. 59 del 1959); che di conseguenza, la difesa tecnico-professionale, abbia o no rilevanza costituzionale (ed è difficile negare che, almeno indirettamente, essa ne sia dotata), costituisce esercizio di una funzione pubblica (sent. n. 46 del 1957) ed integra un servizio pubblico.

Dall'indipendenza dell'avvocato dipende l'esercizio costituzionale del diritto alla difesa di ciascun cittadino. E qui sta il passaggio ingegnoso del Maestro: non è garantita la difesa se non è garantita l'indipendenza dell'avvocato.

<Se il professionista – egli prosegue – ha il compito di fare valere di fronte al giudice le ragioni della parte; egli, come la parte medesima, deve godere nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali, della più totale indipendenza con il solo rispetto delle norme che governano il processo; ivi comprese le norme specifiche sul fedele patrocinio (artt. 320 ss. c.p.).

Alla piena autonomia del professionista rispetto al giudice nello svolgimento dell'attività difensiva si accompagna, con rapporto di necessità, la piena indipendenza della classe professionale nel governo del proprio prestigio e decoro.

Qui si innesta un problema di grande impegno che riguarda la normativa posta a presidio del prestigio e del decoro della classe forense e del suo rapporto con la normativa ordinaria dell'ordinamento giuridico e, più specialmente con quella normativa ordinaria, soprattutto civile e penale, che ha per oggetto l'esercizio dell'attività professionale.

Con significativo parallelismo una corrispondente e, per fondamentali aspetti, simile normativa sta a presidio del prestigio e del decoro dell'ordine giudiziario e dei suoi componenti e perciò appare utile confrontare le due normative per una loro meno approssimativa individuazione.

Da queste premesse discendono le ulteriori considerazioni sul parallelismo che, con grande abilità, Falzea svolge tra il procedimento disciplinare dell'avvocato e il procedimento disciplinare del giudice, che è l'altro protagonista del processo: “il valore supremo della giustizia – sono ancora sue parole – si considera vulnerato tutte le volte in cui il comportamento del magistrato è tale da pregiudicare o il proprio prestigio personale o il prestigio dell'Ordine – anche se non è agevole immaginare come il pregiudizio dell'uno non comporti necessariamente anche il pregiudizio

dell'altro; ma il legislatore ha voluto chiarire che il sentimento di fiducia e di considerazione dei consociati verso chi amministra la giustizia va salvaguardato anche rispetto al singolo magistrato e al comportamento individuale che egli tiene in ufficio e fuori”.

Al Maestro non basta però ricorrere all'argomento sistematico per arrivare al risultato legittimante la funzione giurisdizionale del CNF: da teorico generale del diritto quale egli è, è portato a sviluppare i rapporti tra sistema legale e sistema etico, posto che il CNF giudica il comportamento eticamente corretto dell'avvocato. Ci troviamo di fronte a due ordinamenti egualmente vigenti e concorrenti, in qualche punto anche sovrapposti l'uno all'altro. “La stessa classe forense – sono sue parole – in virtù di quella autonomia che la diversifica dialetticamente dall'ordine giudiziario, è legittimata ad autogestire il proprio decoro e il proprio prestigio, non diversamente da come è legittimato a fare, per quanto lo riguarda, l'ordine giudiziario. Sottoporre alla valutazione dei giudici il controllo del decoro e del prestigio della classe forense significherebbe annullare quell'autonomia che nella classe forense prende il suo maggiore significato nel rapporto dialettico con l'ordine giudiziario”.

In conclusione: “quando il Consiglio nazionale forense, nei compiti disciplinari e di gestione degli albi professionali, esercita la sua funzione giurisdizionale, non si pone come giudice speciale nella applicazione del sistema normativo legale, bensì come giudice ordinario (etico) nella applicazione del sistema normativo etico che governa l'attività della professione forense. Esso, perciò, non diversamente dal Consiglio Superiore della Magistratura, sta fuori della ratio che presiede al divieto costituzionale dei giudici speciali”.

