

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, Antonino Dimundo, Riccardo Ferrante, Andrea Fusaro, Antonio Lovisolo, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, Vito Piergiovanni, Paolo Pisa, 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, Emanuele Lamberti, Riccardo Maoli, Roberto Negro, Carlo Rossello, Alvaro Vigotti

REDAZIONE

Coordinamento

Alessandro Barca

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.), Michela Ferraris (MI.F.), Antonio Fontana (A.FONT.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Carlo Iavicoli, Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano Vigliotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

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:

Fabio De Santis, Elisabetta Ratti

COLLABORANO

Sezione di diritto civile:

Flavia Abbondanza (FL.A.), Federica Adorni (FAD.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (FBART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Marzio Bini (MA.BN.), Filippo Biolè, Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Lavinia Botto, Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandì (EL.BR.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Emanuela Casaleggio (E.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dassio, Annamaria De Luca (A.DL.), Alessandro Demarchi (A.DM.), Raffaella Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Gianvittorio Domini (G.V.D.), Paolo Donadoni, Stefano Faccio, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Daniele Ferrari

(D.F.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Giuseppe Inglese (G.ING.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, 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.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Federico Montaldo, Sonia Nadali (S.NA.), Alessandro Nicolini (A.Nic.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Francesca Paderno (FP.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Nicolò Pescetto (N.P.), Giuseppe Piccardo (GIU.P.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Claudio Rambaldi (CL.RM.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (GUR.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Somazzi, Alberto Spinelli (ALB. SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Fabio Toriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Valentina Ventura (V.V.), Jenny Verduci (J.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (FA.Z.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Marco Berruti (M.B.), Gabriella Bozzone (G.B.), Omar Caramaschi (O.C.), Luca Costanzo (L.C.), Simone Frega (S.F.), Fabio Gaggero (F.G.), Alessandro Salustri (A.S.), Matteo Timo (M.T.)

Sezione di diritto tributario:

Federico Bertocchi, Andrea Bodrito, Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Caterina Oliva, Alessandra Piccardo (A.P.), Lorenzo Ugolini (L.U.)

Sezione di diritto penale:

Luca Barontini, Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Ilaria Busca, Martina Caputo (M.CAP.), Annalisa Carella (AN.CAR.), Giovanna Ceresa Gastaldo, Maria Cersosimo, Michele Ciravegna (M.CIR.), Martina Duina, Luca Aldo Forlani, Franco Augusto Gastaldo, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Alessandro Magrassi, Paolo Michieli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Ruggero Navarra, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Gabriele Ponterprino, Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Valter Semino, Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri

Sezione di deontologia:

Roberta Caprioli, Fabio Cavaletti, 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

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte d'Appello di Genova, 7 maggio 2014, n. 611	
Corte di Cassazione, sezioni unite, 30 aprile 2020, n. 8434	3
<i>Tetto condominiale e installazione di antenne per la telefonia: quale contratto si configura e quali (conseguenti) maggioranze assembleari sono necessarie.</i>	
Alessandro Barca	12
Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 febbraio 2021, n. 221	11
Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 2 dicembre 2020	16
Tribunale di Genova, sez. IV civ., 10 dicembre 2020	17
Corte di Cassazione, sez. VI civ., 17 dicembre 2020, n. 28883	22
Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 12 agosto 2020, n. 782	23
Tribunale di Savona, sez. civ., 14 novembre 2020	25
Massimario	30
Documenti	
<i>L'Europa della mediazione in sintesi.</i>	
Carlo Alberto Calcagno	38
<i>La legge Claeyss-Leonetti sui nuovi diritti dei malati terminali in Francia.</i>	
Anna Sansa	45

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massimario	52
-------------------	-----------

Sezione di diritto tributario

Massimario	59
-------------------	-----------

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte di Cassazione, sez. I pen., 11 dicembre 2020, n. 35544	66
<i>La mancata distruzione del bene contraffatto sottoposto a confisca. Una soluzione ragionevole per un caso singolare.</i>	
Gabriele Pontepirino	67
Massimario	72

Sezione di deontologia

Documenti

<i>Il Richiamo Verbale.</i>	
Fabio De Santis	77
<i>Ancora sulla insussistenza in capo al COA di qualsiasi potere valutativo, pre-istruttorio o deliberativo sulla fondatezza della segnalazione, denuncia o esposto.</i>	
Fabio De Santis	79

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

I

Corte d'Appello di Genova, 7 maggio 2014, n. 611.

**COMUNIONE e condominio - parti comuni - lastrici so-
lari - concessione in godimento ad un terzo per l'instal-
lazione di impianti tecnologici - impossibilità di utilizzo
del bene comune - regolamento condominiale - men-
zione - costituzione di diritto personale di godimento -
esclusione.**

(Artt. 1117 e 1180 c.c.)

Il contratto di locazione col quale un condomino concede ad una società di telefonia l'utilizzo del lastrico solare per l'installazione di antenne radio, non rappresenta un atto di gestione della cosa comune bensì un atto di appropriazione del bene comune, che supera i limiti dell'uso lecito, riconosciuto dalla legge a favore di ciascun partecipante al condominio. La collocazione fissa di un traliccio costituisce un uso invasivo incompatibile con la simultanea utilizzazione del bene comune, sia pure potenziale e con modalità diverse, da parte degli altri condomini.

La clausola del regolamento condominiale dichiarativa dell'esistenza di una servitù sul tetto del caseggiato, non può essere riferita all'impianto in contestazione, la presenza del quale non forma oggetto di servitù, ancorché ne abbia l'apparenza materiale, ma di un diritto personale di godimento e la semplice menzione dell'esistenza di una servitù, contenuta nel regolamento condominiale, non può valere a costituire un diritto inesistente.

M.I.F.

II

Corte di Cassazione, sezioni unite, 30 aprile 2020, n. 8434 - Pres. Mamone - Rel. Cosentino.

(Cassa con rinvio, Corte d'Appello di Genova, 7 maggio 2014)

**COMUNIONE e condominio - parti comuni - lastrici so-
lari - concessione in godimento ad un terzo per l'instal-
lazione di impianti tecnologici - natura del contratto -
contratto ad effetti reali - contratto ad effetti obbligatori
- interpretazione - necessità.**

(Artt. 812, 934, 952, 954, 1108, 1117, 1180, 1322 c.c.)

Il contratto con cui il proprietario del lastrico solare ceda, a titolo oneroso, ad un altro contraente il diritto di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore e di asportarlo al termine del rapporto può essere qualificato come contratto ad effetti reali (sub specie di diritto reale di superficie), ed in tal caso è necessario, affinché il contratto possa produrre effetti, il consenso, ex art. 1180, comma III c.c., di tutti i condomini, ovvero può essere qualificato come contratto ad effetti obbligatori (sub specie di concessione atipica del diritto ad aedificandum), non occorrendo, in tale eventualità, il consenso unanime ma la maggioranza. (1)

La ricostruzione del contratto concretamente dedotto in giudizio all'una o all'altra delle suddette categorie, rappresenta una questione di interpretazione contrattuale, che rientra nei poteri del giudice di merito. (2)

M.I.F.

II

(... Omissis...)

1. Con citazione del 12 novembre 2008 il Condominio (... omissis...), e i condomini B.D., M.A. e C.V. convennero davanti al Tribunale di Chiavari la società Manas s.r.l., partecipante al condominio, e la società H3G s.p.a., domandando la rimozione dal tetto del fabbricato condominiale dell'impianto di antenne per la telefonia mobile di proprietà della H3G s.p.a.; tale impianto era collegato, tramite cavi attraversanti le parti comuni dell'edificio, ad una cantina di proprietà della Manas s.r.l., ove erano installati altri impianti posti al servizio delle antenne.

2. La convenuta Manas s.r.l. dedusse di aver concesso l'uso di una porzione del tetto per l'installazione dell'impianto alla società Blu s.p.a. - alla quale era poi subentrata la H3G s.p.a. - con contratto di locazione avente data certa del 3 dicembre 2001; secondo la Manas, detto contratto doveva ritenersi opponibile, per il principio emptio non tollit locatum fissato nell'art. 1599 c.c., a tutti gli acquirenti delle singole unità immobiliari del fabbricato, i quali erano subentrati nel condominio in data successiva a quella di registrazione del contratto di locazione. La Manas aggiunse che la locazione era comunque nota ai condomini, perchè questi avevano dichiarato nel regolamento di condominio, di natura contrattuale, di conoscere l'esistenza della servitù derivante dall'installazione dell'impianto di telefonia sul tetto condominiale.

3. L'altra convenuta, H3G s.p.a., parimenti allegò di essere nel godimento del bene in forza del contratto di locazione stipulato con la Manas s.r.l.

4. Entrambi i convenuti, concludendo per il rigetto delle domande degli attori, proposero, in linea di ipotesi, reciproche domande di manleva.

5. Il Tribunale di Chiavari, con sentenza del 18 marzo 2010, respinse le domande degli attori.

6. La sentenza di primo grado è stata ribaltata dalla Corte d'appello di Genova, la quale, con sentenza del 7 maggio 2014, ha accolto il gravame avanzato dal Condominio (... Omissis...), nonché da B.D., M.A. e C.V. ed ha negato il diritto delle parti appellate di mantenere sul tetto dello stabile condominiale il supporto con antenne per telefonia mobile, con relative opere ed infrastrutture; conseguentemente, la Corte d'appello ha condannato le medesime appellate a rimuovere tali opere, nonché i cavi di collegamento tra le stesse e le apparecchiature situate nel locale cantina di proprietà della società Manas. La Corte territoriale, per quanto qui ancora interessa, ha altresì rigettato la domanda di manleva proposta da H3G s.p.a., nei confronti della Manas s.r.l., ritenendo non provato il danno preteso dalla H3G s.p.a..

7. La sentenza di appello ha preliminarmente precisato, in linea di fatto, che il contratto di locazione concluso tra Manas s.r.l. e la H3G s.p.a. il 3 dicembre 2001 era posteriore alla costituzione del condominio, risalendo quest'ultima al 2 agosto 2001, epoca della stipula dell'atto con cui le originarie proprietarie dell'intero fabbricato avevano venduto cinque appartamenti alla società Manas e un appartamento alla società Sac s.r.l.. Sulla scorta di tale premessa di fatto, la Corte ligure ha argomentato, in linea di diritto: - che la Manas s.r.l. aveva agito nel proprio interesse e non nell'interesse del condominio, come reso palese dal rilievo che

il canone della locazione veniva da lei stessa integralmente percepito;

- che, conseguentemente, il suddetto contratto di locazione non poteva ritenersi un atto di gestione della cosa comune, bensì un atto “di appropriazione del bene comune, che supera i limiti dell’uso lecito, riconosciuto dalla legge a favore di ciascun partecipante al condominio” (pag. 4, rigo 21, della sentenza); ciò in quanto, nella specie, per un verso, il lastrico condominiale risultava “asservito non all’uso esclusivo di una unità dello stesso stabile di proprietà esclusiva di un condomino, ma all’esercizio di un impianto estraneo al condominio” (pag. 4, penultimo rigo, della sentenza) e, per altro verso, la collocazione fissa di un traliccio costituiva un uso “invasivo incompatibile con le simultanea utilizzazione del bene comune - sia pure potenziale e con modalità diverse - da parte degli altri condomini” (pag. 5, rigo 6, della sentenza);

- che la clausola del regolamento condominiale dichiarativa dell’esistenza di una servitù sul tetto del caseggiato non poteva essere riferita all’impianto in contestazione, la presenza del quale “non forma oggetto di una servitù, ancorché ne abbia l’apparenza materiale, ma di un diritto personale di godimento” (pag. 5, rigo 10, della sentenza); d’altra parte, osserva la corte ligure “la semplice menzione dell’esistenza di una servitù, contenuta nel regolamento di condominio, non può valere a costituire un diritto inesistente” (pag. 5, rigo 17, della sentenza).

8. Avverso la sentenza della Corte d’appello di Genova la società Manas s.r.l. ha proposto ricorso per cassazione, articolato in tre motivi.

9. Contro la stessa sentenza anche la H3G s.p.a. (ora WIND TRE s.p.a.) ha proposto distinto ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi.

10. La Manas s.r.l. ha resistito altresì con controricorso al ricorso della H3G s.p.a..

11. Sono rimasti intimati, senza svolgere attività difensive, il Condominio (OMISSIS), B.D., M.A. e C.V..

12. Il ricorso della Manas s.r.l., ancorché depositato dopo quello della H3G s.p.a. (e, pertanto, iscritto a ruolo come ricorso successivo), risulta notificato per primo e, pertanto, assume caratteri ed effetti d’impugnazione principale, mentre il ricorso della H3G s.p.a. si converte, riunito a quello della Manas s.r.l., in ricorso incidentale.

13. La discussione dei ricorsi veniva dapprima fissata in Camera di consiglio, ai sensi dell’art. 375 c.p.c., comma 2 e art. 380 bis 1 c.p.c., per l’adunanza del 7 novembre 2018; all’esito di tale adunanza il Collegio, con ordinanza interlocutoria del 20 novembre 2018, ha rimesso la causa alla pubblica udienza, ritenendo di particolare rilevanza la questione di diritto sottesa al ricorso.

14. Alla pubblica udienza del 13 marzo 2019 - per la quale Manas s.r.l. e H3G s.p.a. (ora WIND TRE s.p.a.) presentavano memorie ex art. 378 c.p.c. - la Seconda Sezione civile rimetteva la causa al Primo Presidente per l’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite sulla questione di massima di particolare importanza: “se è necessario il consenso di tutti i partecipanti, ai sensi dell’art. 1108 c.c., comma 3, per l’approvazione del contratto col quale un condominio conceda in godimento ad un terzo, dietro il pagamento di un corrispettivo, il lastrico solare, o altra idonea superficie comune, allo scopo precipuo di consentirgli l’installazione di infrastrutture ed impianti (nella specie, necessari per l’esercizio del servizio di telefonia mobile), che comportino la trasformazione dell’area, riservando comunque al detentore del lastrico di acquisire e mantenere la proprietà dei manufatti nel corso del rapporto come alla fine dello stesso”.

15. La causa, rimessa dal Primo Presidente alle Sezioni Unite, è stata quindi discussa e decisa nella pubblica udienza del 5 novembre 2019, in cui il Procuratore Generale ha concluso come riportato in epigrafe.

Ragioni in diritto.

16. La Sezione remittente, nel proporre a queste Sezioni Unite la questione di massima riportata nel precedente p. 14 ha evidenziato come la relativa soluzione postuli un chiarimento sulla “esatta qualificazione del contratto col quale un condominio conceda in godimento ad un terzo, dietro il pagamento di un corrispettivo, il lastrico solare, o altra idonea superficie comune, allo scopo precipuo di consentirgli l’installazione di infrastrutture ed impianti (nella specie, necessari per l’esercizio del servizio di telefonia mobile), che comportino la trasformazione dell’area, garantendo comunque al detentore del lastrico di acquisire e conservare la proprietà dei manufatti sia nel corso del rapporto sia alla cessazione di esso” (p. VII, pag. 8, dell’ordinanza di remissione).

17. Il suddetto rilievo va condiviso. In effetti, alla luce del disposto dell’art. 1108 c.c., comma 3, è proprio la qualificazione del menzionato contratto - e quindi, in definitiva, la verifica se esso concerna la costituzione di un diritto reale di superficie oppure la concessione di un diritto personale di godimento lato sensu riconducibile al tipo negoziale della locazione - ad orientare la soluzione della questione relativa alla necessità del consenso di tutti i partecipanti al condominio per la relativa approvazione.

18. Prima di affrontare il tema della qualificazione negoziale indicato nel paragrafo che precede è peraltro opportuno, onde perimetrare con chiarezza il campo dell’indagine, chiarire che, ai fini della soluzione della questione della necessità del consenso unanime dei condomini per l’approvazione della cessione temporanea a terzi di un lastrico condominiale, finalizzata all’installazione di un ripetitore di segnale, non viene in rilievo la disciplina dettata dall’art. 1120 c.c., per le innovazioni.

18.1. In proposito va preliminarmente evidenziato che non può trovare seguito l’opinione, avanzata in dottrina, secondo cui la collocazione di un ripetitore sul tetto di un fabbricato esulerebbe, di per se stessa, dal concetto di innovazione o di modificazione in senso proprio.

18.2. Tale opinione si fonda sul rilievo che il ripetitore non inciderebbe sulla consistenza materiale del tetto e non sarebbe funzionale alla utilità del medesimo o all’uso che esso consente ai condomini, cosicché lo stesso non risulterebbe diretto “al miglioramento o all’uso più comodo o al maggior rendimento” (art. 1120 c.c., comma 1) del tetto, del quale lascerebbe inalterata la consistenza e la conformazione ed al quale verrebbe ad aggiungersi. Al riguardo, per contro, va qui richiamato il risalente e consolidato orientamento di questa Corte secondo cui costituisce innovazione ex art. 1120 c.c., la modificazione della cosa comune che alteri l’entità materiale del bene operandone la trasformazione, ovvero determini la trasformazione della sua destinazione, nel senso che detto bene presenti, a seguito delle opere eseguite, una diversa consistenza materiale ovvero sia utilizzato per fini diversi da quelli precedenti l’esecuzione delle opere (sentt. nn. 2940/1963, 240/1997, 862/1998, 15460/2002, 18052/12, ord. n. 20712/2017). Sulla scorta di tali principi di diritto risulta inevitabile concludere che la collocazione sul lastrico condominiale di un manufatto stabilmente infisso nell’impianto va considerata una “innovazione”, nel senso di cui all’art. 1120 c.c., in quanto determina una parziale trasformazione della destinazione del medesimo la-

strico. Esula dall'oggetto del presente giudizio l'esame del rapporto tra il campo applicativo dell'art. 1120 c.c., come modificato dalla riforma della disciplina del condominio recata dalla L. n. 220 del 2012 e art. 1117 ter c.c., introdotto ex novo da detta riforma. In questa sede è sufficiente sottolineare che un lastrico solare sul quale venga realizzato un manufatto mantiene, ciò non di meno, la propria funzione di copertura del fabbricato e di protezione del medesimo dalle intemperie, ma tuttavia perde, per la parte della sua estensione su cui il manufatto insiste, la sua destinazione al calpestio.

18.3. La ragione per cui la cessione temporanea a terzi di un lastrico condominiale, finalizzata all'installazione sul medesimo di un ripetitore di segnale, non è riconducibile alla disciplina delle innovazioni dettata dall'art. 1120 c.c., non va, dunque, rinvenuta nelle caratteristiche oggettive dell'opera, bensì nella considerazione che l'immutatio foci derivante dall'ancoraggio dell'impianto al lastrico solare viene realizzata non su disposizione, a spese e nell'interesse del condominio, bensì su disposizione, a spese e nell'interesse del terzo cessionario del godimento del lastrico. Non si tratta, in altri termini, dell'installazione, ad opera del condominio, di un impianto tecnologico destinato all'uso comune, del quale il medesimo condominio abbia deciso di dotarsi (e le cui spese, per il principio maggioritario, gravino anche sui dissenzienti, salva la specifica disciplina dettata dall'art. 1121 c.c.), ma dell'installazione, ad opera ed a spese di un terzo, di un impianto tecnologico destinato all'utilizzo esclusivo di tale terzo. La vicenda va quindi guardata non nella prospettiva dell'approvazione di una innovazione ai sensi dell'art. 1120 c.c., bensì nella prospettiva dell'approvazione di un atto di amministrazione (il contratto con il terzo) ai sensi dell'art. 1108 c.c., comma 3. Si tratta dunque, in sostanza, di verificare se l'atto di amministrazione costituito da un contratto di cessione totale o parziale del lastrico condominiale ad una impresa di telefonia ai fini della installazione di un ripetitore - per un tempo determinato e con la conservazione in capo al concessionario dell'esclusiva disponibilità dell'impianto (col conseguente jus tollendi) - rientri tra quelli che dell'art. 1108 c.c., comma 3, sottrae al potere dell'assemblea e, quindi, alla regola maggioritaria.

19. Esclusa, quindi, la rilevanza, ai fini che ci occupano, del disposto dell'art. 1120 c.c., la prima considerazione da svolgere in relazione alla questione di massima sollevata dalla Seconda Sezione civile è che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, quando non risulti possibile l'uso diretto della cosa comune per tutti i partecipanti al condominio, in proporzione delle rispettive quote millesimali (promiscuamente o con turnazioni temporali o con frazionamento degli spazi), la compagine condominiale può deliberare l'uso indiretto della cosa comune e tale deliberazione, quando si tratti di atto di ordinaria amministrazione (come nel caso della locazione di durata non superiore a nove anni), può essere adottata a maggioranza (sentt. nn. 8528/1994, 10446/1998, 4131/2001 e, più recentemente, 22435/2011).

20. Può quindi pervenirsi alla prima, parziale, conclusione che, ai fini dell'approvazione di un contratto avente ad oggetto la concessione temporanea, a titolo oneroso, della facoltà di installare un ripetitore di segnale sul lastrico condominiale, ai sensi dell'art. 1108 c.c., comma 3, non è necessario il consenso di tutti i condomini nel caso in cui tale concessione trovi titolo in un contratto che non abbia ad oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali e non attribuisca un diritto personale di godimento di durata superiore a nove anni.

21. Il nodo nel quale si sostanzia la questione di massima proposta dalla Seconda Sezione civile si risolve, allora, nello stabilire se un contratto con cui il proprietario di un lastrico solare attribuisca all'altro contraente, a titolo oneroso, il diritto di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore e di asportarlo al termine del rapporto debba qualificarsi come contratto ad effetti reali o come contratto ad effetti obbligatori; nella prima ipotesi, infatti, ove il lastrico solare appartenga ad un condominio, l'approvazione del contratto richiede, ai sensi dell'art. 1108 c.c., comma 3, il consenso di tutti i condomini.

22. Va sottolineato che la questione di massima posta dalla Sezione remittente è riferita, in ragione dell'oggetto del giudizio, ad un lastrico condominiale. La questione di qualificazione negoziale menzionata nel paragrafo che precede, tuttavia, prescinde, evidentemente, dalla natura individuale o comune o condominiale della proprietà del lastrico. Conseguentemente, nella presente sentenza dapprima si esaminerà la questione della qualificazione del contratto con cui il proprietario di un lastrico solare attribuisca ad altri, a titolo oneroso, il diritto di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore e di asportarlo al termine del rapporto contrattuale; successivamente, si trarranno le conseguenze degli esiti di tale esame nella specifica ipotesi che detto contratto riguardi un lastrico di copertura di un fabbricato condominiale.

23. La questione delineata nel paragrafo 21 si connota, in primo luogo, come questione di ermeneusi negoziale, la cui soluzione compete al giudice di merito. Come è stato segnalato da avvertita dottrina, infatti, al fine di attribuire al contratto di cui si discute effetti reali o effetti obbligatori, bisogna innanzi tutto valutare l'effettiva volontà delle parti, desumibile, oltre che dal nomen juris (di per se stesso non determinante, ma nemmeno del tutto trascurabile nel processo interpretativo), anche da altri elementi testuali, quali la previsione relativa alla durata, la disciplina negoziale della sorte del manufatto al momento della cessazione del rapporto, la determinazione del corrispettivo come unitario o come canone periodico, la regolazione degli obblighi del cessionario in ordine alla manutenzione della base della installazione, l'eventuale richiamo a specifici aspetti della disciplina delle locazioni non abitative; nonché da elementi extratestuali, quali la forma dell'atto e il comportamento delle parti. A quest'ultimo riguardo può, ad esempio, evidenziarsi come la stipula del contratto per atto pubblico può essere valorizzata a favore della qualificazione dell'atto come contratto ad effetti reali ed altrettanto può dirsi, ai sensi dell'art. 1326 c.c., comma 2, in relazione al comportamento delle parti, successivo alla conclusione del contratto, consistente nella decisione di trascrivere l'atto nei registri immobiliari pur quando il diritto di utilizzazione del lastrico solare sia stato concesso per una durata inferiore a nove anni. Il tema posto dalla Sezione remittente si colloca, tuttavia, a monte dell'ermeneusi negoziale concernente il singolo contratto dedotto in giudizio, in quanto investe la stessa possibilità astratta di qualificare il contratto di concessione di un lastrico solare per l'installazione di un ripetitore di segnale come contratto costitutivo di un diritto reale di superficie o come contratto ad effetti obbligatori; ipotesi, la prima, non percorribile ove si neghi ai ripetitori di segnale la qualifica di beni immobili e, la seconda, non sempre riconosciuta dalla giurisprudenza di merito (cfr. Corte di appello di Firenze, 15 ottobre 2005 n. 1470: "In ogni caso, la struttura la cui realizzazione si è consentita con la Delibera impugnata è destinata ad essere stabilmente infissa sul lastrico solare, ergendosi in altezza; ciò significa che con la decisione

assembleare si è costituito sul lastrico comune un diritto reale di superficie”).

24. La prima questione da risolvere, ai fini dello scioglimento della questione di ermeneusi negoziale prospettata nel paragrafo 21, consiste, allora, nello stabilire se i ripetitori di segnale debbano considerarsi beni immobili (e, più specificamente, costruzioni) o beni mobili; in questa seconda ipotesi, infatti, la possibilità di qualificare il contratto di cui si tratta come atto costitutivo di un diritto di superficie non potrebbe porsi nemmeno in astratto.

24.1. La Sezione Unite ritengono che i menzionati ripetitori debbano essere considerati beni immobili, rientrando essi tra le “altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio” secondo il disposto dell’art. 812 c.c., comma 2.

24.2. Al riguardo va sottolineato come la giurisprudenza di legittimità abbia chiarito che costituisce bene immobile qualsiasi costruzione, di qualunque materiale formata, che sia incorporata o materialmente congiunta al suolo, anche se a scopo transitorio (Cass. n. 679/1968); che deve considerarsi costruzione qualsiasi manufatto non completamente interrato che abbia i caratteri della solidità, stabilità e immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione o collegamento fisso a corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato, e ciò indipendentemente dal livello di posa e di elevazione dell’opera, dai caratteri del suo sviluppo volumetrico esterno, dall’uniformità o continuità della massa, dal materiale impiegato per la sua realizzazione e dalla sua funzione o destinazione (Cass. n. 20574/2007); che, ai fini delle norme codicistiche sulla proprietà, la nozione di costruzione non è limitata a realizzazioni di tipo strettamente edile, ma si estende ad un qualsiasi manufatto, avente caratteristiche di consistenza e stabilità, per le quali non rileva la qualità del materiale adoperato (Cass. n. 4679/2009, pag. 6); che la nozione di “costruzione” comprende qualsiasi opera, non completamente interrata, avente i caratteri della solidità ed immobilizzazione rispetto al suolo (Cass. n. 22127/2009 che ha ritenuto che integrasse la nozione di “costruzione” una baracca di zinco costituita solo da pilastri sorreggenti lamiera, priva di mura perimetrali ma dotata di copertura).

24.3. In definitiva, ricordato il risalente ed autorevole insegnamento secondo cui la distinzione tra immobili e mobili è, al pari di tutte le altre distinzioni sulle cose, ispirata da criteri economico-sociali e non da criteri naturalistici, deve affermarsi che, come è stato segnalato in dottrina, ai fini della qualificazione di un bene come immobile, l’“incorporazione” a cui fa riferimento dell’art. 812 c.c., comma 1, va intesa come relazione strumentale e funzionale tra bene incorporato e bene incorporante; ciò che quindi essenzialmente rileva - più che la stabilità dell’unione del bene al suolo, o il tipo di tecnica usata per realizzare tale unione, o la irreversibilità dell’unione stessa - è l’idoneità del bene incorporato al suolo a formare oggetto di diritti non in sé isolatamente considerato, ma in quanto rapportato alla sua dimensione spaziale. Un bene è immobile, in senso giuridico, in quanto gli interessi che esso soddisfa sono determinati proprio dalla sua staticità, nel senso che esso assolve a determinate esigenze in quanto insiste su un certo luogo. Ciò che, appunto, può dirsi di un ripetitore di segnale.

24.4. Va aggiunto che i ripetitori telefonici devono altresì considerarsi - oltre che, genericamente, beni immobili ai sensi dell’art. 812 c.c. - anche “costruzioni” agli specifici effetti tanto dell’art. 934 c.c. (e, dunque, suscettibili di accessione), quanto dell’art. 952 c.c. (e, dunque, suscettibili di costituire oggetto di un diritto di superficie). Supportano tale conclusione le indicazioni, puntualmente sottolineate nella ordi-

nanza di remissione, che si desumono, per un verso, dal testo unico dell’edilizia (D.P.R. n. 380 del 2001), il quale, nell’art. 3, comma 1, lett. e), punto 4, ricomprende espressamente, fra gli interventi di “nuova costruzione” la “installazione... di ripetitori per i servizi di telecomunicazione”; per altro verso, dal codice delle comunicazioni elettroniche (D.Lgs. n. 259 del 2003), il quale, nell’art. 86, comma 3, espressamente assimila alle opere di urbanizzazione primaria le “infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione, di cui agli artt. 87 e 88”, ossia, a mente del D.P.R. n. 259 del 2003, art. 87, comma 1, le “infrastrutture per impianti radioelettrici... e, in specie, l’installazione di torri, di tralicci, di impianti radio-trasmittenti, di ripetitori di servizi di comunicazione elettronica, di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche mobili GSM/UMTS, per reti di diffusione, distribuzione e contribuzione dedicate alla televisione digitale terrestre, per reti a radiofrequenza dedicate alle emergenze sanitarie ed alla protezione civile, nonché per reti radio a larga banda punto-multipunto nelle bande di frequenza all’uopo assegnate”.

24.5. La conclusione enunciata nel paragrafo precedente risulta suffragata anche dalla giurisprudenza penale di questa Suprema Corte, la quale - in sintonia con la giurisprudenza costituzionale (C. Cost. n. 129/2006) e amministrativa (Cons. Stato nn. 100/2005, 4159/2005, 2436/2010) - ha chiarito che, in tema di installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici, il provvedimento autorizzatorio e la procedura di denuncia di inizio attività previsti dal D.Lgs. n. 259 del 2003, art. 87, hanno quale contenuto anche la verifica della compatibilità urbanistico-edilizia dell’intervento (Cass. Pen. 41598/2005); donde la conseguenza che l’installazione di impianti di telefonia mobile senza il preventivo rilascio dell’autorizzazione disciplinata dal D.Lgs. n. 259 del 2003, suddetto art. 87, integra il reato previsto dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. b).

24.6. Né, si osserva da ultimo, la tesi che i ripetitori di segnale rientrano nella categoria delle “costruzioni”, che qui si sostiene, trova ostacolo nella disposizione, che pure si rinviene nel D.P.R. n. 259 del 2003, art. 86, citato comma 3, che le infrastrutture suddette “non costituiscono unità immobiliari ai sensi del D.M. Finanze 2 gennaio 1998, n. 28, art. 2 e non rilevano ai fini della determinazione della rendita catastale”. Tale disposizione ha infatti portata e finalità esclusivamente tributaria, innovando rispetto alla precedente prassi dall’Amministrazione finanziaria, che, con la circolare dell’Agenzia del Territorio n. 4/2006, aveva, di contro, stabilito che gli impianti per la diffusione della telefonia mobile dovessero essere dichiarati al catasto edilizio urbano nel caso in cui risultassero collocati su aree o locali (preesistenti o di nuova costruzione) specificamente destinati ad ospitarli.

25. Se, dunque, un ripetitore di segnale può essere considerato un bene immobile e, più specificamente, una costruzione, si deve concludere che il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda concedere ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, con il diritto per il cessionario di mantenerne la disponibilità ed il godimento e di asportarlo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito attraverso un contratto ad effetti reali e, precisamente, attraverso un contratto costitutivo del diritto reale di superficie. Non può dunque condividersi l’opinione, avanzata in dottrina, secondo la quale il concetto di costruzione di cui all’art. 952 c.c., evocerebbe una nozione tradizionale di costruzione che richiamerebbe pur sempre l’idea di un manufatto stabilmente destinato a circoscrivere lo spazio e, quindi, a distinguere uno spazio interno

dallo spazio esterno, in tal modo generando un volume. La suddetta opinione, infatti, non soltanto non risulta sorretta da evidenze esegetiche che autorizzino ad assegnare alla nozione di costruzione contemplata nell'art. 952 c.c., un significato diverso da quello alla stessa correntemente assegnato dalla giurisprudenza civile richiamata nel precedente paragrafo 24.2, ma risulta incompatibile anche con gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza penale, amministrativa e costituzionale richiamata nel paragrafo che precede.

25.1. Per completezza argomentativa è opportuno escludere espressamente che la situazione soggettiva di vantaggio generata dalla cessione del godimento di un lastrico solare finalizzata alla installazione di un ripetitore da parte del cessionario possa essere riferita a diritti reali diversi dalla superficie.

25.2. In primo luogo va esclusa la utilizzabilità del modello della servitù volontaria (anche industriale, ex art. 1028 c.c., u.p.), per l'assorbente considerazione che la servitù presuppone una utilitas per il fondo dominante e, quindi, l'esistenza di un fondo dominante, nella specie non configurabile.

25.3. Parimenti va esclusa la utilizzabilità del modello del diritto reale di uso disciplinato dall'art. 1021 c.c.. È vero, infatti, che, come affermato da questa Corte con la sentenza n. 7811/2006, l'edificazione sul fondo rientra tra le facoltà dell'usuuario (fermo restando l'obbligo di quest'ultimo di restituire la cosa, al momento dell'estinzione del diritto per decorso del termine di durata, nello stato in cui l'ha ricevuta e salva la regolamentazione convenzionale degli effetti determinati dalla realizzazione della costruzione). Ed è parimenti vero che, in linea di principio, non vi sono ragioni che escludono che tale diritto possa sorgere in capo alle persone giuridiche (salvo che, come segnalato da risalente ed autorevole dottrina, le facoltà di queste ultime si limitano all'utilizzazione e non comprendono la raccolta dei frutti, anche quando si tratti di cose fruttifere, non verificandosi, nei loro riguardi, la condizione a cui è subordinato il diritto ai frutti, ossia la sussistenza di bisogni personali da soddisfare). Tuttavia, la non riferibilità al diritto reale di uso della situazione soggettiva dell'impresa di telecomunicazioni che si renda cessionaria di un lastrico al fine di installarvi un ripetitore discende dal rilievo che l'unica facoltà che contrattualmente compete alla cessionaria è, appunto, quella di installare sul lastrico un ripetitore. Laddove questa Corte ha chiarito che l'ampiezza del potere dell'usuuario di servirsi della cosa traendone ogni utilità ricavabile, se può incontrare limitazioni derivanti dalla natura e dalla destinazione economica del bene, non può soffrire condizionamenti maggiori o ulteriori derivanti dal titolo (Cass. n. 17320/2015, nonché Cass. n. 5034/2008, dove si è altresì precisato che la differenza, dal punto di vista sostanziale e contenutistico, tra il diritto reale d'uso e il diritto personale di godimento è costituita dall'ampiezza ed illimitatezza del primo, rispetto alla multiforme possibilità di atteggiarsi del secondo che, in ragione del suo carattere obbligatorio, può essere diversamente regolato dalle parti nei suoi aspetti di sostanza e di contenuto). Donde la non utilizzabilità del paradigma del diritto reale di uso, giacché il principio del *numens clausus* dei diritti reali non consente di ritenere che il nucleo di poteri e di modalità di godimento che connotano l'utilità che il titolare di un determinato diritto reale può trarre dal bene che ne forma oggetto possa essere conformato dall'autonomia privata; quest'ultima, infatti, può conformare, ai sensi dell'art. 1322 c.c., i rapporti obbligatori, ma non le situazioni reali, in ciò sostanziandosi, in ultima analisi, la differenza tra "tipo contrattuale" e "tipo di diritto reale".

26. Lo schema negoziale attraverso il quale il proprietario di un lastrico solare può concedere ad altri, a titolo oneroso, il

diritto reale di installarvi un ripetitore, mantenerne la disponibilità ed il godimento per un certo tempo ed asportarlo al termine del rapporto va allora individuato, come anticipato nel p. 25, nel contratto costitutivo di un diritto reale di superficie; diritto che, appunto, conferisce all'acquirente la facoltà di realizzare e mantenere, sul suolo altrui, una costruzione destinata, una volta realizzata, ad entrare nella sua proprietà superficaria. Il diritto di superficie può essere a tempo determinato, in conformità al disposto dell'art. 953 c.c. e, al momento della sua estinzione per la scadenza del termine, il titolare della proprietà superficaria può asportare il manufatto, ove ciò le parti abbiano pattuito, in deroga alla norma contenuta nel medesimo dell'art. 953 c.c. (dispositiva e non imperativa), alla cui stregua il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione quando il diritto di superficie si estingue.

26.1. Perché il diritto conferito al cessionario del lastrico solare comprensivo delle facoltà di installarvi l'impianto, di utilizzare e mantenere quest'ultimo e, infine, di asportarlo al momento dell'estinzione del diritto per il decorso del termine pattuito - possa essere configurato come un diritto reale di superficie sarà peraltro necessario riscontrare che le parti abbiano inteso attribuire al suddetto diritto le caratteristiche tipiche della realtà; vale a dire, l'efficacia erga omnes (ossia la possibilità di farlo valere nei confronti di tutti e non solo del concedente), la trasferibilità a terzi, l'assoggettabilità al gravame ipotecario.

27. Una volta acclarato che la concessione a titolo oneroso della facoltà di installare e mantenere per un certo tempo un ripetitore su un lastrico solare, con il diritto per il cessionario di mantenere la disponibilità ed il godimento del ripetitore, ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, può astrattamente essere realizzata attraverso un contratto ad effetti reali e, specificamente, un contratto costitutivo del diritto di superficie, va ora verificata la possibilità che analogo risultato socio-economico possa essere conseguito, *mutatis mutandis*, anche mediante un contratto ad effetti obbligatori.

28. Ritengono le Sezioni Unite che debba riconoscersi al proprietario di un lastrico solare la possibilità di attribuire ad altri, mediante un contratto ad effetti obbligatori, il diritto personale di installarvi un ripetitore, o altro impianto tecnologico, con facoltà per il beneficiario di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto e di asportare il medesimo alla fine del rapporto. Non vi è infatti ragione per negare alle parti la possibilità di scegliere, nell'esercizio dell'autonomia privata riconosciuta dall'art. 1322 c.c., se perseguire risultati socio-economici analoghi, anche se non identici, mediante contratti ad effetti reali o mediante contratti ad effetti obbligatori; come si verifica, ad esempio, in relazione all'attribuzione del diritto di raccogliere i frutti dal fondo altrui (che può essere conseguita attraverso un contratto costitutivo del diritto di usufrutto o attraverso un contratto attributivo di un diritto personale di godimento, lato sensu riconducibile al modello del contratto di affitto) o in relazione all'attribuzione del diritto di attraversare il fondo altrui (che può essere conseguita attraverso un contratto costitutivo di una servitù di passaggio o attraverso un contratto attributivo di un diritto personale di passaggio, cfr. Cass. 2651/2010, Cass. 3091/2014).

28.1. L'accordo con cui il proprietario di un'area conceda ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa e rinunci agli effetti dell'accessione e, così, consenta alla controparte di godere e disporre del fabbricato e di asportarlo alla cessazione del rapporto è riconducibile allo schema del contratto atipico di concessione dello *jus ad aedificandum* ad effetti obbligatori.

28.2. L'ammissibilità, nel nostro ordinamento, del suddetto negozio atipico è già stata affermata da questa Corte nella sentenza n. 2851/1967, dove si è affermato che la concessione ad aedificandum, da cui deriva il diritto di fare e mantenere determinate costruzioni al di sopra del suolo altrui, può, in taluni casi, pur attribuendo il godimento esclusivo dell'opera in correlazione e per la durata del diritto di godimento del terreno, avere un contenuto diverso dal diritto reale ed assumere, in particolare, le caratteristiche di un diritto personale di natura obbligatoria. E' quindi giuridicamente configurabile, si precisa in Cass. n. 2851/1967, un negozio ad effetti obbligatori, qualificabile come tipo anomalo di locazione, in cui al locatario si concede il godimento di un terreno, con facoltà di farvi delle costruzioni di cui godrà precariamente come conduttore e che, alla fine del rapporto, dovranno essere rimosse a sua cura. In senso conforme si sono successivamente espresse le sentenze nn. 2036/1968, 3318/1968, 3721/1974, 3351/1984, 4111/1985, 1392/98 e 7300/01, le quali hanno reiteratamente ribadito che, in ragione dell'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti dall'art. 1322 c.c., la concessione ad aedificandum, non si concreta sempre e necessariamente in un diritto di superficie, ai sensi dell'art. 952 c.c., ma, in taluni casi, può assumere i caratteri e i contenuti di un diritto personale nei soli confronti del concedente, che trova la sua fonte in un contratto (atipico) con effetti meramente obbligatori non soggetto a rigori di forma o di pubblicità.

28.3 Va quindi conclusivamente affermato che il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda concedere ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, con il diritto per il cessionario di mantenere la disponibilità ed il godimento del ripetitore, ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito tanto attraverso un contratto ad effetti reali quanto attraverso un contratto ad effetti obbligatori.

29. Posta la premessa di cui al paragrafo che precede, ed al fine di individuare un criterio idoneo ad orientare la concreta ermeneusi negoziale a cui si è fatto riferimento nel paragrafo 21, va ancora osservato che, in linea generale, nel contratto costitutivo di un diritto reale di superficie, l'interesse prevalente del beneficiario dell'attribuzione, che connota la funzione economico-sociale (astratta) tipica di tale contratto, ha ad oggetto la possibilità del superficiario di realizzare e tenere opere edilizie sul fondo altrui, anche ricostruendole; mentre restano sullo sfondo, come è stato osservato da attenta dottrina, gli altri elementi che conformano il concreto regolamento di interessi voluto dalle parti, come le caratteristiche della costruzione dedotta in contratto (stabile o instabile, di maggiore o minore entità), l'eventuale esistenza di limitazioni del diritto nel tempo, il rapporto intercorrente fra disponibilità del fondo e godimento delle costruzioni o addizioni poste in essere.

29.1. Nel contratto volto a consentire la installazione di un ripetitore sul lastrico di un palazzo condominiale l'interesse principale del beneficiario non cade, per contro, sull'acquisizione di una generica possibilità di costruire, bensì sull'acquisizione della disponibilità di un luogo ove installare il ripetitore. Va sottolineato, infatti, che l'utilità che un ripetitore fornisce non discende dalla sua natura di costruzione, ma dalla sua posizione topografica; esso viene fissato al lastrico per ovvie ragioni di stabilità e sicurezza, ma potrebbe svolgere la propria funzione anche se fosse semplicemente poggiato sull'impiantito.

29.2. Può quindi affermarsi che, nell'accordo con cui una compagnia di telecomunicazioni acquisisce il diritto di collocare per un certo tempo un proprio ripetitore sul lastrico di copertura di un edificio, il profilo di interesse principale del beneficiario del diritto cade, in sostanza, sul godimento dell'area (di quella specifica area, che si trova in quel determinato punto dello spazio che risulta funzionale alla ripetizione del segnale); cosicché vengono in primo piano, nello schema negoziale, proprio quegli elementi che, come osservato nel paragrafo 29, nel contratto costitutivo del diritto reale di superficie sono destinati a restare sullo sfondo, vale a dire le caratteristiche della costruzione dedotta in contratto (il contratto è funzionale all'installazione di un ripetitore, non di altri manufatti, e le caratteristiche tecniche del ripetitore sono vincolate dalle previsioni del titolo abilitativo di cui al D.Lgs. n. 259 del 2003, art. 87); la determinazione della durata del rapporto; il diritto del beneficiario di asportare il ripetitore alla cessazione del rapporto contrattuale.

29.3. Dalle considerazioni fin qui svolte discende quindi, in definitiva, che il contratto avente ad oggetto la concessione totale o parziale, a titolo oneroso, del godimento del lastrico solare di un fabbricato, allo scopo di consentire al concessionario l'installazione di un ripetitore di segnale, del quale il medesimo concessionario abbia la facoltà di godere e disporre nel corso del rapporto e di asportarlo al termine del rapporto, va ricondotto - in mancanza di indicazioni di segno contrario suggerite dall'interpretazione del singolo contratto allo schema del contratto atipico di concessione ad aedificandum ad effetti obbligatori; concessione soggetta, oltre che ai patti negoziali, alle norme generali contenute nel titolo II del libro IV del codice civile (art. 1323 c.c.), nonché, per quanto non previsto dal titolo, alle norme sul contratto tipico di locazione.

29.4. La conclusione enunciata nel paragrafo che precede appare altresì supportata dalla considerazione che qualificare la concessione del diritto di godimento del lastrico solare finalizzato all'installazione di un ripetitore come attribuzione di un diritto reale di superficie implicherebbe la necessità di riconoscere alla compagnia telefonica concessionaria la qualità di condomina (con conseguente necessità di revisione della tabella millesimale); il che sembra un effetto tendenzialmente eccedente l'intenzione delle parti, almeno secondo l'id quod plerumque accidit, e sempre in mancanza di evidenze ermeneutiche da cui emerga che, nella specifica situazione dedotta in giudizio, i contraenti abbiano inteso conferire al concessionario del godimento del lastrico proprio un diritto reale di superficie, sia pure temporaneo. Evenienza, quest'ultima, che potrebbe verificarsi ove il soggetto che intende installare il ripetitore abbia interesse a disporre di un diritto sul quale inscrivere l'ipoteca destinata a garantire il finanziamento dell'iniziativa o, comunque, a disporre di un diritto che, quando anche di durata inferiore a nove anni, possa essere alienato secondo le regole di circolazione previste dal sistema della pubblicità immobiliare per porre l'acquirente al riparo dagli effetti del principio *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis* (art. 2652 c.c.).

30. Con riferimento all'applicabilità della disciplina della locazione al contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura obbligatoria, cui si è fatto cenno alla fine del paragrafo 29.3, va sottolineato che, come evidenziato dalla dottrina, la demarcazione tra concessione ad aedificandum atipica ad effetti obbligatori e contratto tipico di locazione corre lungo una linea troppo sottile per assicurare una separazione netta tra i due modelli negoziali. In linea di massima la differenza tra tali modelli va ravvisata nella maggior am-

piezza dell'uso attivo del bene altrui consentito dal contratto tipico di locazione rispetto all'uso limitato al diritto di appoggio di una costruzione, che costituisce il nucleo della concessione atipica ad aedificandum. Si tratta tuttavia di una differenza, come detto, di massima, giacché anche nella locazione tipica il diritto di godimento della cosa attribuito al conduttore può essere convenzionalmente limitato ad una sua particolare utilità, senza il trasferimento della detenzione del bene in via esclusiva (in termini, Cass. n. 2233/1951, poi ripresa da Cass. n. 17156/2002). In ogni caso la questione della differenza tra concessione atipica ad aedificandum di natura obbligatoria e contratto tipico di locazione non presenta significative ricadute sull'individuazione della disciplina applicabile giacché, come già precisato da questa Corte nella sentenza n. 18229/2003, ai contratti atipici, o innominati, possono legittimamente applicarsi, oltre alle norme generali in materia di contratti, anche le norme regolatrici dei contratti nominati, quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risultante dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla norme dettate per i contratto tipici.

31. Dalla evidenziata applicabilità della disciplina della locazione al contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura personale discende che a tale contratto si applica tanto l'art. 1599 c.c., in tema di opponibilità del contratto al terzo acquirente, quanto l'art. 2643 c.c., n. 8, in tema di trascrizione dei contratti di locazione immobiliare di durata superiore ai nove anni.

31.1. Per quanto in particolare riguarda l'art. 1599 c.c., va precisato che la sua applicabilità al contratto atipico di concessione ad aedificandum non trova ostacolo nell'affermazione, contenuta in diversi precedenti di questa Corte (Cass. 2343/1966, Cass. 5454/1991, Cass. 664/2016), che la disciplina dal medesimo dettata ha natura eccezionale. Tali precedenti, infatti, sono stati tutti pronunciati in materia di contratto di comodato ed affermano l'eccezionalità delle disposizioni di cui all'art. 1599 c.c., al fine di escludere che le stesse possano applicarsi, appunto, al contratto di comodato, il quale si differenzia radicalmente dalla locazione perché, per il disposto dell'art. 1803 c.c., comma 2, "è essenzialmente gratuito". Per contro, qualora il contratto atipico di concessione ad aedificandum avente ad oggetto l'installazione temporanea di un ripetitore di segnale su un lastrico solare sia a titolo oneroso, come nel caso dedotto nel presente giudizio, non vi è ragione di regolarne il regime di opponibilità all'acquirente dell'immobile coperto da tale lastrico con una disciplina diversa da quella dettata dall'art. 1599 c.c., per il contratto tipico di locazione.

31.2. E' altresì opportuno precisare - ancora sulla applicabilità dell'art. 1599 c.c., al contratto atipico di concessione ad aedificandum avente ad oggetto l'installazione temporanea, a titolo oneroso, di un ripetitore di segnale su un lastrico solare - che l'opponibilità di tale contratto all'acquirente dell'immobile secondo il regime, e nei limiti, dell'art. 1599 c.c., copre non soltanto la pattuizione relativa alla concessione dell'occupazione del lastrico ma anche la pattuizione che attribuisca incondizionatamente lo jus tollendi, al termine del rapporto, alla compagnia di telecomunicazioni. Come la giurisprudenza di questa Corte non ha mancato di sottolineare (sent. 11767/1992), infatti, la regola emptio non tollit locatum dettata dall'art. 1599 c.c., implica una cessione legale del contratto, con la continuazione dell'originario rapporto e l'assunzione, da parte dell'acquirente, della stessa posizione del locatore. D'altra parte il patto con cui le parti escludono

il diritto del proprietario del lastrico di ritenere, al termine del rapporto, i manufatti ivi installati, pur divergendo dalla disciplina dettata dall'art. 1593 c.c., non determina, proprio in ragione della natura non imperativa di tale disciplina, alcuna radicale inconciliabilità con il modello tipico della locazione. 32. Va peraltro evidenziato come la tendenziale attrazione della disciplina del rapporto fondato su una concessione ad aedificandum di natura personale nel corpus delle regole dettate dal codice civile per il contratto di locazione non pone in discussione la validità della pattuizione che sottragga al proprietario del lastrico il diritto di ritenere le addizioni (il ripetitore) alla cessazione del rapporto e, specularmente, attribuisca lo jus tollendi alla compagnia di telecomunicazioni concessionaria del godimento del lastrico (salvo l'obbligo di ripristino del lastrico medesimo in caso di eventuali danneggiamenti derivanti dalle operazioni di rimozione); il disposto dell'art. 1593 c.c., comma 1 - che attribuisce al locatore lo jus retinendi in ordine alle addizioni eseguite dal conduttore - è infatti norma non imperativa, come reiteratamente affermato da questa Corte nelle sentenze nn. 1126/1985, 192/1991, 6158/1998, 13245/2010.

33. Va infine ancora aggiunto, per una compiuta ricostruzione del sistema, che la locazione (nel campo della cui disciplina, come si è sottolineato alla fine del paragrafo 29.3, è attratta la concessione ad aedificandum di natura personale) costituisce titolo idoneo ad impedire l'accessione. Tale principio è stato espresso da questa Corte già nella sentenza n. 233/1968, secondo cui "la regola dell'accessione delle opere fatte dal terzo, con materiali propri, su suolo altrui sancita dall'art. 936 c.c. - trova applicazione solo nel caso in cui il costruttore possa effettivamente considerarsi terzo per non essere legato al proprietario del suolo da un vincolo contrattuale o comunque negoziale. Pertanto, nel caso che la costruzione su suolo altrui sia stata oggetto di espressa convenzione fra il proprietario del suolo e il costruttore, non può il giudice di merito ritenere senz'altro avverata l'accessione senza prima esaminare - secondo criteri di corretta ermeneutica - il contenuto di tale convenzione, al fine di escludere che con essa si fosse inteso costituire sia un diritto di superficie, sia una concessione ad aedificandum quale rapporto ad effetti meramente obbligatori, che può trovare sua fonte e sua disciplina in un contratto atipico non soggetto a requisiti di forma e di pubblicità". A tale pronuncia ha fatto seguito la sentenza n. 2413/1976, secondo cui "la regola dell'accessione di cui all'art. 934 c.c., non ha carattere di assolutezza, ma è limitata alle sole ipotesi in cui non risulti dal titolo o dalla legge che l'opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene ad un soggetto diverso dal proprietario di questo. Pertanto, nell'ipotesi in cui la costruzione sia stata oggetto di espressa convenzione tra il proprietario del suolo e il costruttore, il giudice del merito non può ritenere senz'altro avverata l'accessione se non abbia prima esaminato il contenuto di tale convenzione al fine di escludere che tra le parti si fosse inteso costituire, quanto meno, una concessione ad aedificandum che, essendo un rapporto ad effetti meramente obbligatori, può trovare la sua fonte e disciplina anche in un contratto atipico, non soggetto a requisiti di forma e di pubblicità"; nello stesso senso si sono poi pronunciate le ulteriori sentenze nn. 4111/1985, 4887/1987, 1392/1998, 7300/2001, 3440/2005.

34. Va altresì precisato, per evitare ogni equivoco, che nessun contrasto sussiste tra gli arresti giurisprudenziali citati nel paragrafo precedente e la recente sentenza queste stesse Sezioni Unite n. 3873/2018, in tema di accessione dell'opera costruita su un'area in comproprietà da uno dei comproprietari. La sen-

tenza n. 3873/2018 ha, infatti, superato il tradizionale orientamento secondo cui presupposto indefettibile dell'accessione sarebbe la qualità di "terzo" del costruttore, ma a tale conclusione essa è giunta con riferimento al tema della operatività dell'accessione nei rapporti tra comproprietari (vedi pag. 16, primo capoverso, di detta sentenza: "l'operare dell'istituto dell'accessione non è affatto precluso dalla circostanza che, in presenza di una comunione del suolo, la costruzione sia realizzata da uno (o da alcuni) soltanto dei comproprietari"). La sentenza n. 3873/2018, per contro, non tratta il tema dell'operatività dell'accessione nei rapporti tra il proprietario del suolo e colui che al medesimo sia legato da un rapporto contrattuale. Anch'essa, peraltro, sottolinea che l'art. 934 c.c., fa salve le deroghe alla regola dell'accessione previste dalla "legge" o dal "titolo" e include, tra le prime, quelle relative alle addizioni eseguite dal locatore (p. 2.5, pag. 23). Questa Corte, del resto, ha già persuasivamente affermato, nella sentenza n. 2501/2013, che il contratto di locazione vale a impedire l'accessione finché vige il contratto medesimo e che il diritto del conduttore sul bene costruito è un diritto non reale che si estingue al venir meno del contratto e con il riespandersi del principio dell'accessione. Va poi considerato che è vero che la deroga alla regola dell'accessione derivante dalla "legge", in ordine alle addizioni del conduttore, subordina lo jus tollendi di quest'ultimo al duplice presupposto che il relativo esercizio non rechi nocumento alla cosa e che il proprietario non preferisca ritenere le addizioni (art. 1593 c.c.); ma è vero pure che la norma dettata dall'art. 1593 c.c., non ha natura imperativa, come evidenziato nel precedente p. 26, e pertanto può essere convenzionalmente derogata; e la convenzione derogatoria costituisce, appunto, il "titolo" a cui fa riferimento l'art. 934 c.c..

35. Le Sezioni Unite ritengono, quindi, di dover dare continuità all'orientamento, già seguito da questa Corte nella sentenza n. 4111/1985, che l'art. 934 c.c. - là dove prevede che il principio superficies solo cedit possa essere derogato dal titolo, non esclude, proprio per l'indeterminatezza della menzione del "titolo" - che le parti, nell'esercizio della autonomia contrattuale loro riconosciuta dall'art. 1322 c.c., possano, anziché addivenire alla costituzione di un diritto reale di superficie, derogare al principio dell'accessione dando vita ad un rapporto meramente obbligatorio. Non vi sono, del resto, ragioni per ritenere non meritevole di tutela l'interesse che il locatore e il conduttore vogliano realizzare attribuendo al conduttore del fondo locato, in deroga al principio dell'accessione, il diritto personale di godere delle costruzioni ivi da lui realizzate e di asportarle al termine del rapporto; anche, eventualmente, nel caso in cui l'asportazione rechi nocumento al fondo, salva l'obbligazione di ripristino, e con esclusione dello jus retinendi del locatore.

36. E' ora necessario, per dare risposta alla questione di massima sollevata dalla Seconda Sezione civile, riportare, come preannunciato nel p. 22, le conclusioni fin qui raggiunte alla specifica situazione in cui il lastrico solare destinato a ricevere l'installazione di un ripetitore di segnale costituisca parte comune di un edificio condominiale ex art. 1117 c.c.. Al riguardo il Collegio osserva, riprendendo quanto già accennato nel p. 20, che, ai sensi dell'art. 1108 c.c., comma 3, per la costituzione di un diritto reale di superficie sul lastrico condominiale è necessario il consenso di tutti i condomini; per contro, per il rilascio di una concessione ad aedificandum, come tratteggiata nel p. 29.3, di durata non superiore a nove anni è sufficiente la maggioranza prevista per gli atti di ordinaria amministrazione dagli articoli commi 2 e 3 c.c., a seconda che si tratti di prima o di seconda convocazione dell'assemblea condominiale.

37. In definitiva, la questione di massima sollevata dalla Seconda

Sezione civile va risolta nel senso che il contratto con cui un condominio abbia concesso ad altri, dietro il pagamento di un corrispettivo, il lastrico solare, o altra idonea superficie comune, allo scopo di consentire al concessionario l'installazione di infrastrutture ed impianti che comportino la trasformazione dell'area, riservando comunque al detentore del lastrico di godere e disporre dei manufatti nel corso del rapporto e di asportarli alla fine dello stesso, richiede l'approvazione di tutti i condomini se, secondo l'interpretazione del giudice di merito, esso abbia attribuito al concessionario un diritto temporaneo di superficie; non richiede l'approvazione di tutti i condomini se, secondo l'interpretazione del giudice di merito, esso abbia attribuito al concessionario una concessione ad aedificandum di natura obbligatoria di durata inferiore a nove anni.

38. Vanno quindi enunciati i seguenti principi di diritto.

I) Il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda cedere ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, o altro impianto tecnologico, con il diritto per il cessionario di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto, ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito sia attraverso un contratto ad effetti reali, sia attraverso un contratto ad effetti personali. La riconduzione del contratto concretamente dedotto in giudizio all'una o all'altra delle suddette categorie rappresenta una questione di interpretazione contrattuale, che rientra nei poteri del giudice di merito.

II) Lo schema negoziale a cui riferire il contratto con il quale le parti abbiano inteso attribuire al loro accordo effetti reali è quello del contratto costitutivo di un diritto di superficie, il quale attribuisce all'acquirente la proprietà superficaria dell'impianto installato sul lastrico solare, può essere costituito per un tempo determinato e può prevedere una deroga convenzionale alla regola che all'estinzione del diritto per scadenza del termine il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione. Il contratto con cui un condominio costituisca in favore di altri un diritto di superficie, anche temporaneo, sul lastrico solare del fabbricato condominiale, finalizzato alla installazione di un ripetitore, o altro impianto tecnologico, richiede l'approvazione di tutti i condomini.

III) Lo schema negoziale a cui riferire il contratto con il quale le parti abbiano inteso attribuire al loro accordo effetti obbligatori è quello del contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura personale, con rinuncia del concedente agli effetti dell'accessione. Con tale contratto il proprietario di un'area concede ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa, di godere e disporre dell'opera edificata per l'intera durata del rapporto e di asportare tale opera al termine del rapporto. Detto contratto costituisce, al pari del diritto reale di superficie, titolo idoneo ad impedire l'accessione ai sensi dell'art. 934 c.c., comma 1. Esso è soggetto alla disciplina dettata, oltre che dai patti negoziali, dalle norme generali contenute nel titolo II del libro IV del codice civile (art. 1323 c.c.), nonché, per quanto non previsto dal titolo, dalle norme sulla locazione, tra cui quelle dettate dall'art. 1599 c.c. e art. 2643 c.c., n. 8. Il contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura personale stipulato da un condominio per consentire ad altri la installazione di un ripetitore, o altro impianto tecnologico, sul lastrico solare del fabbricato condominiale richiede l'approvazione di tutti i condomini solo se la relativa durata sia convenuta per più di nove anni.

39. Alla luce dei suddetti principi di diritto devono essere ora esaminati i motivi dei ricorsi per cassazione proposti dalla Manas s.r.l. e dalla H3G s.p.a..

40. Il ricorso della Manas s.r.l. si articola in tre motivi.

41. Con il primo motivo si denuncia la violazione e/o falsa ap-

plicazione dell'art. 1105 c.c.. Nel mezzo di ricorso la Manas s.r.l. premette, in linea di fatto, che il contratto, da lei qualificato come locazione, tra Manas s.r.l. e la Blu s.p.a. (cui era poi subentrata la cessionaria di ramo d'azienda H3G s.p.a.), avente ad oggetto "gli spazi di metri quadrati 10 e lo spazio di copertura necessario per l'installazione di supporti di antenna e delle relative antenne" (pag. 18, ultimo capoverso, del ricorso Manas), era stato stipulato quando gli unici due condomini del fabbricato di (OMISSIS), erano la medesima locatrice Manas s.r.l. e la società Sac s.r.l. e che quest'ultima società non si era in alcun modo opposta alla conclusione di detto contratto ed alla installazione dell'impianto de quo. Sempre in linea di fatto, nel mezzo di ricorso si deduce altresì che, nella specie, il contratto concluso tra Manas s.r.l. e la Blu s.p.a. era stato ratificato anche da coloro che erano entrati a far parte del condominio dopo la conclusione dello stesso, sia, per taluni di loro, mediante apposita clausola contenuta nel contratto di trasferimento dell'unità immobiliare, sia, per tutti, mediante l'unanime approvazione del regolamento contrattuale di condominio che dava atto dell'esistenza della servitù relativa alla installazione dell'impianto di telefonia sul tetto condominiale.

41.1. Sulla scorta di tale premessa, la ricorrente assume che la Corte di appello di Genova, nell'affermare che il suddetto contratto costituirebbe un atto di appropriazione e non un atto di gestione della cosa comune, avrebbe violato il principio, desumibile dal disposto dell'art. 1105 c.c., che sugli immobili oggetto di comunione concorrono, in difetto di prova contraria, pari poteri gestori da parte di tutti i comproprietari, in virtù della presunzione che ognuno di essi operi con il consenso degli altri o quanto meno della maggioranza dei partecipanti alla comunione. La ricorrente richiama, quindi, i precedenti di questa Corte che hanno affermato che ciascun condomino può stipulare un contratto di locazione avente ad oggetto parti condominiali dell'edificio, trattandosi di atto di ordinaria amministrazione per il quale deve presumersi sussistente il consenso degli altri condomini (sentt. nn. 1662/2005, 9879/2005, 19929/2008) e argomenta che "l'interesse del condominio andava valutato all'epoca della stipula del contratto di locazione" (pag. 23, penultimo capoverso, del ricorso).

41.2. Il motivo va disatteso perché non risulta pertinente alla ratio decidendi; la Corte ligure non pone in discussione il principio che ciascun condomino può compiere atti di gestione delle parti comuni nell'interesse di tutti i condomini (che si presumono mandanti impliciti fino a prova contraria), ma afferma che quel contratto - che anche tale Corte, al pari della ricorrente, qualifica come contratto di locazione - non costituiva un atto di gestione delle parti comuni nell'interesse di tutti i condomini, ma un atto di utilizzazione (indiretta) individuale della cosa comune; più precisamente, un atto compiuto della Manas - unica percettrice, si precisa in sentenza (pag. 4, rigo 18) dei canoni contrattuali - per conto e nell'interesse proprio e non per conto e nell'interesse della collettività condominiale. Il principio evocato nel mezzo di impugnazione in esame, secondo il quale deve presumersi che gli atti di ordinaria amministrazione stipulati da un condomino in relazione a parti condominiali dell'edificio sia sorretto dal consenso degli altri condomini, concerne, infatti, gli atti che il singolo condomino abbia compiuto in relazione a parti comuni dell'edificio condominiale per conto e nell'interesse del condominio. La vicenda che forma oggetto del presente giudizio, per contro, è stata ricostruita dalla Corte territoriale, con accertamento di fatto non contestato nel mezzo di ricorso, nei termini, radicalmente difformi, di un contratto concluso da un condomino per conto e nell'interesse proprio, la cui esecuzione implicava un intervento sul lastrico solare incompatibile con il

diritto degli altri condomini di fare parimenti uso del medesimo lastrico, secondo il disposto dell'art. 1102 c.c.; donde la non pertinenza dell'argomento della difesa Manas s.r.l. secondo cui "l'interesse del condominio andava valutato all'epoca della stipula del contratto di locazione" (pag. 23, penultimo capoverso, del ricorso per cassazione).

41.2.1. Quanto poi al rilievo, pure svolto nel mezzo di ricorso in esame, sulla portata della previsione del regolamento contrattuale che dava atto dell'esistenza della servitù relativa alla installazione dell'impianto di telefonia sul tetto condominiale, si tratta di censura inammissibile, in quanto investe l'interpretazione del regolamento condominiale operata dal giudice di merito, la quale, secondo il costante orientamento di questa Corte, non può essere sindacata in cassazione se non mediante la denuncia della violazione delle regole legali di ermeneutica contrattuale che sarebbero state violate, al fine di consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività del preteso errore (tra le tante, Cass. 1406/2007).

42. Col secondo motivo la Manas s.r.l. denuncia la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1102 e 1559 c.c. (recte: art. 1599) e sostiene la legittimità dell'uso da lei fatto della cosa comune cedendo ad un terzo la detenzione di una porzione del tetto.

42.1. La doglianza sviluppata nel secondo mezzo di impugnazione del ricorso principale si articola in due censure. La prima censura concerne l'affermazione dell'impugnata sentenza secondo cui l'art. 1102 c.c., consentirebbe a ciascun condomino di fare uso delle parti condominiali dell'edificio solo in forma diretta e non anche in forma indiretta (vale a dire mediante la cessione a terzi di una porzione del bene condominiale). La seconda censura concerne l'affermazione dell'impugnata sentenza secondo cui la presenza del traliccio sul lastrico solare sarebbe incompatibile con il pari uso degli lastrici stesso da parte degli altri condomini.

42.2. La seconda delle due censure menzionate nel paragrafo precedente va giudicata inammissibile, perché attinge un giudizio di fatto della Corte territoriale - alla cui stregua la collocazione fissa sul lastrico solare di un traliccio costituiva un uso "invasivo incompatibile con le simultanea utilizzazione del bene comune - sia pure potenziale con modalità diverse - da parte degli altri condomini" (pag. 5, rigo 6, della sentenza) che non può essere censurato tramite la denuncia di un vizio di violazione di legge.

42.3. In ragione della inammissibilità della censura menzionata nel paragrafo precedente, la statuizione di incompatibilità della presenza del traliccio con il diritto degli altri condomini di fare parimenti uso del lastrico solare resiste all'impugnazione. Risulta conseguentemente irrilevante, ai fini del decidere, la questione di diritto posta con la prima censura, concernente la possibilità, per il singolo comproprietario, di servirsi della cosa comune in forma indiretta; l'uso della cosa comune da parte del singolo comproprietario, quand'anche lo si ritenga ammissibile in forma indiretta, non può comunque mai eccedere il limite, fissato dall'art. 1102 c.c., del diritto degli altri comproprietari di fare parimenti uso della cosa.

43. Con il terzo motivo di ricorso si denuncia la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1372 e 1599 c.c., in cui la Corte territoriale sarebbe incorsa trascurando, quanto alla prima disposizione, che il contratto sarebbe stato "tutt'ora efficace ex art. 1372 c.c., non essendo stato sciolto né per mutuo consenso né per altre causa" e, quanto alla seconda disposizione, che, per il principio emptio non tollit locatum, il contratto concluso tra la Manas s.r.l. e la Blu s.p.a. sarebbe stato opponibile ai condomini che erano entrati a far parte del condominio acquistando la pro-

pria unità immobiliare dalla Manas s.r.l. dopo la stipula di detto contratto.

43.1. La censura relativa alla violazione dell'art. 1372 c.c., è priva di pregio; qui non è in discussione l'efficacia del contratto tra la Manas s.r.l. e la H3G s.p.a., bensì il diritto della Manas s.p.a. di fare del lastrico solare un uso indiretto che, secondo l'accertamento della Corte di merito, impedisce il diritto degli altri condomini di fare parimenti uso di tale lastrico ai sensi dell'art. 1102 c.c..

43.2. La censura relativa alla violazione dell'art. 1599 c.c., che concerne la statuizione di accoglimento della domanda dei condomini sigg.ri B., M. e C., va invece giudicata fondata. Va premesso che nell'impugnata sentenza il contratto de quo è stato qualificato come contratto di locazione e su tale qualificazione negoziale operata dalla Corte territoriale non vi è censura dal parte dei ricorrenti. Va ancora premesso che, come emerge anche dalla narrativa dell'impugnata sentenza (pag. 3, rigo 3), il contratto sottoscritto da Manas s.r.l. e Blu s.p.a. aveva data certa e che, per altro verso, non risulta - nè viene dedotto nel ricorso per cassazione della Manas s.r.l. (nè nel ricorso per cassazione della H3G s.p.a.) che detto contratto sia stato trascritto nei registri immobiliari. Ciò posto, il Collegio rileva che - a prescindere dalla distinzione tra contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura personale e contratto di locazione (che, per quanto illustrato nel p. 30, non implica differenze di disciplina ai fini che rilevano in questa sede) nella specie trova applicazione, alla luce di principi di diritto enunciati nel p. 38, il disposto dell'art. 1599 c.c.. L'impugnata sentenza risulta pertanto errata là dove ha accolto la domanda dei sigg.ri B., M. e C. senza verificare se ai medesimi fosse opponibile, ed in quali limiti, il contratto con cui la Manas s.r.l. ha concesso alla Blu s.p.a. (cui è poi succeduta la H3G s.p.a.) il diritto di installare un ripetitore su una porzione del lastrico solare del fabbricato. Ai fini di tale verifica era necessario accertare se i sigg.ri B., M. e C. avessero acquistato da Manas s.r.l. la loro unità immobiliare (e, con la stessa, la pertinente quota millesimale del lastrico che la medesima Manas s.r.l. aveva concesso ad aedificandum alla Blu s.p.a.), se tale acquisto fosse successivo alla stipula del contratto tra la Manas s.r.l. e la Blu s.p.a. (per gli effetti di cui ai commi primo e terzo dell'art. 1599 c.c.) e se essi si fossero impegnati nei confronti dell'alienante Manas s.r.l. a rispettare il medesimo (per gli effetti di cui dell'art. 1599 c.c., comma 4).

44. Il ricorso della Manas s.r.l. va quindi, in definitiva, accolto limitatamente al terzo motivo, in relazione alla denuncia di violazione dell'art. 1599 c.c..

45. Il ricorso della H3G s.p.a. si articola in quattro motivi.

45.1. Con il primo motivo la H3G s.p.a. deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1103 e 1105 c.c., in cui la Corte territoriale sarebbe incorsa disconoscendo il diritto della condomina Manas s.r.l. di stipulare un contratto di locazione avente ad oggetto una porzione del lastrico solare condominiale. La doglianza risulta sovrapponibile a quella svolta nella prima parte del primo mezzo del ricorso della Manas s.r.l. (cfr il p. 41.1 che precede), giacchè, in sostanza, lamenta la violazione del principio che ciascun condomino può esercitare poteri gestori sulla cosa comune.

45.2. Il secondo motivo del ricorso della H3G s.p.a., censura la violazione e falsa applicazione dell'art. 1106 c.c., con riferimento alla clausola del regolamento di condominio che ha riconosciuto l'esistenza del diritto a mantenere l'impianto sul tetto comune del fabbricato. Con il mezzo di impugnazione in esame la H3G s.p.a. propone una doglianza analoga a quella svolta nella seconda parte del primo mezzo del ricorso della Manas s.r.l. (cfr. il p. 41.2.1 che precede), contestando, in sostanza, l'interpreta-

zione del regolamento condominiale operato dalla Corte d'appello, là dove questa ha escluso che il riferimento al diritto di servitù contenuto in tale regolamento potesse riferirsi all'impianto in contestazione (cfr. pag. 5, rigo 8, della sentenza: "la clausola del regolamento di condominio, che menziona l'esistenza di una servitù sul tetto del caseggiato, non è riferibile all'impianto in contestazione").

45.3. Con il terzo motivo del ricorso della H3G s.p.a. sostanzialmente sovrapponibile al secondo motivo del ricorso della Manas s.r.l. - si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1102 c.c., in cui la Corte ligure sarebbe incorsa ritenendo che la presenza del ripetitore fosse incompatibile con i limiti posti da tale disposizione all'uso individuale della cosa comune; nel motivo si argomenta che la collocazione del ripetitore non modificherebbe la destinazione funzionale del lastrico solare, nè pregiudicherebbe l'uso del medesimo da parte degli altri condomini.

45.4. Con il quarto motivo del ricorso la H3G s.p.a. deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1126 e 2056 c.c., con riferimento all'art. 115 c.p.c., in cui la Corte territoriale sarebbe incorsa rigettando la domanda da lei proposta nei confronti della Manas s.r.l. per il risarcimento del danno conseguito alla rimozione delle apparecchiature. In particolare, nel mezzo di ricorso si attinge l'argomentazione dell'impugnata sentenza secondo cui la H3G s.p.a. non avrebbe fornito la prova del danno lamentato e si censura il mancato ricorso, da parte della Corte ligure, ai poteri giudiziali di liquidazione equitativa del danno.

45.6. Tutti i suddetti motivi, e quindi l'intero ricorso della H3G s.p.a., risultano assorbiti dall'accoglimento del terzo mezzo del ricorso della Manas s.r.l., che impone la cassazione con rinvio dell'impugnata sentenza.

46. In conclusione deve accogliersi il terzo mezzo del ricorso principale della Manas s.r.l., rigettati gli altri, con assorbimento del ricorso incidentale della H3G s.p.a. L'impugnata sentenza va cassata con rinvio alla Corte di appello di Genova, in diversa composizione, che si atterrà ai principi di diritto enunciati nel paragrafo 38 e regolerà anche le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo motivo del ricorso della Manas s.r.l., rigetta gli altri motivi del medesimo ricorso, dichiara assorbito il ricorso della H3G s.p.a., cassa l'impugnata sentenza in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte di appello di Genova, in diversa composizione, che regolerà anche le spese del giudizio di legittimità. (... *Omissis*...)

(1-2) Tetto condominiale e installazione di antenne per la telefonia: quale contratto si configura e quali (conseguenti) maggioranze assembleari sono necessarie.

Sommario: 1. Individuazione del contratto in essere. - 2. Contratto ad effetti reali: i ripetitori sono beni immobili e l'installazione costituisce diritto di superficie. - 3. Contratto ad effetti obbligatori sub specie di concessione atipica del diritto ad aedificandum.

1. Individuazione del contratto in essere.

Il lastrico solare dell'immobile condominiale oggetto della controversia è parte comune dell'edificio ex art. 1117 c.c. La possibilità, per il proprietario del lastrico solare di concedere ad altri, a titolo oneroso, il diritto di installare un ripetitore, di cui questi ultimi mantengono la disponibilità ed il godimento esclusivo in corso d'esecuzione del rapporto e che

dopo un certo lasso temporale va rimosso, può essere perseguita sia con un contratto ad effetti reali che con un contratto ad effetti obbligatori.

Il contratto ad effetti reali, *sub specie* di diritto reale di superficie, si caratterizza per l'opponibilità *erga omnes*, la necessità della trascrizione ai fini della produzione degli effetti giuridici e la possibilità di iscrivere ipoteca sul bene. Affinché il contratto possa produrre effetti, occorre il consenso, ex art. 1180, comma 3 c.c., di tutti i condomini. In altri termini il contratto con cui un condominio abbia concesso ad altri, previo pagamento di un corrispettivo, il godimento del lastrico solare allo scopo di consentire al concessionario l'installazione di infrastrutture ed impianti che comportino la trasformazione dell'area, riservando al detentore del lastrico di godere e disporre dei manufatti nel corso del rapporto e di asportarli alla cessazione del medesimo, richiede l'approvazione di tutti i condomini se il contratto viene qualificato come diritto temporaneo di superficie.

Il contratto ad effetti obbligatori, *sub specie* di concessione atipica del diritto *ad aedificandum* (di durata infra-novennale), produce effetti solamente tra le parti, non necessita della trascrizione affinché possa produrre conseguenze giuridicamente rilevanti e non consente l'iscrizione di ipoteca sul bene. In tale caso non occorre il consenso unanime dei condomini ma è sufficiente la maggioranza richiesta per gli atti di ordinaria amministrazione in prima o seconda convocazione.

Per ravvisare un tipo di contratto o un altro, secondo le Sezioni Unite occorre rifarsi ai principi dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) e, quindi, guardare a specifici fattori testuali dedotti nel regolamento contrattuale, quali: la previsione relativa alla durata, la disciplina negoziale del manufatto da collocare alla cessazione del rapporto, la determinazione di un emolumento da corrispondere in unica soluzione o periodicamente, la regolazione degli obblighi del cessionario sulla manutenzione della porzione di immobile che funge da base per l'impianto, nonché da elementi extra-testuali, come la forma dell'atto - se pubblico o meno - ed il comportamento delle parti successivamente alla conclusione del contratto, cioè se scelgono di trascriverlo o meno anche se la durata dell'accordo è infra-novennale.

Partendo da tali premesse, la Cassazione rimette alla Corte di Appello di Genova l'individuazione della tipologia di contratto in essere nel caso di specie.

2. Contratto ad effetti reali: i ripetitori sono beni immobili e l'installazione costituisce diritto di superficie.

I ripetitori dei segnali di telefonia possono qualificarsi come beni immobili. Essi rientrano nella definizione di cui all'art. 812, comma 2, c.c. tra le «altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio» posto che, per costante giurisprudenza (cfr., tra le altre, Cass. n. 20574/2007), è da considerarsi bene immobile qualunque costruzione, di qualsiasi materiale, incorporata o congiunta materialmente al suolo, anche se a scopo transitorio; in altri termini, possono considerarsi beni immobili quei beni che presentino i caratteri di solidità, stabilità ed immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione o collegamento fisso a corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato.

La qualificazione in termini di "costruzione" dei ripetitori è suffragata dalle indicazioni del T.U. edilizia, che all'art. 3, comma 1, lett. e), punto 4, ricomprende espressamente l'installazione di ripetitori per i servizi di telecomunicazioni tra gli interventi di c.d. "nuova costruzione", nonché dalla previsione dell'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 259/03, che assimila

questi manufatti alle opere di urbanizzazione primaria, quindi soggetta - tra l'altro - alla verifica di compatibilità urbanistico-edilizia dell'intervento, con conseguente applicabilità del disposto sia dell'art. 934 c.c., rendendoli oggetto dell'istituto dell'accessione, che dell'art. 952 c.c., potendo - quindi - astrattamente essere idonei a fondare il diritto di superficie che conferisce all'acquirente la facoltà di realizzare e mantenere, sul suolo altrui, una costruzione, che formerà oggetto esclusivo della proprietà superficiaria e, ex art. 953 c.c., può essere a tempo determinato, consentendo - allo scadere del termine fissato - al proprietario superficiario di asportare il manufatto, se così è pattuito.

Affinché il diritto di cui si tratta possa qualificarsi come diritto reale di superficie occorre che le parti abbiano inteso fornirgli le caratteristiche della realtà, nel senso sopra descritto, ossia la valenza *erga omnes*, la trasferibilità ai terzi e l'assoggettabilità all'ipoteca.

Pertanto, ex art. 1108, comma 3, c.c., è necessario il consenso di tutti i condomini per la costituzione di un diritto reale di superficie.

3. Contratto ad effetti obbligatori sub specie di concessione atipica del diritto *ad aedificandum*.

Le S.U. evidenziano come il medesimo obiettivo, può realizzarsi anche con un contratto ad effetti obbligatori.

Nel caso di specie, lo schema negoziale che può venire in rilievo è quello del contratto atipico di concessione dello *ius ad aedificandum* ad effetti obbligatori.

Già nel 1967, con la sentenza n. 2851, la Cassazione ammise la possibilità che la concessione *ad aedificandum* potesse assumere le caratteristiche di un diritto personale di godimento col quale al locatario si concede il godimento di un suolo, con facoltà di farvi delle costruzioni di cui godrà sostanzialmente come farebbe un conduttore e che, alla fine del rapporto, dovrà rimuovere a sua cura e spese.

Per il rilascio di una concessione atipica *ad aedificandum*, di durata non superiore a nove anni, è sufficiente la maggioranza richiesta per gli atti di ordinaria amministrazione in prima o seconda convocazione.

Alessandro Barca

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 febbraio 2021, n. 221 - Giudice Unico Vaglio Bernè.

COMUNIONE e condominio - competenza dell'amministratore - convocazione dell'assemblea - validità della delibera - ordine de giorno dettagliato e preciso - necessità - formula "varie ed eventuali" - forma troppo generica.

(Art. 1136 c.c.)

In tema di deliberazione dell'assemblea condominiale, ai fini della validità dell'ordine del giorno occorre che esso elenchi specificamente, sia pure in modo non analitico e minuzioso, tutti gli argomenti da trattare, si da consentire a ciascun condomino di comprenderne esattamente il tenore e di poter ponderatamente valutare l'atteggiamento da tenere in relazione sia alla opportunità o meno di partecipare sia alle eventuali obiezioni e suggerimenti da sottoporre ai partecipanti (Cass. civ. n. 21449/2010). La decisione relativa al punto dell'o.d.g. "varie ed eventuali" non può precludere ad alcuna decisione vera e propria, ma solo riguardare comunicazioni a scopo di informazioni, suggerimenti e proposte, per future assemblee, e non certamente alcuna decisione, che incida

sui diritti dei condomini sulle cose comuni, senza che gli stessi siano preavvertiti con uno specifico argomento posto all'ordine del giorno, che consenta loro di valutare se partecipare o meno all'assemblea per far valere le proprie eventuali ragioni.

A.FONT.

(...Omissis...)

Ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Con atto di citazione ritualmente notificato (..) e (..) convenivano in giudizio il Condominio (..) in persona dell'amministratore pro tempore, al fine di sentire dichiarare nulla e/o annullabile la delibera assunta in data 1/12/2017, in relazione ai punti 2) e 3) e 6) dell'ordine del giorno.

Si costituiva il condominio convenuto, contestando, nel merito, la domanda di parte attrice e chiedendone la reiezione.

Con ordinanza del 17/4/18, veniva accolta la domanda cautelare di parte attrice relativamente al punto 6) dell'o.d.g. avente ad oggetto la decisione di escludere l'interno 6B, di proprietà degli attori, dalla possibilità di parcheggiare nel cortile comune.

Successivamente venivano concessi alle parti i termini per le memorie ex art 183, comma 6, c.p.c.

Con successivo atto di citazione ritualmente notificato, (..) conveniva in giudizio il Condominio in persona dell'amministratore pro tempore, al fine di sentire dichiarare nulla e/o annullabile la delibera assunta in data 16/6/2017 in relazione all'approvazione delle tabelle millesimali ad uso involontario relative ai servizi di riscaldamento ed acqua calda, sul rilievo della mancata convocazione, assumendo di essere comproprietario degli immobili contrassegnati dagli interni 6A 6B e 6D.

Si costituiva il condominio convenuto contestando nel merito la domanda degli attori e chiedendone la reiezione.

Con provvedimento in data 18/10/2019, attesa la sussistenza di parziale connessione oggettiva e soggettiva tra i suddetti giudizi, ne veniva disposta la riunione.

Successivamente, la causa veniva rinviata per la precisazione delle conclusioni.

All'udienza del 8/10/2020 le parti precisavano le conclusioni come in epigrafe ed il Giudice tratteneva la causa in decisione, su dette conclusioni, assegnando alle parti i termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e di note di replica.

La domanda di parte attrice di annullamento e/o declaratoria di nullità delle deliberazioni assunte in data 1/12/2017 e 16/6/17 è fondata nei limiti e per i motivi di cui in appresso. Ai fini della decisione, vanno esaminate singolarmente le delibere impugnate nonché le doglianze poste a fondamento dell'impugnativa dagli attori.

In relazione all'impugnativa della delibera del 16/06/2017 va, preliminarmente, disattesa l'eccezione di decadenza sollevata dalla difesa del condominio, alla luce del consolidato orientamento della giurisprudenza di merito, che la sottoscritta condivide pienamente, che ha ripetutamente affermato che *"il termine decadenziale di trenta giorni previsto dalla legge ai fini della tempestività dell'azione ex art. 1137 c.c. relativa all'impugnazione della delibera dell'assemblea condominiale subisce un'interruzione a seguito della proposizione dell'istanza di mediazione e riprende nuovamente a decorrere interamente, ai sensi dell'art. 5, comma 6 del D.Lgs n. 28/2010 a far data dal deposito del verbale presso la segreteria dell'organismo di mediazione"* (tra le altre Tribunale di Milano n. 13360 del 2/12/2016, Corte d'Appello di Palermo 27/6/2017 n. 1245).

L'impugnazione risulta, pertanto, alla luce del citato orientamento, tempestiva.

Nel merito, va rilevato che, a fondamento dell'impugnativa della deliberazione del 16/6/17, parte attrice (..) assume di essere comproprietaria degli immobili citati e lamenta, in via principale, l'omessa convocazione, rilevando di non aver ricevuto né la convocazione per tale assemblea né, tantomeno, il verbale contenente la decisione assunta, della quale sarebbe venuto a conoscenza solamente in esito al deposito della comparsa di costituzione del condominio nella causa rubricata R.G 13762/18, in data 22 marzo 2018.

Tanto premesso in fatto, devono essere individuati, ai fini della decisione, i soggetti ai quali l'amministratore deve inviare l'avviso di convocazione dell'assemblea, affinché la stessa possa legittimamente deliberare.

In proposito, deve rilevarsi che il testo novellato dell'art. 1136 c. c. recita *"l'assemblea condominiale non può deliberare se non consta che tutti gli aventi diritto sono stati regolarmente convocati"*.

Il chiaro tenore letterale della citata nonna induce a ritenere, senza alcun dubbio, che destinatari della convocazione devono essere tutti i comproprietari della singole unità immobiliari.

Va, inoltre, in proposito, osservato che la circostanza che l'art 67 disp. att. c.c., nella nuova formulazione, preveda il diritto dei comproprietari di aver un solo rappresentante in assemblea, non significa che sia sufficiente, ai fini della validità della costituzione dell'assemblea stessa, la convocazione di uno solo di essi.

Risulta, anzi il contrario, ovvero che a ciascun comproprietario deve essere inviato l'avviso di convocazione, affinché sia allo stesso consentito di individuare colui che, in propria rappresentanza, parteciperà alla riunione.

Va, inoltre, rilevato che il novellato art 66.comma III disp. att c.c. dispone che *"l'avviso di convocazione, contenente specifica indicazione dell'ordine del giorno, deve essere comunicato almeno cinque giorni prima della data fissata per l'adunanza in prima convocazione a mezzo di posta raccomandata, posta elettronica certificata, fax o tramite consegna a mano e deve contenere l'indicazione del luogo e dell'ora della riunione..."*.

Nella specie, deve rilevarsi che il condominio che era onerato di fornire la prova di aver comunicato l'avviso di convocazione nelle forme prescritte dalla suddetta norma all'attore (..) non ha assolto all'onere probatorio su di esso incombente ex art 2697 c.c.