Coerentemente con questa configurazione del ruolo del CNF la Corte costituzionale ha riconosciuto al Consiglio il potere di sollevare questioni di legittimità costituzionale nell'ambito dei procedimenti disciplinari (con sentenze n.171 del 1996 e n. 272 del 2012) e il potere di spiegare intervento nei procedimenti costituzionali riguardanti la professione dell'avvocato (sentenza n.240 del 2014); il Consiglio nazionale forense tutela un interesse pubblicistico, ragion per cui non si può non riconoscergli un ruolo di rappresentanza sia delle diverse articolazioni associative, altrimenti prive d'un canale di comunicazione istituzionale, sia dei singoli che non aderiscano ad alcuna associazione. [...] È quindi ammissibile l'intervento [...], giacché si tratta di questioni inerenti allo statuto degli avvocati e procuratori, il cui esito non è indifferente all'esercizio delle attribuzioni dello stesso Consiglio» (sentenza n. 171 del 1996).

Sempre la medesima Corte ha riconosciuto con sentenza n. 156 del 2018 la legittimità delle funzioni di preparazione e selezione degli avvocati che intendono essere ammessi all'Albo speciale per la difesa dinanzi alle Corti superiori da parte della Scuola forense ai sensi dell'articolo 22, comma 2, della legge 31 dicembre 2012, n. 247.

Ancora di recente le Sezioni Unite della corte di Cassazione, con sentenza n. 9949 del 12/04/2024 hanno ritenuto che il procedimento disciplinare ha natura amministrativa nella prima fase (avanti al CDD), che si conclude con un atto che ha forma, natura e sostanza di provvedimento amministrativo (Cass., SS.UU. civ., n. 20685/2018). Quest'ultimo, tuttavia, diviene poi il presupposto di un successivo procedimento di impugnazione avanti al C.N.F., che assume natura e funzione propriamente giurisdizionali, nel quale il giudice disciplinare è investito del potere di conoscere ogni aspetto della vicenda in contestazione (Cass., S.U., n. 34476/2019).

L'insegnamento di Falzea non poteva essere osservato in modo più scrupoloso.

Sulle funzioni giurisdizionali del Consiglio Nazionale Forense.

Angelo Falzea*

Le rinnovate istanze per una riforma legislativa della professione forense e il programma, affidato ad una apposita commissione presso il Ministero della Giustizia, per la elaborazione di una legge quadro sulle professioni intellettuali, hanno reso urgente la soluzione del problema della possibilità giuridico, nell'ambito di una nuova regolamentazione normativa, di conservare al Consiglio nazionale forense le funzioni giurisdizionali ad esso demandate dalla legge professionale.

Il problema, intanto resta tale di fronte alle prospettive di carattere legislativo, in quanto venga considerato, non più della dimensione transitoria in cui è stato collocato dalle magistrature che di esse si sono occupate, bensì nel quadro duraturo del nostro sistema giuridico e dell'assetto stabile che esso ha dato alla funzione giurisdizionale dello Stato.

E' noto, infatti, che la giurisprudenza ha impostato la questione in termini di transitorietà ed ha dato ad essa, di conseguenza, una risposta la cui portata non può che essere, a Sua volta, transitoria.

La Corte Suprema ha affrontato tematicamente la questione con riferimento all'art. 102 Cost., e le sue decisioni seguono tre direttrici: riconoscono che il Consiglio nazionale forense nelle materie indicate dalla legge professionale (disciplina ed albi), esercita funzioni giurisdizionali; specifica che, allorché esercita tali funzioni, esso assume la veste di giudice speciale; dichiarano che tale veste e le relative funzioni sono legittime perché sono state previste da disposizioni legislative anteriori al divieto posto dall'art. 102, comma 2°, Cost.

Più precisamente, quanto alla terza argomentazione, la Corte Costituzionale ha ritenuto che il termine fissato dalla Via disposizione transitoria della Costituzione ha natura ordinatoria, restando rimessa alla valutazione 'discrezionale del Parlamento la scelta del momento per procedere alla revisione delle giurisdizioni speciali, sicché anche successivamente alla scadenza del detto termine il funzionamento degli organi di giurisdizione speciale preesistenti alla Costituzione e per i quali non si sia proceduto alla revisione legislativa - e tale è il Consiglio nazionale forense - deve considerarsi conforme al dettato costituzionale (sent. n. 109 del 1970).

Uniformandosi a tale indirizzo la Corte di Cassazione ha ritenuto, tra l'altro, costituzionalmente legittimi il Collegio arbitrale presso la Corte di Appello di Roma, istituito con l'art. 11 della L. 24 marzo 1932, n. 355 (sent. n. 2944 del 1963), e la Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie prevista dalla L. 13 settembre 1946, n. 233 (sent. n. 2544 del 1964). Quanto al Consiglio nazionale forense, ha ribadito che la competenza giurisdizionale ad esso attribuita dagli artt. 16 e 37 del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578 non si pone in contrasto con gli artt. 25, 102, 103, 104 e 113 Cost. trattandosi, appunto, di giurisdizione speciale preesistente e la cui sopravvivenza è prevista dalla Via disp. trans. (sent. n. 1750 del 1981).

È importante rilevare come abbia giocato il criterio della sopravvivenza nella soluzione che la Corte di Cassazione ha dato ad un problema analogo a quello qui considerato e relativo al Consiglio nazionale dei Consulenti del lavoro. La Corte ha deciso che avverso le decisioni di questo organo, adottate su impugnazione degli atti di Consigli professionali provinciali (nella specie in materia di iscrizione all'albo), deve escludersi l'esperibilità del ricorso per Cassazione, in quanto dette decisioni hanno carattere amministrativo e non giurisdizionale, essendo rese da un organo istituito dopo il divieto di nuove giurisdizioni speciali, fissato dall'art. 102, comma 2° Cost., ed in quanto, inoltre, nessuna norma, né in particolare quelle contenute nella legge 12 ottobre 1964, n. 1081 (istitutiva dell'albo dei consulenti del lavoro) e nella legge 11 gennaio 1979, n. 12 (sull'ordinamento della professione dei consulenti del lavoro) prevede l'immediata impugnabilità per Cessazione delle decisioni medesime (sent. n. 6686 del 1983). La istituzione del Consiglio nazionale dei Consulenti del lavoro, successiva al divieto costituzionale delle giurisdizioni speciali, è richiamata, non per dichiarare la illegittimità costituzionale delle leggi che ne prevedono le funzioni, bensì per affermare il carattere amministrativo delle decisioni adottate su impugnazione delle delibere dei Consigli professionali provinciali. L'esclusione della esperibilità del ricorso per cessazione contro tali decisioni viene, a sua volta, argomentata sulla base di due criteri: il carattere amministrativo delle stesse e la inesistenza di una norma che preveda la impugnabilità immediata per cassazione delle decisioni amministrative del Consiglio.

La seconda argomentazione lascerebbe supporre la legittimità costituzionale di una legge che ammetta l'immediata ricorribilità per cassazione di decisioni amministrative adottate in secondo grado dai Consigli nazionali professionali: ma si tratta, verosimilmente, di una argomentazione sovrabbondante e non voluta nelle sue, pur logiche, implicazioni. Per quanto concerne, tuttavia, il Consiglio nazionale forense la impugnabilità per cessazione della sua pronuncia resta ancorata alla natura giurisdizionale di questo organo e delle sue decisioni: e difetti le Sezioni Unite hanno espressamente escluso che le pronunce rese dal Consiglio nazionale forense, in sede di impugnazione dei provvedimenti dei Consigli dell'Ordine in materia disciplinare e di albi, siano atti amministrativi e, sulla base della natura di giudice speciale del Consiglio nazionale forense e del carattere contenzioso dei procedimenti che si celebrano davanti ad esso, ha affermato che il ricorso alle Sezioni Unite previsto dall'art. 56 R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578 si coordina con i principi fissati dall'art. 111 Cost., deducendone che la richiamata disposizione della legge professionale manifestamente non si pone in contrasto con gli artt. 2, 3, 113 Cost. sotto il profilo che sottrarrebbe atti amministrativi al sindacato degli organi della giustizia amministrativa (sent. n. 1030 del 1976 - nella quale le S.U. fissano il punto, che le funzioni giurisdizionali del Consiglio nazionale forense fanno a- presidio di diritti soggettivi degli iscritti e specialmente, sent. n. 1639 del 1980). Ciò che si tratta adesso di accertare è se quella che nell'odierno indirizzo della magistratura ordinaria e della Corte Costituzionale presentata come una soluzione transitoria non debba assumere; su basi giuridiche - e più specificamente costituzionali - diverse, una portata definitiva.