Ne consegue che la delibera del 16/6/2017 deve essere annullata per omessa convocazione di uno dei comproprietari degli immobili in questione.

Passando all'esame della deliberazione assunta in data 1/12/2017 dall'assemblea del condominio convenuto, va rilevato che gli attori (..) e (..) hanno impugnato i punti 2), 3) e 6).

Anche in relazione alla presente impugnativa, deve essere, preliminarmente disattesa l'eccezione di decadenza sollevata dalla difesa del condominio.

In proposito deve richiamarsi l'orientamento della Suprema Corte cui la scrivente ritiene di aderire ha precisato che *"Ai fini del decorso del termine di impugnazione, ex art. 1137 c.c., la comunicazione, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, del verbale assembleare al condomino assente all'adunanza si ha per eseguita, in caso di mancato reperimento del destinatario da parte dell'agente postale, decorsi dieci giorni dalla data di rilascio dell'avviso di giacenza ovvero, se anteriore, da quella di ritiro del piego, in applicazione analogica dell'art. 8, comma 4, della l. m 890 del 1982, onde garantire il bilanciamento tra l'interesse del notificante e quello del destinatario in assenza di una disposizione espressa, non potendo la presunzione di cui all'art. 1335 c.c. operare relativamente ad un avviso - quale quello di giacenza - di tentativo di consegna, che non pone il destinatario nella condizione di conoscere il contenuto dell'atto indirizzato"*. (Cass. civ. n. 25791/2016).

Tanto premesso, nella specie, deve osservarsi che risulta dagli atti di causa (doc 2 di parte attrice) che il plico postale conveniente il verbale in questione è stato ritirato da (...) in data 8 gennaio 2018.

Da ciò deriva che, essendo la notifica dell'atto di citazione datata 7/2/18, risulta pienamente rispettato il termine prescritto, a pena di decadenza, dall'art 1137 c.c.

Del pari, deve essere disattesa l'eccezione sollevata dal Condominio di inammissibilità della domanda di parte attrice, fondata sul rilievo della mancata impugnazione della precedente delibera condominiale del 16 Giugno 2017.

Nel merito la domanda degli attori è fondata e meritevole di accoglimento limitatamente ai punti 3 e 6 dell'o.d.g. per le ragioni che seguono.

Più specificamente gli attori assumono l'illegittimità della delibera in ordine ai punti 2) e 3) in relazione ai quali sono state assunte le seguenti decisioni:

Sul punto 2): l'Assemblea delibera all'unanimità, sentito il parere dell'ing. (...) di attribuire all'unità immobiliare 6A i millesimi ad uso consumo involontario acqua calda, come da tabella millesimale redatta dalla stessa ing. (...) sia per le spese di manutenzione straordinaria della centrale termica, sia per quelle tecniche recentemente sostenute. Il consuntivo dei lavori straordinari dovrà tenere conto della presente deliberazione. In relazione a quanto precede l'Assemblea dà mandato all'Amministratore di calcolare e richiedere il versamento relativo agli arretrati esigibili.

Sul punto 3): il consuntivo 2016/17 e relativo riparto vengono approvati all'unanimità.

Parte attrice assume, innanzitutto, a sostegno dell'impugnativa sub punto 2) della delibera, la doglianza dell'illegittima attribuzione, all'interno 6A dei millesimi in relazione al consumo involontario di acqua calda, trattandosi di unità immobiliare che non fruisce del servizio di acqua calda, né del riscaldamento condominiale.

A riprova di tale circostanza parte attrice ha prodotto sub doc 8 asseverazione del tecnico ing. (...) datata 20/3/2018 nella quale si precisa che l'immobile in questione non è collegato al sistema centralizzato relativo al servizio di riscaldamento e produzione di acqua calda sanitaria.

Il condominio ha contestato l'assunto degli attori, osservando che la delibera impugnata ha ad oggetto la decisione di attribuire agli attori le spese relative ai consumi involontari relativi al servizio di acqua calda sia per le spese di manutenzione straordinaria della centrale termica sia per quelle tecniche e che tale attribuzione risulterebbe pienamente legittima perché, se da un lato è pacifico in causa che gli attori non sono, allo stato, allacciati all'impianto in questione, dall'altro risulta che gli stessi, in virtù di quanto disposto dal regolamento di condominio, possono optare in ogni momento di allacciarsi all'impianto e, pertanto, essendo gli stessi comproprietari dell'impianto termico e di produzione dell'acqua calda sanitaria, risultano, in ogni caso, tenuti a farsi carico della percentuale di relativa ai consumi involontari sia dell'acqua calda sanitaria che del servizio di riscaldamento, oltre ai relativi oneri di manutenzione.

Il rilievo di parte attrice risulta fondato e condivisibile, alla luce del chiaro tenore testuale del Regolamento condominiale in atti che all'art 2 lettera L) prevede che *"i proprietari dei locali al piano terreno avranno diritto di allacciarsi all'impianto e ad essi verranno addebitati i relativi millesimi in rapporto alle superfici radianti che vi verranno installate..."*.

Invero, la circostanza che gli attori non siano, allo stato, collegati all'impianto termico e di produzione dell'acqua calda, non vale ad escludere il loro obbligo di partecipare, quali

comproprietari dell'impianto e potenziali fruitori, alle spese di manutenzione dello stesso, nonché alle spese relative al consumo involontario come previsto dalla normativa vigente. Anche il rilievo di parte attrice che lamenta che all'immobile interno 6A sia stata attribuita una quota per il servizio di acqua calda palesemente errata per eccesso, in relazione ai millesimi di proprietà del medesimo immobile non può essere condiviso, tenuto conto della circostanza dedotta e provata dal condominio convenuto (si veda mail prodotta sub doc I di parte convenuta) che gli immobili in questione derivano dal frazionamento di un'unica unità immobiliare, e non rilevando pertanto, ai fini dell'attribuzione dei citati oneri, la consistenza attuale dell'unità immobiliare 6 A.

Anche il rilievo di parte attrice che lamenta che la delibera in questione contrasti con il disposto dell'art. 7 del Regolamento condominiale che prevede che ciascuno condomino dovrà contribuire alle spese di esercizio dell'acqua in ragione del consumo di essa non può essere condiviso, atteso che la delibera in questione ha statuito solo in ordine ai consumi involontari di acqua ed alle spese di manutenzione dell'impianto, mentre nulla ha disposto in ordine alle spese di esercizio relative all'impianto.

In altri termini, le unità immobiliari in questione, devono essere sottoposte ad un regime delle spese analogo a quello spettante alle unità immobiliari distaccatesi, i cui proprietari restano, in ogni caso, comproprietari dell'impianto e sono comunque tenuti, ai sensi e per gli effetti di cui all'art 1118 c.c. nonché della normativa vigente, a corrispondere gli oneri relativi al consumo involontario, oltre alle spese di manutenzione dell'impianto.

La delibera in questione sub 2) dell'odg si appalesa pertanto, alla luce delle osservazioni che precedono, immune da vizi. Venendo all'esame dell'impugnativa del punto 3) dell'odg va osservato che parte attrice che assume la delibera in questione è viziata in quanto le spese di cui al consuntivo 2016/2017 approvato e al relativo riparto sarebbero state poste a carico degli attori secondo la tabella approvata con la delibera 16/6/2017 che risulta viziata per omessa convocazione di uno degli attori.

Il rilievo è fondato e tale di inficiare la validità della delibera del 1/12/2017 in relazione al punto 3) dell'o.d.g. atteso che gli oneri dovuti dagli attori sono stati ripartiti e posti a carico degli stessi sulla base di una tabella approvata con una delibera invalida.

In ordine all'impugnativa del punto 6) dell'o.d.g. con il quale l'assemblea del condominio ha stabilito che *"l'int. 6B non ha diritto al parcheggio di autovetture nel cortile e pertanto dovrà essere esonerato dalle spese cortile"* vanno richiamate integralmente le considerazioni di cui all'ordinanza datata 17/4/2018 cui in questa sede si fa espresso ed integrale richiamo.

Più specificamente va osservato che la delibera in questione risulta illegittima, in quanto la decisione di cui sopra è stata assunta nell'ambito della discussione sul punto dell'o.d.g. avente ad oggetto *"varie ed eventuali"*.

In proposito deve osservarsi che, come correttamente osservato dalla difesa di parte attrice, per uniforme e consolidata giurisprudenza di legittimità *"In tema di deliberazioni dell'assemblea condominiale, ai fini della validità dell'ordine del giorno occorre che esso elenchi specificamente, sia pure in modo non analitico e minuzioso, tutti gli argomenti da trattare, si da consentire a ciascun condomino di comprenderne esattamente il tenore e l'importanza, e di poter ponderatamente valutare l'atteggiamento da tenere, in relazione sia alla opportunità o meno di partecipare, sia alle eventuali obiezioni o suggerimenti da sottoporre ai partecipanti"* (Cass. civ., n. 21449/2010).

Invero la decisione relativa al punto dell' o.d.g. "varie ed eventuali" non può preludere ad alcuna decisione vera e propria, ma solo riguardare comunicazioni a scopo di informazione, suggerimenti e proposte per future assemblee, e non certamente alcuna decisione, come quella assunta in data 1/12/2018, che incida sui diritti dei condomini sulle cose comuni, senza che gli stessi siano preavvertiti con uno specifico argomento posto all'ordine del giorno che consenta loro di valutare se partecipare o meno all'assemblea per fare valere le proprie eventuali ragioni.

A prescindere da detto rilievo, già di per sé, dirimente ai fini della decisione, deve, altresì, rilevarsi che la delibera si appalesa altresì illegittima nella parte in cui si decide di privare un condomino della possibilità di fruire, ai sensi e per gli effetti di cui all' art 1102 c.c., di un bene pacificamente quale il cortile.

Per i motivi che precedono, la delibera del 1/12/2017 deve pertanto essere annullata in relazione ai punti 3 e 6 dell'odg. Le spese di lite, comprensive della fase della mediazione, seguono la soccombenza e pertanto gravano sul condominio e sono liquidate in dispositivo secondo i parametri di cui al d.m. 10/3/14 per le cause di valore indeterminabile. (...*Omissis*...)

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza: annulla la deliberazione assunta in data 16/06/17 dall'assemblea del Condominio in Chiavari; annulla la deliberazione assunta in data 01/12/17 dall'assemblea del condominio in Chiavari in relazione ai punti 3) e 6) dell'ordine del giorno;

dichiara tenuto e conseguentemente condanna il Condominio in Chiavari, in persona dell'amministratore pro tempore a rimborsare agli attori le spese di lite, comprensive di quelle relative alla fase di mediazione, che liquida nella complessiva somma di € 10.954,00 per compensi, € 1811,57 per esborsi oltre rimborso spese forfettario al 15% Iva e cpa nella misura e con le modalità di legge.

(...*Omissis*...)

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 2 dicembre 2020 - Pres. Atzeni - Rel. Silvestri - X (Avv. A. Bianchi) c. Y (Avv. Schimmenti).

FAMIGLIA e minori - assegnazione casa familiare - interesse del figlio - criteri di valutazione - età e abitudini di vita del minore - adeguatezza dell'immobile.

FAMIGLIA e minori - contributo al mantenimento del figlio minore - finalità ulteriori a quelle alimentari - soddisfacimento esigenze abitative del nucleo ridotto.

(Artt. 337 ter e 337 sexies c.c.)

Va respinta la domanda di assegnazione alla madre della casa familiare, di proprietà esclusiva del padre di un minore, allorché il bene sia sovradimensionato alle esigenze di vita del figlio e, in ragione della sua tenerissima età, non possa considerarsi un luogo ove questi abbia acquisito e consolidato abitudini di vita.

Deve essere posto a carico del padre del figlio minore che rientri nella disponibilità della casa già familiare di sua proprietà un contributo mensile tale da assicurare alla madre, oltre al necessario contributo al mantenimento e alle spese straordinarie riguardanti il figlio, la possibilità di reperire un'abitazione confortevole e più idonea al ridotto nucleo familiare. (Conf. Cass., ord. 6 agosto 2020, n. 16739)

A.BEE.

(...*Omissis*...)

Dato atto che il P.G., con nota in data 29.9.2020 nella procedura nr. 136/20 ha chiesto l'accoglimento del reclamo per l'assegnazione della casa coniugale e con nota del 23.11.2020 nella procedura nr. 134/20 ha confermato le conclusioni già formulate nella procedura nr. 136/20.

- Viste le note di trattazione scritta depositate dai difensori per l'udienza fissata al 02.12.2020.

- Udito il Relatore ed esaminati gli atti, ritenuto preliminarmente necessario provvedere alla riunione del procedimento nr. 136/20 al nr. 134/20 in considerazione dello stesso provvedimento impugnato.

Rilevato:

- che con ricorso depositato in data 25.9.2019 (...), premesso che dall'unione con (...) era nato il figlio, in data 8.2.2019, (...) ha chiesto al Tribunale di Genova l'affido condiviso del minore, con collocazione presso di sé; l'assegnazione della casa familiare di Via, di proprietà esclusiva del padre; l'attribuzione di un assegno di mantenimento per il figlio nella misura di € 3.000,00 mensili, oltre al 100% delle spese straordinarie, scolastiche, sportive e ludiche; l'attribuzione dell'esclusiva disponibilità in capo alla ricorrente della vettura Fiat 500 Tg; la determinazione del più idoneo regime di visita del padre, vinte le spese e gli onorari di lite;

- che costituitosi in giudizio il convenuto chiedeva l'affido condiviso del minore, con collocazione abitativa prevalente presso la madre e con facoltà per il padre di vederlo e tenerlo con sé con ampie modalità di visita; l'assegnazione della casa familiare al padre; la determinazione dell'assegno a suo carico, a titolo di contributo al mantenimento del figlio, in misura non superiore ad € 500,00 mensili, oltre ad una quota parte delle spese straordinarie, vinte le spese e gli onorari di lite;

-che con decreto in data 17 marzo 2020 il Tribunale di Genova ha disposto l'affidamento condiviso ad entrambi i genitori del figlio minore con collocazione abitativa presso la madre; ha confermato le modalità di visita del minore concordate dai genitori; ha assegnato alla madre l'immobile sito in Genova Via, di proprietà esclusiva del marito ed ha stabilito che il padre versi un contributo al mantenimento del figlio minore nella misura di € 800,00 mensili, rivalutabili annualmente secondo gli indici Istat, oltre al 50% delle spese straordinarie; spese compensate.

-che occorre esaminare, per ordine logico, in via preliminare i motivi di impugnazione proposti dal padre.

1. sull'assegnazione dell'immobile di via XXXX e sul contributo di mantenimento- spese straordinarie.

E' pacifico che l'immobile è stato acquistato in via esclusiva da parte del padre e che l'immobile è gravato da un mutuo ipotecario dell'importo mensile di € 1.450,00= a carico esclusivo del padre. La coppia si è trasferita solo nel 2019 nell'immobile ed in ragione della tenera età del figlio non si può ritenere che il minore abbia acquisito abitudini di vita nello stesso.

Il padre all'udienza aveva formulato la seguente proposta: "La ricorrente rilasci la casa di Via entro e non oltre quattro mesi, previa messa a disposizione entro lo stesso termine, a cura e spese del resistente, in favore del figlio e della madre con lui convivente, dell'immobile di Via; con obbligo della ricorrente di provvedere al pagamento delle sole spese di amministrazione ordinaria di detto immobile e con obbligo per il convenuto di versare alla ricorrente un ulteriore contributo al mantenimento del figlio (in aggiunta alla procurata disponibilità della predetta abitazione di della somma di € 500,00 mensili, oltre al 50% delle

spese straordinarie, come da protocollo in uso presso il Tribunale di Genova (verbale della riunione del 15.9.2016). In alternativa, fermo il rilascio della casa di da parte della ricorrente entro il termine di quattro mesi, si propone che ella possa optare, entro il termine di tre mesi, per il procacciamento e mantenimento, a propria cura e spese, di altra sistemazione abitativa di suo gradimento, con conseguente determinazione in questo caso del contributo al mantenimento del figlio a carico del padre nella misura di € 1.100,00 mensili, sempre oltre al 50% delle spese straordinarie”.

La moglie non ha accettato l'ipotesi di un trasferimento dal predetto alloggio, di esclusiva proprietà del reclamante, senza specificarne i motivi. Tale immobile risulta sovradimensionato alle esigenze di vita del figlio e comporta ingenti oneri di mantenimento, che non sembrano compatibili con le esigenze del neonato, e che in quanto tale non può avere sviluppato alcuna abitudine di vita nell'appartamento.

Sembra invece opportuno che, in assenza di comprovate particolari esigenze del minore, la madre unitamente al figlio, lasci l'immobile di proprietà esclusiva del marito e si trasferisca in una abitazione di sua scelta più idonea al ridotto nucleo familiare.

Tenuto conto della disparità economica delle parti, ma altresì delle effettive necessità del figlio minore, pressoché neonato, deve essere posto a carico del padre un contributo mensile di € 1.500,00= con cui la madre potrà assicurare una abitazione confortevole al figlio, anche nelle vicinanze della attuale residenza, oltre al 100% delle spese straordinarie.

Infatti “L'obbligo di mantenimento del minore da parte del genitore non collocatario deve far fronte ad una molteplicità di esigenze, non riconducibili al solo obbligo alimentare, ma estese all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale, all'assistenza morale e materiale, alla opportuna predisposizione di una stabile organizzazione domestica, idonea a rispondere a tutte le necessità di cura e di educazione, secondo uno standard di soddisfacimento correlato a quello economico e sociale della famiglia di modo che si possa valutare il tenore di vita corrispondente a quello goduto in precedenza” (Cass. Ordinanza n. 16739 del 06/08/2020). Nel caso in esame il principio deve essere rapportato al tenore di vita che il figlio avrebbe se collocato presso il padre che innegabilmente gode di un ottimo reddito, anche grazie alle condizioni economiche del nucleo familiare di origine. Peraltro la madre risponde degli oneri genitoriali facendosi interamente carico dell'accudimento del neonato, almeno fino a che ella non sarà in grado, in considerazione della crescita del minore, di trovare una adeguata occupazione; rilevandosi altresì che le spese straordinarie in considerazione della tenera età del figlio sembrano essere di lieve entità.

2. Sull'istanza ex art. 709 ter.

Vi è prova in atti delle difficoltà che il padre ha dovuto affrontare per vedere il figlio (denunce- querela allegati). La moglie non ha preso posizione sulle istanze formulate dal marito ex art. 709 ter c.p.c. e quindi tali fatti risultano non contestati.

Devono essere respinte le istanze relative alla limitazione dei rapporti del figlio con il fratello uterino e con la nonna materna in quanto in assenza di gravi e comprovati motivi, non allegati agli atti, non può essere limitata la sfera affettiva del minore e dei suoi più prossimi congiunti, essendo la pandemia in atto prevenuta con le idonee condotte di igiene e della cui violazione non vi è prova.

Peraltro la madre deve essere ammonita di attenersi scrupolo-

osamente alle statuizioni del provvedimento impugnato quanto alle modalità e tempi di visita e permanenza del minore con il padre essendo un primario diritto del figlio di godere delle effettiva bigenitorialità.

3. Sulle spese di lite.

Attesa la parziale reciproca soccombenza sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

1) In parziale accoglimento del reclamo principale ed incidentale avverso il decreto motivato del 17.03.20 del Tribunale di Genova in composizione collegiale nel procedimento ex art. 337 bis e ss. c.c. rubricato al n. Rg.;

2) Respinge la domanda della moglie di assegnazione dell'immobile sito in Genova via e dispone che ella (unitamente ai figli minori) rilasci l'immobile libero da persone e da cose nella disponibilità del marito entro il termine di quattro mesi dalla notifica del presente provvedimento;

3) Stabilisce che il padre contribuisca al mantenimento ordinario del figlio minore con il versamento alla moglie di un importo mensile di euro 1500,00= rivalutabili annualmente secondo gli indici ISTAT, oltre al 100% delle spese straordinarie, come qualificate dal Tribunale;

4) Conferma per il resto il provvedimento impugnato.

5) Visto l'art. 709 ter c.p.c. ammonisce la madre ad attenersi scrupolosamente alle statuizioni del provvedimento impugnato quanto alle modalità e tempi di visita e permanenza del minore con il padre; (...omissis...)

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 10 dicembre 2020 - Pres. Mazza Galanti - C. (Avv.ti Ortori e De Ruggiero) c. T. (Avv. Rezzano).

FAMIGLIA e minori - separazione dei coniugi - assegno di mantenimento dei figli - determinazione - trust disposto a beneficio dei nipoti minori - nomina a trustee del padre - validità - idoneità a contribuire alla determinazione dell'assegno.

Deve ritenersi valido e idoneo a costituire elemento utile per la determinazione del contributo mensile al mantenimento dei figli il trust istituito dalla nonna paterna, ove siano identificati quali beneficiari i nipoti, siano compiutamente specificate le finalità di garantire loro quanto necessario per le esigenze di mantenimento ed istruzione e sia previsto il potere del trustee, figlio della disponente, di utilizzare le rendite per farsi carico delle esigenze dei propri figli in relazione ad istruzione, abbigliamento, spese mediche ed alle altre spese loro necessarie.

A.BEE.

(... Omissis...) a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 12.10.2020, premesso che i coniugi protagonisti della presente separazione hanno contratto matrimonio in C. (GE), il 2006, adottando il regime patrimoniale della separazione dei beni, e si sono separati di fatto, nel mese di maggio del 2019, quando il ricorrente (il quale avrebbe subito la volontà della moglie di separarsi) ha lasciato l'abitazione familiare trasferendosi a vivere presso la propria madre; rilevato che i coniugi, durante l'unione matrimoniale, hanno avuto due figli: Sempronietta (nata il 2007) e Caietto (nato il 2009) che sono rimasti a vivere con la madre presso l'abita-

zione coniugale, sita in Santa, Via, di esclusiva proprietà del convenuto;

rilevato che la presente separazione è caratterizzata da una conflittualità essenzialmente economica atteso che, secondo la ricorrente (dichiaratasi casalinga e priva di reddito), il marito dopo avere provveduto per anni al sostentamento dell'intero nucleo familiare *"in modo impeccabile"*, in sede di separazione, le avrebbe lesinato i mezzi di sussistenza (limitandosi a versare ogni mese 800,00 euro, esclusivamente a titolo di mantenimento dei figli);

rilevato che, già in ricorso, la signora C ha fatto presente che il marito ricavava dalla piccola palestra da lui gestita in Santa Margherita Ligure *"una minima parte delle proprie entrate"*, avendo la disponibilità *"di ingenti fondi e rendite"* in Perù, paese ove egli risultava proprietario di altri beni immobili; rilevato che, secondo quanto precisato nell'atto introduttivo del giudizio, il marito, a far data dall'11.11.2015, riveste le funzioni di *trustee* del c.d. *"SMT__TRUST"*, beneficiari del quale vengono indicati i figli minori dei coniugi, alimentato dai canoni delle locazioni degli immobili conferiti in *trust* dalla disponente, madre del convenuto, signora M;

rilevato che, alla luce di quanto esposto nell'atto introduttivo del giudizio, avuto riguardo alle affermate ampie disponibilità del coniuge, la ricorrente ha formulato la richiesta di un assegno mensile di euro 5.000,00, per sé e per i figli, al fine di mantenere lo stesso tenore di vita avuto prima della separazione;

rilevato che il signor T ha contestato integralmente il contenuto del ricorso osservando: a) di percepire quale reddito da lavoro (frutto della gestione della menzionata palestra sita in) le somme risultanti dalle dichiarazioni dei redditi versate in atti; b) di essere unicamente proprietario della casa già coniugale, e di non possedere in Perù alcun bene immobile; c) di non avere rilevanza alcuna *"ai fini della determinazione dell'assegno di mantenimento le rendite dei beni oggetto del trust"*, costituito dalla di lui madre *"a favore di sé stessa e dei nipoti"*, atteso che essa aveva conferito *"ogni proprio bene nel suddetto trust"* al fine di *"preservare il proprio patrimonio a favore dei due nipoti"* (fermo restando che, grazie alle menzionate rendite, si deve provvedere anche al mantenimento dell'anziana disponente, definita *"gravemente malata"*, la quale godrebbe unicamente di un reddito da pensione di 300,00 euro mensili); d) di essere la moglie benestante, come si poteva ricavare dal prestito di oltre 100.000,00 euro, dalla stessa effettuato a suo favore (in gran parte da lui già restituito), anche per il fatto di potere disporre di circa 800.000,00 euro (depositati o investiti in titoli) su di un conto, presso la Banca P intestato a lei e alla zia materna, signora;

rilevato che, al termine della prima udienza, con invito a verbale, questo Presidente aveva invitato i coniugi a valutare la possibilità di affrontare insieme un percorso di mediazione (civile e commerciale), con la precisazione che detto invito veniva accolto tanto che, nel prosieguo, i difensori avevano dato atto dell'inizio di tale percorso ma, successivamente, essi aveva riferito circa l'esito negativo dello stesso;

rilevato che, all'esito dell'udienza di trattazione orale, tenutasi l'11.12.2019, questo giudice, preso definitivamente atto dell'impossibilità da parte dei coniugi di pervenire ad una soluzione consensuale del presente contenzioso, si era riservato la decisione;

rilevato che, tuttavia, che, in considerazione della oggettiva difficoltà di ottenere un quadro realistico delle disponibilità economiche di entrambi i coniugi (e delle spese da essi sostenute nel passato e nel presente), in luogo della attesa decisione era stata richiesta ad entrambi i coniugi una

autodichiarazione patrimoniale, sottoscritta dalle parti (si v. l'ordinanza in data 24.1.2020);

rilevato che, nell'occasione, non essendo state del tutto chiarite le modalità di frequentazione tra genitori e figli, le parti erano state anche invitate a ricercare un accordo sul punto, con la precisazione che, ove raggiunto, esso avrebbe dovuto essere sottoposto allo scrivente, in occasione dell'udienza di rinvio;

rilevato che, tuttavia, a causa della pandemia in atto, non è stato possibile tenere la prevista udienza del 31 marzo u.s., revocata con decreto del 24.3.2020, così che la causa è entrata in una prolungata fase di quiescenza (senza peraltro che, nel prosieguo, siano pervenute da parte dei difensori richieste finalizzate alla fissazione di una nuova udienza), sino a che questo giudice, a seguito di una informale interlocuzione con i legali, ha fissato udienza di trattazione per il giorno 12 ottobre u.s.;

rilevato che, all'udienza del 12.10.2020, a seguito di breve trattazione orale (per la sintesi della quale si può fare integrale riferimento al relativo verbale), i difensori hanno richiamato integralmente i rispettivi atti ed hanno insistito in tutte le difese svolte, chiedendo infine l'assunzione dei provvedimenti finalizzati alla prosecuzione del giudizio;

rilevato che, stante l'importanza che ai fini di causa riveste la questione patrimoniale, appare opportuno dare atto, in sintesi, del contenuto delle autodichiarazioni versate in atti dalle parti; rilevato che, per quanto riguarda la ricorrente, essa ha ribadito e precisato: a) di non possedere alcun bene immobile, di non essere titolare di alcun reddito, di essere cointestataria (al 50% con il marito) solo di una Fiat 500, da lei utilizzata in via esclusiva, trattandosi dell'unico mezzo di trasporto disponibile, prevalentemente nell'interesse dei figli); b) di essere intestataria di un C/C di corrispondenza (e di un relativo *dossier* titoli), con saldo attuale di euro 89.925,00 aperto nel 2018 a seguito del rimborso da parte del coniuge della somma di 100.000,00 euro (a fronte del menzionato prestito, da lei erogato anni prima, di 111.775,00 euro), con la precisazione che, *"nonostante l'intestazione condivisa"*, la *"proprietà"* (della liquidità esistente) era sua *"esclusiva"*, e che il conto era alimentato unicamente dal contributo mensile di euro 800,00 che il convenuto aveva *"unilateralmente stabilito"* a favore dei figli (versandole 200,00 euro a settimana), oltre ai 300,00 euro mensili che egli corrispondeva per *"saldare"* il menzionato prestito; c) di essere delegata ad operare sul conto corrente della citata zia materna (*"vedova e senza figli"*), al solo scopo di soddisfare le sue esigenze, essendo l'unica nipote geograficamente *"vicina"*, con la sottolineatura di non avere mai operato su detto conto; d) di avere versato la liquidità a lei derivata dall'eredità (apertasi nel maggio del 2007) sul conto corrente intestato a lei e al marito, con la precisazione che, tra il mese di luglio ed il mese di settembre del 2009, essa aveva alienato le quote dei beni immobili a lei derivanti in forza della successione in questione, incassando complessivamente la somma di euro 360.000,00, che erano stati versati sul predetto conto; e) posto che dette somme sarebbero state utilizzate dal marito *"anche per la ristrutturazione della casa coniugale (compreso l'arredo) e per l'estinzione del finanziamento"* da lui richiesto per l'avvio della sua attività professionale, essa si *"attendeva di ottenere la cointestazione dell'immobile"* (evento mai verificatosi); f) relativamente alle spese essa sosteneva che *"utenze, imposte, tasse e spese di amministrazione"* della casa familiare erano state *"interamente e direttamente versate dal signor T"* (come sostanzialmente confermato a pag. 5 della autodichiarazione del predetto, n.d.g.), mentre per gli esborsi di natura personale aveva fatto uso delle somme mensilmente versate dal coniuge a titolo di ra-

teale rimborso del più volte citato prestito, intaccando anche il capitale liquido nella sua disponibilità per fare fronte alle spese dei figli (che, secondo la ricorrente, il signor T non avrebbe inteso affrontare “né personalmente, né come trustee”); rilevato che, per quanto concerne il convenuto, egli ha confermato e precisato: 1) di essere proprietario esclusivo della (ex) casa coniugale lasciata nella disponibilità della moglie e dei figli; 2) di vivere con la madre non potendosi fare carico dei costi di una locazione; 3) di avere venduto un box, nel dicembre del 2016, per rimborsare alla moglie l’importo di 100.000,00 euro relativo al più volte citato prestito; 4) di gestire una palestra dalla quale, negli ultimi quattro anni, aveva ricavato i redditi indicati (si v. pag. 1 dell’autodichiarazione patrimoniale); 5) di essere titolare di due conti correnti, l’uno cointestato con la madre (con una giacenza di oltre 26.000,00 euro alla data del 20.8.2020), l’altro relativo alla sua attività (con una giacenza, alla data sopra indicata, di euro 12.800,00); 6) di avere condotto insieme ai suoi famigliari “una vita agiata ma molto semplice” (con un esborso mensile, dal 2016 in avanti, di circa 3.000,00 euro al mese), con “unico lusso” consistito nelle vacanze in Messico (grazie all’eredità paterna), avendo sempre attinto insieme alla moglie ai comuni risparmi o, meglio, alla liquidità disponibile, frutto non solo dei risparmi di entrambi, ma anche dei redditi da lavoro e dei rimborsi del trust relativi “a spese sostenute nell’interesse del trust stesso, di mia madre, e dei miei figli”, fermo restando che le spese “rimborsate” riguardavano anche la di lui madre, beneficiaria del trust (si v. pag. 3 e 4 per una sintetica ricostruzione dei bilanci degli ultimi quattro anni); 7) di non essere più in grado di mantenere il precedente tenore di vita, sia per il fatto di avere ormai quasi dato fondo ai propri risparmi, sia per il crollo dei ricavi della propria palestra anche a causa delle chiusure da coronavirus; 8) di essere stato il menzionato trust costituito dalla madre “con beni di sua esclusiva proprietà”, ciò allo “scopo di tutelare il capitale” nell’interesse dei figli, motivo per cui, secondo il convenuto, non solo la propria madre sarebbe l’unica beneficiaria delle rendite, ma sarebbe solo lei a poter “decidere come impiegare le rendite del trust”, che non potrebbero essere usate “per il mantenimento dei figli e della moglie” (per completezza si può fare riferimento alle pag. 7 e segg. dell’autodichiarazione, sia per quanto concerne l’elencazione dei beni conferiti in trust e la loro resa mensile, sia per quanto concerne la differenza tra la “rendita” e la “liquidità”, essendo quest’ultima inferiore alla prima); 9) di non avere più alcuna proprietà in Perù (circostanza di cui la moglie sarebbe bene a conoscenza), avendo egli venduto, nel giugno del 2014, un bene immobile (ereditato pro quota da lui e dalla madre), ricavandone 350.000 \$, somma che egli aveva restituito alla madre, e che poi era stata investita in due fondi immobiliari a nome della predetta (vincolati sino al 2024), con la precisazione che la liquidità derivante dalla propria quota ereditaria (realizzata grazie alla citata vendita) era stata versata sul conto corrente in comune con la moglie, “e concordemente utilizzata (...) per pagare le vacanze in Messico negli ultimi anni”; ritenuto che, tutto ciò precisato, in accoglimento della congiunta richiesta dei legali delle parti di definire la presente fase processuale, occorre entrare nel merito dei provvedimenti provvisori ed urgenti richiesti prevedendo, innanzi tutto, la formale autorizzazione ai coniugi a vivere separati; ritenuto che, per quanto concerne la casa coniugale, entrambe le parti hanno concluso nel senso che l’assegnazione avvenga a favore della ricorrente (e, del resto, il signor T non si è opposto al prevalente collocamento dei figli presso la madre), e

in tal senso si deve provvedere, con la precisazione che si tratta di provvedimento provvisorio, a valere sino a quando i figli continueranno a vivere prevalentemente insieme alla madre o, comunque, sino a che essi non saranno economicamente autonomi;

ritenuto che, come già enunciato nell’ordinanza del gennaio di quest’anno, nonostante le scarse risultanze in atti, ad avviso dello scrivente, non pare dubbio che entrambi i coniugi risultino dotati di idoneità genitoriale (che essi stessi si sono reciprocamente riconosciuta), motivo per cui va disposto l’affido dei figli ai genitori con modalità condivisa (come richiesto da entrambi), e da ciò discende che sia il padre che la madre eserciteranno paritariamente (e, per quanto possibile, di comune accordo) la responsabilità genitoriale nei confronti di S e Caietto;

ritenuto che, per quanto riguarda le frequentazioni tra padre e figli, pur se i coniugi sembrano essere riusciti, in linea di massima, a darsi delle regole senza fare ricorso al giudice per dirimere i loro contrasti, sia in passato che più recentemente si sono verificate svariate occasioni di frizione, in parte derivanti dalla (pur apprezzata) particolare attenzione che la madre risulta riservare alla preparazione scolastica della prole (così, ad esempio, secondo quanto riferito dalla difesa di parte convenuta, durante l’estate del 2019, la signora C non avrebbe consentito al padre di trascorrere neppure una settimana continuativa con i figli, mentre più recentemente la ricorrente aveva espresso il convincimento che i pernottamenti infrasettimanali presso il padre fossero limitati ai periodi di “fermo scolastico”, appunto ai fini di una migliore organizzazione e resa delle attività scolastiche);

ritenuto, tuttavia, che la regolarità delle frequentazioni tra un padre separato ed i figli (espressione del diritto di questi ultimi alla bigenitorialità), non può essere condizionata dall’ipotesi (materna) secondo cui i pernottamenti infrasettimanali dei figli presso il genitore comporterebbero un peggioramento del rendimento scolastico della prole, motivo per cui anche nel caso in esame potrà trovare applicazione la dosimetria tradizionale di questo Tribunale (di seguito illustrata), fermo restando l’impegno del padre di fare svolgere e/o controllare i compiti e la preparazione dei bambini in relazione alle lezioni del giorno dopo;

ritenuto che, tutto ciò premesso, la permanenza dei figli presso il padre potrà essere regolata come di seguito precisato: 1) quanto ai fine settimana, il padre terrà con sé i figli a settimane alterne dal venerdì (in orario da concordare) sino al lunedì mattina (con accompagnamento a scuola o presso l’abitazione materna), con la precisazione che, ove i figli manifestassero il desiderio di rientrare a casa per l’ora di cena la domenica sera, i genitori asseconderanno tale desiderio; 2) durante la settimana in cui il *week end* è di pertinenza materna, il genitore terrà con sé i figli due giorni: di regola il mercoledì e il giovedì (salvo diverse migliori intese tra i genitori), seguiti da pernottamento, con rientro a scuola o presso la mamma il venerdì mattina; 3) nella settimana in cui il *week end* è di pertinenza paterna, il padre potrà tenere con sé i figli nella giornata del mercoledì (oppure del giovedì, salvo diverse intese tra i coniugi), tenendoli con sé per il pernottamento, con rientro a scuola o presso l’abitazione materna nella mattina successiva;

ritenuto, altresì, che per quanto concerne le festività, a fronte di genitori, come si è detto, parimenti idonei sotto il profilo delle capacità genitoriali, va affermato il principio della *par condicio*, nel senso che i giorni festivi dovranno essere suddivisi in maniera paritaria tra essi, ferme restando le seguenti

precisazioni per le festività religiose di maggiore importanza e durata;

ritenuto che, per quanto concerne il periodo natalizio, appare possibile disporre che il genitore che l'anno precedente ha trascorso con i figli la giornata del 25 dicembre (e, dunque, anche la notte di Natale), trascorra con essi la giornata della Vigilia (a partire dal dopo-pranzo o altro diverso orario concordato tra i genitori), con rientro dei bambini presso l'abitazione dell'altro genitore entro le ore 22; per il resto, il genitore che avrà avuto con sé i figli il 25 dicembre li terrà con sé sino al 31 dicembre alle ore 19, mentre l'altro genitore avrà con sé i figli dal 31 dicembre alle ore 19 del 6 gennaio, fatti salvi diversi migliori accordi tra le parti;

ritenuto che, per quanto riguarda le festività pasquali, i genitori potranno, di anno in anno, alternare tra loro con i figli il giorno di Pasqua e quello di Pasquetta, per poi dividere paritariamente il residuo periodo di vacanza scolastica (a meno che, stante la più breve durata di detta vacanza, essi non preferiscano, di anno in anno, alternarsi tenendo con sé la prole per l'intero periodo);

ritenuto che, durante l'estate, il padre, così come la madre, avrà la facoltà di tenere con sé i figli per almeno 15 giorni anche non consecutivi, e i coniugi, se del caso con la mediazione dei rispettivi legali, dovranno concordare entro il 30 maggio i rispettivi periodi di vacanza con i bambini;

ritenuto che, laddove il signor T reputi che il pernottamento infrasettimanale dei figli presso di lui debba avvenire limitatamente "ai periodi di assenza di impegni scolastici", come in precedenza concordato con la moglie (si v. sul punto le distinte "note autorizzate" concordate a suo tempo depositate dai legali delle parti), in accordo con la signora C, ben potrà essere ripristinata tale diversa regolamentazione delle frequentazioni padre-figli";

ritenuto che, in ordine ai provvedimenti di natura patrimoniale, va premesso che, come noto, l'ordinanza presidenziale è un provvedimento di natura provvisoria che non ha certamente la portata di dirimere una volta per tutte i contrasti di natura patrimoniale esistenti tra i coniugi che, come quelli protagonisti della odierna causa, si trovano nelle condizioni di introdurre una separazione di natura contenziosa;

ritenuto, infatti, che soltanto all'esito della causa di merito, espletate le prove ammesse dal giudice istruttore (in punto effettivi guadagni e disponibilità patrimoniali dei coniugi), anche sotto l'aspetto economico, potranno essere assunte decisioni tendenzialmente destinate a durare nel tempo (ferma restando, ovviamente, la possibilità di impugnare il provvedimento collegiale, o di fare ricorso nel prosieguo al procedimento di cui all'art. 710 c.p.c., ove ne sussistano i presupposti);

ritenuto che l'impressione ricavabile dai comportamenti delle parti è che essi possano godere di una liquidità maggiore di quella dichiarata, essendo verosimile che la ricorrente possa ricavare un aiuto economico dalla zia materna (che, secondo il marito, anche durante il matrimonio, avrebbe erogato alla nipote la somma di 300,00 euro mensili da destinare all'aiuto domestico), così come viene da pensare che anche il convenuto possa ricevere sostegno dalla propria madre (non apparendo convincente l'affermazione secondo cui il suo patrimonio mobiliare, comprensivo della consistente quota ereditaria, sia stato interamente investito in fondi vincolati sino al 2024; si v. sul punto pag. 13 dell'autodichiarazione patrimoniale);

ritenuto che, in ogni caso, sotto il profilo patrimoniale, al momento, tra le due narrazioni, appare più convincente quella operata dal convenuto, nel senso che, pur conducendo cer-

tamente il nucleo familiare una vita agiata, grazie ad un significativo flusso di liquidità (una consistente parte del quale derivata, come si è detto, dall'eredità materna conseguita dalla signora C), pare condivisibile l'affermazione del resistente secondo cui il maggior "lusso" familiare consisteva nei viaggi all'estero resi possibili, a quanto dichiarato, dall'eredità paterna conseguita dal signor T (e, in proposito, va detto che non è chiaro se essa sia ormai esaurita o meno) ritenuto che un parziale riscontro di tale (certo provvisoria) lettura si può evincere dalla vicenda del rilevante prestito garantito dalla moglie al marito (ancora in via di restituzione), di cui vi è ampia traccia in atti, tenuto conto del fatto che, da un lato, se il convenuto avesse avuto ingenti disponibilità di denaro non avrebbe avuto necessità di richiedere un prestito alla ricorrente e, dall'altro, che, ove la moglie avesse avuto cognizione della possibilità per il marito di reperire altrove l'importo richiesto si sarebbe ben guardata dall'esporsi economicamente nei suoi confronti;

ritenuto che, quanto all'asserito "altissimo" tenore di vita che, secondo parte ricorrente, il nucleo familiare in questione avrebbe sempre mantenuto negli anni passati, siamo di fronte ad una circostanza che dovrà essere dimostrata in sede istruttoria, fermo restando che non è chiaro se detto ipotetico trend di vita fosse il frutto del patrimonio estero dell'odierno convenuto, della consistente liquidità ricavata dalla vendita degli immobili provenienti dall'eredità materna che la ricorrente aveva riversato sul conto corrente in comune con il marito, o degli interventi di sostegno economico posti in essere dalla madre del signor T (in proposito non si può escludere di essere vicini al vero affermando che il comprovato agiato tenore di vita, cui si è fatto in precedenza riferimento, ben poteva essere conseguenza di tutte le causali sopra ricordate);

ritenuto che, in ogni caso, va sottolineato che, allo stato degli atti, non vi è prova alcuna che il convenuto sia titolare di conti correnti o di depositi all'estero, né che egli sia proprietario in Messico o in altro paese straniero di beni immobili;

ritenuto che, con riguardo alla posizione della ricorrente, va detto che, in assenza di prova, all'esito della fase presidenziale, non può essere condiviso l'assunto di parte convenuta in forza del quale la signora C, in quanto delegata sul conto corrente acceso presso il Banco BPM di Genova, intestato alla zia materna, signora , avrebbe la disponibilità di operare liberamente su detto conto anche a fini strettamente personali; ritenuto che, per quanto concerne il trust istituito dalla disponente madre del convenuto, che vi ha conferito tutti i beni immobili di sua proprietà, nell'ambito del quale il predetto è stato nominato trustee, ad avviso dello scrivente, esso non presenti elemento di invalidità;

ritenuto, infatti, che dalla lettura dell'atto istitutivo si evince che: a) sono compiutamente identificati i beneficiari, vale a dire, oltre alla disponente, i nipoti S e Caietto; b) sono ben specificate le finalità del trust sia nelle premesse (si v. lett. c): "assicurare" ai nipoti e "ove necessario anche a se medesima la migliore assistenza materiale, personale e medica, nonché la più efficace sicurezza e protezione economica per il futuro, assegnando le somme accumulate ai suddetti beneficiari per le loro esigenze di mantenimento ed istruzione anche universitaria e trasferendo quindi la proprietà dei suddetti immobili ai beneficiari medesimi ... al termine del trust stesso"), sia all'art. 15: "... corresponsione ai beneficiari di un reddito annuo ... in modo da garantire agli stessi un adeguato mantenimento ed istruzione e da soddisfare altre necessità anche imprevedibili...; anche fornendo un appannaggio mensile o annuale secondo le esigenze dei beneficiari quali istruzione, abbigliamento, spese mediche; ... esigenze di vita e di