La funzione giurisdizionale del Consiglio nazionale forense espressione dell'autogoverno 'della professione forense nei due settori fondamentali, della tenuta degli albi professionali e della disciplina degli iscritti. Diventa allora essenziale chia-

(*) Queste pagine sono pubblicate dapprima su *Rassegna forense* del 1984 (la rivista del Consiglio che raccoglie saggi, opinioni e sentenze in materia di responsabilità professionale) e poi, sempre sulla stessa *Rivista*, nel 2015 (pp.1007-1018) a commento dell'art. 2 c. 4 della legge di riforma della n. 247 del 2012 con cui si è assegnata una disciplina organica e moderna alla professione di avvocato.

rire il perché della componente giurisdizionale nell'articolazione dell'autogoverno della classe professionale.

Decisiva è, a questo fine, la identificazione del compito assegnato alla difesa tecnico-professionale nella organizzazione degli strumenti con cui: l'ordinamento giuridico assicura la garanzia costituzionale del diritto di difesa (art. 24 Cost.).

Va intanto precisato che la difesa tecnico-professionale non è condizione universalmente necessaria per la garanzia effettiva del diritto di difesa e, dunque, per il corretto esercizio della funzione giurisdizionale dello Stato: Non lo è, difatti, per le questioni la cui entità o fa cui natura rendono bastevole la difesa personale o non indispensabile, e perciò, disponibile, il ricorso alla difesa tecnico-professionale (Corte Cost., sent. n. 29 del 1962). E non è neppure condizione universalmente sufficiente: non lo è tutte le volte in cui, essendo coinvolti nel processo valori primari della persona - il che avviene prevalentemente ma non esclusivamente nel processo penale si può e si deve fare spazio alla difesa personale della parte. Ma queste precisazioni dimostrano, anche e specialmente, che la difesa tecnico-professionale gioca 'un ruolo eminente nell'attuazione del diritto di difesa: sia se è lasciata alla disponibilità della parte - la quale ha perciò diritto di fruirne quando lo voglia sia se è prescritta dalla legge inderogabilmente - nel quale caso la parte non ne ha la disponibilità e, anche volendolo, non può espungerla dal processo.

Il diritto alla difesa si atteggia, dunque, con riguardo all'attuazione della garanzia costituzionale di cui gode, non soltanto come diritto alla giurisdizione - cioè ad ottenere giustizia dagli organi pubblici, ordinari e non straordinari e speciali, istituzionalmente investiti della funzione: giurisdizionale -; ma anche come diritto a porre e svolgere nel processo le iniziative e le misure più appropriate alla affermazione giudiziale delle proprie ragioni. In un ordinamento giuridico come il nostro, in cui la grande complessità della legislazione si coniuga con una sua diffusa specializzazione e alla approssimazione formale si aggiunge una scarsa coerenza sostanziale nella regolamentazione degli istituti, appare indispensabile, anche per il grande peso che ha l'attività di formazione integrativa svolta dalla giurisprudenza, l'assistenza tecnico-professionale: già sul piano extraprocessuale e, tanto più, nell'ambito del processo. In questo, la garanzia dei valori della giustizia, e con essi quelli della verità di fatto e giuridica e della personalità umana, richiede un costo assai alto in termini di conoscenza delle regole sostanziali e delle tecniche processuali, un costo che il comune cittadino col suo sapere comune non è in grado di pagare. Per queste ragioni - e non sono certamente le sole - non può bastare alla piena realizzazione del diritto di difesa l'attribuzione alla persona del potere di ottenere giustizia da parte di un giudice ordinario - e non straordinario o speciale - e il potere di difendersi da sé, e la difesa tecnico-professionale assume il ruolo di uno strumento indispensabile e insostituibile perché il diritto di difesa trovi effettiva garanzia e reale attuazione.

In tale direzione si è mossa la nostra giurisprudenza e, quel che qui maggiormente rileva, l'attività di controllo della Corte costituzionale. Ha ritenuto questa Corte, con più specifico riferimento al processo penale, che la difesa tecnico-professionale costituisce un momento essenziale del diritto di difesa ed è perciò irrinunciabile e insurrogabile (spec. sent. n. 125 del 1979); che essa è l'unica difesa in grado di garantire il contraddittorio e la tutela effettiva delle ragioni della persona coinvolta nel processo (questa argomentazione, già presente nella sentenza n. 46 del 1957, è stata ripresa e sviluppata nella appena ricordata sentenza n. 125 del 1979, la quale fa leva

sulla necessità, già prospettata dal Carnelutti, di assicurare una almeno tendenziale parità tra accusa e difesa in relazione alla specifica capacità professionale del pubblico ministero e, perché non personalmente interessato, al suo agevole dominio delle emozioni); che per questo suo compito la difesa tecnico-professionale risulta intimamente legata allo esercizio della funzione giurisdizionale e condiziona la regolarità del processo (sent. n. 59 del 1959); che di conseguenza, la difesa tecnico-professionale, abbia o no rilevanza costituzionale (ed è difficile negare che, almeno indirettamente, essa ne sia dotata), costituisce esercizio di una funzione pubblica (sent. n. 46 del 1957) ed integra un servizio pubblico.

Sembra legittimo, in conclusione, affermare che le norme organizzative predisposte per l'attuazione del diritto di difesa si articolano in due grandi strutture, complementari e funzionalmente interindipendenti: la struttura giuridica e la struttura tecnico-professionale. La struttura giurisdizionale senza la struttura tecnico-professionale non garantirebbe il diritto di difesa nel secondo degli aspetti sopra considerati, non diversamente da come la struttura tecnico-professionale senza la struttura giurisdizionale non garantirebbe il diritto di difesa nel primo di tali aspetti.

Una attenta riflessione sul rapporto tra diritto alla giustizia e diritto alla assistenza professionale nell'ambito della garanzia costituzionale del diritto di difesa - e più in generale, nell'ambito della funzione giurisdizionale dello Stato - mostra l'ufficio strumentale del secondo rispetto al primo. La difesa professionale costituisce il mezzo necessario perché la giustizia, da chiunque invocata, sia resa in un contesto processuale in cui abbiano trovato appropriata evidenziazione e adeguato sostegno le ragioni che la parte può far valere. Ma questo rapporto di strumentalità resta sempre all'interno del più generale diritto di difesa e non soltanto non implica alcuna posizione inserviente della difesa professionale rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale, quanto anzi esige che l'attività forense sia svolta con la medesima indipendenza richiesta all'esercizio dell'attività giurisdizionale e, ancor più, con una rafforzata indipendenza nei confronti degli stessi organi della giurisdizione. Se il professionista ha il compito di fare valere di fronte al giudice le ragioni della parte; egli, come la parte medesima, deve godere nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali, della più totale indipendenza con il solo rispetto delle norme che governano il processo; ivi comprese le norme specifiche sul fedele patrocinio (artt. 320 ss. c.p.).

Alla piena autonomia del professionista rispetto al giudice nello svolgimento dell'attività difensiva si accompagna, con rapporto di necessità, la piena indipendenza della classe professionale nel governo del proprio prestigio e decoro.

Qui si innesta un problema di grande impegno che riguarda la normativa posta a presidio del prestigio e del decoro della classe forense e del suo rapporto con la normativa ordinaria dell'ordinamento giuridico e, più specialmente con quella normativa ordinaria, soprattutto civile e penale, che ha per oggetto l'esercizio dell'attività professionale.

Con significativo parallelismo una corrispondente e, per fondamentali aspetti, simile normativa sta a presidio del prestigio e del decoro dell'ordine giudiziario e dei suoi componenti e perciò appare utile confrontare le due normative per una loro meno approssimativa individuazione.

La materia è governata dal R.D. Lvo 31 maggio 1946, n. 511, nella parte non abrogata - e, specialmente, dagli artt. 17-21 e 28-37 -; dalla legge 24 marzo 1958, n. 195, con le modifiche introdotte dalla legge 18 dicembre 1967, n. 1198 e dalla legge 3 gennaio 1981, n. 1; dal D.P.R. 16 settembre 1958, n. 916.