sostentamento, abitative e di istruzione anche post universitaria...”; c) il fatto che non sia stato nominato un *guardian*, versandosi in tema di *trust* non di scopo e con beneficiari individuati, non integra alcuna invalidità, fermo restando che esso ben potrà essere nominato ai sensi degli artt. 4 e 32 dell’atto istitutivo; d) la circostanza che il menzionato art. 15, lett. B.2 preveda che il *trustee* possa versare o impiegare somme, non solo a favore dei beneficiari, ma anche alla disponente o alla “*loro famiglia*”, dell’istituto, in astratto, può considerarsi estraneo alle finalità, ma è certamente giustificabile (quanto alla disponente, avuto riguardo alle disposizioni imperative del nostro ordinamento in tema di obblighi alimentari previsti a favore del soggetto che compie un atto di liberalità; quanto ai famigliari, premesso che il termine deve intendersi in senso stretto, potrebbe essere ipotizzato un intervento economico a sostegno nell’ipotesi di uno stato di indigenza del genitore affidatario esclusivo dei minori o prevalente collocatario di essi);

ritenuto che, alla luce di quanto sopra esposto, le osservazioni critiche formulate dalla difesa C nelle note in data 5.12.2020, al di là di una piana esposizione dei principi in tema di *trust*, non convincono soprattutto nella parte in cui si cerca di sostenere (invero, ad avviso dello scrivente, senza fondamento) che il *trust* “SMT” avrebbe quale unico scopo quello di “*garantire alla famiglia T/C l’altissimo tenore di vita da sempre sostenuto*”;

ritenuto, in proposito, che la previsione della nomina della signora C a *trustee*, “*qualora il signor T dovesse decedere prima della natura estinzione dello strumento anglosassone*”, non pare correlato alla volontà della disponente di mantenere all’intero nucleo famigliare un certo tenore di vita, quanto al fatto che, nell’anno 2015, è verosimile pensare che i coniugi non fossero ancora entrati in rotta di collisione, motivo per cui si può presumere che, all’epoca, entrambi non avessero nulla in contrario alla volontà della disponente di costituire un *trust* essenzialmente a beneficio dei loro figli;

ritenuto che, per quanto concerne la resa del *trust*, in sintesi, si può affermare che i costi generali (in particolare le imposte dirette sul reddito) assorbono il 20% circa delle entrate, i costi riguardanti gli immobili (IMU, spese condominiali e lavori straordinari) incidono intorno al 15-17% (salvo che per l’anno 2019, nel corso del quale, per via di importanti costi straordinari, detta incidenza è salita al 61%), e a dette spese vanno aggiunti i costi relativi all’immobile ove la disponente abita;

ritenuto che, ai fini di una maggiore completezza dell’esposizione, può essere qui ricordato, da un lato, che, a far data dall’anno 2007, l’istituto del *trust* è stato incluso tra i soggetti passivi dell’IRES, il che significa che al suddetto istituto è stata riconosciuta un’autonoma soggettività tributaria, dall’altro, che il *trust* di cui si discute (“SMT TRUST”) non rientra tra quelli definiti “*trasparenti*” ma tra quelli c.d. “*opachi*”, nel senso che, in assenza di beneficiari di reddito individuati, i redditi del *trust* sono direttamente imputati al *trust* medesimo (nella specie, come si è visto, il *trustee* ha la facoltà di scegliere se, quando e in che misura e a chi attribuire il reddito del *trust*);

ritenuto che, in considerazione di quanto sin qui si è venuti esponendo, può essere affermato che, allo stato della procedura, la richiesta della ricorrente di un assegno per sé e per i figli dell’importo di euro 5.000,00 mensili (senza neppure distinguere gli importi da attribuire ai diversi destinatari) appare sovradimensionato;

ritenuto che, in ogni caso, in ordine alla specifica richiesta

della ricorrente di ottenere un assegno elevato per sé, non reputa il giudicante che, allo stato degli atti (e tanto più in via di urgenza all’esito della fase presidenziale) vi siano i presupposti per accogliere la suddetta domanda;

ritenuto che, in argomento, occorre prima di tutto avere presente il fatto che, attualmente, la ricorrente è una donna ancora di buona età, istruita (in quanto laureata), certamente dotata di capacità lavorativa (testimoniata dalle pregresse esperienze occupazionali), dotata un patrimonio liquido di un certo rilievo (sul quale mostra di fare conto, atteso che non risulta dagli atti che essa si sia ancora attivata al fine di reperire un’occupazione) e, verosimilmente, sostenuta dalla propria zia in misura che, se del caso, potrà essere chiarita in corso di causa;

ritenuto, inoltre, che essa può disporre in piena autonomia di un immobile di pregio di esclusiva proprietà del marito, in relazione al quale questi provvede al pagamento delle utenze, delle tasse e delle spese condominiali;

ritenuto che, stante la particolarità della presente separazione, tenuto conto del fatto che, in apparenza, la condizione economica di entrambi i coniugi appare più sfavorevole rispetto al passato (così che la pretesa di conservare il precedente tenore di vita risulta una mera petizione di principio), in via del tutto provvisoria, appare conforme a principi di equità in luogo di porre a carico del signor T un assegno di un certo importo, prevedere nei suoi riguardi l’obbligo di continuare a sostenere a favore della moglie e dei propri figli le utenze, le spese di amministrazione, le imposte e le tasse riguardanti l’abitazione già coniugale (esborsi che, in parte, già gravano su di lui ai sensi di legge);

ritenuto che, per quanto riguarda il contributo da porre a carico del predetto in relazione al mantenimento dei figli, avuto riguardo al fatto che in più di una memoria (in particolare quella di costituzione, poi anche in quella datata 9.12.2019, e ancora a verbale di udienza l’11.12.2019), lo stesso legale del convenuto ha espressamente indicato in euro 1.100,00 mensili il contributo di mantenimento a favore di S e di Caietto (vale a dire euro 550,00 per ciascuno dei figli), in via provvisoria, si può affermare che detta somma può essere considerata congrua, anche tenuto conto del fatto che, in assenza dello svolgimento di attività lavorativa della ricorrente, appare corretto stabilire che sia il padre a sostenere il 100% delle spese straordinarie relative ai figli, tanto più che egli ben può a tale fine attingere alla rendita del *trust*;

ritenuto, in argomento, che se appare condivisibile l’argomento utilizzato dalla difesa del convenuto circa il fatto che, in questo procedimento i beni in *trust* appaiono non aggredibili (mentre non risulta fondata l’affermazione del resistente secondo cui solo la disponente potrebbe decidere come impiegare le rendite del *trust*), è pur vero che, in forza della stessa giurisprudenza di legittimità, l’istituzione di un *trust* può costituire un elemento utile ai fini di determinare l’entità dell’assegno mensile dovuto a favore dei figli (e ciò appare tanto più vero se si considera la già menzionata finalità del conferimento dei beni in *trust*, essendo essi destinati anche a realizzare “*la migliore assistenza materiale, personale e medica*” nei riguardi dei figli, con la sottolineatura che, come già evidenziato, il *trustee* ha tra l’altro il potere di utilizzare le rendite per farsi carico delle esigenze dei figli in relazione all’istruzione, all’abbigliamento, alle spese mediche, e alle altre spese necessarie);

ritenuto che, da ultimo, tenuto conto della complessità della presente causa e del fatto che non tutte le questioni “*agitate*” nel corso di questa prolungata fase presidenziale potranno

essere risolte nel corso del presente giudizio (con la conseguenza che potrebbero essere instaurati nuovi contenziosi, con aggravio dei tempi e dei costi per i coniugi in causa), appare opportuno invitare le parti a valutare la possibilità di aprire una trattativa finalizzata alla ricerca di una soluzione consensuale che potrebbe avere al centro i destini e la titolarità della casa già coniugale.

P.Q.M.

fermi restando i provvedimenti provvisori di cui alla parte motiva della presente ordinanza che qui deve intendersi integralmente richiamata; rimette le parti avanti al Giudice Istruttore designando per l'udienza del 25.3.2021 alle ore 10.30, ai fini della prosecuzione della causa, stabilendo per la parte ricorrente termine di gg. 45 prima dell'udienza per il deposito in cancelleria di memoria integrativa, che deve avere il contenuto di cui all'art. 163, 3° comma nn. 2, 3, 4, 5, 6 c.p.c., e per la parte convenuta termine di gg. 20 prima dell'udienza per la costituzione in giudizio ai sensi dell'art. 166, comma 1 e 2 c.p.c., nonché per la proposizione di eventuali eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, con avvertenza per il suddetto convenuto che la costituzione oltre suddetto termine implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c. e che, oltre tale termine, non potranno essere più proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio. (... *Omissis*...)

Corte di Cassazione, sez. VI civ., 17 dicembre 2020, n. 28883 - Pres. Acierno - Rel. Tricomi.

(Cassa Decreto Corte d'Appello di Genova, 12 aprile 2019)

FAMIGLIA e minori - figli minori - affidamento - separazione dei genitori - regime di visita - provvedimenti contenitivi o restrittivi - interesse superiore del minore - principio di bigenitorialità - necessità di rispetto del principio.

(Art. 8 CEDU; artt. 155 e 337 ter c.c.)

In tema di affidamento del figlio minore a seguito di separazione dei genitori, il Giudice, nel disciplinare le concrete modalità di esercizio del diritto di visita del genitore non convivente, deve sempre assicurare, nel superiore interesse del minore, il rispetto del principio di bigenitorialità, da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione ed istruzione della prole. Donde, eventuali provvedimenti contenitivi o restrittivi sulle libertà e sul diritto di visita dei genitori (c.d. "restrizioni supplementari") potranno essere adottati solo sulla scorta di un rigoroso controllo circa l'effettivo e reale mantenimento di solidi e stabili rapporti del minore con entrambi i genitori, così da scongiurare il rischio di troncamento relazioni familiari tra questi ultimi ed il figlio che si trovi ancora in tenera età.

MI.F.

(... *Omissis*...)

Ritenuto che:

D.P.M. propone ricorso per cassazione con quattro mezzi avverso il decreto della Corte di appello di Genova in epigrafe indicata che, decidendo nel procedimento promosso nei confronti di G.I. per conseguire una modifica della regolamentazione del diritto di visita della figlia minore A. (nata il (OMISSIS)), in ri-

forma della decisione ampliativa del diritto assunta in primo grado, ha disposto che la frequentazione tra la minore ed il padre proseguisse con le modalità già stabilite nel precedente decreto del Tribunale di La Spezia del 19-27/6/2014, invitando le parti ad attuare un percorso di mediazione.

G. replica con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

Considerato che:

1.1. Con il primo motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 337 ter c.c. e dell'art. 30 Cost.

Il ricorrente si duole che la Corte territoriale, riformando la decisione di primo grado ed avendo ritenuto di recepire le conclusioni del CTU - disattese in primo grado -, abbia mantenuto il regime di visita instaurato quando la minore aveva sei mesi, regime che escludeva il pernottamento ed era giustificato dalla tenerissima età della bambina, e ritiene che ciò impedisca l'esercizio del diritto della minore alla bigenitorialità.

Sostiene che la conflittualità tra i genitori non può ostare all'attuazione dell'affidamento condiviso, nel caso già disposto, e lamenta che le ridotte modalità di visita inducano una condivisione solo formale dell'affidamento.

1.2. Con il secondo motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, e dell'art. 111 Cost., comma 6, lamentando la natura solo apparente della motivazione, laddove la Corte ligure, meramente aderendo alle apodittiche conclusioni del CTU, ha escluso la previsione dei pernottamenti presso il padre valorizzando negativamente alcuni comportamenti ritenuti immaturi e superficiali del D.P., segnatamente relativi alla mancata comunicazione alla G. ed al CTU della relazione sentimentale intrapresa con un'altra donna.

1.3. Con il terzo motivo si denuncia la violazione dell'art. 8 CEDU e dell'art. 117 Cost.

A parere del ricorrente, il regime di visita stabilito comporterebbe delle "restrizioni supplementari", ostative alla creazione di una relazione strutturata con la minore in attuazione del diritto di quest'ultima alla bigenitorialità.

1.4. Con il quarto motivo si denuncia la violazione dell'art. 91 c.p.c., lamentando la condanna al pagamento delle spese del reclamo posto a carico del padre.

2.1. I primi tre motivi, da trattarsi congiuntamente, perché strettamente connessi sono fondati e vanno accolti.

Giova rammentare che la regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori non esclude che il minore sia collocato presso uno dei genitori e che sia stabilito uno specifico regime di visita con l'altro genitore (vedi, Cass. n. 22219 del 12/9/2018, in motivazione; Cass. n. 18131 del 26/7/2013) e che attiene al potere del giudice di merito stabilire le concrete modalità di esercizio del diritto di visita, che non sono sindacabili nelle loro specifiche articolazioni nel giudizio di legittimità, ove è invece possibile sollevare censure solo ove il giudice di merito si sia ispirato, nel disciplinare le frequentazioni del genitore non convivente con il minore, a criteri diversi da quello fondamentale dell'esclusivo interesse del minore, previsto dall'art. 155 c.c.

In particolare, nell'interesse superiore del minore, va assicurato il rispetto del principio della bigenitorialità, da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione ed istruzione (ex multis: Cass. n. 18817 del 23/09/2015; Cass. n. 11412 del 22/05/2014).

La lettura riservata dalla giurisprudenza di legittimità del su-

periore interesse della prole, atteso il preminente diritto del minore ad una crescita sana ed equilibrata, si è spinta a ritenere giustificata l'adozione, in un contesto di affidamento, di provvedimenti contenitivi o restrittivi di diritti individuali di libertà dei genitori, nell'apprezzato loro carattere recessivo rispetto all'interesse preminente del minore (Cass. 24/05/2018 n. 12954; Cass. 04/11/2013 n. 24683), che tuttavia devono essere adottati sulla scorta di un rigoroso controllo anche alla luce dei recenti arresti della Corte EDU.

Di recente, questa Corte ha avuto modo di chiarire, proprio in tema di "restrizioni supplementari" che "Pur dovendosi riconoscere all'autorità giudiziaria ampia libertà in materia di diritto di affidamento di un figlio di età minore, è comunque necessario un rigoroso controllo sulle "restrizioni supplementari", ovvero quelle apportate dalle autorità al diritto di visita dei genitori, e sulle garanzie giuridiche destinate ad assicurare la protezione effettiva del diritto dei genitori e dei figli al rispetto della loro vita familiare, di cui all'art. 8 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, onde scongiurare il rischio di troncamento delle relazioni familiari tra un figlio in tenera età ed uno dei genitori (Corte EDU 9.2.2017, Solarino c. Italia). Nell'interesse superiore del minore, infatti, deve essere sempre assicurato il rispetto del principio della bigenitorialità, inteso quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione ed istruzione della prole." (Cass. n. 9764 del 08/04/2019).

Nel caso di specie, la Corte di appello, tenendo conto della conflittualità tra i genitori e dando atto di aderire alle conclusioni raggiunte dalla CTU nel valutare le domande di riforma della decisione di primo grado, si è soffermata esclusivamente sul vissuto della G., relativo alle vicende risalenti - connesse al difficile concepimento, conseguente al fatto che il D.P. le aveva nascosto i suoi problemi di fertilità, e sul comportamento definito "superficiale" del D.P. che, in occasione dello svolgimento della CTU e delle attività istruttorie, aveva nascosto al CTU di avere intrapreso una nuova relazione sentimentale e fornito poi - dopo che la vicenda era stata rivelata dalla stessa bambina che ne era, in qualche modo, già a conoscenza - versioni contrastanti della situazione personale ed affettiva.

Non risulta invece alcun approfondimento rispetto al superiore interesse della minore ad una reale bigenitorialità da individuare nei termini innanzi precisati -, in particolare in merito alle dinamiche relazionali ed affettive padre/figlia, come sviluppatasi nel corso degli anni che hanno visto la neonata evolversi in bambina, ed alla eventuale ricaduta sulle stesse delle circostanze evidenziate; inoltre non è in alcun modo illustrata da cosa sia evincibile la attuale adeguatezza dei provvedimenti adottati dal giudice dal Tribunale della Spezia nel 2014 per una bambina di sei mesi - confermati dalla Corte di appello - rispetto ad una bambina di sei anni. Manca, invero, del tutto una specifica motivazione in ordine alle eventuali ragioni che hanno indotto la Corte di merito ad escludere il pernottamento ed un ampliamento della frequentazione infrasettimanale con il padre, nella inosservanza del principio della bigenitorialità segnato, nei suoi pieni contenuti, dalla interlocuzione tra giudici nazionali e della Corte di Strasburgo; né la valutazione della situazione di conflittualità tra i genitori ed il condivisibile invito ad entrambi ad avviare responsabilmente un serio e sincero percorso di mediazione che possa consentire loro di superare una situazione di stallo, allo scopo, di instaurare/recuperare adeguate modalità di comunicazione

nell'interesse della minore, affronta in maniera diretta e completa l'interesse della minore.

2.2. Il quarto motivo è assorbito dall'accoglimento dei primi tre.

3. Il ricorso va pertanto accolto con rinvio alla Corte di appello di Genova che, in altra composizione, provvederà ad attenersi agli indicati principi, liquidando altresì le spese per il giudizio di cassazione.

Va disposto che in caso di diffusione della presente ordinanza siano omesse le generalità delle parti e dei soggetti in essa menzionati, a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52.

P.Q.M.

Accoglie i primi tre motivi di ricorso, assorbito il quarto; cassa il decreto impugnato e rinvia alla Corte di appello di Genova in diversa composizione per il riesame e la statuizione sulle spese. (...*Omissis*...)

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 12 agosto 2020, n. 782 - Pres. Bonavia - Rel. Bruno.

MUTUO - interessi di mora - interessi corrispettivi - sommatoria degli interessi - disciplina antiusura - applicabilità - effetti - nullità.

(Artt. 1224 e 1815 c.c.; L. n. 108/1996)

Qualora, nell'ambito di un contratto di mutuo, sia espressamente convenuta l'applicazione degli interessi di mora su tutte le somme scadute e non pagate dal mutuatario, ivi comprese quelle dovute a titolo di interessi corrispettivi, è necessario, ai fini della verifica sul rispetto della disciplina antiusura, considerare anche la capitalizzazione degli interessi corrispettivi, essendo il mutuatario obbligato al pagamento degli interessi moratori non solo sulla quota di capitale, ma anche su quella di interessi che è incorporata in ciascuna delle rate già scadute. Pertanto, nel caso in cui il contratto preveda interessi di mora che, sommandosi a quelli corrispettivi nel senso che precede, determinino il superamento della soglia di usura di cui alla legge 108 del 1996, dovrà trovare applicazione la relativa disciplina, con conseguente nullità della clausola contrattuale che dispone la sommatoria dei due tipi di interesse.

MI.F.

(...*Omissis*...)

Ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Con atto di citazione ritualmente notificato, Pa. Ma., Co. Da., Co. Da., premesso: che in data 9.6.2016 la banca convenuta aveva notificato loro, in qualità di eredi di Co. Fr., atto di precetto, intimando il pagamento del residuo mutuo stipulato dal de cuius in data 18.3.2005 e del saldo del c/c ipotecario aperto per finanziamento rate scadute e non pagate in relazione al mutuo; che l'atto di precetto era stato notificato irrualmente ossia "senza essere preceduto dalla notificazione del titolo esecutivo come previsto dall'art. 477 c.p.c., in quanto lo stesso titolo, costituito dalla copia del contratto di mutuo, mai notificato né consegnato agli eredi in precedenza, è stato notificato unitamente al precetto senza che siano decorsi i 10 giorni di rito tra la notifica del titolo e il precetto medesimo"; che, essendo il precetto stato emesso sulla scorta di un titolo esecutivo stragiudiziale, l'opposizione poteva verte anche sul merito del debito; che alla data della stipulazione del contratto di mutuo erano stati convenuti interessi

usurari (per usura originaria); che infatti il tasso di interesse pattuito (3,706% variabile), successivamente (in data 13.10.08) rinegoziato al 4,372, se sommato al tasso di mora (fino al 5,904% trimestralmente), alle spese per istruttoria, per assicurazione ed alle altre spese indicate in atto di citazione, era maggiore del tasso soglia, fissato, con riferimento al periodo di stipulazione del mutuo (marzo 2005) ed in relazione ai mutui a tasso variabile, nella misura del 5,79%; tanto premesso, convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Massa la Banca Carige s.p.a., chiedendo la dichiarazione di “inefficacia del precetto”, la dichiarazione della “nullità del contratto di mutuo e in ogni caso delle clausole di applicazione degli interessi”, la dichiarazione dell’inadempimento della banca per aver applicato un tasso maggiore del tasso soglia e per violazione delle norme sulla pubblicità ingannevole, la condanna della banca alla “restituzione di tutte le somme non dovute con interessi e rivalutazione, nonché al risarcimento del danno da determinarsi in via equitativa in proporzione all’importo del mutuo erogato”, con vittoria delle spese processuali.

Si costituiva in giudizio Banca Carige s.p.a. la quale chiedeva in via preliminare il rigetto della domanda di inefficacia del precetto in quanto priva di valore giuridico; nel merito, la reiezione dell’opposizione poiché infondata e comunque non provata, con vittoria delle spese di lite e condanna delle controparti ex art. 96 c.p.c. Il Tribunale, ritenuta matura la causa per la decisione, all’udienza del 21.07.2017, dopo la discussione orale, emetteva la sentenza gravata, con la quale rigettava l’opposizione con condanna degli attori alla rifusione delle spese di lite in favore della banca.

Il Tribunale motivava nel senso che l’interesse corrispettivo e l’interesse moratorio hanno natura giuridica e funzione completamente diverse:

l’interesse corrispettivo ha la funzione di compensare la naturale fruttuosità del denaro ossia di controbilanciare, mediante appunto il pagamento di tale interesse, il mutuante per l’impossibilità di mettere altrimenti a frutto il denaro prestato; per contro, l’interesse moratorio svolge la funzione di offrire al mutuante un risarcimento forfettario o meglio un indennizzo per il caso di ritardo, da parte del debitore-mutuatario, nel pagamento delle rate (che si compongono in parte di restituzione del capitale ed in parte di pagamento dell’interesse corrispettivo); la differente natura giuridica delle due categorie di interessi comportava che gli interessi corrispettivi e quelli moratori non potessero mai essere applicati nello stesso momento, ma trovavano applicazione in periodi differenti: infatti, a decorrere dall’inizio della mora, l’applicazione dell’interesse corrispettivo cessava ed iniziava l’applicazione dell’interesse moratorio (che pertanto sostituiva il primo, non sommandosi in alcun modo allo stesso).

Quindi, ai fini dell’accertamento della misura globale dell’interesse allo scopo di chiarirne la natura usuraria, o meno, mediante il confronto con il tasso soglia, non era giuridicamente lecito sommare l’interesse corrispettivo con l’interesse moratorio.

Poiché sulla base delle stesse allegazioni fattuali esposte dalle parti attrici opponenti in atto di citazione, l’interesse corrispettivo pattuito al momento della stipulazione del contratto di mutuo nella misura del 3,706% variabile era notevolmente al di sotto del tasso soglia, fissato per quel periodo (marzo 2005) nella misura del 5,79%, l’opposizione era infondata.

Tutte le altre domande formulate in atto di citazione restavano assorbite, poiché presupponevano l’accoglimento della domanda principale.

Avverso tale sentenza interponevano appello Pa. Ma., Co. Da.,

Co. Da., ritenendo la stessa errata poiché il giudice di prime cure aveva disatteso i principi dettati dalla giurisprudenza in tema di interessi corrispettivi e moratori che dovevano, secondo gli appellanti, necessariamente sommarsi al fine di individuare il tasso soglia previsto dalla legge n. 108 del 1996.

In particolare, gli appellanti osservavano che se il giudice di primo grado avesse esaminato le pattuizioni contrattuali del mutuo de quo e tenuto conto della volontà delle parti che da esse traspariva, si sarebbe accorto come, nel caso specifico, la sommatoria degli interessi di mora convenuti fosse stata imposta dalla stessa Banca, laddove all’art. 4 del contratto di mutuo si conveniva che: “Ogni somma dovuta per qualsiasi titolo in dipendenza del presente contratto e non pagata, produrrà di pieno diritto dal giorno della scadenza l’interesse di mora a carico della parte mutuataria ed a favore della Banca”. Qualora sommati, detti interessi superavano ampiamente il tasso soglia.

Richiamavano poi tutte le domande formulate nel grado pregresso.

Si costituiva Banca Carige s.p.a., opponendosi all’avversario appello e chiedendone il rigetto, con la condanna degli appellanti ex art. 96 c.p.c.

Preliminarmente, quanto all’eccezione ex art. 477 c.p.c. formulata dalle appellanti nel grado pregresso, la sentenza afferma che nessuna violazione di tale norma è stata posta in essere dalla banca.

Infatti il titolo - contratto di mutuo fondiario notificato con l’atto di precetto - non doveva essere notificato precedentemente a quest’ultimo atto, per la natura fondiaria del credito vantato dalla banca.

Il disposto dell’art. 41 TUB recita infatti: “nel procedimento di espropriazione relativo a crediti fondiari è escluso l’obbligo della notificazione del titolo contrattuale esecutivo”.

Pertanto, seppure nessuna censura sia stata svolta dagli appellanti sul punto, ma un semplice richiamo alle loro originarie difese, si ribadisce l’infondatezza dell’eccezione.

Va poi premesso che le Sezioni Unite della Cassazione sono state da ultimo chiamate a verificare la riferibilità della disciplina antiusura anche agli interessi moratori, dovendosi in particolare valutare, anche alla stregua del tenore letterale dell’art. 644 c.p. e della L. n. 108 del 1996, art. 2 e delle indicazioni emergenti dai lavori preparatori di quest’ultima legge, nonché delle critiche mosse alla soluzione affermativa, se il principio di “simmetria” - sottolineato, tra l’altro, da Cass. S. U. n. 16303/2018, in tema di rapporto tra disciplina antiusura e commissione di massimo scoperto - consenta, o meno, di escludere l’assoggettamento degli interessi di mora alla predetta disciplina, in quanto non costituenti oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del tasso effettivo globale medio;

qualora si opti per la soluzione contraria, occorre poi stabilire se, ai fini della verifica in ordine al carattere usurario degli interessi, sia sufficiente la comparazione con il tasso soglia determinato in base alla rilevazione del tasso effettivo globale medio di cui al comma 1 dell’art. 2 cit., o se, viceversa, la mera rilevazione del relativo tasso medio, sia pure a fini dichiaratamente conoscitivi, imponga di verificarne l’avvenuto superamento nel caso concreto, e con quali modalità debba aver luogo tale riscontro, alla luce della segnalata irregolarità nella rilevazione (cfr. Cass., ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 26946 del 22/10/2019).

Non essendosi ad oggi ancora pronunciate le Sezioni Unite, si farà applicazione dei principi finora elaborati dalla giurisprudenza di legittimità.

Così, la Cassazione n. 17447/2019, ha affermato il principio in virtù del quale, in ipotesi di concreta applicazione degli interessi moratori, nel calcolo dell'usura occorre considerare anche la capitalizzazione degli interessi corrispettivi. Ciò in quanto il mutuatario, in detta ipotesi, è obbligato al pagamento degli interessi moratori non soltanto sulla quota di capitale, ma anche su quella di interessi che è incorporata in ciascuna delle rate già scadute.

Secondo la Suprema Corte, invero, vi è usura anche quando, in ipotesi di concreta applicazione degli interessi moratori, il tasso soglia viene superato per effetto della capitalizzazione degli interessi corrispettivi compresi nelle rate (la sentenza citata così si esprime: "Non è stato confutato dalla ricorrente che i canoni non corrisposti fossero stati calcolati, a differenza di quanto statuito dalla sentenza gravata, attraverso il conteggio di interessi moratori sugli interessi scaduti, cioè sulla rata di canone, già precedentemente capitalizzata a titolo di interessi corrispettivi. In tal caso, ma solo in tal caso, sarebbe stato possibile lamentare che il tasso effettivamente applicato avesse superato il tasso soglia per essere stati i singoli canoni, già comprensivi degli interessi corrispettivi, maggiorati ad ogni scadenza degli interessi moratori (c.d. tesi dell'effettività: usura effettiva e a posteriori)").

Ora, nel caso in esame la sommatoria degli interessi di mora convenuti era prevista in contratto, in quanto l'art. 4 del contratto di mutuo fondiario per cui è causa prevede che: "Ogni somma dovuta per qualsiasi titolo in dipendenza del presente contratto e non pagata, produrrà di pieno diritto dal giorno della scadenza l'interesse di mora a carico della parte mutuataria ed a favore della banca" (cfr. doc. 11 appellanti).

Di fronte a tale clausola, viene meno la funzione degli interessi di mora di remunerare forfettariamente l'istituto di credito del danno subito per effetto del ritardo nel pagamento delle sole rate in conto capitale, in quanto essi vengono applicati convenzionalmente su tutte le somme non pagate, compresi gli interessi corrispettivi.

Il Tribunale ha escluso che, ai fini della determinazione del tasso di usura, potessero essere sommati interessi corrispettivi e interessi moratori, senza verificare esattamente se, nel caso in esame, detta sommatoria, contrattualmente ammessa e che avrebbe determinato il superamento del tasso soglia (interesse corrispettivo 3,706% variabile, poi rinegoziato al 4,372; tasso di mora fino al 5,904% trimestralmente; tasso soglia fissato, con riferimento al periodo di stipulazione del mutuo (marzo 2005) ed in relazione ai mutui a tasso variabile, nel 5,79%) fosse stata in concreto applicata o meno.

E dinanzi alla domanda degli appellanti, avvalorata dal tenore letterale della clausola n. 4 del contratto di mutuo, Banca Carige non ha dato alcuna dimostrazione relativamente all'assenza - nel caso concreto - del cumulo tra interessi di mora ed interessi corrispettivi, limitandosi a contestazioni generiche riferite a orientamenti giurisprudenziali, peraltro controversi. Appare allora inutile ordinare, come richiesto dagli appellanti, a Banca Carige l'esibizione in giudizio della documentazione relativa al rapporto di mutuo per cui è causa (è vero che normalmente tali documenti sono in possesso del cliente che può quindi produrli, ma nel caso di specie gli appellanti sono gli eredi dell'originario mutuatario e quindi potrebbero anche non essere in possesso della relativa documentazione).

In applicazione di tali principi, questa Corte deve quindi dichiarare che nel contratto per cui è causa sono stati previsti interessi di mora che, sommandosi a quelli corrispettivi, determinano il superamento della soglia di usura di cui alla legge n. 108/1996 e per l'effetto deve dichiarare la nullità della clau-

sola del contratto di mutuo per cui è causa con la quale si è prevista la sommatoria dei due tipi di interesse.

Pertanto va dichiarata la nullità della clausola n. 4 del contratto di mutuo per cui è causa e, conseguentemente, la nullità del precetto opposto.

E' poi infondata la domanda di declaratoria di inadempimento contrattuale della banca per violazione delle norme sulla pubblicità ingannevole per avere applicato interessi in una percentuale inferiore a quella realmente applicata, perché il tasso applicato risulta chiaramente dal tenore letterale del contratto di mutuo.

E' infondata altresì la domanda di restituzione delle somme non dovute in quanto il debitore deve restituire, anche soltanto a titolo di capitale, in base a quanto indicato dalla banca appellata in atto di precetto, ancora la somma di euro 148.020,68 (cfr. doc. n. 11 appellanti).

Anche a voler considerare sul punto il prospetto prodotto dagli appellanti denominato "lista dettaglio versamenti effettuati a rimborso mutuo" (doc. n. 5), risulta che questi hanno rimborsato alla banca la somma di euro 131.349,63: ne consegue che, in ogni caso, a fronte del capitale inizialmente mutuato dalla banca (euro 195.000), essi sono ancora ampiamente debitori della banca, sicché nulla possono pretendere allo stato in restituzione.

Gli appellanti non hanno dimostrato infine di avere risentito un danno dalla condotta della banca: va quindi respinta la relativa domanda risarcitoria. (...*Omissis*...)

P.Q.M.

La Corte di Appello

Definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza eccezione e deduzione disattesa, in parziale accoglimento dell'appello ed in parziale riforma della sentenza appellata, accerta e dichiara la nullità della clausola n. 4 del contratto di mutuo per cui è causa;

dichiara la nullità del precetto opposto. (...*Omissis*...)

Tribunale di Savona, 14 novembre 2020 - Giudice Unico Princiotta - A.M. (Avv. Nunziata) c. Banca S.p.a. (Avv. ti Pesenti, Natale e Bellasio).

RECEPIMENTO ATTI UE - interpretazione - principio di leale cooperazione.

(Art. 4 par. 3 Trattato UE)

RECEPIMENTO ATTI UE - attuazione - interpretazione del giudice nazionale.

DIRITTO dell'UNIONE EUROPEA - Corte di Giustizia dell'Unione Europea - interpretazione - natura vincolante.

RECEPIMENTO ATTI UE - Direttiva n. 2008/48/ CE-recepimento nel diritto nazionale.

(Dir. 23/8/08 n. 48/2008 CE; d. lgs. 13/8/10 n. 141)

CONTRATTI BANCARI - credito al consumo - normativa.

(Dir. n. 48/2008 CE; d. lgs. 13/8/10 n. 141; art. 125 sexies TUB)

RECEPIMENTO ATTI UE - Direttiva n. 48/2008 CE - art. 16 par. 1 - interpretazione.

CONTRATTI BANCARI - credito al consumo - rimborso anticipato - facoltà.

(Art. 125 sexies TUB)

CONTRATTI BANCARI - credito al consumo - rimborso anticipato - distinzione costi up front e costi recurring.

(Art. 125 sexies TUB)

CONTRATTI BANCARI - credito al consumo - rimborso anticipato - residua durata del contratto - costi rimborsabili.

(Art. 125 sexies TUB)

CONTRATTI BANCARI - contratto di finanziamento - polizza assicurativa - collegamento negoziale.

CONTRATTI BANCARI - contratto di finanziamento - inclusione costo polizza assicurativa nel TEG - superamento tasso soglia - usurarietà - nullità parziale del contratto.

L'obbligo di interpretazione conforme è un corollario del principio di leale cooperazione e, in particolare, dell'obbligo degli stati membri di adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione.

Nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione di una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva.

L'interpretazione del diritto comunitario adottata dalla Corte di Giustizia ha efficacia ultra partes, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali che emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità.

La dir. 23/08/08 n. 2008/48/CE è stata trasposta nel diritto nazionale con il d.lgs. 13.8.2010 n. 141 ed è la norma interna ad essere fonte di diritti e obblighi delle parti e metro di giudizio della legalità delle clausole contrattuali.

Nel diritto nazionale si applica la disciplina del credito ai consumatori del TUB introdotta con d. lgs 13/8/10 n. 141 che ha trasposto nell'ordinamento italiano la dir. n. 2008/48 CE.

L'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/ CE deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore.

L'art. 125 sexies TUB riprende la previsione dell'art. 16 della citata direttiva e concede al consumatore la facoltà di rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tale caso il consumatore ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto.

Questa interpretazione, polarizzata sul costo totale del credito, fa scemare il peso dell'inciso "dovuti per la restante durata ..." come criterio di selezione dei costi ammissibili a ripetizione in caso di estinzione anticipata e perciò fa cadere la stessa distinzione tra costi up front e costi recurring.

La distinzione tra oneri up front e recurring ha perso ogni rilevanza giuridica - almeno agli effetti dell'art. 125 sexies TUB - visto che entrambe le categorie sono oggi comprese nel "costo totale del credito" e quindi rimborsabili per la frazione pertinente alla restante durata del contratto.

Ogni voce di costo funzionalmente legata al finanziamento, che il consumatore decide di rimborsare anticipatamente, deve intendersi per ciò solo "ripartita" sull'intera durata del contratto ed è perciò "dovuta" per il tratto residuo, indipendentemente dal profilo che attiene alla causa del costo.

In tema di collegamento negoziale tra contratti bancari, qualora in sede di erogazione di un finanziamento venga stipulata una polizza assicurativa, la riscontrata contestualità darà luogo ad una presunzione iuris tantum di collegamento.

Stante il collegamento negoziale intercorrente tra il contratto di finanziamento e quello accessorio di assicurazione, compete, infatti, al soggetto erogatore del finanziamento, che ha collocato al cliente anche la polizza assicurativa, provvedere alla restituzione del premio assicurativo non utilizzato.

L'inclusione nel TEG del costo della polizza assicurativa stipulata a protezione del credito ha determinato il superamento del tasso soglia e, quindi, l'usurarietà degli interessi, con dichiarazione della nullità parziale del contratto e la sua gratuità.

P.MO.

Ragioni di fatto ed di diritto della decisione.

I.- La signora Anna ha proposto appello avverso la sentenza n. 463/19 resa dal Giudice di Pace di Savona.

Reiterando la domanda che aveva inizialmente avanzata in relazione alla anticipata estinzione di un finanziamento che aveva ricevuto dalla convenuta, in riforma della sentenza ha chiesto alla banca la restituzione di €. 2.170,44 in luogo della minore somma (€. 894,24) riconosciuta dal Giudice di prime cure.

La ha resistito chiedendo in via incidentale la riforma della sentenza; ha assunto al riguardo la carenza di legittimazione passiva con riferimento al rimborso oneri assicurativi; tali costi, invece, erano stati riconosciuti pro rata e posti solidalmente della banca e della compagnia assicuratrice.

Acquisita la documentazione prodotta, precisate le conclusioni come sopraindicato, la causa è stata posta in decisione all'udienza del 18 settembre u.s.

II.- Il giudice di pace ha parzialmente accolto la domanda attorea condannando la banca al pagamento di euro 894,24 e compensando integralmente le spese di lite. Il giudice ha motivato come segue.

"...la signora Anna esponeva: i) di avere stipulato nel marzo 2014 con Consumer Bank contratto di finanziamento numero 505877 mediante cessione del quinto dello stipendio/ pensione per un capitale lordo di euro 20.840 da rimborsarsi mediante 120 rate da 207 € ciascuna; ii) di aver anticipatamente estinto detto finanziamento nel maggio 2018 in corrispondenza della rata numero 48; iii) che detto contratto prevedeva carico del contraente il pagamento di € 496,80 quali commissioni per il perfezionamento del finanziamento; euro 2359,80 per provvigione all'intermediario del credito direttamente corrisposti all'agente; euro 47,90 per imposte e tasse; euro 496,80 per commissioni per la gestione del finanziamento ed euro 1490,40 per premio assicurativo rischio vita; iv) in sede di estinzione non era stato corrisposto al rimborso delle commissioni del premio assicurativo relativo al periodo non goduto. Chiedeva pertanto la condanna di al pagamento a titolo di restituzione ex articolo 125 TUB e 2033 codice civile dell'importo di euro 2170,44 oltre interessi al tasso legale dalla data di stipula del contratto.

Con comparsa del 18 marzo 2019 si costituiva in giudizio che contestava la domanda formulata da parte attrice e ne chiedeva il rigetto.

Esceppiva in particolare: i) che il contratto di finanziamento esattamente specificava quali fossero gli importi non ripetibili (c.d. costi up front) da quelli eventualmente ripetibili (c.d. costi recurring), e che dunque non fondata era la domanda relativa al rimborso dei costi/ commissioni per il perfezionamento del contratto di finanziamento, degli importi relativi alla provvigione dell'intermediario e che con riferimento al premio assicurativo era priva di legittimazione spettando l'eventuale obbligo di restituzione direttamente alla compagnia assicuratrice...

La domanda di parte attrice è solo parzialmente meritevole di accoglimento. Ciò per le sintetiche ragioni che seguono.

Pacifica in causa la circostanza che il contratto di finanziamento de quo sia stato estinto anticipatamente allo scadere della 48^a rata; pacifico altrettanto (e comunque documentatamente provato) che non siano stati rimborsati all'attrice da parte di costi accessori al contratto di finanziamento de quo (euro 496,80 quali commissioni per il perfezionamento del finanziamento; euro 2359,80 quali provvigioni all'intermediario del credito direttamente corrisposti all' agente, euro 496,80 per commissione per la gestione del finanziamento, ed euro 1490,40 per premio assicurativo rischio vita) se non per il limitato importo di euro 735,84 (confronta documento quattro attoreo).

Ciò precisato in fatto, in diritto la questione si risolve nell'accertamento se l'attrice abbia o meno diritto al rimborso -e se sì, in quale misura per quali oneri- dei costi accessori già anticipati e sopra richiamati.

Per risolvere su questo quesito, occorre ricordare che l'articolo 125 sexies TUB prevede che "il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore" ed ulteriormente dispone che "in tal caso il consumatore ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi dei costi dovuti per la vita residua del contratto".

La norma sopra invocata rappresenta trasposizione nel diritto interno del precetto comunitario ex articolo otto della direttiva 87/102CEE (già ripreso dal D.M. dell'8 luglio 92), ai sensi del quale "il consumatore deve avere la facoltà di adempiere in via anticipata agli obblighi che gli derivano da contratto di credito" e "in conformità delle disposizioni degli stati membri, egli deve avere diritto ad un'equa riduzione del costo complessivo del credito". Tale disposizione è stata a sua volta ribadita dalla direttiva 2008/48 CE del 23 aprile 2008 recepita dal decreto legislativo numero 141/2000 e 10, in base al quale, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore "... ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito che comprende gli interessi ed i costi dovuti per la restante durata del contratto".

In ultimo, le disposizioni di vigilanza del 29 luglio 2009 e s.m.i. - "Trasparenza dell'operazione dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari clienti, alla sezione-VII, par. 5.2. - Contratti di credito (come aggiornato ai fini del recepimento della direttiva sul credito ai consumatori) hanno poi ribadito che "i contratti di credito indicano in modo chiaro e conciso che) il diritto del consumatore al rimborso anticipato previsto dall'articolo 125 sexies, comma uno, del testo unico". La disciplina legislativa, dunque, prevede chiaramente il diritto del cliente a:

- a.- estinguere anticipatamente il finanziamento;
- b.- ottenere conseguente rimborso, sia pure limitatamente ad una porzione dei costi accessori anticipati alla stipula del contratto.

Ciò chiarito, occorre distinguere le varie tipologie di costi accessori che possono essere richiesti nel contesto di un'operazione di cessione del quinto, per poi individuare le varie voci di costo rimborsabile.

In linea generale, le tipologie dei costi accessori possono essere ascritte a tre macro gruppi:

- Le cosiddette commissioni bancarie/ finanziarie, le quali in genere hanno carattere di corrispettivo per l'istituto di credito per il solo fatto di avere messo a disposizione del cliente una data somma di denaro, accettandone poi la restituzione scaglionata nel tempo; tuttavia è bene immediatamente specificare che vi possono essere commissioni bancarie/ finanziarie di natura ben differente rispetto a quella corrispettiva, come è il caso (occorso appunto fattispecie di giudizio) o degli esborsi che la finanziaria viene a sostenere periodicamente per prelevare la quota dello stipendio/ pensione, o delle spese di gestione della pratica e di quelle legate allo svolgimento dell'istruttoria;

- I costi connessi alla stipulazione di polizze "rischio vita" e "rischio impiego" a copertura -rispettivamente- del rischio di decesso prematuro del cliente nonché del rischio dell'eventuale cessazione improvvisa del rapporto lavorativo;

- Ulteriore tipologia di costi accessori è rappresentata dalle commissioni di intermediazione ovvero dalle provvigioni dovute all'agente finanziario che abbia promosso la stipula del contratto tra cliente e l'istituto erogante. Si osservi sul punto che talvolta l'agente finanziario non si limita a favorire la conclusione del contratto, ma svolge altresì attività di intermediazione anche nel corso del rapporto di credito e dunque, anche successivamente alla conclusione del contratto stesso.