Costituiscono un fattore normativo importante, per il loro ufficio integrativo, le decisioni adottate in questo settore dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione.

Gli aspetti che interessano, per i punti di contatto tra la responsabilità degli appartenenti all'ordine giudiziario e quella degli appartenenti alla classe forense, sono i seguenti:

a) L'art. 18 del R.D. Lvo n. 511, del 1946 identifica come soggetto a sanzioni disciplinari «il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga, in ufficio o fuori una condotta che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario». Contro le accuse di indeterminazione e di illegittimità costituzionale della disposizione richiamata (artt. 21 cpv., 25 cpv., 101 e 108 Cost.), la Corte Costituzionale ha chiarito che i due valori - la fiducia e la considerazione di cui deve godere il magistrato da una parte e il prestigio dell'ordine giudiziario dall'altra - non sono compatibili con una compiuta catalogazione dei comportamenti che si pongono con essi in contrasto e che il principio di legalità adeguatamente garantito con l'uso di espressioni le quali, ancorché generiche, si richiamano a concetti di comune esperienza o a «valori sociali oggettivamente accertabili» (sent. n. 100 del 1981). È importante porre in evidenza la posizione disgiuntiva del prestigio individuale rispetto al prestigio dell'ordine e il significato che la tutela di queste due forme di prestigio presenta rispetto all'ordinamento giuridico: il valore supremo della giustizia si considera vulnerato tutte le volte in cui il comportamento del magistrato è tale da pregiudicare o il proprio prestigio personale o il prestigio dell'Ordine - anche se non è agevole immaginare come il pregiudizio dell'uno non comporti necessariamente anche il pregiudizio dell'altro; ma il legislatore ha voluto chiarire che il sentimento di fiducia e di considerazione dei consociati verso chi amministra la giustizia va salvaguardato anche rispetto al singolo magistrato e al comportamento individuale che egli tiene in ufficio e fuori.

b) Gli artt. 20 e 21 del medesimo decreto legislativo prevedono sanzioni disciplinari molto simili a quelle previste dalla legge professionale, tenuto conto della circostanza che il magistrato, a differenza del professionista, è un dipendente dello Stato.

c) Il procedimento disciplinare è affidato al Consiglio Superiore della Magistratura che, malgrado la sua composizione eterogenea, è l'organo di autogoverno della magistratura: le decisioni adottate in sede disciplinare hanno natura giurisdizionale così come l'organo e il relativo procedimento e, secondo una tesi accreditata, il Consiglio Superiore della Magistratura va qualificato come giudice speciale.

d) I provvedimenti disciplinari sono impugnabili, per motivi di legittimità, davanti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (art. 60 D.P.R. n. 916 del 1958 e art. 17 u.c. L. n. 195 del 1958).

Facendo applicazione di tali regole la Corte Suprema, chiamata a pronunciarsi sul procedimento disciplinare a carico del magistrato per fatti e comportamenti che lo rendano immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o che compromettano il prestigio dell'ordine giudiziario, ha ritenuto che tale procedimento si pone su piano autonomo rispetto al processo penale, dato che l'eventuale configurabilità in quei fatti o comportamenti di estremi di reato non interferisce sulla promozione del procedimento stesso e la irrogazione delle previste sanzioni, salvo l'obbligo del rapporto ai sensi dell'art. 3 c.p.p. e l'autorità degli accertamenti contenuti nel giudicato penale. Per tanto, concludono le Sezioni Unite, pure in ipotesi di rilevanza penale dei fatti impu-

tati nel procedimento disciplinare, manifestamente non è configurabile un contrasto tra le norme che regolano tale procedimento e gli artt. 2, 3, 25 e 102 Cost., tenuto presente che le norme medesime non sottraggono il magistrato al giudice naturale penale, ne creano un giudice speciale e né interferiscono sul principio della legalità e tassatività delle fattispecie criminose e che inoltre assicurano all'incolpato, in sede disciplinare, il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. (il quale non prescrive che la sua tutela debba essere assicurata con un doppio grado di giurisdizione) - sent. n.5888 del 1981. I dati ai nostri fini più importanti, che si desumono da questa decisione, sono i seguenti: a) è affermata l'autonomia del procedimento disciplinare rispetto al processo penale; b) è affermata la, possibile, doppia rilevanza della condotta degli appartenenti all'ordine, rispetto alla normativa disciplinare e alla normativa penale, con la conseguenza della prevenzione del giudizio penale rispetto al procedimento disciplinare e della autorità, rispetto al secondo, degli accertamenti contenuti nel giudicato penale; c) è affermato che l'organo giudiziario investito del procedimento disciplinare non è un giudice speciale penale; d) è affermato il principio del diritto di difesa dell'incolpato nel procedimento disciplinare; e) è affermato che per l'attuazione del diritto di difesa non è richiesto un doppio grado di giurisdizione di merito.

Tra questi molteplici dati assume prevalenza, nel nostro problema quello della lettera c). La Corte Suprema, pur riconoscendo che la funzione esercitata dall'organo giudiziario disciplinare è una funzione giurisdizionale, ritiene che non si tratti di un giudice speciale penale. La portata del principio è ovviamente più estesa. Le argomentazioni della Corte, con i necessari adattamenti, operano non solo nel confronto tra il procedimento disciplinare e il giudizio penale, ma, più in generale, nel confronto tra il primo e qualunque giudizio ordinario. Sicché l'affermazione sub c) va intesa nel senso che l'organo giudiziario disciplinare non è un giudice speciale e non soltanto che non è un giudice speciale penale.

A ben vedere, la ragione profonda della legittimità dell'organo giurisdizionale disciplinare sta nel fatto che esso non è chiamato ad applicare la normativa legale - civile, penale o di altre parti dell'ordinamento giuridico formalizzato nelle leggi dello Stato - sibbene la normativa etica. La specialità della sua giurisdizione non rientrava perciò in quella specialità nella quale opera il divieto di cui all'alt. 102 comma 2° Cost. Le due forme di responsabilità si cumulano perché, pur avendo entrambe una valenza giuridica, discendono da sistemi normativi differenti.

Il discorso, per ovvie ragioni di contingenza, non può essere condotto oltre, come esigerebbe la importanza e la complessità della problematica trattata. È però intuitivo - e all'intuizione affidiamo soprattutto la intelligenza della distinzione - che la responsabilità disciplinare del magistrato non discende dal rapporto di impiego che lo lega allo Stato ma dalla funzione costituzionale che egli esercita, e che la normativa dalla quale è governata tale forma di responsabilità, nei suoi aspetti sostanziali e non meramente formali - come sono quelli procedurali e sanzionatori è retta da un sistema di regole etiche al quale rinvia non recettivamente la legge positiva.

Queste conclusioni, imperniate sull'idea della responsabilità disciplinare del magistrato come responsabilità giuridica a fondamento etico - traggono conferma dalla regolamentazione disciplinare dell'avvocato e valgono a loro volta a spiegare la responsabilità disciplinare degli appartenenti alla classe forense come responsabilità giuridica a fondamento etico. Le due figure di responsabilità, come si diceva, corrono

parallele perché paralleli sono i compiti del magistrato e dell'avvocato nella realizzazione del valore supremo della giustizia. Entrambe hanno le loro radici nella indipendenza - dell'ordine giudiziario e della classe forense - una indipendenza che è la garanzia necessaria della imparzialità della funzione giurisdizionale e del suo svolgimento col rispetto del diritto di difesa dei cittadini.