I costi up front ed i costi recurring.

A questo punto, individuate le varie tipologie di costi accessori nell'ambito di un finanziamento dietro cessione del quinto, è opportuno richiamare la distinzione tra costi cosiddetti "up front" e quelli cosiddetti "recurring" poiché solo questi ultimi -si anticipa- possono reputarsi rimborsabili in conseguenza dell'estinzione anticipata del finanziamento.

In buona sostanza, i costi up front corrispondono ad esborsi dovuti per adempimenti preliminari prodromici alla concessione del finanziamento (ad esempio la gestione della pratica, le spese di istruttoria eccetera) che si esauriscono con essa e, quindi, prescindono dalla durata del rapporto di credito.

Detti costi non sono rimborsabili.

I costi recurring (come ad esempio le polizze vita, e o le commissioni per la gestione della fase esecutiva del contratto), proprio perché integrano spese effettivamente legate alla durata del rapporto di credito sono, invece, rimborsabili.

Il quantum del rimborso ovviamente varia in relazione alla durata del contratto e dunque è correlato temporalmente al momento in cui il finanziamento è stato estinto.

In definitiva, dunque, il contraente ha diritto soltanto al rimborso dei costi recurring, ovvero di quegli esborsi che riguardano il periodo successivo all'estinzione del finanziamento ed in cui -di fatto ed in ragione dell'anticipata estinzione- non ha usufruito di tale servizio prestazione.

Scendendo nel dettaglio, occorre chiarire quali siano in concreto i costi recurring ovvero quelli che l'istituto erogante dovrà rimborsare.

Per quanto concerne le commissioni bancarie/ finanziarie, sono rimborsabili i costi che riguardino le operazioni di prelievo mensile della data di finanziamento, seppure limitatamente all'arco temporale tra la data di estinzione anticipata del finanziamento e la scadenza naturale del finanziamento stesso.

Non sono rimborsabili invece quei costi che concernono le spese di gestione della pratica, nonché le spese di istruttoria, in quanto relativi ad attività che esauriscono la loro funzione, prima o contestualmente alla stipula del contratto.

Nel contesto delle commissioni di intermediazione, sono poi rimborsabili gli addebiti riconducibili alle attività eventualmente

svolta dall'agente finanziario, in riferimento al periodo successivo alla stipula del contratto.

Nel caso in cui invece l'attività dell'agente si esaurisca con la conclusione dell'accordo contrattuale non vi sono margini per il rimborso (quota parte) posto che l'attività dell'agente finalizzata limitata alla sola conclusione del contratto e non alla fase di esecuzione dello stesso; diventa, quindi, del tutto indifferente la circostanza che il contratto sia stato estinto anticipatamente. Un'ultima categoria di costi rimborsabili, infine, è rappresentata dai costi di polizze vita e di impiego, i quali configurano senz'altro costi recurring che - in quanto tali - sono oggetto di rimborso nei limiti del periodo di polizze non goduto del cliente...". Tali argomentazioni non possono trovare conferma in quanto, nel corso del giudizio, è sopravvenuta la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 11.9.2019 (in causa C-383/18; *Lexitor*) che ha statuito "L'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/Ce deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore".

Tale direttiva è applicabile alla fattispecie in esame in quanto il contratto di finanziamento de quo è stato concluso il 26/3/2014. Trova quindi applicazione la disciplina del credito ai consumatori del TUB introdotta con d. lgs 13/8/10 n. 141 che ha trasposto nell'ordinamento italiano la c.d. seconda direttiva (dir 23/8/08 n. 2008/48 CE).

In particolare, la causa verte sull'interpretazione dell'art. 125 sexies che - riprendendo la previsione dell'art. 16 della citata direttiva - concede al consumatore la facoltà di "imborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tale caso il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto".

A seguito della citata sentenza della Corte di Giustizia, come evidenziato da autorevole giurisprudenza (Tribunale di Torino, sentenza 21/3/20 edita nelle principali riviste ed anche nella Banca dati Giuffrè), "questa interpretazione, polarizzata sul costo totale del credito fa scemare il peso dell'inciso "dovuti per la restante durata ecc." come criterio di selezione dei costi ammissibili a ripetizione in caso di estinzione anticipata e perciò fa cadere la stessa distinzione tra costi up front e recurring.

L'interpretazione dell'art. 125-sexies TUB della Banca d'Italia, condivisa dall'ABF, rimettendo all'autonomia negoziale e in definitiva alle determinazioni dell'intermediario, alle quali aderisce il consumatore, la ripartizione dei costi in ripetibili per la residua durata (oneri recurring) e irripetibili (oneri up front), con l'unico limite dell'adeguata informazione e trasparenza, non appare dunque più sostenibile dopo la sentenza *Lexitor*, come ha riconosciuto la cit. decisione dell'ABF n. 26525/19.

Piuttosto - conclude il Tribunale di Torino - dovrà dirsi che ogni voce di costo funzionalmente legata al finanziamento, che il consumatore decide di rimborsare anticipatamente, deve intendersi per ciò solo "ripartita" sull'intera durata del contratto ed è perciò "dovuta" per il tratto residuo, indipendentemente dal profilo che attiene alla causa del costo... Dopo la sentenza *Lexitor*, la distinzione tra oneri up front e recurring ha perso ogni rilevanza giuridica - almeno agli effetti del 'art. 125 sexies TUB - visto che entrambe le categorie sono oggi comprese nel "costo totale del credito" e quindi rimborsabili per la frazione pertinente alla "restante durata del contratto".

Tale sentenza, in quanto interpretativa, ha efficacia vincolante ed è direttamente applicabile nel nostro ordinamento come ritenuto dalla giurisprudenza e - proprio in fattispecie similare - anche dal Tribunale di Torino nella citata sentenza alla cui mo-

tivazione può quindi farsi richiamo ("L'argomento dei limiti all'efficacia diretta "orizzontale" della direttiva è inconcludente. È vero che una direttiva "non può creare obblighi a carico di un singolo e non può essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti" (Corte giustizia 5.10.2004, nelle cause riunite C-397/01 C-403/01, *Pfeiffer et al.*); nondimeno la dir. 2008/48/CE è stata trasposta nel diritto nazionale con il cit. d.lgs. 13.8.2010 n. 141 ed è dunque la norma interna, qui l'art. 125-sexies TUB, a essere fonte dei diritti e obblighi delle parti e metro di giudizio della legalità delle clausole contrattuali.

L'art. 125-sexies deve interpretarsi in conformità alla dir. 2008/48/CE di cui costituisce, come a breve si vedrà, fedele trasposizione. Conviene ricordare che l'obbligo di interpretazione conforme è un corollario del principio di leale cooperazione e, in particolare, dell'obbligo degli stati membri di "adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione" (art. 4 par. 3 Trattato UE). Destinatari di quest'obbligo sono "tutti gli organi degli stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione della direttiva [...], il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato" (Corte di giustizia UE 10.4.1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann* e molte altre conformi). Resta fermo che l'obbligo di interpretazione conforme non può spingersi al punto di imporre un'interpretazione *contra legem* (cfr. Corte giustizia 24.1.2012 in causa C-282/10, *Dominguez*). La natura vincolante dell'interpretazione del diritto comunitario adottata dalla Corte di giustizia è riconosciuta anche dalla Cassazione (vedi tra molte Cass. 3.3.2017 n. 5381; Cass. 8.2.2016 n. 2468; Cass. 11.12.2012 n. 22577), secondo cui tale interpretazione "ha efficacia *ultra partes*, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali che emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino *ex novo* norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità".

Nella specie, il vincolo interpretativo posto dalla sentenza della Corte 11.9.2019 si afferma attraverso un duplice passaggio. Il primo punto riguarda il regime di pluralismo linguistico vigente nell'Unione e il dato normativo che tutte le lingue ufficiali dell'Unione fanno "ugualmente fede", per quanto concerne l'interpretazione sia dei trattati (art. 55 par. 1 Trattato UE) sia del diritto derivato (art. 358 TFUE, che richiama l'art. 55 Trattato UE). Ora, la pari dignità delle lingue ufficiali e "la necessità che le direttive dell'Unione vengano interpretate in modo uniforme esclud[ono] che, in caso di dubbio, il testo di una disposizione sia considerato isolatamente, e impon[gono], invece, che esso venga interpretato e applicato alla luce dei testi redatti nelle altre lingue ufficiali [...]. Inoltre, in caso di difformità tra le diverse versioni linguistiche di un testo dell'Unione, la disposizione di cui trattasi deve essere intesa in funzione del sistema e della finalità della normativa di cui fa parte" (Corte Giustizia UE, 15.4.2010, causa C-511/08, punto 51; ivi indicazione di molti altri precedenti conformi).

La necessaria uniformità nell'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione comporta altresì che l'interpretazione dichiarata dalla Corte di giustizia, benché sollecitata dai dubbi innescati dalla versione in lingua polacca faccia stato con riguardo a tutte le altre, riassorbendo e superando equivocità e differenze, vere o apparenti che siano.

La trasposizione del significato “indicato” dalla sentenza della Corte di giustizia, dalla direttiva alle norme di diritto interno adottate al fine dell’attuazione dei relativi obblighi è un secondo passaggio agevole, visto che secondo lo stabile e convincente orientamento della Corte di Giustizia, quando la controversia sottoposta al giudice nazionale verte proprio sull’applicazione delle norme interne di attuazione della direttiva, ed è questo il caso, “questo giudice, visto l’art. 249, terzo comma, CE [ora art. 288 comma 3 TFUE], deve presumere che lo Stato, essendosi avvalso del margine di discrezionalità di cui gode in virtù di tale norma, abbia avuto l’intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata” (Corte giustizia UE 5.10.2004, cit., punto 112; in precedenza Corte giustizia UE, 16.12.1993 causa C-334/92, Wagner Miret, punto 20).

La presunzione non esclude la possibilità che la direttiva sia stata trasposta in modo non fedele nell’ordinamento nazionale, ma confina il caso dell’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale - comunque non consentita (Corte giustizia UE 24.1.2012, causa C-282/10 e altre ivi richiamate) - a casi di manifesta ed eclatante violazione, quando cioè alla disposizione di diritto interno non possa essere assegnato alcun ragionevole significato compatibile con il significato della direttiva “dichiarato” dalla Corte di giustizia. Al contrario, se tra i plurimi significati che possono trarsi dalla disposizione di diritto interno ce ne è almeno uno compatibile, il giudice è tenuto a conformare la propria interpretazione a quella della Corte”.

Conseguentemente, in accoglimento della domanda avanzata dalla odierna appellante, deve essere effettuato il rimborso delle commissioni e del premio assicurativo per il periodo non goduto facendosi applicazione del criterio proporzionale o *pro rata temporis*.

Conseguentemente, considerato che la residua durata del finanziamento era di 72 mesi la Banca va condannata al pagamento / rimborso della somma complessiva di €. 2170,44 così determinata (e comunque non oggetto di contestazione con riferimento al *quantum debeatur*) :

- €. 1276,20 per residuo commissioni (3.353,40 - pari all’importo previsto a titolo di commissioni - :120 - numero di rate mensili convenute per il rimborso del prestito - = 27,94 x 72 = 2.012,04 - 735,84 = 1276,20);

- 894,24 per residuo premio assicurativo (1490,40 : 120 = 12,42 x 72 = 894,00).

Su tale importo, in quanto debito di valuta, sono dovuti gli interessi legali decorrenti dalla data della domanda giudiziale al saldo.

III.- La , con comparsa di costituzione, ha impugnato la sentenza di primo grado per avere riconosciuto il diritto alla signora di ottenere il rimborso degli oneri assicurativi nonostante la carenza di legittimazione passiva della Banca ed essendo le uniche destinatarie del pagamento esclusivamente le compagnie assicurative.

Nel caso in esame risulta documentalmente (cfr. art. 3 del contratto) che la banca proposto e collocato la polizza di assicurazione rischi sulla vita contestualmente al finanziamento. È quindi competente al rimborso per cui è causa.

Stante il collegamento negoziale intercorrente tra il contratto di finanziamento e quello accessorio di assicurazione, compete, infatti, al soggetto erogatore del finanziamento che ha collocato al cliente anche la polizza assicurativa provvedere alla restituzione del premio assicurativo non utilizzato (cfr. Tribunale Milano sez. VI, 05/12/2019, n.11209, edita nella Banca Dati Giuffrè: “In tema di collegamento negoziale tra contratti bancari, qualora in sede di erogazione di un finanziamento venga stipulata una polizza assicurativa, la riscontrata contestualità darà luogo a una presunzione *iuris tantum* di collegamento, che potrà essere vinta dando prova di totale assenza di funzionalità della polizza a garantire la restituzione del finanziamento, ovvero provando che il mutuo ha rappresentato soltanto l’occasione per offrire al cliente prodotti assicurativi diversi. Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto l’assicurazione - che remunerava il mutuante in caso di morte, invalidità o perdita del lavoro da parte del mutuatario - contestuale al mutuo, in quanto inserita nel medesimo formulario di richiesta del finanziamento e finalizzata a remunerare la banca. Conseguentemente, l’inclusione nel Teg del costo della polizza assicurativa stipulata a protezione del credito ha determinato il superamento del tasso soglia e, dunque, l’usurarietà degli interessi, con dichiarazione della nullità parziale del contratto e la sua gratuità”).

IV.- La statuizione sulle spese processuali segue il criterio della soccombenza in entrambi i gradi del giudizio.

Dette spese, in difetto del deposito di nota, vanno liquidate in conformità ai parametri previsti dal D.M. 55/2014 ritendo il valore della causa pari a quello indicato da parte attrice in sede di iscrizione ed in relazione ai limitati adempimenti processuali effettivamente compiuti in entrambi i gradi del giudizio che è risultato documentale.

P.Q.M.

Il Tribunale di Savona, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, disattesa ogni diversa e contraria istanza, per le ragioni indicate in motivazione, così provvede:

- 1.- in accoglimento dell’ appello, riforma integralmente la sentenza impugnata;
- 2.- accoglie la domanda di restituzione delle somme trattenute dalla Consumer Bank spa e, per l’effetto, condanna la stessa al pagamento a favore della signora di € 2.170,44 con gli interessi legali decorrenti dalla data della domanda giudiziale al saldo;
- 3.- condanna la Consumer Bank spa al pagamento delle spese processuali che, con attribuzione al difensore per dichiarazione di anticipo, liquida :
- 4.- relativamente al giudizio svoltosi nanti al Giudice di Pace in € 125 per esborsi ed € 1230,00 per compensi al difensore, oltre oneri fiscali, previdenziali e tariffari nella misura di legge;
- 5.- relativamente al giudizio di appello in € 174,00 per esborsi ed € 2500,00 per compensi al difensore, oltre oneri fiscali, previdenziali e tariffari nella misura di legge.

Massimario

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 12 novembre 2020, n. 1073 - Pres. ed est. Latella - V.A. (Avv.ti Squeri e Zarega) c. Cond. X (Avv. Granara).

COMUNIONE e condominio - condominio parziale - pluralità di corpi di fabbricato - unicità di regolamento ed amministrazione - pluralità di assicurazioni - ammissibilità - ripartizione delle spese - art. 1123, terzo comma, c.c. - applicabilità.

(Art. 1123 c.c.)

La fattispecie del condominio parziale, che ha il suo fondamento normativo nell'art. 1123, terzo comma, c.c., è configurabile tutte le volte in cui un bene risulti, per le sue obbiettive caratteristiche, strutturali e funzionali, destinato oggettivamente al servizio e/o al godimento, in modo esclusivo, di una parte soltanto dell'edificio in condominio, rimanendo, per l'effetto, oggetto di un autonomo diritto di proprietà e venendo meno il presupposto per il riconoscimento di una contitolarità necessaria di tutti i condomini su quel bene, ne consegue che i partecipanti al gruppo non hanno il diritto di partecipare all'assemblea relativamente alle cose di cui non hanno la titolarità e la composizione del collegio e delle maggioranze si modifica in relazione alla titolarità delle specifiche parti oggetto della concreta delibera da adottare.

A.FONT.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 12 maggio 2020 - Pres. Sanna - Est. Drago - Esecutata (Avv. Bassoli) - Procedente (Avv. Bruzzone) - Terzo pignorato (Avv. Mineo).

ESECUZIONE FORZATA [in genere] - opposizione alla c.d. esecuzione esattoriale - rinuncia della procedente in fase cautelare ai titoli esecutivi non dichiarata dal giudice dell'opposizione - vizio di omessa pronuncia - sussiste - pronuncia sui titoli rinunciati - vizio di extrapetizione - sussiste.

(D.P.R. n. 602/1973 art. 55 c.d. esecuzione esattoriale; artt. 617, 112, 543 e 547 c.p.c.)

SENTENZA, ordinanza e decreto in materia civile - controversia soggetta al rito del lavoro decisa con rito ordinario - nullità della sentenza decisa con rito ordinario - non sussiste - rimessione al primo giudice per ragioni di giurisdizione - non sussiste - violazione del diritto di difesa - non sussiste.

(Artt. 409e 422 c.p.c.)

PRESCRIZIONE e decadenza - crediti previdenziali e sanzioni amministrative ex L. 689/1981 - cartella esattoriale - omessa o tardiva impugnazione della cartella esattoriale - prescrizione quinquennale - sussiste.

(Art. 2953 c.c.)

INTERESSI - restituzione di somme dell'esecutata assegnate alla procedente a titolo di indebito - diritto agli

interessi legali dalla data della domanda - sussiste.

PROCEDIMENTO civile - legittimazione passiva del terzo pignorato nel processo di opposizione all'esecuzione regolarmente citato nei due gradi di giudizio - sussiste - lesione del diritto di difesa - non sussiste.

Va accolta la domanda di riforma della sentenza del Tribunale che pronunci su titoli esecutivi (cartelle esattoriali) rinunciati dalla procedente nella fase cautelare di sospensione all'esecuzione per vizio di ultrapetizione, così come va accolta la domanda di riforma della sentenza del tribunale che non abbia pronunciato sulla rinuncia della procedente per vizio di omessa pronuncia.

Qualora una controversia, cui sia applicabile il rito del lavoro, sia stata decisa dal giudice con rito ordinario la relativa pronuncia non è viziata per incompetenza per materia e neppure può ritenersi affetta da nullità, se non vi sia stata violazione dei diritti di difesa delle parti e può essere decisa conseguentemente nel merito dal giudice in sede di appello in ragione del principio di celerità ed economia del giudizio, senza che sia necessario rimettere la causa in istruttoria davanti al giudice di primo grado in funzione di giudice del lavoro (conf.: Cass., nn. 8721/2010; 11418/1993 e 3617/2013).

Sono soggetti alla prescrizione quinquennale i crediti previdenziali anche in caso di omessa o tardiva impugnazione della cartella esattoriale (conf.: Cass., sez. un., n. 23397/2016), così come i crediti derivanti dalle sanzioni amministrative, ai sensi della legge. n. 689/1981 al pari di ogni altro credito pubblico impugnato in forza di titoli esecutivi paragiudiziali (cartella esattoriale).

La procedente che in virtù dell'ordinanza di assegnazione delle somme, pronunciata in via provvisoria dal giudice dell'esecuzione, si è sostituita all'originario creditore - debitore - pignorato (conf.: Cass., n. 2745/2007), va condannata a ripetere a titolo di indebito all'esecutata, con diritto alla percezione degli interessi dalla data della domanda di primo grado, le somme pagate in suo favore dal terzo pignorato e debitore dell'esecutata, perchè la pronuncia sul merito che interviene nell'opposizione all'esecuzione, quando rivede in minus il credito anche come accertato dal giudice dell'esecuzione nello sviluppo del processo esecutivo (ordinanza di assegnazione somme), travolge gli atti di questo nella parte in cui dovessero rivelarsi illegittimi relativamente alla parte di credito erroneamente riconosciuta, senza alcuna necessità di una previa separata o autonoma impugnazione degli atti esecutivi (conf.: Cass., nn. 18350/2014; 4528/2019; 6325/2016).

Il terzo pignorato e debitore dell'esecutata che sia stato regolarmente citato nei due gradi di giudizio in sede di opposizione all'esecuzione e che si sia difeso nel merito non ha subito alcuna lesione al diritto di difesa ed è legittimato passivo dell'opposizione in relazione alla domanda di liberazione delle somme ancora dovute all'esecutata e di importo ben maggiore a quanto assegnato in via provvisoria alla procedente da parte del giudice dell'esecuzione.

S.NA.

Tribunale della Spezia, 15 dicembre 2020, n. 617 - Giudice Unico Forleo.

LOCAZIONE - uso non abitativo - attività professionale - inadempimento del conduttore - intimazione di sfratto per morosità - periodo di Covid - gravità dell'inadempimento - necessità - esclusione nel caso di specie.

In un rapporto contrattuale che ha origini lontane (1989) non può ritenersi che il temporaneo mancato pagamento del canone da parte del conduttore per sole tre mensilità possa considerarsi grave, anche alla luce degli importi dovuti. Inoltre va considerato che l'inadempimento si è verificato durante il periodo di emergenza sanitaria causata dal Covid 19 che ha sicuramente inciso, seppur in via riflessa, anche sulle attività professionali. Non può altresì non essere considerato, alla luce dei principi di correttezza e buona fede che devono permeare tutti i rapporti contrattuali, il comportamento tenuto dal convenuto a seguito della notifica dell'atto di intimazione di sfratto, consistito nel pagamento dei canoni arretrati. (Nella specie il Tribunale della Spezia ha ritenuto che l'inadempimento del conduttore, che si è attivato ad eseguire il pagamento dell'insoluto a seguito della notifica dell'intimazione di sfratto, non può considerarsi grave, e pertanto non può essere intimato lo sfratto per morosità, allorquando la morosità medesima sia temporanea e l'importo non sia rilevante, tenendo anche conto del periodo di emergenza sanitaria cui si riferivano le mensilità relative ai canoni di locazione non versati). (1)

(1) Nota.

Nella controversia esaminata dal Tribunale di La Spezia, la locatrice chiedeva la convalida dello sfratto per morosità nei confronti del conduttore, che svolgeva nell'immobile locato l'attività professionale di medico odontoiatra dall'anno 1989. La locatrice lamentava il mancato pagamento di tre mensilità (da aprile a giugno 2020).

Il conduttore si costituiva in giudizio rilevando di aver provveduto al pagamento delle somme dovute dopo la notifica dell'atto di intimazione di sfratto ed offriva il pagamento delle spese di lite. Il conduttore evidenziava altresì di aver ritardato il pagamento dei canoni a causa dell'emergenza sanitaria da Covid 19.

Il giudice disponeva quindi l'ordinanza di mutamento del rito con assegnazione alle parti di un termine per l'integrazione degli atti, previo esperimento della procedura di mediazione, all'esito della quale le parti non si conciliavano.

In primo luogo, il giudice constava il carattere indiscusso dell'inadempimento, non costituendo purgazione della mora il fatto che il conduttore avesse posto rimedio alla propria inadempienza dopo la notifica dell'intimazione di sfratto.

Il giudice riteneva quindi di dover valutare se l'inadempimento in questione fosse o meno "di scarsa importanza" ai sensi dell'art. 1455 c.c. Richiamando il principio giurisprudenziale in virtù del quale è necessario coordinare il giudizio sull'elemento oggettivo del mancato pagamento, con gli elementi soggettivi, le modalità e le circostanze dello specifico rapporto (Cass., n. 3966/2019), il Tribunale adito riteneva l'inadempimento non grave. Gli elementi che inducevano a tale conclusione erano plurimi: le origini lontane del rapporto contrattuale, il temporaneo mancato pagamento per sole tre mensilità e quindi l'esiguità degli importi dovuti, il periodo di emergenza sanitaria cui si riferiva l'inadempimento, il comportamento tenuto dal conduttore a seguito della notifica dell'atto di intimazione di sfratto.

In particolare, con riferimento all'inadempimento in periodo di emergenza sanitaria il giudice valutava che l'emergenza medesima avesse inciso, "seppur in via riflessa", anche sulle attività professionali che avevano comunque continuato ad essere esercitate, "tant'è vero - aggiungeva - che la normativa sostanziale dispone che ciò debba essere valutato al fine di escludere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1218 e 1223 c.c. la responsabilità del debitore".

La domanda attorea veniva quindi rigettata e le spese di lite compensate, poiché l'inadempimento si era verificato.

Il Tribunale di La Spezia avrebbe quindi implicitamente applicato l'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito in l. 27 del 24 aprile 2020, in virtù del quale: "Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

Al fine di una più agevole lettura del sopra citato disposto, si richiamano le indicazioni fornite dalla Corte di Cassazione nella Relazione n. 56 dell'8 luglio 2020. Quest'ultima ha evidenziato innanzitutto come la legislazione pandemica, ad eccezione delle norme che autorizzano la sospensione dei mutui, non preveda disposizioni aventi ad oggetto l'impossibilità strettamente finanziaria di adempiere. La mera impotenza finanziaria, alla luce delle considerazioni della Suprema Corte, non è quindi sussumibile nel concetto di impossibilità della prestazione (cfr. par. 4 Relazione).

Non solo, la Corte di Cassazione, premettendo che l'art. 91 d.l. 18/2020 è di "ardua interpretazione", ha ritenuto che la norma in questione "non esclude tout court la responsabilità da adeguamento alle misure anti-covid, piuttosto [stabilisce] che il rispetto di queste sia sempre valutato ai fini del giudizio di responsabilità". "Lo sforzo materiale ed economico di adattamento alle prescrizioni sanitarie - prosegue la Corte - non assurge, pertanto ad esimente automatica dell'inadempimento, ma è ineludibilmente apprezzato alla stregua di dato saliente, da calare nel perimetro della più articolata valutazione sulla responsabilità" (cfr. par. 5 Relazione).

Nella controversia in esame, tuttavia, il conduttore non ha specificato quali fossero le misure di contenimento ostative all'esercizio della propria attività professionale, il cui adeguamento avrebbe determinato l'inadempimento alle obbligazioni contrattuali assunte. Una siffatta analisi, secondo le indicazioni della Suprema Corte, avrebbe concorso ad una più ampia valutazione della responsabilità contrattuale.

In ogni caso, anche a prescindere dalle predette considerazioni, l'inadempimento del conduttore, sarebbe stato allo stesso modo valutato "di scarsa importanza", tenuto conto di tutte le altre circostanze verificatesi nel caso di specie.

Flavia Abbondanza

Tribunale della Spezia, 14 gennaio 2021 - Giudice Unico Gaggioli - X (Avv. Tronconi) e Gestore della crisi (Avv. Ricardo Duykers Mannocci).

PROCEDURE concorsuali - prelazione ai fini del voto - rilevanza.

PROCEDURE di composizione della crisi da sovraindebitamento - accordo di composizione della crisi - ammissione al voto - creditori prelazionari.

(Art. 11, co. 2, L. n. 3/2012)

PROCEDURE di composizione della crisi da sovraindebitamento - accordo di composizione della crisi - ammissione al voto - creditori prelazionari - concordato preventivo - applicazione analogica.

(L. 3/2012; art. 177, co. 3, R.D. n. 267/1942)

PROCEDURE di composizione della crisi da sovraindebitamento - accordo di composizione della crisi - impresa in continuità - ammissione al voto - creditori prelazionari.

PROCEDURE di composizione della crisi da sovraindebitamento - accordo di composizione della crisi - ammissione al voto - esclusioni - ratio legis.

(Art. 11, co. 2, L. n. 3/2012)

PROCEDURE di composizione della crisi da sovraindebitamento - accordo di composizione della crisi - accordo di composizione della crisi - finalità - superamento della crisi - estinzione dell'esposizione debitoria.

PROCEDURE di composizione della crisi da sovraindebitamento - accordo di composizione della crisi - accordo di composizione della crisi - riduzione della pretese creditoria - necessità.

PROCEDURE di composizione della crisi da sovraindebitamento - accordo di composizione della crisi - sacrificio significativo della pretesa creditoria - fattispecie.

ACCORDO di composizione della crisi - ammissione alla procedura - estromissione.

PROCEDURE di composizione della crisi da sovraindebitamento - concordato minore - in continuità di attività di impresa - moratoria.

(Artt. 74, co. 4, e 86 D.Lgs. n. 14/2019)

PROCEDURE di composizione della crisi da sovraindebitamento - principio di buon andamento della P.A. - proposta di accordo di composizione della crisi - Agenzia delle Entrate - conversione del voto negativo in positivo.

(Art. 97 Cost.; art. 12, co. 3 quater, L. n. 3/2012; art. 4 ter, co.1, lett. f, D.L. n. 137/2020 convertito in L. n. 176/2020)

Il concetto di prelazione rilevante ai fini del voto della massa creditoria nelle procedure concorsuali è inteso in senso astratto come riconducibilità del credito ad una delle categorie di prelazione previste dalla legge, eccezion fatta per quelle ipotesi in cui la finalità della norma correlata all'esercizio del voto imponga una valutazione dell'effettiva capienza del patrimonio del debitore per la soddisfazione del credito.

I creditori titolari di diritto di privilegio, pegno od ipoteca, non sono ammessi al voto qualora la proposta di accordo ne preveda il pagamento integrale, salvo che essi rinuncino in tutto o in parte alla prelazione: in questo caso essi saranno ammessi rispetto alla parte di credito per cui vi è stata rinuncia alla prelazione.

Alle procedure di accordo di composizione della crisi si applica per analogia la disciplina del concordato preventivo prevista dall'art. 177 co. 3 R.D. 267/1942, in base alla quale i creditori prelazionari non soddisfatti integralmente sono ammessi al voto quali creditori chirografari per la parte di credito non coperta da garanzia.

Nelle procedure di accordo di composizione della crisi con continuità dell'attività di impresa, il creditore prelazionario, pagato

oltre il termine di un anno dal passaggio in giudicato del decreto di omologazione, conserva il grado di prelazione ma è ammesso al voto per la parte di credito soddisfatta oltre l'anno.

La ratio dell'art. 11 co. 2 L. 3/2012, che individua i creditori non ammessi al voto, consiste nel tutelare la corretta formazione della volontà della massa creditoria escludendo ogni condizionamento proveniente da soggetti caratterizzati da peculiari rapporti con il sovraindebitato che rendano non attendibile l'espressione del loro voto.

Finalità della procedura di accordo di composizione della crisi è il superamento della crisi da sovraindebitamento sulla base di un piano di pagamento caratterizzato dalla riduzione delle pretese creditorie in senso quantitativo (riduzione degli importi) o qualitativo (differimento dei termini di pagamento), verificandosi, in ipotesi di esecuzione integrale dell'accordo, l'estinzione dell'intera esposizione debitoria sussistente alla data del deposito della proposta ed oggetto dell'accordo.

Nell'ipotesi di obbligazioni oggetto di accordi pregressi (al deposito della proposta) tra il sovraindebitato ed il singolo creditore, il sacrificio significativo della pretesa creditoria si verifica qualora la proposta di accordo di composizione della crisi preveda il pagamento del credito secondo termini quantitativi e qualitativi diversi rispetto a quelli dell'accordo pregresso. Con riferimento invece alle obbligazioni non oggetto di accordi pregressi, la presenza o meno di un sacrificio significativo del creditore deve essere valutata con riferimento al rapporto tra proposta formulata nella procedura di accordo di composizione della crisi e contenuto delle richieste di pagamento provenienti dal creditore come integrate dalle specifiche disposizioni di legge.

Il pagamento del creditore secondo termini quantitativi o qualitativi che non impongano un sacrificio significativo del creditore non può essere ammesso nella procedura di accordo di composizione della crisi. Il creditore che non subisce un sacrificio significativo rimane estromesso dalla procedura di accordo di composizione della crisi e viene soddisfatto secondo modalità estranee alla procedura.

Nel concordato minore con continuità dell'attività di impresa, il pagamento dei creditori prelazionari deve avvenire nel termine di due anni decorrente dalla data di passaggio in giudicato del decreto di omologazione. Ne consegue che la parte di credito prelazionario ammesso al voto è quella soddisfatta oltre il termine di due anni da tale data.

In applicazione dell'art. 97 Cost., il voto negativo espresso dall'Agenzia delle Entrate rispetto alla proposta di accordo di composizione della crisi avanzata dal debitore si converte in voto positivo qualora ricorrano due condizioni: il contenuto positivo o negativo del voto deve essere decisivo ai fini dell'esito delle votazioni e la proposta di accordo di composizione della crisi deve consentire all'Agenzia delle Entrate di ottenere soddisfazione maggiore rispetto a quella ricavabile dalla procedura di liquidazione del patrimonio.

P.MO.

I

Tribunale di Genova, sez. III civ., 7 gennaio 2013 - Giudice Unico Giordano.

PROPRIETÀ - distanze nelle costruzioni - vedute - piano regolatore urbanistico - art. 9 d.m. 1444/1968 - applicazione - riduzione in pristino dei luoghi - appalto - responsabilità del proprietario committente - risarcimento.

(Artt. 840, 879, 907, 1655 e 2043 c.c.)

Nell'area urbana di zona B1 si applicano i parametri edilizi e dimensionali previsti per gli interventi di nuova costruzione di cui all'art. 9, secondo comma del d.m. 2 aprile 1968 n. 1444. Questi ultimi, pur in deroga alla variante del piano regolatore urbanistico del Comune di Serra Riccò, essendo stati emanati su delega (c.d. legge urbanistica) hanno efficacia di legge dello Stato.

Pertanto, in applicazione del citato art. 9 d.m. 1444/1968 in combinato disposto con l'art. 872 comma 2 c.c., parte convenuta deve essere condannata alla riduzione in pristino dei luoghi ovvero all'arretramento del volume costruito.

In merito alla domanda di condanna al risarcimento dei danni subiti dall'immobile di proprietà attorea, per effetto delle predette opere, l'aver commissionato le opere in appalto non esclude in nessun caso la responsabilità del proprietario, ma può delineare accanto alla stessa la responsabilità di un ulteriore soggetto (l'appaltatore) nei confronti dell'attore medesimo.

(Nella specie il Tribunale di Genova, ha accolto la domanda di riduzione in pristino e di risarcimento del danno avanzata dalle proprietarie di un immobile che lamentavano l'esecuzione da parte della società convenuta di lavori di realizzazione di una zona residenziale con relativi parcheggi, a pochi metri di distanza dall'immobile di loro proprietà, in violazione delle norme in materia di distanze legali tra costruzioni, di distanze delle costruzioni dalle vedute e di distanza nell'apertura di nuova veduta, nonché la derivazione da tali opere di notevoli danni all'immobile di loro proprietà).

II

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 15 giugno 2016, n. 660 - Pres. D'Arienzo - Rel. Castiglione.

PROPRIETÀ - distanze nelle costruzioni - vedute - piano regolatore urbanistico - art. 9 d.m. 1444/1968 - applicazione - riduzione in pristino dei luoghi - appalto - responsabilità del proprietario committente - risarcimento.

(Artt. 840, 879, 907, 1655 e 2043 c.c.)

Il d.m. 1444/1968 ha efficacia di legge dello Stato, sicché le sue disposizioni in tema di densità, altezza e distanza tra i fabbricati prevalgono sulle disposizioni contrarie dei regolamenti locali. In particolare l'art. 9, comma 2, prescrive che le distanze minime tra i fabbricati tra i quali siano interposte strade destinate al traffico dei veicoli, debbano corrispondere alla larghezza della sede stradale maggiorata di ml.5 per lato per strade di larghezza inferiore a ml. 7. A questa normativa ha fatto correttamente riferimento il dispositivo della sentenza impugnata, a nulla rilevando - ad escludere l'applicabilità della normativa in esame - l'eterogeneità delle categorie urbanistiche cui appartengono le zone di riferimento né il fatto che la nuova costruzione sia stata realizzata in aderenza al muraglione in pietra che sostiene e delimita la strada.

Con riferimento alla responsabilità per i danni cagionati dall'esecuzione dei lavori la decisione del Tribunale è conforme al principio affermato da un indirizzo risalente, a mente del quale il proprietario che faccia eseguire nel suo fondo lavori di sbancamento o scavo, risponde direttamente in quanto proprietario dei danni che da essi siano derivati al fondo confinante, anche se l'esecuzione dei lavori sia stata affidata in appalto. (Nel caso di specie la Corte di Appello di Genova ha confermato la pronuncia del Tribunale di Genova che aveva accolto la domanda di riduzione in pristino e di risarcimento del danno avanzata dalle proprietarie di un immobile che

lamentavano notevoli danni al medesimo immobile e la violazione, da parte della società convenuta, dei parametri edilizi e dimensionali stabiliti dal piano regolatore comunale e dall'art. 9 comma 2 d.m. 1444/1968, nel corso della costruzione di opere sul fondo confinante a quello di loro proprietà).

III

Corte di Cassazione, sez. II civ., ord. 12 marzo 2021, n. 7027 - Pres. Gorjan - Rel. Criscuolo.

PROPRIETÀ - distanze nelle costruzioni - vedute - art. 9 d.m. 1444/1968 - applicazione - art. 5, comma 1, lett. b-bis) d.l. n. 32 del 2019 - interpretazione autentica - retroattività.

(Artt. 840, 879, 907, 1655 e 2043 c.c.)

L'art. 5, comma 1, lett. b-bis), del d.l. n. 32 del 2019, conv. con mod. dalla l. n. 55 del 2019, nella parte in cui stabilisce che le disposizioni di cui all'art. 9, comma 2, del d.m. n. 1444 del 1968 si interpretano nel senso che i limiti di distanza tra i fabbricati ivi previsti si considerano riferiti esclusivamente alle zone di cui al comma 1, n. 3), del detto articolo e cioè unicamente alle zone urbanistiche C, integra gli estremi di una norma di interpretazione autentica. Il carattere interpretativo della norma impone quindi l'applicazione della medesima anche alla fattispecie in esame, non già quale disciplina normativa favorevole sopravvenuta, ma perché corrispondente alla disciplina applicabile ab origine al rapporto a seguito della volontà legislativa di fornire l'interpretazione autentica.

(Nel caso di specie la Suprema Corte nel rigettare la pronuncia della Corte di Appello di Genova ha avuto cura di precisare che le disposizioni in materia di distanza di cui all'art. 9, comma 2, del d.m. n. 1444 del 1968, per come interpretate dall'art. 5, comma 1, lett. b-bis), del d.l. n. 32 del 2019, conv. con mod. dalla l. n. 55 del 2019, non possono essere applicate alle zone urbanistiche B e B1, bensì soltanto a quelle di categoria C). (1)

(1) Nota

La Suprema Corte ha statuito in merito ad una controversia in materia di distanze legali. In particolare le proprietarie di un fabbricato per civile abitazione convenivano in giudizio nanti il Tribunale di Genova una Società, proprietaria di un lotto edificabile confinante con quello delle attrici, che era stato interessato da rilevanti interventi di ristrutturazione al fine di realizzare un edificio residenziale con annessi box e posti auto. Alla predetta Società veniva contestato che dall'esecuzione dei lavori erano derivati danni all'immobile di proprietà delle attrici e che la costruzione realizzata disattendeva i limiti, in materia di distanze, prescritti dal d.m. 1444/1968 e dal piano regolatore locale.

Dinnanzi alle richieste risarcitorie e di riduzione in pristino avanzate da parte attrice, si costituiva in giudizio la Società convenuta, contestando nel merito le domande attoree e chiedendo di essere autorizzata alla chiamata in causa dell'impresa appaltatrice cui aveva affidato l'esecuzione delle opere. A definizione del primo e del secondo grado di giudizio, il Tribunale e la Corte d'Appello di Genova accoglievano le domande proposte dalle proprietarie attrici ritenendo che l'edificio residenziale costruito dalla convenuta, in zona classificata B1, non si conformasse ai parametri edilizi e dimensionali previsti dall'art. 9 comma 2 d.m. 1444/1968. Al contempo i giudici di merito, pur attenendosi a risalenti precedenti della Suprema Corte, accertavano la responsabilità

della convenuta, nonostante quest'ultima si fosse avvalsa dell'opera di un appaltatore per l'esecuzione dei lavori. Nello specifico, nell'argomentare l'adesione ai predetti precedenti, il Tribunale di Genova prima, la Corte d'Appello di Genova dopo, ritenevano che nella fattispecie configurasse "una c.d. responsabilità da posizione" correlata all'esigenza di autore-sponsabilizzare il proprietario-committente rispetto ad opere di elevato grado di potenzialità lesiva, specialmente se di rilevante entità.

La Corte di Cassazione ha rigettato le pronunce di merito, addivenendo a conclusioni differenti.

In primo luogo, i giudici di legittimità hanno approfondito l'analisi in merito alla portata applicativa dell'art. 9, comma 2, d.m. 1444/1968, riconoscendo come nel corso degli anni, specialmente nella giurisprudenza amministrativa, fosse sorto un contrasto in merito alla possibilità di estendere o meno la disciplina in tema di distanze tra costruzioni posta dai commi 2 e 3 anche alle zone indicate dal comma 1 della medesima norma. All'uopo, il Collegio ha rilevato che con l'intervento legislativo di cui al d.l. 18/4/2019 n. 32, art. 5, comma 1, lettera b-bis, convertito in l. 14/06/2019 n. 55, è stato definitivamente chiarito che i limiti di distanza previsti all'art. 9, comma 2, d.m. 1444/1968 sono riferiti esclusivamente al comma 1 n. 3) della medesima norma e, pertanto, unicamente alle zone urbanistiche C. Pertanto il legislatore è intervenuto con una norma di interpretazione autentica che la Suprema Corte ha ritenuto applicare, pur retroattivamente, alla fattispecie. I giudici di ultima istanza, aderendo a consolidati principi della giurisprudenza di legittimità, hanno pertanto stabilito che "... fin quando il diritto non si sia prescritto ovvero sia coperto da giudicato negativo occorre tenere conto della dichiarazione di incostituzionalità nelle more intervenuta ovvero dello ius superveniens, non potendo il giudice applicare norme dichiarate illegittime, o non più esistenti, ovvero, a seguito dell'intervento di una norma di interpretazione autentica, mai vigenti nel significato erroneo attribuito dal giudice di merito, trattandosi in ogni caso di situazioni in cui l'efficacia retroattiva incontra il solo limite delle situazioni consolidate per essersi il relativo rapporto esaurito". In altre parole la Suprema Corte ha inteso adeguare la propria statuizione all'interpretazione fornita dalla norma di cui d.l. 18/4/2019 n. 32, art. 5, comma 1, lettera b-bis, convertito in l. 14/06/2019 n. 55, da considerarsi non ius superveniens, ma norma meramente interpretativa dell'art. 9 c. 2 del DM 1444/68 a cui, anche per le costruzioni già realizzate e fin dallo loro realizzazione, come nel caso di specie, fermo il limite della formazione del giudicato.

In sostanza, la Suprema Corte stabiliva l'applicazione di con riferimento alle fattispecie antecedenti all'emanazione di detta norma di interpretazione autentica incontrando il solo limite applicativo del giudicato; la natura interpretativa della norma, infatti, la rende applicabile ab origine al rapporto in quanto fornisce l'interpretazione autentica delle norme; nel caso di specie, infatti, era stata censurata in sede di legittimità la corretta applicazione del c. 2 dell'art. 9 del DM 1444/68, da cui è conseguito che relativamente a tutte quelle fattispecie per le quali non fosse ancora sceso il giudicato, come quella in esame non fossero applicabili, ab origine, i limiti delle distanze previsti dall'art. 9 comma 2 d.m. 1444/1968, laddove le costruzioni di riferimento siano collocate in zone differenti rispetto alla zona urbanistica C. Tra dette fattispecie la Suprema Corte ha ritenuto rientrasse anche il caso in esame, poiché gli immobili oggetto di causa erano collocati in zone classificate B e B1.

Inoltre, con riferimento alla responsabilità del proprietario committente in merito all'esecuzione delle opere affidate al terzo appaltatore, la Suprema Corte ha ritenuto che la responsabilità medesima non può operare in senso oggettivo ma richiede una condotta colposa, con la conseguenza che "non sussiste responsabilità del proprietario committente ove non risulti accertato che questi, avendo in forza del contratto di appalto la possibilità di impartire prescrizioni nell'esecuzione dei lavori o di intervenire per chiedere il rispetto della normativa di sicurezza, se ne sia avvalso per imporre particolari modalità di esecuzione dei lavori o particolari accorgimenti ...". I giudici di legittimità si sono pertanto discostati dalle pronunce di merito, ritenendo di aderire al più recente orientamento del Collegio, e pertanto concludendo che nella specie mancassero elementi valutabili al fine di identificare una qualche responsabilità del proprietario committente, che peraltro non aveva impartito direttive vincolanti per l'appaltatore né aveva ridotto quest'ultimo al rango di "nudus minister".

Flavia Abbondanza

Corte di Cassazione, sez. II civ., 23 febbraio 2021, n. 4836 - Pres. Di Virgilio - Rel. Oricchio.

(Conferma Corte d'Appello di Genova, n. 1074/2015)

PROPRIETÀ - immissioni acustiche - normale tollerabilità - nozione - superamento - lesione della salute - nesso - sussiste - risarcimento del danno - necessità.

(Artt. 844 e 2043 c.c.)

Si ritiene superata la normale tollerabilità ai sensi dell'art. 844 c.c. e del d.m. 16/3/1998, allorché le immissioni acustiche dovute al suono di campane, provenienti da una chiesa parrocchiale, siano state oggetto di accertamento tramite l'espletamento di consulenze tecniche d'ufficio. Gli accertamenti peritali, concretamente effettuati dalla Corte di merito, non possono essere ripetuti in sede di giudizio di legittimità, in quanto essi costituiscono attività valutativa fattuale, propria delle attribuzioni del Giudice di merito. (Nel caso di specie la Corte di Cassazione ha confermato la pronuncia della Corte d'Appello di Genova ritenendo che una parte della cronicizzazione delle patologie evidenziate dall'attrice fosse "riconducibile causalmente" all'immissione sonora di campane parrocchiali, in ragione di quanto già valutato nei precedenti gradi di giudizio. La Suprema Corte ha ritenuto inammissibili i motivi di impugnazione inerenti al "risalente mutismo" delle campane, considerandoli come riproposizione di una riletatura, in punto di fatto, delle risultanze istruttorie processuali, ed attinenti al rimedio processuale dell'errore revocatorio. La Suprema Corte non ha altresì ammesso i motivi relativi alla falsa applicazione di norme, ritenendoli nuovi. Da ultimo, non ha individuato violazioni in merito al Concordato Stato-Chiesa Cattolica, evidenziando come l'art. 844 c.c. sia inidoneo a dare luogo a compressioni della libertà religiosa e delle connesse finalità che le norme concordatarie si pongono).

FL.A.

Tribunale di Spezia, 31 dicembre 2020, n. 660 - Giudice Unico Romano.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità medica - veterinario - clinica veterinaria - responsabilità della struttura - sussiste.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità medica - veterinario - danno all'animale - morte - responsabilità contrattuale - sussiste - concorso colposo del proprietario - sussiste (nel caso di specie) - risarcimento danni patrimoniali e non patrimoniali - ammissibilità - limiti.

Per la sussistenza della responsabilità dell'imprenditore ex art. 2049 c.c., non è necessario che le persone che si sono rese responsabili dell'illecito siano legate all'imprenditore da uno stabile rapporto di lavoro subordinato, ma è sufficiente che le stesse siano inserite, anche se temporaneamente od occasionalmente, nell'organizzazione aziendale, ed abbiano agito, in questo contesto, per conto e sotto la vigilanza dell'imprenditore.

La responsabilità del veterinario per errata diagnosi, negligenza o imperizia è - al pari della responsabilità medica - di natura contrattuale: il creditore deve provare la fonte del suo diritto, limitandosi ad allegare la circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre al debitore convenuto spetta la prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento; incombe sul soggetto danneggiato che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia - o l'insorgenza di una nuova malattia - e l'azione o l'omissione dei sanitari e, ove il danneggiato abbia poi assolto a tale onere, spetta alla struttura dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'uso dell'ordinaria diligenza. (Nel caso di specie il CTU ha concluso nel senso che "...il decesso del cane "...si sarebbe potuto evitare attraverso una corretta diagnosi e di conseguenza una corretta cura essendo la prognosi della patologia da cui il cane era affetto buona, con tassi di sopravvivenza elevati, in caso di presentazione precoce del paziente, diagnosi ed intervento tempestivi..." Da ciò consegue la responsabilità della struttura convenuta nella determinazione del decesso del cane, atteso che il procedimento corretto avrebbe previsto approfondimenti diagnostici, i quali avrebbero portato ad una diagnosi di occlusione intestinale e, pertanto, ad una tempestiva operazione di rimozione dei corpi estranei che avrebbe evitato l'evento letale, secondo il criterio del "più probabile che non").

Sussiste efficacia causativa del danno sia in capo ai proprietari dell'animale a titolo di condotta colposa, rilevante ex articolo 1227, comma 1, c.c., sia in capo al veterinario per condotta ommissiva, atteso che, senza l'una o l'altra, l'evento di danno non si sarebbe verificato. La produzione dell'evento dannoso (morte del cane) è riconducibile alla concomitanza di più fattori causali: da un lato la (patologia cagionata dall'ingestione di ben sei tetterelle di gomma comporta una) responsabilità colposa dei proprietari dell'animale per non avere, questi ultimi, sorvegliato adeguatamente il cucciolo, senza neppure avvedersi della sparizione degli oggetti poi ingeriti dall'animale, da altro lato la mancata corretta diagnosi e, di conseguenza, la mancata corretta cura da parte del veterinario. Quanto alla valutazione dell'elemento soggettivo la gravità della colpa delle controparti, la stessa appare parimenti equivalente, stante l'evidente omissione di sorveglianza del cucciolo da parte degli attori e l'altrettanto evidente sottovalutazione del quadro patologico da parte dei sanitari.

Il danno non patrimoniale subito dal padrone in conseguenza di un'errata diagnosi che ha condotto al decesso dell'animale, non può ritenersi sussistente in re ipsa, ma il danneggiato è tenuto a provare di avere subito un effettivo pregiudizio in termini di sofferenza patita in dipendenza della perdita dell'animale d'affezione, potendosi a tal fine avvalere anche di presunzioni gravi, precise e concordanti, sulla base però di elementi indiziari diversi dal fatto in sé del decesso dell'animale.

Il danno risarcibile è quello patrimoniale, costituito dal valore venale dell'animale conseguente all'intervenuto decesso e dalle spese sostenute per gli accertamenti medico legali (perizia prodotta in corso di causa e consulenza resa dal CTP nel contraddittorio peritale). Quanto alla componente del danno non patrimoniale da perdita o lesione dell'animale d'affezione esso non può ritenersi sussistente "in re ipsa" ma deve essere provato e dotato dei necessari requisiti di gravità.

A.B. e M.I.F.

Corte di Cassazione, sez. lavoro, ord. 22 gennaio 2021, n. 1405 - Pres. Balestrieri - Rel. Boghetich.

(Conferma Corte d'Appello di Genova, 9 dicembre 2016, n. 435)

RESPONSABILITÀ civile - danno morale - danno biologico - danno esistenziale - onere della prova - presunzioni - assenza di elementi obiettivi - risarcimento - esclusione.

(Artt. 2043, 2059 e 2697 c.c.)

Mentre per il danno biologico l'accertamento medico-legale è il mezzo di prova al quale comunemente si ricorre, per il pregiudizio non biologico, relativo a beni immateriali, il ricorso alla prova presuntiva è destinato ad assumere particolare rilievo; tuttavia, al fine di fornire piena prova, il danneggiato deve allegare tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei ad indicare la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto ignoto da provare. (Nel caso di specie, relativo alla richiesta del risarcimento del danno non patrimoniale subito da un lavoratore per esposizione ad amianto, la Corte di Cassazione ha confermato la pronuncia della Corte d'Appello di Genova, ritenendo che la richiesta di risarcimento del danno biologico, nella componente del danno morale e del danno esistenziale, non potesse essere accolta in assenza di elementi obiettivi, dotati di un sufficiente grado di specificità, sulla base dei quali fosse possibile risalire alla sofferenza ed al cambiamento delle abitudini di vita derivanti dalla consapevolezza della esposizione lavorativa ad agenti nocivi. Il pregiudizio doveva quindi essere obiettivamente riconoscibile come conseguenza dell'illecito, non essendo sufficiente la generica allegazione di stati d'animo disancorati da elementi obiettivi, alla stregua dei quali poter inferire un concreto peggioramento della vita interiore) (1).

(1) Nota.

La decisione de qua prende le mosse dall'arresto a Sezioni Unite n. 26972/2008 con il quale avendo statuito che, al di fuori dei casi di risarcibilità previsti direttamente dalla legge, il danno non patrimoniale è risarcibile unicamente se derivato dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, è stato respinto sia la tesi che identifica il danno nella lesione stessa del diritto (danno-evento) che la variante costituita dalla affermazione che nel caso di lesione di valori alla persona il danno sarebbe in re ipsa. Entrambe le tesi, infatti, snaturerebbero la funzione del risarcimento in quella di una pena privata per un comportamento lesivo. Ne scaturisce, dal ragionamento attuato dalle Sezioni Unite e richiamato dall'ordinanza in oggetto che, per quanto concerne il risarcimento del pregiudizio non biologico, relativo a danni immateriali, seppur il ricorso alla prova presuntiva assuma particolare rilievo, non potrà non basarsi sul principio secondo cui il danneggiato deve allegare tutti gli elementi che,

nel caso concreto, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto ignoto.

Flavia Abbondanza

Tribunale di Genova, sez. II civ., 9 febbraio 2021, n. 296 - Giudice Unico Buttiglione - P.G.A. (Avv.ti Barca e Bastianelli) c. M.C. (Avv.ti Ripa di Meana, Carucci e Massa), M.C. (Avv.ti Ripa di Meana e Carucci) e G.G.E spa (Avv. Ripa di Meana, Carucci e Massa).

RESPONSABILITÀ civile - diffamazione a mezzo stampa - diritto di rettifica - requisiti legali - diritto al risarcimento del danno - sussiste - responsabilità solidale - sussiste.

(Artt. 2043 e 2058 c.c.; art. 8, Legge n. 47/1948)

In materia di illecito per diffamazione a mezzo stampa, la rettifica prevista dall'art. 8 della legge sulla stampa (Legge 8 febbraio 1948, n. 47) ha funzione "ripristinativa" e riequilibratrice, ed è vincolata al rispetto di canoni strettamente formali. Per i quotidiani, in particolare, la rettifica deve essere pubblicata non oltre due giorni dalla richiesta, in testa di pagina e collocata nella stessa pagina del giornale che ha riportato la notizia cui si riferisce (nel caso di specie, la rettifica pubblicata sul quotidiano è stata ritenuta inefficace, in quanto non corrispondente ai requisiti prescritti dalla legge per integrità, caratteri, impaginazione, etc., nonché ulteriormente dannosa per il richiedente, poiché in calce ad essa è stata riportata una risposta del giornalista, in cui si insisteva ulteriormente sulla vicenda oggetto della notizia in modo improprio e criptico).

G.B.N.

Tribunale di Savona, 22 marzo 2021 n. 226 - Giudice Unico Poggio.

RESPONSABILITÀ civile - danno cagionato da cosa in custodia - cattivo funzionamento di un ascensore condominiale - concorso del fatto colposo del danneggiato - misura - è parsa adeguata nel 30%.

(Art. 2051 c.c.)

L'art. 2051 c.c. dispone che ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito. Perciò in caso di caduta per il dislivello dal punto di fermata dell'ascensore ed il pianerottolo condominiale, la responsabilità grava di regola sul condominio. Peraltro la disattenzione dell'utente può assurgere a causa esimente quando lo stacco è di pochi centimetri, ovvero quando il danneggiato è tale che da lui non possa pretendersi l'attenzione di cui è capace una persona giovane ed in ottima salute. (Nella specie, il dislivello era di circa 20 centimetri, e danneggiata era una persona di 87 anni, la quale in passato aveva subito una frattura al femore ed un ictus ischemico: Nella condotta di tale vittima è stata ravvisata una concausa dell'evento ex art. 1227, primo comma, nella misura che è stata ritenuta adeguata del 30%).

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. V civ., 16 febbraio 2021 - Pres. Tuttobene - Rel. Cazzato - D. S.p.a. (Avv.ti Cerisoli e Bontempo) c. E. S.p.a., F. S.r.l., F. S.p.a. (Avv. Bonetta) e C.

SRL (Avv. Ferrara).

SOCIETÀ - gruppo di imprese - licenza d'uso di marchio - linee unitarie di promozione e vendita - patti parasociali - violazione - concorrenza sleale.

SOCIETÀ - concorrenza sleale - prova della colpevolezza.

SOCIETÀ - concorrenza sleale - prova del danno - liquidazione - criterio equitativo - condizioni.

(Art. 2598 n. 3 c.c.)

La mancata osservanza, da parte di una o più società licenziatrici dell'uso di un noto marchio commerciale, delle linee unitarie di promozione e vendita - relative a tempistiche, prezzi e modalità di singole campagne promozionali - contemplate da patti parasociali e decise a livello centrale dalla titolare del marchio, comporta concorrenza sleale, svolendo la funzione del gruppo e svuotando il marchio di contenuto.

Una volta raggiunta la prova della condotta di concorrenza sleale non è necessaria la prova della colpa, essendo irrilevante la mancata consapevolezza, da parte dell'agente, delle campagne promozionali decise a livello centrale.

Il danno cagionato da atti di concorrenza sleale non è 'in re ipsa' ma richiede, in ogni caso, di essere autonomamente provato secondo i principi generali che regolano il risarcimento da fatto illecito, con la conseguenza che solo la dimostrazione dell'esistenza del danno consente il ricorso al criterio equitativo ai fini della liquidazione.

(Conf. Cass., Sez. I, 25921/2015)

A.BEE.

Tribunale di Savona, 24 novembre 2020 - Pres. e Rel. Princiotta - P. (Avv. Brin) c. C. (Avv. Piccardo) e c. S. (Avv. Mohamed Abu Zead).

SUCCESSIONE ereditaria - successione testamentaria - azione di riduzione e azione di divisione - rinuncia all'eredità e donazione di quote sociali - donazioni indirette - esclusione.

(Artt. 553 e 564 c.c.)

MANDATO - deposito irregolare - differenze - azione di rendiconto - estinzione dell'azione per intervenuta prescrizione.

(Artt. 1713 e 1782 c.c.)

Qualora venga avanzata, da un coerede, domanda di divisione ereditaria, unitamente a richiesta di collazione alla massa ereditaria delle liberalità ricevute in via dal defunto, senza che venga assunta la qualifica di legittimario leso, né venga richiesta la reintegrazione della quota di legittima spettante per legge, l'azione proposta deve essere qualificata come azione di divisione e non di riduzione, in quanto la prima presuppone la qualità di erede e l'esistenza di una comunione ereditaria che si vuole sciogliere, mentre la seconda implica la qualità di legittimario leso nella quota di riserva, in quanto diretta alla reintegra di essa (Conf.: Cass., n. 18468/2020).

La rinuncia all'eredità gratuita non costituisce donazione indiretta, così come la donazione di quote societarie (nel caso di specie di S.n.c.), in quanto mero rifiuto dell'offerta dell'eredità, e non già rifiuto del diritto di acquistarla.

Il conferimento di una procura ed il concreto esercizio da parte del soggetto che ne è investito costituiscono, in mancanza di deduzioni relative alla riconducibilità della stessa a rapporti gestori attinenti alla rappresentanza di enti giuridici o imprese o altre situazioni o rapporti pure in astratto compatibili con il suo rilascio, elementi idonei a qualificare il rapporto come rapporto di mandato e non di deposito irregolare.

L'azione di rendiconto di cui all'articolo 1713 c.c. in assenza di riscontri documentali contrari, si prescrive nel termine ordinario di dieci anni (Conf.: n. 18660/2013).

Il termine per l'esercizio del diritto alla restituzione del bene consegnato a titolo di deposito regolare, decorre dal momento in cui il depositante ne chiede, effettivamente, la restituzione, se non previsto alcun termine; in caso di deposito irregolare la prescrizione del diritto alla restituzione decorre dal momento in cui il depositante può chiederne la restituzione. Il suddetto termine, se non previsto dalle Parti, può essere stabilito dal Giudice e coincide con quello dell'avvenuto deposito del bene, ai sensi del principio generale contenuto nell'articolo 1183 c.c.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 3 marzo 2021 - Pres. Atzeni - Rel. Veglia - P.A. e P.L. (Avv.ti Costa e Vernazza) c. M.R.V. (Avv. Buffa) e c. R.E., R.A.R., B.F. (contumaci).

SUCCESSIONE testamentaria - impugnazione del testamento - incapacità naturale e incapacità totale e permanente - onere della prova.

(Art. 591, II c. n. 3 c.c.)

SUCCESSIONE testamentaria - capacità di testare e amministrazione di sostegno.

(Artt. 409 ss. c.c.)

SUCCESSIONE testamentaria - rapporti fra incapacità naturale e circonvenzione di incapace.

(Art. 643 c.p.)

Spetta a colui che propone domanda di annullamento del testamento dare prova che il testatore fosse in stato di incapacità permanente o transitoria tale da non consentirgli di esprimere le sue ultime volontà, salvo che il testatore risultasse affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso grava su chi voglia avvalersi del testamento provarne la redazione in un momento di lucido intervallo.

(Conf. Cass., n. 27351/ 2014; Cass., 9081/2010; Cass., 8079/2005)

Che il testatore sia sottoposto ad amministrazione di sostegno, istituto diverso dall'interdizione e dall'inabilitazione, non incide automaticamente in senso negativo sulla sua capacità di testare. Eventuali limiti a tale capacità devono essere espressamente contemplati e motivati nel provvedimento che dispone l'istituto di protezione.

(Conf. Cass., n. 22332/2011; Cass., 12460/2018)

La condotta di circonvenzione di incapace di cui all'art. 643 c.p. si pone su un piano diverso e più delimitato rispetto all'incapacità naturale, essendo riferita alla diminuita capacità della sfera volitiva del soggetto passivo rispetto alla condotta suggestiva e pregiudizievole dell'agente, tale da poterli cagionare danno.

A.BEE.

Documenti

L'Europa della mediazione in sintesi.

Carlo Alberto Calcagno

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Introduzione* - 2. *La necessità di un'alleanza tra i giuristi in nome dell'ADR.* - 3. *I numeri della giustizia europea.* - 4. *La mediazione telematica?* - 5. *Per quali motivi la mediazione non decolla?* - 6. *I rimedi per l'Europa e i risultati.* - 7. *Il registro dei mediatori e delle organizzazioni di mediatori.* - 8. *Il numero delle mediazioni in Europa.* - 9. *La formazione del mediatore in Europa.* - 10. *Il giudice mediatore.* - 11. *La mediazione volontaria e obbligatoria, preventiva e delegata.* - 12. *La mediazione familiare.* - 13. *Suggerimenti per il legislatore italiano in base alla legislazione europea.*

1. Introduzione.

Una decina d'anni fa il giudice Gordana Ristin, attuale presidente dell'associazione dei mediatori sloveni, ebbe a dichiarare in una intervista: "...considero l'ADR uno degli approcci alla risoluzione delle controversie in futuro. Farà parte della magistratura, anche se, ad esempio, i fascicoli verranno consegnati ai fornitori contrattuali. E non si tratta della privatizzazione della magistratura, ma dell'accettazione del fatto che la vita cambia, e con essa, anche noi giuristi dovremmo" (1). In quegli anni l'auspicabile desiderio di Gordana infiammava tutti i mediatori e gli operatori di ADR in genere.

Il giudice Ristin forse non sapeva che già nel XIX secolo c'era in Italia un'organizzazione simile: il giudice conciliatore conciliava, giudicava, faceva da arbitro e nominava arbitri privati. Quando è uscita la Direttiva 52/08 (2) 16 nazioni hanno rispettato il termine di recepimento e dunque ritennero che la mediazione perlomeno nell'ambito transfrontaliero (3) fosse una buona soluzione.

Col tempo poi nei singoli stati sono stati adottati ad oggi 358 provvedimenti in materia (senza contare quelli regolamentari nel campo consumeristico), per non parlare delle direttive europee (4).

Esistono interessantissime legislazioni sulla mediazione in generale: penso ad es. a quella romena e alla spagnola.

Ben 12 paesi possedevano una legge sulla mediazione anteriormente all'emanazione della Direttiva 52/08 e dunque c'era già un retroterra importante.

Ma possiamo affermare che nel 2020 l'ottimismo di Gordana e di tutti gli operatori dell'ADR ha trovato coronamento?

2. La necessità di un'alleanza tra i giuristi in nome dell'ADR.

Certo i giuristi - avvocati e giudici - sono una forza imponente in Europa: gli ultimi dati disponibili (5) parlano di 1.414.930. Un abitante su 360 nei paesi UE si occupa di diritto professionalmente. E dunque nella sua nazione potrebbe fare la differenza.

Non dovunque ovviamente, perché comunque lo spazio di operatività dipende molto dal contenzioso che si è accumulato negli anni e dal numero degli operatori giudiziari: la cosa sarebbe ad esempio assai complicata in Austria, Estonia e Slovacchia.

Possiamo però dire che in almeno otto paesi europei se gli operatori del diritto facessero un'alleanza nel nome degli strumenti alternativi il pendente giudiziario di primo grado potrebbe essere spazzato via in un anno.

Parlo della Finlandia, del Lussemburgo, dell'Ungheria, della Danimarca, di Cipro, della Spagna, della Grecia, della nostra Italia e di Malta; in questi paesi potrebbe davvero accadere il miracolo, se ogni giurista decidesse di conferire ai sistemi alternativi dalle 2 alle 13 controversie: per noi e per Malta ce ne vorrebbero 13, ma gli altri potrebbero cavarsela con meno, alla Finlandia ne basterebbero due.

All'ADR come una reale soluzione i politici non hanno tuttavia pensato con la dovuta attenzione, almeno in tempi moderni. Per sostenere i tribunali i cittadini dei 28 paesi UE hanno speso pro capite nel 2017 (6) dai 30 € di Cipro ai 215 € del Lussemburgo: l'Italia che è in posizione mediana ha richiesto agli italiani 96 € pro capite.

A parte la Finlandia che investe per la mediazione familiare e penale ogni anno sette milioni di euro, i paesi hanno chiesto ai mediatori di deflazionare il contenzioso a costo zero.

E pensare che con solo 10 € pro capite potremmo avere un sistema ADR efficiente: ci guadagnerebbe lo Stato che vedrebbe azzerato il contenzioso, i giudici che potrebbero occuparsi dei casi che realmente lo richiedono (come auspicano da sempre almeno le corti di Common law), gli avvocati che in poco tempo vedrebbero saldate le loro parcelle ed i mediatori che godrebbero finalmente di un sostegno annuo paragonabile a quello dei "neutri" americani che lavorano nei tribunali federali.

Questa dell'alleanza è la via intrapresa dal Brasile sommerso da cento milioni cause: giudici e avvocati, a seguito di un percorso iniziato nel 2010, hanno fatto un patto in nome dell'ADR.

Gli esiti non sono ancora soddisfacenti, ma solo perché mancano le risorse economiche.

3. I numeri della giustizia europea.

Noi Europei purtroppo siamo ancora molto lontani dal pensare che la Giustizia abbia bisogno di un ausilio alternativo. Il numero delle mediazioni conosciute nei 28 paesi UE costituisce solo tra lo 0,96 e l'1% del pendente di primo grado (2017) (7).

Gli accordi intervenuti nelle mediazioni sono soltanto lo 0,14% del pendente di primo grado del 2017.

Siamo onestamente a distanze siderali da quel che si riprometteva l'art. 1 della Direttiva 52/08 ossia la garanzia di "un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario".

Se non ci fosse l'Italia il cui numero di mediazione costituisce secondo i dati del 2019 tra il 66 ed il 68,76% delle mediazioni totali conosciute e conoscibili, la mediazione probabilmente sarebbe già da tempo un lontano ricordo.

Solo i nostri accordi costituiscono il 65,84% di tutti gli accordi conosciuti.

E ciò nonostante che le mediazioni nostrane (147.691) costituiscono solo il 4,48% del nostro pendente giudiziario 2019 (3.293.960 di cause; dato aprile 2020).

E ciò nonostante che gli accordi italiani (20.782) costituiscano soltanto lo 0,63% del nostro pendente giudiziario 2019.

4. La mediazione telematica?

È chiaro che da soli non potremmo sostenere le sorti di 500 milioni di abitanti, ma la situazione era già deficitaria prima del covid-19.

Affidarsi ad una soluzione consensuale di mediazione telematica (opzione peraltro condivisa da molti legislatori europei) è paragonabile alla scelta del legislatore del 2014 di affidarsi all'arbitrato forense per le cause pendenti: il risultato ha sfiorato all'epoca lo zero.

La videoconferenza volontaria non ci sarà purtroppo di grande aiuto: certo impareremo un nuovo modo di lavorare e sarà probabilmente l'unico dono insieme all'abbattimento dell'inquinamento che la pandemia ci lascerà, ma la composizione dei conflitti resterà un miraggio che per ragioni di sanità dovremo comunque perseguire per un certo tempo.

Questa non è un'opinione mia, ma quello che ci comunica nel 2019 la Commissione Europea in merito al sistema della piattaforma odr europea (8); se il professionista non accetta la richiesta del consumatore di mediare o di utilizzare l'arbitrato o comunque una procedura ADR il sistema si blocca: "Soltanto in circa il 2% dei casi le parti hanno concordato in merito alla designazione di un organismo ADR e la piattaforma è stata quindi in grado di trasmettere la controversia a un organismo ADR" (9).

5. Per quali motivi la mediazione non decolla?

Una responsabilità dell'attuale situazione è in qualche misura da attribuirsi all'Unione Europea che pure ispirandosi a quel che accadeva negli Stati Uniti e in Gran Bretagna - non poteva ignorarlo - ha cercato di valorizzare negli anni soprattutto l'accesso al processo.

Ha creduto pure in una mediazione volontaria, ma 28 stati UE su 30 possiedono oggi almeno uno strumento obbligatorio di mediazione; solo due stati in Europa hanno strumenti puramente volontari: Finlandia e Slovacchia.

Ha pensato perlomeno sino al 2008 ai soli consumatori nel senso che l'ADR doveva servire più che altro ad evitare che i cittadini europei trovassero ostacoli nella circolazione dei beni e servizi: idea che è stata ripresa, come sappiamo, con la direttiva 11/13 ed il regolamento 524/13 sul consumo con gli esiti sopra detti (2%).

La UE si è "svegliata" solo nel 2008 quando anche la deflazione del contenzioso è entrata in campo limitatamente alle transfrontaliere.

Naturalmente i paesi UE si sono uniformati a queste logiche. Soprattutto alla convinzione che la mediazione dovesse servire a gestire le questioni di valore più modesto che è un'aberrazione visto che l'istituto è nato in Kosovo nel XV secolo per evitare le faide, le vendette di sangue.

Ma anche i cittadini ci hanno creduto visto che se andate a leggere ad esempio le statistiche italiane, la maggior parte delle controversie mediate avevano un valore ridotto.

Tutto ciò non ha contribuito negli anni a creare consapevolezza sull'istituto della mediazione.

Poco prima della Direttiva 52/08 quattro ostacoli sono stati posti all'attenzione del Consiglio d'Europa da parte di alcuni esperti americani dell'UNCITRAL chiamati al capezzale europeo: mancanza di conoscenza della mediazione, elevati costi relativi per le parti e squilibri finanziari, disparità nella formazione e qualificazione dei mediatori, disparità nel campo degli scopi e delle garanzie della riservatezza.

Oggi vi sono ancora in campo almeno due di quei problemi: la mancanza di conoscenza della mediazione e la disparità nella formazione e qualificazione dei mediatori.

6. I rimedi per l'Europa e i risultati.

Quanto al primo la Direttiva 52/08 ha cercato di porvi riparo, dando una indicazione agli stati.

Si è stabilito quello che viene definito *balanced relationship index*: per capire se la mediazione funziona in un paese e si deflaziona conseguentemente il contenzioso, si è pensato di dividere le sue mediazioni per il pendente giudiziario di primo grado; lo scopo è appunto quello di trovare "un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario", una equilibrata relazione tra mediazione e tribunale.

I dati ci dicono che solo un paese è ben incamminato, o almeno lo era nel 2016 (seppure avesse un contenzioso pendente molto limitato: solo 10.677 controversie), si tratta della Finlandia con un tasso del 17,51%.

Poi possiamo considerare l'Italia con il 4,48% del 2019, Malta con il 4% (ma il dato è del 2013), la Lettonia del 2016 con il 2,99%, l'Ungheria del 2018 con il 2,12%.

Quanto alle altre nazioni si scende drammaticamente: sette paesi sono sotto l'1% e 14 nazioni tra cui Francia, Germania e Regno Unito sono addirittura invalutabili visto che non rilasciano dati su cui si possano fare ragionamenti.

Tanto per fare un paragone storico se andiamo a vedere il BRI italiano del 1880 (v. la Relazione Zanardelli) su 1.075.246 cause i conciliatori ne affrontarono in sede preventiva 224.461 ossia il 20,87% che ci darebbe oggi il trono d'Europa (peraltro con il 54% di accordi).

Nel 1852 in Francia su un pendente di 1.344.296 controversie ne furono conciliate 988.900 ossia il 73%: sapete quale fu il risultato? La mediazione obbligatoria fu eliminata (sic!)

Quanto detto certifica tristemente due fatti incontestabili.

Perlomeno nel XXI secolo la mediazione non è stata abbracciata dai giuristi: se si scende sul terreno dei numeri si può riscontrare che più avvocati ci sono in un paese, meno mediazioni si fanno.

O per meglio dire più avvocati ha a disposizione un mediatore (in Italia sono gli avvocati che le portano agli organismi) meno mediazioni si celebrano; così ad esempio in Italia abbiamo un rapporto di 1 mediatore su 10 avvocati e ci sono state oltre 147 mila mediazioni, in Repubblica Ceca ove c'è un rapporto di 1 mediatore su 18 avvocati le mediazioni sono state meno di 500 (dato 2013); in Portogallo ove il rapporto è 1 mediatore su 26 avvocati le mediazioni del 2018 sono state 2.958, in Danimarca dove ci sono 104 avvocati per mediatore nel 2016 si sono celebrate 718 mediazioni.

Tutto ciò non ha senso. Non si può semplicemente affermare che da noi c'è una condizione di procedibilità; dopo 10 anni è solo un falso alibi anche perché almeno 18 stati UE hanno, nelle debite proporzioni, forme riconducibili alla mediazione obbligatoria preventiva: Austria, Belgio, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Francia, Grecia, Inghilterra e Galles, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Portogallo, Romania, Scozia, Spagna e Svezia.

Secondo fatto incontestabile: la mediazione non è conosciuta come dovrebbe dai cittadini europei.

I paesi che forniscono dati sul 2018 sono solo 9 e sul 2019 4 (Polonia, Italia, Spagna e Portogallo) e dunque abbiamo una visione molto parziale.

Comunque in Italia è stato coinvolto in mediazione 1 cittadino su 405 abitanti, in Svezia che è la "migliore" dopo di noi 1 cittadino su 2.057; di qui si sale sino all'Ungheria che vede in mediazione un cittadino ogni 6.503 abitanti e non parlo degli accordi: in Italia hanno sperimentato un'intesa 1 cittadino su 2.876, in Portogallo 1 su 5.780, in Lussemburgo 1 su 5.558, in Finlandia 1 su 15.751 e in Polonia 1 su 50.172 (ed io considero la Polonia uno dei paesi più attivi).

In questa situazione la “gara” della mediazione col processo non sembra certo quella della tartaruga con Achille: Achille la tartaruga non l’ha nemmeno mai vista; non a caso la Giustizia è rappresentata talvolta come una dea bendata.

Attenzione però: Esiodo ci racconta che quando il male diventò estremo la Giustizia volò tra le stelle. Non è pensabile che il depotenziamento (come sembrava volere qualcuno) o l’irrelevanza (0,96%) della mediazione possa risolvere i problemi della giustizia europea che nel 2017 aveva 22.337.534 di controversie pendenti.

7. Il registro dei mediatori e delle organizzazioni di mediatori.

Un altro modo con cui la Direttiva 52/08 ha provato a diffondere la conoscenza della mediazione è con i registri pubblici dei mediatori e delle organizzazioni di mediazione.

Con una certa lentezza tutti gli stati ad eccezione della Germania e della Finlandia (che ci indica ufficialmente solo gli uffici di mediazione) si sono uniformati anche se con le modalità ed i significati più diversi. Potremmo dire che non c’è un registro uguale ad un altro.

Già l’organo tenentario è variabile: in 16 stati la gestione statale (Ministero della Giustizia ad eccezione della Finlandia ove il gestore della mediazione è quello della Salute), in 6 stati la gestione è delle Corti cosa che rende difficile capire il numero effettivo dei mediatori dato che un mediatore si può iscrivere a più *panel* come accade ad esempio in Francia. In 6 stati lo Stato delega la gestione del registro ad uno o più enti: possono essere i Coa, o i notai oppure enti privati; in Ungheria il sistema è misto: Stato-Corte.

Il nostro registro è il migliore perché sappiamo esattamente il numero di mediatori, il numero degli organismi e degli enti di formazione attivi ed il numero dei formatori.

Nessun altro paese ci dà tutte queste informazioni; quello che a noi manca è il dettaglio sui singoli mediatori che non è stato evidentemente ritenuto necessario in quanto in Italia sussiste una mediazione amministrata.

Ma qualche informazione sarebbe opportuna (oggi sappiamo solo che un soggetto è mediatore generico, esperto di consumo o mediatore esperto internazionale) visto che non tutti i curricula sono depositati presso gli organismi di formazione mediatori, aver almeno qualche indicazione sulla specializzazione del singolo mediatore e sulla sua formazione (avvocato, architetto, geometra, commercialista ecc.) come avviene in altri paesi (ad es. nei Paesi Bassi) oppure sapere quante lingue parla (ci sono stati dove i mediatori sanno mediare in tre o quattro lingue).

Ci sono stati ove l’iscrizione è a pagamento (Austria, Bulgaria, Ungheria) e altri che la considerano gratuita (ad es. Italia, Slovacchia). In alcuni l’iscrizione è eterna, in altri a tempo. Gli stati non ci danno una risposta univoca nemmeno sull’obbligo di essere o meno iscritti in registro e quindi ci sono paesi che hanno mediatori non iscritti di cui non conosceremo mai l’esistenza perlomeno in termini statistici.

Nei paesi anglo-sassoni ad esempio l’iscrizione dei mediatori civili e commerciali che è a pagamento (almeno in Inghilterra e Galles) non è obbligatoria, ma se si effettua porta clienti perché si entra in una rete di servizi.

Anche in Croazia, Lussemburgo ed in Spagna l’iscrizione non è obbligatoria.

In alcuni Paesi l’inserimento in registro è legato ad una certificazione del mediatore e/o determina lo *status* stesso di mediatore. In Francia la registrazione riguarda solo gli avvocati e i mediatori che operano nei panel delle Corti d’Appello.

In Portogallo è obbligatoria per la mediazione pubblica (penale, familiare, lavoro).

Nei Paesi Bassi ed in Slovenia è obbligatoria per la mediazione giudiziaria.

In Svezia l’iscrizione nei registri delle Corti (per avvocati e giudici) è obbligatoria, ma non vincola il giudice che può scegliere gli specialisti che ritiene meglio. Tra l’altro qui basta dichiarare di essere formati per essere inseriti come mediatori. In Italia per esercitare la professione di mediatore bisogna essere iscritti nell’elenco ministeriale. E così a Malta, in Austria, in Slovacchia, in Belgio, Lettonia, Grecia Ungheria e in Danimarca

Il numero dei registri pubblici varia a seconda dello stato: in Ungheria ce ne sono 45, in Francia 20 (teoricamente) in Finlandia 7, 5 in Portogallo e Romania, 4 in Italia, 3 in Spagna, 8 paesi ne hanno 2, 13 ne hanno uno e come detto, la Germania ne è priva.

Un problema non da poco riguarda l’individuazione dei mediatori che non può essere precisa per diversi motivi anche se ultimamente la situazione è migliorata; attualmente possiamo dire che siano circa 80.000.

Il paese meno dotato è la Lettonia con 53, quello più dotato l’Italia con 23.848. Diciamo che c’è in media un mediatore ogni 6.404 abitanti. Non è sempre facile capire se è mediatore civile e commerciale oppure familiare oppure ancora penale o sociale, solo da noi sostanzialmente abbiamo la certezza della qualifica.

Quanto alle organizzazioni di mediazione il panorama è assai vario: intanto i paesi più forniti di organizzazioni di mediazione secondo le indicazioni statali sono: Italia, Ungheria, Slovacchia, Spagna, Portogallo, Romania, Austria, Inghilterra e Galles, Polonia e Bulgaria.

15 stati pubblicizzano solo gli organismi di mediazione: Polonia, Bulgaria Francia, Finlandia, Croazia, Germania, Irlanda del Nord, Lussemburgo, Scozia, Estonia, Slovenia, Lettonia, Cipro, Irlanda, Malta.

5 Stati solo enti di formazione: Romania, Paesi Bassi, Austria, Belgio e Svezia.

Cinque sono le nazioni che pubblicizzano Organismi ed Enti di formazione: Italia, Ungheria, Slovacchia, Spagna, Portogallo.

8. Il numero delle mediazioni in Europa.

Ne abbiamo già accennato all’inizio ma il punto certamente più spinoso riguarda il numero delle mediazioni: non le conosciamo nemmeno nell’ambito del consumo dato che solo Belgio, Croazia, Danimarca, Finlandia, Francia, Lussemburgo e Romania hanno scelto come strumento la mediazione e dunque hanno trattato 23.848 reclami proponendola, ma non sappiamo chi abbia aderito e se ci sia stata definizione. Sono 20 i paesi che hanno una legislazione specifica in materia penale. Circa le mediazioni penali abbiamo dati recenti (2018) solo di tre nazioni: Finlandia (14.526), Polonia (4.176) e Spagna (2.935).

In materia di mediazione civile e commerciale solo sei stati ci hanno fornito un quadro aggiornato al 2018: Italia (151.923), Portogallo (2.958), Ungheria (1.500), Spagna (1289 solo delle Corti di primo grado) Finlandia (1.000), Lettonia (385). Del 2019 conosciamo i soli dati di Italia (147.691), Polonia (4.634 dato peraltro parziale) e Spagna (1.013).

9. La formazione del mediatore in Europa.

Possiamo provare a delineare la figura del mediatore europeo. il mediatore è nella maggior parte dei paesi UE un soggetto laureato (spesso viene richiesta anche un certo numero di

anni di esperienza professionale o il diploma con ulteriori requisiti), iscritto nel registro dei mediatori, frequentemente certificato dal Ministero della Giustizia o da altre Istituzioni per conto del Ministero (v. ad es. Irlanda, Paesi Bassi, Lettonia), che ha partecipato ad un corso di base in mediazione di un certo numero di ore (e talvolta anche ad uno di specializzazione o addirittura si è laureato in mediazione) e che è assoggettato a formazione continua nell'anno o nel biennio (ovvero nel triennio o nel quinquennio) per un certo numero di ore o di eventi.

Più o meno tutti gli stati richiedono che il mediatore abbia la capacità giuridica e d'agire, sia ineccepibile dal punto di vista comportamentale e morale: si richiede un certificato del casellario pulito, l'assenza di sanzioni amministrative ecc. (si omettono qui le prescrizioni in merito per ogni singolo paese, proprio perché sono generalizzate: l'unica differenza di rilievo tra gli stati è che alcuni richiedono copia del certificato penale ed in altri basta una autodichiarazione, ad esempio in Italia). Particolare è la legislazione romena che chiede al mediatore anche l'idoneità dal punto di vista medico.

Anche quella della Lituania è originale perché richiede che il mediatore non sia stato licenziato e non abbia fatto abuso di alcol, di sostanze psicotrope, narcotiche, tossiche o altre di sostanze psicoattive.

La professione di provenienza del mediatore può essere la più varia, anche se in certi paesi di fatto la maggior parte sono avvocati (ad es. in Italia, in Grecia, in Irlanda ed Irlanda del Nord).

Nei Paesi Bassi il registro dei mediatori ricomprende una trentina di professioni tra le quali chi vuole mediare può scegliere comodamente.

In Romania la pratica della professione di mediatore è compatibile con quella di ogni altra attività o professione.

In genere il mediatore deve rispettare determinati principi deontologici: in alcuni paesi si fa riferimento al Codice Europeo dei mediatori ed in altri a Codici propri redatti dallo Stato o da organizzazioni.

In generale i principi dell'attività del mediatore ricalcano per lo più gli XI standard americani (Model Standards of Conduct for Mediators).

Molti degli stati UE hanno valorizzato il concetto di competenza, varando programmi di formazione per i mediatori. I tempi ed i contenuti della formazione sono i più vari.

Diverse nazioni danno largo spazio al diritto, alla psicologia e alla sociologia.

È sempre presente anche una formazione pratica sullo svolgimento della mediazione che può essere più o meno articolata; alcuni paesi richiedono la supervisione del mediatore da parte di esperti o formatori o altri meccanismi analoghi.

Ci sono nazioni che richiedono tirocini o stage precedenti all'assunzione del titolo o successivi.

Non tutti i paesi hanno stabilito regole in materia di formazione, anche se nella pratica essa viene richiesta ai mediatori (ad es. in Francia, Svezia); in Slovenia e Danimarca è richiesta solo ai mediatori giudiziari.

In alcuni paesi la formazione è differenziata in relazione al fatto che i mediatori siano o meno avvocati (ad es. in Italia e a Cipro).

In Lituania i requisiti sono diversi a seconda che il mediatore aspirante sia un giudice, un non giudice, un avvocato.

10. Il giudice mediatore.

Al proposito possiamo dire che il caso del giudice mediatore a qualsivoglia titolo riguarda in particolare 17 nazioni: Belgio,

Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Inghilterra e Galles, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Scozia, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria.

11. La mediazione volontaria e obbligatoria, preventiva e delegata.

Diamo ora un rapidissimo cenno sulle tipologie di mediazione: preventiva, di corte, obbligatoria e facoltativa.

29 paesi hanno una mediazione di corte facoltativa. Solo i Paesi Bassi posseggono solo una mediazione obbligatoria di corte e non hanno una mediazione di corte facoltativa.

28 stati UE possiedono almeno uno strumento obbligatorio di mediazione; solo due stati hanno strumenti puramente volontari: Finlandia e Slovacchia.

Almeno 18 stati UE hanno forme riconducibili alla mediazione obbligatoria preventiva: Austria, Belgio, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Francia, Grecia, Inghilterra e Galles, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Portogallo, Romania, Scozia, Spagna e Svezia.

13 nazioni hanno una mediazione obbligatoria sia preventiva che di corte: Austria, Belgio, Cipro, Estonia, Francia, Inghilterra e Galles, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Scozia, Spagna e Svezia.

Tre paesi una mediazione preventiva obbligatoria ed una mediazione di corte facoltativa: Grecia, Romania e Portogallo.

14 paesi hanno una mediazione preventiva facoltativa e obbligatoria, una mediazione di corte obbligatoria ed una mediazione di corte facoltativa: Austria, Belgio, Cipro, Croazia, Estonia, Francia, Inghilterra e Galles, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Scozia, Spagna e Svezia.