Considerando più specificamente la funzione assolta dalla classe forense nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, va rilevato che, non diversamente da quanto avviene per l'ordine giudiziario, a fondamento di essa stanno due sistemi normativi strettamente coordinati ma di natura diversa: il sistema normativa legale e il sistema normativa etico. Il sistema normativa etico si sviluppa, per la classe forense, in quella che viene usualmente designata come deontologia professionale: I valori sociali che i due sistemi normativi tutelano non sono i medesimi. Il sistema legale si preoccupa dell'esercizio dell'attività professionale sotto il doppio profilo, della corretta realizzazione della funzione giurisdizionale e della piena attuazione del diritto di difesa; le sue norme si attestano nella sfera civile e nella sfera penale che regolano la responsabilità del professionista nell'un campo e nell'altro. Il sistema etico, invece, si preoccupa di tutelare i valori sociali della classe forense, più precisamente i valori sociali relativi al decoro e al prestigio che la classe deve godere nella società perché possa svolgere, nella piena fiducia dei cittadini, i compiti di difesa che le competono nell'ambito dell'amministrazione della giustizia. La violazione delle norme del sistema legale lede direttamente i valori della giustizia o gli interessi specifici dei cittadini; la violazione delle norme del sistema etico lede direttamente i valori della classe forense.

Ed è perciò la stessa classe forense, in virtù di quella autonomia che la diversifica dialetticamente dall'ordine giudiziario, che è legittimata ad autogestire il proprio decoro e il proprio prestigio, non diversamente da come è legittimato a fare, per quanto lo riguarda, l'ordine giudiziario. Sottoporre alla valutazione dei giudici il controllo del decoro e del prestigio della classe forense significherebbe annullare quell'autonomia che nella classe forense prende il suo maggiore significato nel rapporto dialettico con l'ordine giudiziario.

Al giudice può e deve essere riservato esclusivamente il controllo della osservanza delle regole formali poste a garanzia di ogni cittadino, quindi anche del professionista del Foro, tutte le volte in cui si giudica la sua condotta, soprattutto quando da questo giudizio possono derivare sanzioni disciplinari all'interno della stessa classe della quale il soggetto fa

parte: un controllo di mera legittimità, dunque, che la legge prevede e regola sottoponendo le decisioni del Consiglio nazionale forense alla impugnazione davanti alle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione.

La distinzione dei due sistemi normativi, naturalmente, non esclude connessioni, interferenze e persino sovrapposizioni. Il significato più profondo della connessione va rinvenuto in ciò, che il decoro e il prestigio della classe forense costituisce condizione necessaria perché l'amministrazione della giustizia si svolga con la garanzia di una difesa del cittadino eticamente affidabile. E perciò che la stessa legge professionale - e dunque il sistema normativo legale - fa espresso riferimento al decoro e al prestigio della classe forense e alle condizioni etiche richieste per la iscrizione agli albi professionali. Ma la connessione non significa identificazione tra i due sistemi normativi e tanto meno l'assorbimento del sistema etico entro il sistema legale; essa si realizza, infatti, mediante un rinvio semplice del sistema legale al sistema etico.

Le interferenze e le eventuali sovrapposizioni si verificano quando la condotta del professionista nel violare il sistema legale e gli interessi e valori garantiti dalle leggi che lo compongono, viola a un tempo il sistema etico. Ma in questi casi il principio di connessione offre la soluzione ai possibili conflitti, subordinando la valutazione etica della condotta del professionista all'accertamento, in sede civile o penale, della esistenza medesima della condotta lesiva, salva la possibilità data agli organi della classe forense di adottare provvedimenti cautelari o di provvedere disciplinarmente quando l'esito del giudizio civile o penale lascia spazi alla sua cognizione.

Possiamo allora concludere nel senso che quando il Consiglio nazionale forense, nei compiti disciplinari e di gestione degli albi professionali, esercita la sua funzione giurisdizionale, non si pone come giudice speciale nella applicazione del sistema normativo legale, bensì come giudice ordinario (etico) nella applicazione del sistema normativo etico che governa l'attività della professione forense. Esso, perciò, non diversamente dal Consiglio Superiore della Magistratura, sta fuori della ratio che presiede al divieto costituzionale dei giudici speciali.

Le superiori considerazioni, che sono suscettibili di sviluppi e approfondimenti - dai quali - non è da attendersi se non una più completa e articolata conferma delle conclusioni alle quali si è pervenuti - inducono il Consiglio nazionale forense a riaffermare la propria esclusiva competenza giurisdizionale di merito nella condotta degli iscritti agli albi professionali e di quanti chiedono di esservi iscritti, sotto il profilo della tutela del decoro e del prestigio della classe forense.