Tutti i paesi ad eccezione della Danimarca hanno una mediazione facoltativa preventiva prevista dalla legge.

Un ultimo cenno alla mediazione familiare in Europa.

12. La mediazione familiare.

Insieme alla mediazione civile e commerciale la mediazione familiare è presente in tutti i paesi UE e dunque merita un approfondimento.

La mediazione familiare (così come la mediazione) in Europa, ma direi anche nel Mondo è una delle pratiche più antiche. Nella vecchia Europa si ricollega ad un principio che prese corpo diversi secoli prima di Cristo presso una popolazione antica, gli Illiri (10).

Il principio era questo: "Tutti gli uomini sono uguali".

Il che significava che gli Dei non gradivano che un uomo giudicasse un altro uomo, ma piuttosto che gli uomini si accordassero tra di loro e vivessero in pace.

Gli Dei erano i garanti degli accordi e così per raggiungerli e suggellarli si ricorreva alla mediazione dei loro rappresentanti in terra: i sacerdoti.

E così ogni conciliazione veniva salutata nella Grecia classica da una celebrazione sacra: si portavano i concilianti in processione con le effigi divine.

A Roma gli sposi che litigavano venivano accompagnati dalle loro famiglie al tempio di Giunone pronuba perché si riconciliassero; sino al XX secolo la mediazione familiare ha preso il nome di riconciliazione ancora oggi tentata nel processo (ma sino al 1848 in Milano dal sacerdote).

In conseguenza la mediazione familiare aveva la funzione di far ripensare i coniugi in merito alla rottura del coniugio.

A seconda dei tempi e dei luoghi l'oggetto della mediazione familiare è mutato radicalmente, anche se ancora oggi in alcuni paesi del Nord Europa la sua funzione continua ad essere spiccatamente quella originaria (ad esempio in Danimarca), ossia la riconciliazione dei coniugi in lite.

Dagli anni '70 a partire dagli Stati Uniti si è diffusa nel Mondo la concezione attuale di mediazione familiare.

Non sempre presuppone però un conflitto tra i coniugi, spesso riguarda in generale il conflitto tra parenti sia di tipo psicologico sia di tipo economico. La definizione italiana del Codice civile è molto limitata rispetto a quelle che ritroviamo nella maggior parte dei paesi UE.

Anche gli operatori della mediazione familiare sono mutati nel tempo: i sacerdoti oggi sono i mediatori laici (ma in Germania ancora ed anche i teologi).

Almeno ventuno paesi dell'Unione Europea su trenta hanno una legislazione specifica di mediazione in materia familiare.

Gli altri la praticano in base alla sola legge sulla mediazione in generale in applicazione della Direttiva 52/08, oppure per disposizione del codice di rito (da noi del Codice civile). In ordine alfabetico i paesi di cui conosciamo invece provvedimenti specifici dedicati alla mediazione familiare sono i seguenti: Austria (11), Belgio (12), Cipro (13), Croazia (14), Danimarca (15), Estonia (16), Finlandia (17), Francia (18), Germania (19) Irlanda (20), Irlanda del Nord (21), Lituania (22), Lussemburgo (23), Italia (24) Malta (25), Portogallo (26), Regno Unito (27), Romania (28), Scozia (29), Spagna (30) e Ungheria (31).

Nonostante l'impegno legislativo registriamo un basso numero di mediazioni familiari.

O almeno possiamo dire che solo tredici paesi su trenta lo hanno reso noto nel corso degli anni (dal 2017 al 2019): Croazia, Danimarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Lettonia, Polonia, Portogallo, Slovenia, Scozia, Spagna, Svezia, Ungheria. Latita completamente l'Italia: nessuno sa quante procedure vengano celebrate annualmente.

Primeggiano per numero la Spagna (4.769), la Polonia (4.316), l'Ungheria (2.500), l'Irlanda (2.249) e la Scozia (2000).

Mediazione familiare

Paesi	Numero	Accordo
Croazia	111	108
Danimarca	510	208
Finlandia	807	720
Grecia	70	40
Irlanda	2.249	1.236
	1.248 (2018)	-
Lettonia	135	108
Polonia	4.316	1.915
Portogallo (32)	485	120
	591 (2019) (33)	-
Repubblica Ceca	-	-
Slovenia	130	15
Scozia	2.000 (34)	-
Slovacchia	-	-
Spagna	7.336	-
	4.937 (2018)	537
	4.769 (2019)(35)	553
Svezia	100	50
Ungheria	2.500	1.500

La mediazione familiare può essere volontaria od obbligatoria nel senso che generalmente (a parte che in Croazia, Svezia ed in Ungheria dove la coercizione sembra riguardare la procedura) l'obbligo investe il solo primo incontro informativo col mediatore familiare (o col giudice) al termine del quale si può decidere se andare avanti o se proseguire con il processo. Buona parte delle mediazioni familiari derivano comunque

da un invio del giudice: i dati numerici esposti, sopra riguardano questo tipo di mediazioni.

La mediazione familiare in Europa si potrebbe considerare secondo quattro modalità di esplicazione: facoltativa preventiva (20 paesi), obbligatoria preventiva (7), facoltativa di corte (18) e obbligatoria di corte (19).

Alcune nazioni praticano più modalità; Malta è la più sensibile con quattro modalità, Francia, Germania, Irlanda, Lussemburgo, Portogallo e Repubblica Ceca e Ungheria ne hanno tre, le altre, tra cui l'Italia, 2.

Tre nazioni possiedono una mediazione obbligatoria sia preventiva sia di corte con riferimento al primo incontro(36): Estonia, Inghilterra e Galles e Malta.

Otto nazioni hanno una mediazione di corte sia facoltativa sia obbligatoria: Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Repubblica Ceca e Ungheria.

In diversi paesi la mediazione familiare è gratuita per il cittadino (ad es. Finlandia, Lituania(37), Lussemburgo(38), Repubblica Ceca, Svezia).

Facoltativa preventiva	Obbligatoria Preventiva	Facoltativa di Corte	Obbligatoria di Corte
			Austria (39)
Belgio		Belgio	Belgio (40)
Bulgaria		Bulgaria (41)	
Cipro			Cipro (42)
	Croazia (43)	Croazia	
			Danimarca (44)
	Estonia (45)		Estonia
Finlandia (46)		Finlandia (47)	
Francia		Francia	Francia (48)
Germania		Germania	Germania (49)
	Grecia (50)		
	Inghilterra e Galles (51)		Inghilterra e Galles (52)
Irlanda		Irlanda	Irlanda (53)
Irlanda del Nord			Irlanda del Nord
Italia		Italia	
		Lettonia	
	Lituania		
Lussemburgo		Lussemburgo	Lussemburgo
Malta (54)	Malta	Malta	Malta
Paesi Bassi			Paesi Bassi
Polonia		Polonia	
Portogallo		Portogallo (55)	Portogallo (56)
Repubblica Ceca		Repubblica Ceca	Repubblica Ceca (57)
	Romania	Romania	
			Scozia
Slovacchia		Slovacchia	
Slovenia		Slovenia	
Spagna			Spagna (58)
Svezia (59)			Svezia (60)
Ungheria		Ungheria	Ungheria (61)

13. Suggerimenti per il legislatore italiano in base alla legislazione europea.

In conseguenza degli oltre 300 provvedimenti esaminati in questi anni sugli strumenti alternativi al processo mi sono chiesto se ci fossero suggerimenti da fornire al mio paese. Ho individuato 21 punti che secondo me potrebbero farci fare un salto di qualità in Europa almeno con riferimento alla promozione ed incentivazione degli ADR.

Alcuni comportano uno stravolgimento dell'Ordinamento e richiederebbero un certo coraggio (dal mio punto di vista a questo punto necessario), altri sono facilmente attuabili.

- 1) Istituzione di corsi di laurea sugli ADR.
- 2) Formazione per i giudici in ADR già dal praticantato e del coordinatore della mediazione di corte che manterrà i contatti con i magistrati sull'attività di delega.
- 3) Formazione per gli aspiranti avvocati in ADR già dal praticantato.
- 4) Istituzione di un elenco di mediatori presso i giudici di pace (in Portogallo la cosa funziona bene: 25.000 mediazioni all'anno in regime volontario).
- 5) Cambiamento della tariffa ministeriale: ferme le spese di mediazione come sono oggi, non terrei conto degli scaglioni di valore, ma introdurrei un compenso orario per il mediatore (da suddividere con l'organismo come si fa già attualmente) che possa tener conto del numero e del reddito dei partecipanti (come avviene ad esempio nei Paesi Bassi).
- 6) Eliminazione del sistema di obbligatorietà attenuata e ritorno alla mediazione ante pronuncia della Corte costituzionale.
- 7) Estensione del novero delle materie per cui la mediazione è condizione di procedibilità.
- 8) Istituzione di un tavolo con avvocati, giudici e mediatori sullo stato della mediazione/arbitrato e su come rendere più appetibili gli accordi e i procedimenti arbitrali.
- 9) Istituzione di un giudice (come in Germania) che una volta formato possa essere investito della composizione della controversia o di quello che le parti hanno bisogno (anche il giudice di pace potrebbe essere investito delle questioni non di sua competenza limitatamente alla composizione e/o vi potrebbe essere delega al suo panel di mediatori).
- 10) introduzione della mediazione nel procedimento/processo amministrativo come chiede l'Europa; in alcuni settori metterei (così è negli Stati Uniti) la mediazione come alternativa al pagamento della sanzione amministrativa (v. il settore delle barriere architettoniche).
- 11) Istituzione della mediazione penale con un sistema simile a quello francese (specie per i mancati pagamenti degli assegni in caso di divorzio e separazione): ritiro dell'azione penale nel caso di componimento della controversia con pieno soddisfacimento della vittima.
- 12) Introduzione, come avviene nei paesi dell'Est su esempio statunitense, della mediazione delegata gratuita a carico dello stato per un certo numero di ore (sia per il civile sia per la famiglia).
- 13) Introduzione in ogni Corte d'Appello della possibilità di scegliere tra mediazione ed arbitrato in alternativa al processo.
- 14) Importazione dell'istituto della neutra valutazione come condizione di procedibilità di alcuni giudizi (ad esempio in materia di appalto).
- 15) Innalzamento della formazione del mediatore avvocato che lavora presso i COA almeno come per gli omologhi francesi (corsi base di 200 ore).
- 16) Istituzione del primo incontro obbligatorio in materia di mediazione familiare: sia preventivo che in sede giudiziale.
- 17) Abolizione dell'aggiornamento dei formatori dopo un certo numero di anni di formazione e la tenuta di un certo numero di corsi (dimostrabile).
- 18) Supervisione biennale dei mediatori.
- 19) Corsi di formazione per mediatori tenuti dagli enti di formazione iscritti in registro ma esame statale (una o due volte all'anno) con certificazione che legittima l'iscrizione in elenco.
- 20) Restituzione di quota parte del contributo unificato per chi si accorda a seguito di mediazione disposta dal giudice.
- 21) Possibilità di mediazione condotta dal giudice in pensione.

Note.

- (1) I dati della presente nota sono tratti in parte dal volume Carlo Alberto Calcagno, Arbitrato e negoziato in Europa. Le opportunità dell'avvocato. Nuncia Mas n. 14 collana diretta da Guendalina Scozzafava, Cendon/Book, Editore Key, 2020. Rimandiamo il lettore alla lettura della Bibliografia utilizzata dall'autore.
- (2) Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.
<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:IT:PDF>
- (3) Articolo 2 Direttiva 52/08
Controversie transfrontaliere
 1. Ai fini della presente direttiva per controversia transfrontaliera si intende una controversia in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui:
 - a) le parti concordano di ricorrere alla mediazione dopo il sorgere della controversia;
 - b) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale;
 - c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale; o
 - d) ai fini dell'articolo 5, un invito è rivolto alle parti.
 2. In deroga al paragrafo 1, ai fini degli articoli 7 e 8 per controversia transfrontaliera si intende altresì una controversia in cui un procedimento giudiziario o di arbitrato risultante da una mediazione tra le parti è avviato in uno Stato membro diverso da quello in cui le parti erano domiciliate o risiedevano abitualmente alla data di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c).
 3. Ai fini dei paragrafi 1 e 2, il domicilio è stabilito in conformità degli articoli 59 e 60 del regolamento (CE) n. 44/2001.
 - (4) Direttiva UE sul commercio elettronico (2000/31), sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (2002/65), sull'intermediazione assicurativa (2002/92), sui mercati degli strumenti finanziari (MiFID) (2004/39), sui servizi postali (2008/6), sui servizi di pagamento (2007/64), sul credito al Consumo (2008/48), le Direttive sull'energia (2009/72 e 73) e la Direttiva sulle telecomunicazioni (2009/136) e la Direttiva servizi (2006/123).
 - (5) 2017 per i Giudici e 2018 per gli Avvocati.
 - (6) Non abbiamo dati più recenti perché lo Scoreboard 2020 non è stato ancora rilasciato dal Cepej, l'organo del Consiglio d'Europa deputato alla Giustizia.
 - (7) Una risoluzione del Parlamento europeo del 2017 lo precisa lapidariamente: "considerando che è evidente che gli obiettivi enunciati all'articolo 1 della direttiva sulla mediazione, vale a dire promuovere il ricorso alla mediazione e in particolare garantire «un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario», non sono stati raggiunti, visto che la mediazione è utilizzata mediamente in meno dell'1 % dei casi nei tribunali della maggior parte degli Stati membri". Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017 sull'attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (la «direttiva sulla mediazione») (2016/2066(IN)).
 - (8) <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.-show&lng=IT>
 - (9) Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes.
https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/com_2019_425_f1_report_from_commission_en_v3_p1_1045545_0.pdf
 - (10) Attuali abitanti del Kosovo e dell'Albania.
 - (11) 1) § 107 AußStrG Besondere Verfahrensbestimmungen.
<https://www.jusline.at/gesetz/ausstrg/paragraf/107>.
 - 2) Gesamte Rechtsvorschrift für Familienlastenausgleichsgesetz 1967, Fassung vom 27.10.2019.
<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008220>
 - (12) Art. 1255 - Code Judiciaire - Quatrième partie : De la Procedure Civile. (art. 664 à 1385 octiesdecies).
http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&a=F&cn=19671004&table_name=loi

- (13) Αριθμός 62(I) του 2019
Νόμος που προνοεί για τη διεξαγωγή διαδικασιών διαμεσολάβησης σε οικογενειακές διαφορές.
http://www.cylaw.org/nomoi/arith/2019_1_062.pdf
- (14) 1) Obiteljski Zakon NN 75/14
<https://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon>
2) Pravilnik o Obiteljskoj Medijaciji
<http://www.propisi.hr/print.php?id=13239>
- (15) § 40-41 Ægteskabsloven.
<https://www.themis.dk/synopsis/docs/Lovsamling/Aegteskabsloven.html>
- (16) 1) § 563 Tsiviilkohtumenetluse seadustik.
<https://www.riigiteataja.ee/akt/TsMS>
2) § 67 c. 3 Perekonnaseadus (ühhend - PKS).
<https://www.riigiteataja.ee/akt/110032016003>
https://beta.e-justice.europa.eu/372/IT/family_mediation?ESTONIA&member=1
- (17) Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain muuttamisesta.
<https://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2019/2019190?search%5Btype%5D=pika&search%5Bpika%5D=sovittelusta%202019>
- (18) 1) Arrêté du 19 mars 2012 relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial.
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025586710&dateTexte=20191027>
2) Artt. 255 e 373-2-10 Code civil.
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190909>
3) Décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale.
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023082541&dateTexte=&categorieLien=id>
- (19) § 36a, 81, 135, 155, 155a, 156, 165 FamFG.
Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.
<http://www.gesetze-im-internet.de/famfg/BjNR258700008.html>
- (20) Art. 4 Family Support Agency act (2001).
<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2001/act/54/enacted/en/print.html>
- (21) The Declarations of Parentage (Allocation of Proceedings) Order (Northern Ireland) 2002.
<http://www.legislation.gov.uk/nisr/2002/119/article/5/made>
- (22) Art. 20-22 civilini gin taikinamojo tarpininkavimo statymo Nr. X-1702.
- (23) Art. 1251-1 c. 2 Code de procédure civile.
http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/procedure_civile/20190101
- (24) Art. 337 octies Codice civile.
Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262
www.normattiva.it/uri-res/N2Ls:urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262?vig=2019
- (25) Art. 66I Civil code.
<http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8580&l=1>
2) Subsidiary Legislation 12.20 the Civil Court (Family Section), the First Hall of the Civil Court and the Court of Magistrates (Gozo) (Superior Jurisdiction) (Family Section) Regulations 16th December, 2003 Legal Notice 397 of 2003, as amended by Legal Notices 9 of 2004, 181 and 186 of 2006, 370 and 386 of 2011, 111 of 2012 Act XIII of 2018 and XVI of 2019.
<http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=9036&l=1>
- (26) 1) Protocolo celebrado em 5 de maio de 2006.
https://www.dgpi.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-ix-leis-sobre/pdf7307/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-ix-leis-sobre/pdf7307/protocolo-de-acordo/downloadFile/file/Protocolo_de_Mediacao_Laboral.pdf?nocache=1182243469.36
2) Gabinete do Secretário de Estado da Justiça Despacho n.º 18 778/2007
<https://dre.pt/application/dir/pdf2s/2007/08/161000000/2405124052.pdf>
3) Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro. Altera o regime jurídico do divórcio
<https://www.dgpi.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/lei-61-2008-de-31-de/downloadFile/file/lei%2061.2008.pdf?nocache=1225445203.82>
4) Despacho n.º 13/2018, de 22 de outubro, da Secretária de Estado da Justiça, publicado no DR, II Série, n.º 216, de 9 de novembro de 2018
<https://dre.pt/application/conteudo/116929980>
- (27) 1) Section 10(1) of the Children and Families Act 2014.
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/section/10/enacted>
2) Practice Direction 3a - Family Mediation Information and Assessment Meetings (MIAMS).
https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice_directions-/pd_part_03a
(28) Art. 64 lege Nr. 192/2006 din 16 mai 2006 privind medierea i organizarea profesiei de mediator.
(29) Act of Sederunt (Sheriff Court Ordinary Cause Rules) 1993 no.1956 (S.223)
Schedule 1
Special provisions in relation to particular causes
Chapter 33 Family Actions
<https://www.scotcourts.gov.uk/rules-and-practice/rules-of-court/sheriff-court-civil-procedure-rules/ordinary-cause-rules>
(30) Art. 770 c. 7 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
(31) § 4:172 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről
<https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1300005.tv>
(32) Dato 2018.
<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Mediacao.aspx>
(33) <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Mediacao.aspx>
(34) Written Submission to Justice Committee on Alternative Dispute Resolution; Relationships Scotland, 2018.
<https://www.parliament.scot/parliamentarybusiness/CurrentCommittees/107661.aspx>
(35) Sono mediazioni familiari che derivano dall'invio del giudice di primo grado. La Comunità autonoma di Valenzia è la più attiva. La meno attiva è quella di La Roya. Barcellona è la città ove si svolgono più mediazioni familiari.
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion-Intrajudicial/>
(36) Le informazioni di questa nota sono tratte dal volume di Carlo Alberto Calcagno, Arbitrato e negoziato in Europa. Le opportunità dell'avvocato. Nunca Mas n. 14 collana diretta da Guendalina Scozzaafava., Cendon/Book, Editore Key, 2020.
(37) Per le prime quattro ore.
(38) Ma non viene riconosciuto il gratuito patrocinio all'avvocato.
(39) Mediazione ed arbitrato per custodia e diritto di visita.
(40) Se non si oppongono tutte le parti. In materia di divorzio per disunione irrimediabile quando sia in ballo la persona o il patrimonio dei minori.
(41) Conciliazione + mediazione.
(42) Incontro informativo operato dal giudice.
(43) In caso di separazione e divorzio.
(44) Corso digitale sulla mediazione nei tre mesi dalla domanda di divorzio
(45) Nei casi previsti dalla legge: violazione dell'obbligo di comunicazione tra genitore e figlio derivante da sentenza.
(46) Deve essere preceduta da una negoziazione tra i parenti.
(47) Mediazione del giudice su consenso delle parti.
(48) Incontro informativo per divorzio e potestà genitoriale.
(49) Incontro informativo per divorzio e separazione.
(50) Tutte le controversie superiori a 30 mila euro; le controversie di famiglia (escluso divorzio e diritti non disponibili) dal 15 gennaio 2020.
(51) MIAM = incontro informativo di mediazione familiare.
(52) MIAM = incontro informativo di mediazione familiare.
(53) De iure condendo.
(54) Solo aspetti diversi dal divorzio e separazione
(55) La mediazione è preceduta da un'udienza tecnica specializzata.
(56) Se non si oppone una parte.
(57) Incontro informativo. Qualora non vi sia una violenza domestica.
(58) Obbligatorio solo l'incontro informativo col giudice, pena sanzioni pecuniarie.
(59) La mediazione è usata unitamente ai colloqui costruttivi e alla consulenza alle famiglie.
(60) In Svezia si deve partecipare alla mediazione e non al solo primo incontro.
(61) In Ungheria si deve partecipare alla mediazione e non al solo primo incontro.

La legge Claeys-Leonetti sui nuovi diritti dei malati terminali in Francia

Anna Sansa

*Dottore di Ricerca alla Sorbona di Parigi
Distaccata dal Ministero della Ricerca francese
presso l'Università di Genova*

Sommario: 1. *Genesi di una legge controversa.* - 2. *Un percorso graduale e coerente.* - 3. *L'approdo a direttive anticipate con valore vincolante.* - 4. *Persona di fiducia e sedazione profonda e continua fino al decesso.* - 5. *I decreti attuativi della riforma.*

1. Genesi di una legge controversa.

La decisione dell'ex-segretario di Stato Paulette Guinchard-Kunstler di recarsi in Svizzera per porre fine alle sue sofferenze, dopo anni di malattia, e di rendere pubblica questa sua scelta ha rilanciato oltralpe il dibattito sul suicidio assistito, argomento che sta infiammando in questi stessi giorni le discussioni parlamentari in Spagna.

Nel variegato panorama europeo dei diritti di fine vita, la Francia si situava, fino a poco tempo fa, in una posizione intermedia fra due blocchi di paesi, quelli che attribuiscono valore vincolante alle disposizioni anticipate (come Belgio, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna, Svizzera) e quelli in cui non è riconosciuta la possibilità di stabilire in anticipo quali trattamenti accettare o rifiutare (Grecia e Irlanda, fra gli altri). Oltralpe erano disciplinate le direttive anticipate, che tuttavia non avevano valore vincolante. La situazione è mutata nel 2016 con una legge che, pur ponendosi in sostanziale continuità rispetto alla normativa sino ad allora in vigore, vede la Francia nel gruppo di nazioni che riconoscono valore vincolante alla volontà dell'individuo di scegliere i trattamenti a cui essere sottoposto.

I firmatari dell'attuale legge sulle disposizioni di fine vita sono due deputati di schieramenti politici opposti: Jean Leonetti e Alain Claeys. Il primo è da sempre molto impegnato nelle questioni di bioetica: nel 2004 aveva presieduto la «Missione parlamentare sull'accompagnamento della fine vita», i cui lavori sono sfociati nel rapporto Leonetti, propedeutico alla redazione della «Legge sui diritti dei malati e sulla fine vita» n°2005-370 del 22 aprile 2005. L'incarico gli era stato affidato sull'onda del caso Vincent Humbert del 2003 (1).

Come spesso accade, infatti, sono vicende di cronaca a sollevare questioni che, nonostante la loro pregnanza e presenza costante nella società, sono destinate a rimanere in secondo piano, forse proprio per la loro gravità (2). Come allora, nel 2015 altri fatti di attualità hanno spinto il legislatore a intervenire nuovamente in materia di bioetica.

La firma congiunta della nuova legge lascia trasparire una volontà di trasversalità, così come uno spirito di continuità rispetto a quanto già fissato dieci anni prima.

Nel periodo intercorso fra i due interventi parlamentari, altri casi hanno sollevato un vivace dibattito sull'eutanasia nell'ambito della società francese. Non per niente, uno degli impegni assunti dal candidato alle elezioni presidenziali François Hollande (il numero 21) (3) riguarda i trattamenti sanitari dei malati terminali. Così, nel luglio del 2012, è istituita la Commissione di riflessione sul fine vita in Francia, i cui lavori sfociano nel rapporto Sicard (dicembre 2012) (4). Al dibattito democratico, che ha preceduto l'adozione della legge attualmente in vigore, hanno contribuito anche il rapporto del Consiglio Nazionale

dell'Ordine dei medici (febbraio 2013) (5) e il parere n° 121 del Comitato consultivo nazionale di etica (luglio 2013) (6). Sulla scia delle discussioni riaccese da questi lavori preparatori, con una lettera del 20 giugno 2014 il Primo Ministro si rivolge ai deputati Alain Claeys e Jean Leonetti perché elaborino un testo consensuale sul fine vita. Il loro rapporto è consegnato il 12 dicembre 2014 (7) al Presidente della Repubblica, mentre il disegno di legge sarà presentato all'Assemblea Nazionale il 21 gennaio 2015 (8) per essere adottato nella sua versione definitiva un anno dopo. Sicuramente gli attentati del 13 novembre e le disposizioni adottate circa lo stato d'emergenza hanno fatto passare in secondo piano un testo che, tuttavia, era in corso di elaborazione (9).

La legge è stata adottata a seguito di un lungo iter parlamentare che ha visto un conflitto frontale tra le due Camere su diversi punti (10). L'accordo è stato raggiunto grazie alla mediazione di una commissione mista paritaria (gennaio 2016), che ha condotto alla promulgazione della legge attualmente in vigore.

Sebbene i dibattiti in sede parlamentare siano stati a tratti molto vivi, l'assenza di ricorsi alla Corte Costituzionale mostra come la disposizione adottata sia il risultato di un consenso trasversale, che va al di là dell'appartenenza a schieramenti politici e delle convinzioni personali di ciascuno (11).

Il testo è pertanto divenuto legge della Repubblica il 3 febbraio 2016.

2. Un percorso graduale e coerente.

Le nuove disposizioni sono il naturale compimento di un percorso iniziato con la legge del 9 giugno 1999, che mirava a garantire a tutti il diritto di accedere alle cure palliative; quella del 4 marzo 2002 (detta legge Kouchner), che collocava il malato al centro del dispositivo di cura; e, infine, quella del 22 aprile 2005 (detta legge Leonetti), che affermava per la prima volta il principio del rifiuto dell'ostinazione irragionevole (12-13). Questi testi hanno gettato le basi dei diritti dei malati, mettendo in primo piano la preminenza del consenso del paziente: a lui sono riconosciuti il diritto all'informazione, la possibilità di redigere delle direttive anticipate e di designare una persona di fiducia; e poi ancora il diritto a un fine vita dignitoso, alle cure palliative, a un sollievo dalle sofferenze e al rifiuto delle cure; infine, si sancisce il divieto di ostinazione irragionevole e l'attuazione di una procedura collegiale di arresto dei trattamenti.

In particolare, la legge n°2005-370 del 22 aprile 2005 aveva determinato un progresso notevole nell'ambito delle cure palliative. Essa non solo ammetteva l'introduzione di cure palliative con lo scopo di sollevare il malato dalla sofferenza, ma accettava anche il principio che tali cure, dati gli effetti collaterali, potessero abbreviarne la vita (si tratta del cosiddetto principio del doppio effetto). Tuttavia, se da un lato gli atti di eutanasia e di ostinazione irragionevole erano entrambi condannati, si introduceva dall'altro il concetto di direttive anticipate e si istituivano sia la figura della persona di fiducia, sia una commissione collegiale che doveva decidere dell'interruzione delle cure, in mancanza di indicazioni dirette o indirette del malato terminale (14).

Il testo aveva riscosso un consenso senza precedenti presso i parlamentari: si tratta della sola legge votata all'unanimità dal 1958 in Francia.

Due dei quindici articoli della legge sono essenziali: quello che distingue fra trattamenti e cure e quello che introduce il già menzionato principio del doppio effetto.

Più in generale, la legge aveva determinato l'inserimento nel

Codice di salute pubblica di una sezione denominata «espressione della volontà dei malati terminali», integrata anche nel Codice di deontologia medica agli articoli 36, 37 e 38 (15). Le norme in questione prevedevano: l'obbligo per il medico di rispettare il rifiuto espresso dal malato di continuare le cure; l'esclusione dell'ostinazione irragionevole e il divieto di provocare intenzionalmente la morte. Il medico poteva dunque dare sollievo al malato terminale somministrandogli trattamenti antalgici che avevano come effetto collaterale quello di abbreviare la vita, ma mai compiere atti diretti a produrre unicamente tale effetto. Nella stessa direzione, veniva ampliato l'ambito di utilizzo delle cure palliative, non più relegate soltanto alla fase terminale della malattia.

La legge prevedeva in particolare due tipi di figura: quello della persona cosciente non terminale, che poteva rifiutare qualunque trattamento, anche l'alimentazione artificiale; quello del malato terminale, la cui volontà doveva essere rispettata dal medico, incaricato di informarlo delle conseguenze dell'interruzione dei trattamenti, di tutelarne la dignità e di preservarne la qualità di vita attraverso l'impiego di cure palliative.

Essa inoltre definiva formalmente le direttive anticipate, destinate a dare un'indicazione al medico sulle intenzioni del redattore riguardo alla limitazione o all'interruzione dei trattamenti. Valide per tre anni, tali disposizioni contribuivano notevolmente ad affermare la volontà del paziente nei confronti del medico, permettendo fra l'altro di designare una persona di fiducia, incaricata di vegliare sulla corretta applicazione delle stesse. Il medico, tuttavia, restava libero di tenerne conto o meno. Forse per tale ragione solo il 2,5% delle persone decedute prima dell'adozione della legge del 2016 aveva lasciato disposizioni in tal senso.

Dieci anni dopo, l'ambizione della legge 2016-87 è quindi quella di rafforzare i diritti del malato terminale, in continuità con le leggi precedenti (16). Per i firmatari, infatti, la permanenza di forti disparità di trattamento fra i diversi istituti sanitari, pubblici e non, unita alla scarsa conoscenza delle disposizioni in vigore in materia, sarebbe stata all'origine di condizioni di morte non degne di una società avanzata.

Raramente un disegno di legge ha sollevato un dibattito così acceso nella società civile, dibattito che è sfociato nella redazione di diversi documenti da parte delle categorie professionali che si sentivano più coinvolte (Consiglio Nazionale dell'Ordine dei medici, Ordine dei farmacisti, Comitato cittadino) (17) e nella produzione di contributi vari (Accademia Nazionale di Medicina, Osservatorio Nazionale del fine vita e Società Francese di Accompagnamento e di Cure palliative). Senza spingersi a legalizzare l'eutanasia, il nuovo testo afferma in modo più deciso l'autonomia del paziente, soprattutto attraverso le disposizioni relative alle direttive anticipate e alla sedazione profonda e continua fino al decesso (18).

Oltre a chiarire quali sono le condizioni per interrompere i trattamenti in nome del rifiuto dell'ostinazione irragionevole, la legge rafforza l'autonomia del paziente, in particolare attribuendo alle direttive anticipate valore imperativo e ampliando il diritto del malato di rifiutare le cure (19). Essa precisa, inoltre, i contorni del ruolo conferito alla persona di fiducia (figura istituita nel 2002 e confermata nel 2005 (20)) nell'ambito del processo decisionale ed estende il campo di applicazione della procedura collegiale. La legge n° 2016-87 riconosce, infine, il diritto alla presa in carico della sofferenza e diversifica le modalità di somministrazione delle cure palliative, in particolare riguardo alla sedazione.

Tuttavia, alcuni punti relativi al regime delle direttive anticipate e alla procedura che sfocia nella sedazione sono stati precisati in seguito con decreti. D'altronde, la corretta applicazione

delle nuove disposizioni dipenderà in larga misura dall'attuazione del Piano di accompagnamento delle cure palliative nonché dalla conoscenza e dal rispetto delle norme da parte del personale addetto (21).

Concretamente, la legge n° 2016-87 del 2 febbraio 2016 modifica e istituisce i seguenti articoli del Codice di sanità pubblica: articoli L. 1110-5; L. 1110-5-1; L. 1110-5-2; L. 1110-5-3; L. 1111-4; L. 1111-6; L. 1111-11; L. 1111-12; L. 1412-1-1; L. 1541-2; L. 1541-3 (22).

Ancora una volta sono fatti di cronaca a determinare un ulteriore passo in avanti nella direzione di una più decisa presa in carico delle persone affette da malattie incurabili. In un certo senso, infatti, si può dire che la legge n° 2016-87 del 2 febbraio 2016 nasce sull'onda emotiva scatenata dal caso Chantal Sébire, che ha messo in discussione l'efficacia dell'allora recente legge n°2005-370 del 22 aprile 2005 (23). Le disposizioni di quest'ultima costituivano una sezione a parte del primo capitolo del Libro primo della prima parte del Codice di sanità pubblica. Dopo i «Principi generali» (CSP, dall'art. L. 1111-1 all'art. L. 1111-9), enunciati nella sezione 1, nella sezione 2 alcune regole specifiche erano dedicate all'«Espressione della volontà dei malati in fine vita» (CSP, dall'art. 1111-10 all'art. 1111-13). La legge del 2 febbraio 2016 ha in parte modificato la successione di queste disposizioni includendo alcune delle questioni riguardanti specificatamente il fine vita nei principi generali e rinominando la sezione 2 «Espressione della volontà dei malati che rifiutano un trattamento e dei malati in fine vita» (24). Lo spostamento da una sezione all'altra e la modifica della formulazione fanno capire come il diritto al rifiuto di un trattamento sia previsto, in modo generale, a favore di tutti, senza considerare il fatto che un malato si trovi o meno in situazione di fine vita.

Comunque, a ben guardare, la norma promulgata undici anni dopo non fa che precisare e rafforzare alcuni principi della legge del 2005, qui di seguito enucleati. Innanzitutto, il rifiuto dell'ostinazione irragionevole. Concetto introdotto dal testo del 2005, esso è meglio definito dall'attuale articolo L. 1110-5-1 del Codice di sanità pubblica. Il medico non solo non deve portare avanti atti inutili, sproporzionati o aventi per unico effetto il mantenimento artificiale in vita, ma non deve neppure adottare una condotta qualificabile come ostinazione irragionevole, conformemente alla volontà del paziente o, se quest'ultimo non è in grado di esprimersi direttamente o indirettamente, a seguito di quanto emerso dalla procedura collegiale. Si tenga presente che, sulla scia del caso Vincent Lambert (25), il 24 giugno 2014 il Consiglio di Stato ha qualificato la nutrizione e l'idratazione artificiale come trattamenti suscettibili di essere interrotti a titolo di rifiuto dell'ostinazione irragionevole (art. L. 1110-5-1, c. 2) (26).

L'articolo L. 1111-4, così come modificato dalla legge Claeys-Leonetti, istituisce il diritto al rifiuto delle cure da parte del malato. In tal modo scompare anche l'obbligo a carico del medico di adoperarsi per convincere il suo paziente ad accettare le cure indispensabili. Quest'ultimo deve essere unicamente informato delle conseguenze che implica la sua scelta.

Da ciò deriva il diritto istituito dall'articolo L. 1110-5-3, che prevede la possibilità di ricevere trattamenti e cure atti a limitare il più possibile la sofferenza, anche qualora questi abbrevino la durata della vita del malato.

3. L'approdo a direttive anticipate con valore vincolante.

Come si è già detto, al cuore del nuovo dispositivo si trovano le direttive anticipate (CSP art. L. 1111-11) (27). Atto giuridico che permette a ogni soggetto maggiorenne di esprimere in an-

tipico le sue volontà riguardo alle condizioni del suo fine vita per il giorno in cui si troverà nell'incapacità di formularle, le direttive sono state concepite negli anni '60 negli Stati Uniti (28) per rimediare a un contesto sociale che vede da un lato la scomparsa graduale delle forme di solidarietà familiare e locale nell'accompagnamento delle persone malate (29), dall'altro l'avanzare dei progressi tecnologici in ambito medico, che portano l'inconscio collettivo a prendere le distanze dalla morte. Confrontato a questi fenomeni, l'individuo è portato a vedere nelle direttive anticipate un mezzo per disporre di se stesso nella fase terminale dell'esistenza, controllando in tal modo la paura di morire dolorosamente e dando un senso agli ultimi istanti di vita. Soltanto negli anni '90, però, le direttive anticipate fanno il loro ingresso in ambito europeo a seguito della sottoscrizione da parte di alcuni paesi della già citata Convenzione di Oviedo (30).

Istituite in Francia nel 2005 (31), esse vedono notevolmente rafforzata la loro portata, diventando ormai imperative, quindi opponibili al medico, che deve rispettarle, non più soltanto consultarle (32). Esse, quindi, «si impongono al medico per tutte le decisioni di indagine, d'intervento o di trattamento» (33). Il cambiamento è notevole rispetto alla disciplina precedente, che vedeva il medico padrone di decidere se continuare un trattamento, pur di non incorrere nel caso di ostinazione irragionevole (34). Tuttavia, per lasciare un margine di manovra al personale sanitario, il testo prevede due eccezioni: in caso di urgenza vitale, per il tempo necessario a una valutazione della situazione, oppure di fronte a direttive manifestamente inappropriate o non conformi alla situazione medica del paziente, il medico potrà prescindere dalle disposizioni lasciate (35). Detto ciò, egli dovrà comunque passare attraverso una procedura collegiale, che valuti l'opportunità di distaccarsi dalle dichiarazioni del malato (36); della decisione dovranno essere informati la persona di fiducia o, in mancanza, la famiglia. Oltre al fatto che la cartella clinica del malato dovrà contenere le informazioni relative a tale procedimento (37).

Espressione delle volontà (e non più semplicemente degli auspici) del malato, le direttive possono essere redatte da ogni individuo maggiorenne, che intenda lasciare disposizioni in caso si trovasse nella situazione di non poter esprimere le proprie volontà. Grazie alla legge del 2 febbraio 2016 si possono prevedere le condizioni di prosecuzione, di riduzione, di interruzione o di rifiuto di trattamenti o atti medici. Esse, inoltre, sono ora modificabili (e non più semplicemente revocabili) in qualunque momento e con qualsiasi modalità (art. R. 1111-18). Senza contare che la loro durata è illimitata, mentre prima era circoscritta a tre anni. In presenza di più documenti rispondenti ai criteri minimi di validità, è preso in considerazione il più recente.

Riguardo ai requisiti formali, l'articolo L. 1111-11 del CSP prevede un modello di redazione «il cui contenuto è fissato da decreto del Consiglio di Stato (38) su parere dell'Alta autorità sanitaria». Tale modello distingue la situazione del paziente a seconda che questi sia affetto o meno da una malattia grave al momento della redazione del documento (39).

Inoltre, vista la portata che tali direttive vengono ad assumere, si è deciso di fissare alcuni principi relativi alla loro conservazione. Come previsto dalla legge, un decreto del Consiglio di Stato, su parere della Commissione Nazionale dell'Informatica e delle libertà, ha definito le condizioni d'informazione dei pazienti e le condizioni di validità, di confidenzialità e di conservazione delle direttive anticipate. Tale decreto è stato pubblicato il 5 agosto 2016 (40): gli articoli R. 1111-18 e R.

1111-19 del Codice di Sanità Pubblica prevedono le condizioni di validità e le informazioni che devono figurare sul documento rinviando a un decreto del Ministro della Salute, adottato lo stesso giorno, la fissazione di un modello, cui fa riferimento l'articolo L. 1111-11 (41). A tal proposito, dato che la legge prevede che il medico curante informi i propri pazienti della possibilità di redigere delle direttive anticipate (42), il decreto 3 agosto 2016 precisa a tal fine che il Centro nazionale delle cure palliative e del fine vita, nel quadro dei compiti che gli sono stati affidati con il decreto n° 2016-5 del 5 gennaio 2016, elabora dei documenti informativi relativi alla possibilità di redigere delle direttive anticipate e alle modalità concrete di accesso al modello menzionato all'art. R. 1111-18.

Tuttavia si tratta di semplici indicazioni, in quanto non esiste un vero e proprio obbligo a carico di chi scrive le direttive, né formale né di registrazione. L'unico requisito indispensabile è che queste siano chiare; ecco perché diverse legislazioni hanno previsto l'ausilio eventuale del medico nella loro stesura (43). In sostanza si tratta di un documento scritto, datato e firmato dal loro autore, che deve essere identificabile attraverso l'indicazione di nome, cognome, data e luogo di nascita (art. R. 1111-17). Nel caso in cui il diretto interessato fosse impossibilitato a redigere di propria mano le direttive, questi può rivolgersi a due testimoni, uno dei quali è la persona di fiducia, perché operino in sua vece.

Quanto al contenuto delle direttive anticipate, si nota un allargamento rispetto alla legge del 2005: quest'ultima consentiva di esprimere le proprie preferenze circa la limitazione o l'interruzione dei trattamenti. Ora il malato può anche precisare a quali condizioni desidera che siano continuati i trattamenti cui è sottoposto o scegliere di rifiutarli (44).

Le disposizioni regolamentari precisano altresì le modalità di conservazione delle direttive in un registro nazionale informatizzato, nel rispetto della legge n° 78-17 del 6 gennaio 1978 sull'informatica, i file e le libertà (45). Esse inoltre devono essere conservate in modo tale da essere facilmente accessibili al medico chiamato a prendere una decisione di limitazione o di interruzione di trattamento nel quadro della procedura collegiale definita dall'articolo R. 4127-37. A tal fine, si prevede che le direttive anticipate possano essere depositate e custodite, su decisione della persona che le ha redatte, nell'apposito spazio della sua cartella clinica condivisa. Il deposito ha valore di iscrizione al registro previsto dall'articolo L. 1111-11. L'interessato ha anche la facoltà di decidere di menzionarvi solo l'esistenza delle direttive, il luogo in cui si trovano e i recapiti della persona che ne è depositaria. Qualora le direttive siano conservate nella cartella clinica condivisa, viene mandato al loro autore a cadenza regolare un pro-memoria delle loro esistenza (46). Le direttive possono anche essere custodite da un medico condotto (il medico curante o qualunque altro medico scelto dalla persona in questione); nella cartella clinica menzionata all'art. R. 1112-2 in caso di ricovero; nella cartella di cura, conforme alla cartella-tipo menzionata all'8° dell'art. D. 312-158 del Codice dell'azione sociale e delle famiglie in caso di ammissione in un istituto medico-sociale. Esse possono, infine, essere conservate dal loro autore o affidate alla persona di fiducia (menzionata all'art. L. 1111-6), a un membro della famiglia, a un prossimo (47). In tal caso, la loro esistenza, il luogo di conservazione e l'identificazione della persona che ne è depositaria possono essere menzionati, su indicazione del loro autore, nella cartella condivisa, in quella del medico condotto o, ancora, in quella definita dall'art. R. 1112-2 del CSP o, infine, in quella conforme alla cartella-tipo menzionata dall'8° dell'art. D. 312-158 del Codice dell'azione sociale e delle famiglie.

È compito di ogni istituto di sanità o medico-sociale di informarsi presso i pazienti dell'esistenza delle direttive anticipate e di assicurarsi della tracciabilità di tale dato. Ogni medico che intenda procedere alla limitazione o all'interruzione di un trattamento deve accertarsi dell'esistenza o meno delle direttive anticipate del paziente e del luogo in cui sono conservate (art. R. 1111-20) (48).

Come già nel 2005, la legge Leonetti-Claeys non si occupa dei soggetti minori di età, a differenza del Belgio o dei Paesi Bassi, per esempio (49). Ai sensi del testo approvato al termine dell'iter parlamentare, le persone sotto curatela sono assimilate alle persone capaci. Solo chi è sotto tutela deve ottenere un'autorizzazione per redigere delle direttive anticipate, senza che il tutore possa assisterlo o rappresentarlo in tale frangente. Il soggetto sotto tutela, che per definizione deve essere rappresentato in tutti gli atti della vita civile (C. civ. art. 440, c. 3), ritrova quindi momentaneamente una capacità giuridica parziale (50).

4. Persona di fiducia e sedazione profonda e continua fino al decesso.

Il rispetto accresciuto della volontà del malato terminale passa anche per il rafforzamento della posizione della persona di fiducia, la cui testimonianza ormai prevale sulle dichiarazioni della famiglia (51). Il documento in cui l'individuo maggiorenne designa la persona di fiducia, revocabile e modificabile in qualunque momento, deve essere firmato congiuntamente dai due soggetti coinvolti.

Solo in mancanza di direttive anticipate e di designazione della persona di fiducia, si fa ricorso alle dichiarazioni della famiglia o dei parenti (articolo L. 1111-12 modificato).

Se le aggiunte enumerate sinora si situano in continuità rispetto alla legge del 22 aprile 2005, l'evoluzione più significativa è rappresentata dalla disposizione che istituisce il diritto a una sedazione profonda e continua fino al decesso (articolo L. 1110-5-2). Quest'ultima deve essere associata a una terapia analgesica e all'interruzione dell'insieme dei trattamenti tesi a mantenere in vita il paziente.

Il diritto può essere esercitato dalla persona affetta da malattia grave e incurabile in due casi: quando la prognosi di vita è vincolata a breve termine e la sofferenza subita resiste ai trattamenti; quando il paziente domanda l'interruzione di un trattamento che vincola la sua prognosi di vita a breve termine ed è suscettibile di provocare una sofferenza insopportabile.

Va aggiunto che la sedazione resta di competenza del solo medico curante, in virtù dell'articolo L. 1110-5-3. Questa precisazione è necessaria, in quanto solleva la famiglia da ogni responsabilità, in linea con le linee guida del Consiglio Europeo sul processo decisionale relativo ai trattamenti medici di fine vita e con il principio giuridico di responsabilità penale individuale (52). Detto ciò, il medico potrà sottrarsi all'incarico per ragioni personali come l'obiezione di coscienza. Quanto al malato terminale che non è più in grado di esprimere le proprie volontà, il medico è autorizzato a somministrargli detta sedazione al fine di evitargli ogni sofferenza nel caso in cui, a titolo di rifiuto dell'ostinazione irragionevole, questi abbia deciso di interrompere tutti i trattamenti per mantenerlo in vita. Tale decisione deve essere avallata da una procedura collegiale dell'equipe medica che ha in carico il malato. La somministrazione può avvenire a domicilio, in ospedale, in clinica o in un ricovero (53).

Nel tentativo di migliorare la legge del 2005, infine, si è tenuto conto di uno dei suoi principali limiti, quello di non

essere sufficientemente conosciuta dal personale a cui si rivolgeva e, più in generale, a livello della società. Erano molti, infatti, i deputati che sostenevano l'inutilità di una riforma in materia, dal momento che reputavano soddisfacente la disciplina vigente, purché applicata a più ampio raggio. Al fine di evitare che anche gli avanzamenti determinati dalle Claeys-Leonetti risultassero in sostanza inefficaci in quanto non applicati, si è molto insistito sull'opportunità di una formazione apposita del personale medico e su una pubblicizzazione della legge approvata nel 2016. Inoltre al Governo è stato affidato l'incarico di redigere un rapporto annuale, da consegnare al Parlamento in occasione del voto sul progetto di legge di finanziamento della sicurezza sociale, in cui si farà il bilancio dell'applicazione della norma in vigore e si valuteranno i progressi fatti nella diffusione delle cure palliative (54).

5. I decreti attuativi della riforma.

I nuovi diritti attribuiti ai malati terminali sono ormai pienamente riconosciuti e attuati. In particolare, due testi regolamentari più volte citati definiscono i contorni di applicazione della legge del 2 febbraio 2016 (55).

Un primo decreto precisa le condizioni necessarie per l'interruzione dei trattamenti e l'adozione della sedazione profonda e continua fino al decesso, nuovo diritto accordato dalla legge Claeys-Leonetti (decreto n°2016-1066 del 3 agosto 2016). In particolare, questo testo riforma il codice di deontologia medica nelle parti che riguardano le procedure collegiali e il ricorso alla sedazione profonda e continua. Nel dettaglio, la legge del 2016 prevede diverse ipotesi in cui ricorrere alla procedura collegiale: innanzitutto nella situazione in cui un medico si rifiuti di applicare le direttive anticipate; poi, nei casi di interruzione di un trattamento e di applicazione della sedazione profonda e continua. La collegialità si impone anche quando il paziente non è più in grado di esprimere la propria volontà.

Un secondo decreto, infine, stabilisce i criteri di validità delle direttive anticipate (decreto n°2016-1067 del 3 agosto 2016). Questo testo intende rispondere in modo efficace alle critiche, che denunciavano le carenze della legge appena approvata in materia di diffusione delle informazioni e di conoscenza del dispositivo delle direttive anticipate da parte dei pazienti e del personale medico. A tal fine il decreto n° 2016-1067 modifica gli articoli R. 1111-17 e seguenti del Codice di sanità pubblica e l'annesso dell'ordinanza del 3 agosto 2016 propone diversi modelli, a seconda dello stato di salute di chi redige le direttive. Nel caso in cui il paziente non sia in grado di scrivere, si prevede che un terzo lo faccia al suo posto, in presenza di due testimoni. Sempre questo testo regolamentare indica le modalità di conservazione delle direttive, di cui si è già detto (56).

Note.

(1) Il 24 settembre del 2000 il pompiere diciannovenne Vincent Humbert rimane vittima di un grave incidente automobilistico a seguito del quale resta tetraplegico, cieco e muto, ma perfettamente lucido. Dopo due anni di lotta, di fronte a una diagnosi impietosa, il giovane, aiutato dalla madre, scrive una lettera al Presidente Chirac, chiedendogli di aiutarlo a esercitare il suo diritto di morire, ma la legge allora in vigore non lasciava spazio a speranze in tal senso. Di fronte alla supplica del figlio, Marie Humbert gli inietta dosi consistenti di barbiturici, che conducono il giovane a uno stato di coma profondo. Nel momento in cui la madre si trova in carcere e Vincent è trasferito in rianimazioni, il medico che lo ha preso in carico, Frédéric Chaussoy, gli somministra del potassio per

abbreviare le sue sofferenze: è il 26 settembre 2003. A seguito di questi avvenimenti, Marie Humbert e Frédéric Chaussoy sono indagati per avvelenamento con premeditazione, ma, dopo un'istruttoria lunga e dolorosa, il giudice si pronuncia con un non luogo a procedere.

(2) Esempari in tal senso sono i casi italiani Englaro e DJ Fabo, quello francese Humbert, appena citato, quelli britannici Cox, Irwin e Daniel James o quello olandese Postma.

(3) Per approfondimenti sull'argomento si rimanda a Patrick Langue, *Réflexions autour de la proposition 21*, Laennec 2013/2 (tome 61), pagg. 4-7.

(4) Il rapporto Sicard giustifica la sedazione a scopo terminale in caso di interruzione del trattamento in una persona cosciente in fin di vita o nel rispetto di direttive anticipate precedentemente redatte.

(5) <https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files.5>.

(6) <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-de-la-commission-de-reflexion-sur-la-fin-de-vie-en-France.pdf>.

Il CCNE legittima il riconoscimento alla persona in situazione di fine vita del diritto a una sedazione profonda fino al decesso, se questa ne fa domanda, nel caso in cui il trattamento o l'alimentazione e l'idratazione siano stati interrotti.

(7) Desgorces R., *Le rapport Claeys-Leonetti créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, ASP Liaison, n° 50, juin 2015, p. 27; Viaila F., *Fin de vie : remise du rapport « Claeys-Leonetti » et annonce d'une proposition de loi*, Recueil Dalloz 8 gennaio 2015, pag. 17.

(8) <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2512.asp>.

(9) Doublet Y.M., *Espace éthique Ile-de-France* (<http://www.espace-ethique.org>), 18 maggio 2016.

(10) Se nel complesso la legge del 2016 si situa in continuità rispetto a quella del 2005, che aveva ottenuto un consenso senza pari presso i parlamentari, e se anch'essa è il risultato di un accordo trasversale, non si può negare che la sua approvazione abbia richiesto un lungo e delicato lavoro di mediazione. A tal proposito, si rivela interessante soffermarsi sui punti che sono stati sottoposti a un vero e proprio *labor limæ* nel passaggio fra le due Camere.

Riepilogando l'iter del disegno di legge depositato da Alain Claeys e Jean Leonetti il 21 gennaio 2015, si nota come il testo sia stato adottato in prima lettura all'Assemblea Nazionale il 17 marzo 2015 («Proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur de malades et des personnes en fin de vie», AN, TA n°486, sessione ordinaria 2014-15) e respinto in prima lettura al Senato il 23 giugno 2015 («Proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur de malades et des personnes en fin de vie», Senato, TA n°116, sessione ordinaria 2014-15. Sulla bocciatura da parte del Senato del testo approvato dall'Assemblea Nazionale si rimanda a François VIALLA, *Fin de vie : surprenant rejet par le Sénat de la proposition de loi*, Recueil Dalloz 2 luglio 2015, n°24, pag. 1372). L'Assemblea Nazionale lo adotta con modifiche in seconda lettura il 6 ottobre 2015 («Proposition de loi créant de nouveaux droits pour les personnes en fin de vie», AN, TA n°592, sessione ordinaria 2015-16). Emendato ulteriormente dal Senato in seconda lettura il 29 ottobre 2015 («Proposition de loi créant de nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie», Sénat, TA n° 30, sessione ordinaria 2015-16), il testo è trasmesso a una Commissione mista paritaria, incaricata di proporre una versione finale sulle disposizioni ancora oggetto di discussione. Il testo messo a punto da detta Commissione sarà definitivamente adottato dalle due Camere il 27 gennaio 2016 (Sui lavori e dibattiti della Commissione si rimanda al *Rapporto N° 3402 (Assemblée Nationale) N° 306 (Senato) fait par MM. A. Claeys (député) et G. Deriot (sénateur) au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi créant de nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie*, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3402.asp>).

Nel suo complesso si osserva che la versione proposta dall'Assemblea Nazionale è stata privilegiata rispetto a quella dei Senatori, sebbene alcune osservazioni di questi ultimi siano state accolte. Vediamo i punti di contrasto più acceso fra le due Camere (Per un resoconto dettagliato dell'iter parlamentare della legge Claeys-Leonetti, si rimanda ai siti dell'Assemblea Nazionale e del Senato, rispettivamente ai link http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/nouveaux_droits_personnes_fin_vie.asp e <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp14-348.html#timeline-1>). Innanzitutto, lo statuto dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale (articolo 2 del

disegno di legge). Trattamenti per i Deputati, cure per i Senatori; la differenza lieve non è se si considera che, in fase terminale, si interrompono i primi, ma non le seconde. Come si è anticipato, già nella sua interpretazione della legge del 22 aprile 2005, il Consiglio di Stato aveva qualificato entrambi come trattamenti (24 giugno 2014, V. nota 55). Oltre all'interpretazione amministrativa, numerose altre argomentazioni mediche e giuridiche venivano a supportare la versione dell'Assemblea Nazionale, che infatti alla fine prevarrà: da un lato, il punto di vista della British Medical Association, dell'American Medical Association e del Comitato Consultativo Nazionale d'Etica; dall'altro, i lavori parlamentari della legge del 2005, nonché le soluzioni giurisprudenziali americane, britanniche, italiane e quebecchesi sull'argomento (Quanto al CCNE, v. <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2585.asp>, pag.45 e *La révision des lois de bioéthique*, Documentation française 2009, pag.89. Per la giurisprudenza si rimanda a Corte Suprema, 25 juin 1990, Cruzan v. Missouri Department of Health; Guardianship of Schiavo: Schindler v. Schiavo 2005 US Lexis 810; Timothy Quil, Terri Schiavo, *A tragedy compounded*, «The New England Journal of Medicine», Aprile 2005; Corte di Cassazione, 16 ottobre 2007 e 13 novembre 2008; Manoir de la Pointe bleue c. R Corbeil, 1992).

La questione è rilevante, dal momento che implica la scelta di alimentare e idratare o meno una persona sottoposta a sedazione profonda e continua. Se il testo adottato in ultima lettura non lascia dubbi sulla natura di nutrizione e idratazione artificiali, esso conserva tuttavia le tracce di una mediazione fra le due istanze in contrasto, dal momento che non impone la loro interruzione, ma lascia spazio a una decisione da prendere caso per caso sull'opportunità di interromperle. Le condizioni perché ciò avvenga si realizzerebbero solo qualora venisse riscontrata un'ostinazione irragionevole e il paziente si fosse pronunciato favorevolmente in tal senso o al termine di una procedura collegiale, nel caso questi sia nell'impossibilità d'esprimersi (CSP, art. L. 1110-5-1. La procedura collegiale è ora disciplinata dal *Decreto n° 2016-1066, 3 agosto 2016 modifiant le Code de déontologie médicale et relatif aux procédures collegiales et au recours a la sedation profonde et continue jusqu'au decès prévus par la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, pubblicato sul JO il 5 agosto 2016).

Secondo punto oggetto di discussione fra le due Camere, un segmento dell'articolo 3 del disegno di legge, quello in cui è questione delle condizioni perché sia praticata la sedazione profonda e continua. Laddove i Deputati proponevano la seguente redazione: «su richiesta del paziente di evitare ogni sofferenza e di non prolungare inutilmente la sua vita», su pressione dei Senatori la Commissione mista paritaria ha proposto la formula, poi adottata: «su richiesta del paziente al fine di evitare ogni sofferenza e di non essere oggetto di ostinazione irragionevole».

Sempre riguardo all'articolo 3, i parlamentari si sono soffermati sulla descrizione del primo caso di sedazione profonda e continua: mentre i deputati indicavano la possibilità di procedere in questo senso nel caso in cui il malato terminale sia affetto da «una sofferenza refrattaria al trattamento», i Senatori hanno proposto di aggiungere «a qualsiasi altro trattamento». In modo da precisare che questo tipo di sedazione è praticabile soltanto dopo aver sperimentato inutilmente ogni altro trattamento. Il testo finale ha risolto il dibattito, volgendo il sostantivo al plurale («ai trattamenti»).

Anche la descrizione del secondo caso di sedazione profonda, contenuto nel medesimo articolo, si è prestata al dibattito. Si tratta dell'ipotesi in cui il paziente voglia interrompere un trattamento, accelerando la propria morte. I Senatori ritenevano che questo caso di figura fosse compreso nel primo succitato, mentre i Deputati hanno preteso che venisse isolato come a parte. Il testo finale sposa questa posizione, aggiungendo una condizione supplementare: se la decisione del paziente ne accelera la morte, ma la prosecuzione del trattamento «è suscettibile di causare una sofferenza insopportabile».

Quanto al terzo caso di sedazione profonda e continua previsto dal disegno di legge (quello del malato incapace di esprimere le proprie volontà), si è ampiamente discusso sui poteri decisionali del medico per approdare, infine, a una soluzione più vicina agli auspici dei Deputati; soluzione che, del resto, si situa in linea con l'articolo 37-3-2 del Codice di Deontologia medica, che obbliga il medico a procedere a una sedazione profonda e continua in caso di interruzione di trattamento su

una persona non più in grado di esprimere le proprie volontà (riportiamo il testo dell'articolo: «Quando il paziente non è in grado di esprimere le proprie volontà e un'interruzione del trattamento di mantenimento in vita è stato deciso in nome del rifiuto dell'ostinazione irragionevole, in applicazione degli articoli L. 1110-5-1, L. 1110-5-2 e L. 1111-4 e nel rispetto delle condizioni previste all'articolo R. 4127-37-2, il medico che ha in carico il paziente lo sottopone a una sedazione profonda e continua, suscettibile di provocare un'alterazione della coscienza mantenuta fino al decesso, associata a una terapia analgesica, salvo il caso in cui il paziente vi si fosse opposto nelle sue direttive anticipate»).

Terza questione vivamente dibattuta, le direttive anticipate, dispositivo al cuore della legge in discussione. In primo luogo, i Senatori hanno ottenuto di ampliare il contenuto di tali dichiarazioni, estendendolo alla possibilità di esprimere la volontà, oltre che di interrompere un trattamento, anche di proseguirlo oltre il tempo raccomandato dal medico curante.

Ma il disaccordo più profondo riguardava i casi in cui le direttive potevano essere trascurate. Se i Deputati ne contemplavano due (direttive manifestamente inappropriate o caso di emergenza vitale), i Senatori chiedevano di ampliare lo spettro delle possibilità, in modo da includere i casi in cui il paziente incosciente potesse aver cambiato parere fra il momento in cui aveva redatto le direttive e quello in cui si trovava in fin di vita. Questi ultimi, in sostanza, mettevano in discussione il carattere imperativo delle dichiarazioni anticipate e la loro preminenza rispetto al parere della persona di fiducia e dei familiari. L'aggiunta di un terzo elemento (direttive non conformi alla situazione medica), destinato a includere le situazioni che il paziente non avesse necessariamente previsto, ha consentito di approdare a un compromesso.

(11) Fédération des Établissement Hospitalier et d'Aide à la Personne (d'ora in avanti FEHAP), http://www.sngc.org/sites/default/files/fiche_de_synthese_loi_creat_des_nouveaux_droits_en_faveur_des_malades_et_personnes_e_n_fin_de_vie_mars_2016.pdf, pag. 1.

(12) Dichiarazione resa da Alain Claeys, il 27 gennaio 2016.

(13) La nozione di ostinazione irragionevole è stata preferita a quella più restrittiva di accanimento terapeutico.

(14) Doublet Y.M., *La loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, LPA 23 giugno 2005 pag.6; Garaud E., *La question de l'euthanasie traitée à droit presque constant par la loi sur la fin de vie*, RLDC ott. 2005 n°20, pag.41; Pradel J., *La Parque assistée par le Droit. Apports de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, D.2005. Chron. 2106.

(15) Huglo D., <https://www.juritravail.com/Actualite/euthanasie/Id/240021>.

(16) DAJ - Directions des Affaires Juridiques, <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/loi-n-2016-87-du-22-fevrier-2016-creant-de-nouveaux-droits-en-faveur-des-malades-et-des-personnes-en-fin-de-vie-2/>

(17) Nell'ordine: [4] http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/fin_de_vie_fevrier_2013.pdf; www.infirmiers.com/actualites/revue-de-presse/ordre-national-des-infirmiers-refuse-toute-legalisation-euthanasie-et-suicide-assiste.html; http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/rapport_ccne_sur_le_debat_fin_de_vie_0.pdf.

(18) Doublet Y.M., *Espace éthique Ile-de-France*, op. cit.

(19) Ministero delle Solidarietà e della salute, <https://solidarites-sante.gouv.fr>

(20) Doublet Y.M., *La loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, Les Petites affiches, n° 56 (18/03/2016), p. 13.

(21) https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/031215_-_plabe56.pdf

(22) FEHAP, op. cit., pag. 5.

(23) Questa insegnante cinquantatreenne divenuta simbolo, suo malgrado, della lotta per l'eutanasia in Francia, era stata colpita da un estesioneuroblastoma, tumore raro della cavità sino-nasale, che le provocava dolori insopportabili, oltre ad averla privata dell'odorato, del gusto e, nella fase terminale, della vista. Le preghiere della donna di ottenere un suicidio assistito erano rimaste inascoltate, in quanto la legge Leonetti allora in vigore non permetteva simili interventi da parte del personale medico. A seguito del rifiuto del suo appello pubblico volutamente mediatizzato, Chantal Sébire si era suicidata, ingerendo una dose massiccia di barbiturici.

(24) BINET J.R., *Presentation de la loi creant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, Droit de la famille, n° 10 (ottobre 2016), pag. 35.

(25) L'11 gennaio 2014 il medico curante di Vincent Lambert, infermiere in stato vegetativo a seguito di un incidente stradale, aveva deciso di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiali del paziente. Tale decisione era stata giudicata legale da una sentenza del Consiglio di Stato (24 giugno 2014) pronunciata a seguito di una perizia medica. Con un decreto del 5 giugno 2015, la Corte Europea dei diritti dell'uomo aveva poi giudicato che non vi sarebbe stata violazione della Convenzione Europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in caso di attuazione della decisione del Consiglio di Stato. La decisione, tuttavia, non ha potuto produrre i suoi effetti dal momento che il medico curante era nel frattempo cambiato. Il 22 settembre 2017 il nuovo medico curante ha informato la famiglia della sua decisione di intraprendere una nuova procedura collegiale. Al termine di questa, il 9 aprile 2018, lo stesso medico aveva deciso di interrompere i trattamenti di nutrizione e idratazione artificiali del paziente, che sarebbe stato sottoposto a una sedazione profonda e continua. Sulla scia di questi avvenimenti, alcuni membri della famiglia di Vincent Lambert si sono rivolti al Tribunale Amministrativo di Châlons-en-Champagne per chiedere la sospensione di tale decisione. A seguito di una nuova perizia, il giudice adito ha respinto la richiesta con l'ordinanza del 31 gennaio 2019. Quest'ultima è stata appellata davanti al Consiglio di Stato, che si è pronunciato sfavorevolmente il 24 aprile 2019. Alcuni familiari si sono allora rivolti al comitato istituito dall'articolo 34 della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 relativa ai diritti delle persone affette da handicap. Detto comitato ha invitato la Francia a prendere le misure necessarie affinché i trattamenti non fossero sospesi per il tempo necessario all'esame del caso. Lo Stato francese, tuttavia, ha respinto la richiesta, argomentando che una nuova sospensione avrebbe privato il paziente del diritto di non subire un'ostinazione irragionevole. I richiedenti si sono allora rivolti al Tribunale amministrativo di Parigi, che ha respinto il ricorso con l'ordinanza del 15 maggio 2019, così come il Tribunale di Parigi (17 maggio 2019), adito subito dopo dai ricorrenti. La Corte d'Appello di Parigi, invece, ha annullato la sentenza, imponendo di rispettare le misure provvisorie richieste dal comitato. La Corte di Cassazione, infine, ha disposto la ripresa del protocollo di interruzione dei trattamenti il 28 giugno 2019.

Sul caso Lambert si rimanda a: TA Chalons-en-Champagne, 11 maggio 2013, n° 1300740; JurisData n° 2013-009426; Dr. famille 2013, comm. 114, J.-R. Binet; JCP G 2013, 614, F. Vialla; D. 2013, p. 1216, A. Mirkovic; AJDA 2013, p. 1842, nota F.-X. Brechot. - TA Chalons-en-Champagne, 16 gennaio 2014, n° 1400029 e CE, ass., 14 febbraio 2014, n° 375081, n° 375090 e n° 375091; Dr. famille 2014, comm. 32, J.-R. Binet. - CE, ass., 24 giugno 2014, n° 375081, n° 375090 e n° 375091; JurisData n° 2014-014262; Dr. famille 2014, comm. 141, J.-R. Binet. - CEDH, 5 giugno 2015, n° 46043/14; JurisData n° 2015-013113; Dr. famille 2015, comm. 180, J.-R. Binet; CE, 24 aprile 2019, n° 428117; TA Parigi, 15 maggio 2019, n° 1910066; TGI Parigi, 17 maggio 2019, n° 19/53935; CA Parigi, 20 maggio 2019, n° 19/08858; CC, 28 giugno 2019, n° 647.

(26) CE, N° 375081, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?id-Texte=CETATEXT000029141099>.

(27) Ogni persona maggiore di età può redigere delle direttive anticipate per il caso in cui si trovasse un giorno nell'impossibilità di esprimere la propria volontà. Riportiamo per intero il testo dell'articolo in questione, da noi tradotto: «Queste direttive anticipate esprimono la volontà della persona relativa al suo fine vita in ciò che riguarda le condizioni di proseguimento, di limitazione, di interruzione o di rifiuto di un trattamento o di un atto medico. In ogni momento e con qualunque mezzo, esse sono modificabili e revocabili. Esse possono essere redatte conformemente a un modello il cui contenuto è fissato con decreto del Consiglio di Stato, su parere della Alta Autorità sanitaria. Questo modello prevede la situazione della persona a seconda che questa sia o meno affetta da una malattia grave nel momento in cui le redige. Le direttive anticipate si impongono al medico per tutte le decisioni di investigazione, di intervento o di trattamento, salvo in caso di emergenza vitale per il tempo necessario a una valutazione completa della

situazione e qualora le direttive anticipate appaiano manifestamente inappropriate o non conformi alla situazione medica. La decisione di rifiuto d'applicazione delle direttive anticipate, giudicate dal medico manifestamente inappropriate o non conformi alla situazione medica del paziente, è presa al termine di una procedura collegiale definita per via regolamentare e iscritta nella cartella clinica. Essa è portata a conoscenza della persona di fiducia designata dal paziente o, in mancanza, della famiglia o dei prossimi. Un decreto del Consiglio di Stato, su parere della Commissione nazionale dell'informatica e delle libertà, definisce le condizioni d'informazione dei pazienti e le condizioni di validità, di confidenzialità e di conservazione delle direttive anticipate. Le direttive anticipate sono principalmente conservate in un registro nazionale facente oggetto di un trattamento informatico nel rispetto della legge n° 78-17 del 6 gennaio 1978 relativa all'informatica, ai file e alle libertà. Quando esse sono conservate in tale registro, un pro-memoria della loro esistenza è inviato regolarmente al loro autore. Il medico curante informa i propri pazienti della possibilità e delle condizioni di redazione di direttive anticipate. Quando una persona è oggetto di una misura di tutela, ai sensi del capitolo II del titolo XI del libro I del Codice civile, ella può redigere delle direttive anticipate con l'autorizzazione del giudice o del consiglio di famiglia, se costituito. Il tutore non può né assisterla né rappresentarla in questo frangente».

(28) ZEISSER M., WEBER J.-C., *Les directives anticipées : un semi-échec transitoire ?*, *Ethique Santé*, n° 13 (2016), pag. 157.

(29) Boulanger A., *Les directives anticipées et le désir de maîtrise de sa fin de vie*, *Médecine et droit*, vol. 2017, n° 146-47, pag. 136.

(30) Si veda, in particolare, a tal proposito l'art. 9 della Convenzione, laddove si impone ai paesi sottoscrittori di prendere in considerazione «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è più in grado di esprimere la sua volontà».

(31) La possibilità di redigere delle direttive anticipate era stata introdotta dalla legge del 22 aprile 2005 e compariva già all'art. L. 1111-11 del CSP. Quest'ultimo prevedeva che «ogni persona maggiore di età possa scrivere delle direttive anticipate per l'eventualità in cui fosse nell'impossibilità un giorno di esprimere la propria volontà». Tali direttive indicavano i desideri della persona riguardo al suo fine vita, alle condizioni di limitazione o di interruzione di un trattamento. Esse erano revocabili in qualunque momento. Due decreti del 6 febbraio 2006 (decreto n° 2006-119 e decreto n° 2006-120) avevano definito le condizioni di validità, di confidenzialità e di conservazione delle direttive anticipate, il primo; le modalità di attuazione della procedura collegiale precedente a ogni decisione di limitazione o di interruzione di un trattamento, il secondo. Questa procedura prevedeva che il medico si dovesse riunire con l'équipe medica e invitare un medico consulente esterno prima di prendere qualunque decisione in merito. Le direttive anticipate, comunque, rappresentavano soltanto uno degli elementi presi in considerazione dal medico che doveva decidere, senza avere valore imperativo. Inoltre, un'analisi sull'applicazione del dispositivo aveva mostrato che esse erano da un lato poco conosciute sia dal personale medico sia dalla popolazione, dall'altro di difficile accesso nelle situazioni di emergenza. In pratica, le direttive anticipate sono state redatte da un numero irrisorio di persone in fine vita (solo il 2,5 % nel 2012, mentre il 36 % le reputava inutili).

(32) Il principio della forza cogente per il medico delle direttive anticipate è stabilito dal comma 3 dell'art. L. 1111-11 CSP. Esso trova la sua traduzione regolamentare in I art. R. 4127-37-1 CSP.

(33) CSP art. L. 1111-11, c. 3.

(34) Descorges R., *La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, *Les Petites affiches*, n° 117, 13/06/2016, pag. 14.

(35) *Idem* («salvo in caso di emergenza vitale per il tempo necessario a una valutazione completa della situazione e quando le direttive anticipate appaiano manifestamente inappropriate o non conformi alla situazione medica»).

(36) CSP art. L. 1111-11, c. 4.

(37) L'articolo L.1110-12 del Codice di salute pubblica, risultato dell'integrazione dell'articolo 96 della legge 2016-41 del 26 gennaio 2016, si premura di precisare nel dettaglio la composizione del collegio coinvolto: si tratta, infatti, dell'insieme dei professionisti che partecipano alla fase diagnostica, terapeutica, di compensazione dell'handicap, di sollievo dal dolore o di prevenzione della perdita di autonomia. Per approfondimenti: DOUBLET Y.M., *La loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, op. cit., pag. 15.

(38) Décret n° 2016-1067 du 3 août 2016.

(39) Aubry R., *La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, *Droit, santé et société*, 2017/1 (N° 1), pag. 16.

(40) *Decreto n° 2016-1067, 3 agosto 2016 relatif aux directives anticipées prévues par la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, pubblicato sul JO il 5 agosto 2016.

(41) *Ordinanza del 3 agosto 2016 relatif au modèle de directives anticipées prévu à l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique*, pubblicata sul JO del 5 agosto 2016.

(42) Legros B., *La réforme du régime juridique des directives anticipées en droit français*, *Revue générale de droit médicale*, n° 58 (marzo 2016), pagg. 200-201.

(43) Per un panorama su affinità e differenze della legislazione dei paesi europei in materia, si rimanda a Yves-Marie Doublet, *Une communauté de vues des législations sur la fin de vie en Europe*, *Études*, aprile 2012.

(44) «Queste direttive anticipate esprimono la volontà della persona relativa al suo fine vita in ciò che concerne le condizioni di prosecuzione, di limitazione, di interruzione o di rifiuto di un trattamento o di un atto medico» (CSP art. L. 1110-10)

(45) Binet J.R., *Presentation de la loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, *Droit de la famille*, n° 10 (ottobre 2016), pagg. 36-37.

(46) CSP art. L. 1111-11, c. 5.

(47) Aubry R., *La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, op. cit., pag. 17.

(48) Vialla F., *Penser sa mort ?*, *Recueil Dalloz* 29 settembre 2016, n° 32, pag. 1870.

(49) Boulanger A., *Les directives anticipées et le désir de maîtrise de sa fin de vie*, op. cit., pag. 139.

(50) Legros B., *La réforme du régime juridique des directives anticipées en droit français*, op. cit., pag. 202.

(51) Veron P., Vialla F., *La loi no 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie : un nouvel équilibre décisionnel ?*, *Médecine et droit* (2016), pag. 91.

(52) Consiglio Europeo, *Guida al processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita*, maggio 2014, <https://edoc.coe.int/fr/bioethique/6092-guide-sur-le-processus-decisionnel-relatif-aux-traitements-medicaux-dans-les-situations-de-fin-de-vie.html>

(53) Doublet Y.M., *La loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, op. cit., p. 14.

(54) L. n° 2016-87, 2 février 2016, art. 14.

(55) Per un approfondimento del contenuto dei testi regolamentari si rimanda a Yves-Marie Doublet, *Les dispositions réglementaires d'application de la loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, *Revue de Droit Sanitaire et Social* 01/11/2016, n° 6, pagg. 1092-1102; Geoffroy HILGER, *Tribulations d'un juriste au royaume de la fin de vie (à propos des décrets du 3 août 2016)*, *Revue générale de droit médicale*, marzo 2017, n° 62, pagg. 87-102.

(56) Vialla F., *Penser sa mort ?*, op. cit., pag. 1870-72.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massime

TAR Liguria, sez. II, 23 febbraio 2021, n. 148 - Pres. Pupilella - Est. Basilico - Soc. La Marina di Bruno Fabio & C (Avv.ti Pellerano e P. Gaggero) c. Comune di Ceriale (Avv. Vallergera).

ATTI AMMINISTRATIVI - interpretazione- canoni ermeneutici elaborati dalla giurisprudenza - canoni ermeneutici civilistici - individuazione degli effetti - principio costituzionale del buon andamento - ragionevoli attese del destinatario.

(Art. 97 Cost.; art. 1362 ss. cod. civ.; Cons. St., sez. V, sentt. n. 5360 del 2018 e n. 4307 del 2017)

ATTI AMMINISTRATIVI - principio di legalità - tipicità dell'atto - sussistenza - carattere provvedimentoale dell'atto.

(Artt. 23, 97, 103 e 113 Cost.; Corte cost., sent. n. 45 del 2019; Cons. St., sez. VI, sent. n. 6107 del 2019; TAR Lombardia, Milano, sent. n. 946 del 2017)

SCIA - nota comunale di preannuncio di revoca del diniego alla SCIA subordinato all'esame delle osservazioni del privato - atto atipico - non definitività - presenza di elementi inessenziali - natura di atto amministrativo - esclusione.

(Art. 23, comma 6, d.p.r. n. 380 del 2001; art. 10-bis l. n. 241 del 1990)

SCIA - potere dell'Amministrazione di verifica - termine di trenta giorni - tutela dell'affidamento del soggetto privato nella stabilità dei rapporti con l'Amministrazione.

(art. 19, comma 4, della l. n. 241 del 1990, come sostituito dalla l. n. 124 del 2015)

L'interpretazione degli atti amministrativi va effettuata seguendo i canoni ermeneutici elaborati dalla giurisprudenza e, in particolare, il principio per cui gli atti amministrativi devono essere interpretati in base agli artt. 1362 e ss. cod. civ., mentre i loro effetti vanno individuati tenendo conto di quanto il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento.

Un atto può essere qualificato come provvedimento amministrativo solo se è inquadrabile in una delle figure tipiche previste e disciplinate dalla legge.

Non rientrando in alcuno schema tipico, non costituisce un provvedimento definitivo l'atto (nella specie una nota) con cui il Comune, esortando il privato a presentare osservazioni, preannuncia l'intenzione di revocare il diniego alla SCIA, una volta esaminate tali osservazioni.

Il legislatore, col circoscrivere in trenta giorni il potere di verifica sulla SCIA da parte dell'Amministrazione, ha inteso fornire una maggiore tutela all'affidamento riposto dal privato nella stabilità dei rapporti con l'Amministrazione.

L.B.

Corte Costituzionale, 30 luglio 2020, n. 178 - Pres. Morelli - Rel. Prosperetti.

CORTE COSTITUZIONALE - giudizio di legittimità in via principale - ius superveniens regionale - modifiche marginali - immutabilità precetto normativo originario - persistenza dell'interesse dello Stato al giudizio - estensione della questione di legittimità alla normativa sopravvenuta - esclusione della cessazione della materia del contendere.

(Artt. 127, comma 2, Cost.; artt. 31, comma 2, e 34 l. 11 marzo 1953, n. 87; art. 35, commi 1 e 2, l. reg. Liguria 27/12/2018, n. 29; art. 3, comma 3, l. reg. Liguria 27/12/2019, n. 31; Corte cost. sentt. n. 44 del 2018, n. 80 del 2018, n. 141 e n. 40 del 2016, n. 155, n. 77 e n. 46 del 2015, n. 193 e n. 30 del 2012, n. 326 del 2010)

REGIONE LIGURIA - disciplina legislativa dell'introduzione, reintroduzione e ripopolamento di specie animali nelle acque interne - competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema - livelli di tutela regionale più elevati di quelli previsti dallo Stato - esclusione - illegittimità costituzionale.

(Art. 117, comma 2, lett. s), Cost.; art. 12, comma 3, d.p.r. 8 settembre 1997, n. 357; art. 6, d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 230; art. 35, commi 1 e 2, l. reg. Liguria 27 dicembre 2018, n. 29; art. 3, comma 3, l. reg. Liguria 27 dicembre 2019, n. 31; Corte cost. sentt. n. 98 e n. 74 del 2017, n. 288 e 278 del 2012, n. 151 del 2011 e n. 30 del 2009, n. 104 del 2008, n. 378 del 2007, n. 246 del 2006)

REGIONE LIGURIA - caccia - adozione del calendario venatorio con legge regionale - previsione statale di un atto amministrativo - flessibilità della programmazione - adeguata istruttoria.

(Art. 97 e 117, commi 1 e 2, lett. s), Cost.; direttiva 92/43/CEE del 21 maggio 1992; direttiva 79/409/CEE del 2 aprile del 1979; art. 18, comma 4, l. 11 febbraio 2017, n. 157; art. 36, l. reg. Liguria 27 dicembre 2018, n. 29; Corte cost. sentt. n. 258 del 2019, n. 209 del 2014, n. 193 del 2013, n. 90 del 2013, n. 320, n. 116, n. 105 e n. 20 del 2012)

REGIONE LIGURIA - caccia - integrazione del calendario venatorio con legge regionale anziché con atto amministrativo regionale - competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema - illegittimità costituzionale.

(Art. 117, comma 2, lett. s), Cost.; art. 18, comma 4, l. 11 febbraio 2017, n. 157; art. 36, l. reg. Liguria 27 dicembre 2018, n. 29; Corte cost. sentt. n. 258 del 2019, n. 320 del 2012)

Qualora le modifiche legislative apportate dallo ius superveniens regionale rispetto al ricorso dello Stato nel giudizio di costituzionalità in via principale siano minime o comunque marginali, lasciando immutata la portata del precetto normativo originario, permane l'interesse statale a proseguire il giudizio di costituzionalità sulla normativa sopravvenuta.

Non potendo configurarsi come livello di tutela più elevato di quelli previsti dallo Stato, è costituzionalmente illegittima la disciplina con legge regionale dell'introduzione, della reintroduzione e del ripopolamento di specie animali nelle acque interne, poiché trattasi di strumenti di attuazione della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, di cui all'art. 117, comma 2, lett. s), della Costituzione, rientranti nella competenza esclusiva dello Stato.

La scelta del legislatore nazionale in ordine alla forma amministrativa del calendario venatorio regionale assicura un livello di tutela ambientale superiore rispetto a quello potenzialmente offerto dallo strumento legislativo, atteso che consente sia un pronto e flessibile adeguamento della programmazione venatoria sia un'appropriate istruttoria tramite il parere obbligatorio dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale.

È costituzionalmente illegittima l'integrazione con legge regionale, anziché con atto amministrativo regionale, del calendario venatorio, in quanto rientrante nella competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, di cui all'art. 117, comma 2, lett. s), della Costituzione.

M.B.

Corte Costituzionale, 11 marzo 2021, n. 35 - Pres. Coraggio - Rel. de Pretis.

CORTE COSTITUZIONALE - giudizio via incidentale - fissazione del thema decidendum nell'ordinanza di rimessione - inammissibilità di ulteriori questioni proposte dalle parti.

(Art. 27 l. n. 87 del 1953; Corte cost. sentt. nn. 86 del 2008; 271 del 2011; 56 del 2015; 35 del 2017, 203 del 2016)

CORTE COSTITUZIONALE - giudizio via incidentale - questioni collegate dall'ordinanza di rimessione da un rapporto di logica subordinazione - ammissibilità.

(Art. 23 l. n. 87 del 1953; sentt. nn. 280 del 2011; 127 del 2017; 175 del 2018; 36 del 2019)

CORTE COSTITUZIONALE - giudizio via incidentale - parametri non formalmente evocati ma desumibili in modo univoco dall'ordinanza di rimessione - scrutinio di costituzionalità - ammissibilità.

(Art. 27 l. n. 87 del 1953; sentt. nn. 99 del 1997; 69 del 1999; 26 del 2003; 170 del 2008; 227 del 2010; 5 del 2021)

CARICHE ELETTIVE - incandidabilità e decadenza - competenza legislativa statale esclusiva in materia di ordine pubblico e sicurezza - intreccio con materie di competenza regionale - violazione del principio di leale collaborazione - esclusione.

(Cost. artt. 117 e 122, comma 1; principio di leale collaborazione; art. 8, comma 1, lett. a), d. legisl. n. 235 del 2012; Corte Cost. sentt. nn. 407 del 1992; 218 e 288 del 1993; 50, 168 e 352 del 2008; 237 del 2009; 118 del 2013; 44 del 2014; 140 del 2015; 251 del 2016)

CARICHE ELETTIVE - incandidabilità e decadenza - condanna penale non definitiva per il reato di peculato - applicazione automatica della misura cautelare della sospensione - mancata valutazione in sede giurisdizionale della proporzionalità della misura - esigenza di un provvedimento giurisdizionale personalizzato - preteso

contrasto con l'art. 3 Prot. addiz. CEDU - facoltà del legislatore di bilanciare a priori gli interessi in gioco, con il limite del divieto di introdurre restrizioni generali e indiscriminate - illegittimità costituzionale - insussistenza.

(Art. 117, comma 1, Cost.; art. 3 del Protocollo addizionale CEDU, art. 8, comma 1, lett. a), d. legisl. n. 235 del 2012; Corte EDU, sentt. 2 marzo 1987, Mathieu-Mohin e Clearfayt c. Belgio; 1° luglio 2004, Vito Sante Santoro c. Italia; 6 ottobre 2005, Hirst c. Regno Unito, n. 2; 16 marzo 2006, Ždanoka c. Lettonia; 15 giugno 2006, Lykourazos c. Grecia; 8 aprile 2010, Frodl c. Austria; 22 maggio 2012, Scoppola c. Italia, n. 3; 24 maggio 2016, Paunović e Milivojević c. Serbia)

CARICHE ELETTIVE - incandidabilità e decadenza - condanna penale non definitiva per il reato di peculato - applicazione automatica della misura cautelare della sospensione - mancata valutazione in sede giurisdizionale del collegamento della misura con i fatti oggetto della condanna penale - carattere potenzialmente sproporzionato della misura, derivante dalla presunzione assoluta di pericolo operata dalla norma - contrasto con l'art. 3 Prot. addiz. CEDU - facoltà del legislatore di bilanciare il diritto di elettorato passivo con il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione - correlazione della misura della sospensione solo con il fatto obiettivo della condanna e non con la concreta gravità dei reati - illegittimità costituzionale - insussistenza.

(Art. 117, comma 1, Cost.; art. 3 del Protocollo addizionale CEDU, art. 8, comma 1, lett. a), d. legisl. n. 235 del 2012; sentt. nn. 236 del 2015; 276 del 2016; 36 del 2019)

Il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato al thema decidendum fissato nell'ordinanza di rimessione, così che sono inammissibili ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, eccettuati ma non fatti propri dal giudice a quo, o proposti per la prima volta davanti alla Corte costituzionale. (1)

Rientra tra le facoltà del giudice a quo la prospettazione in termini gradatamente sequenziali, e quindi subordinati, dei possibili esiti dello scrutinio di costituzionalità delle questioni proposte. (2)

La questione di legittimità costituzionale deve essere scrutinata avendo riguardo anche ai parametri costituzionali non formalmente evocati qualora tale atto faccia a essi chiaro, sia pure implicito, riferimento mediante il richiamo ai principi da questi enunciati. (3)

Rientra nella competenza legislativa esclusiva statale la disciplina della sospensione automatica delle cariche elettive in caso di condanna non definitiva in quanto essa costituisce una misura diretta ad assicurare la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, dovendosi, per altro verso, escludere nella specie sia un suo intreccio inestricabile di materie di competenza statale e regionale non risolvibile con il criterio della prevalenza, sia di conseguenza la violazione del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni. (4)

Rientra nel margine di apprezzamento che la Convenzione lascia agli Stati nella disciplina della materia l'individuazione in via legislativa delle condizioni per l'applicazione della misura della sospensione cautelare delle cariche elettive, con il limite del divieto di introdurre restrizioni generali e indiscriminate. (5)

Non è in contrasto con il criterio di proporzionalità, ma costituisce l'esito di un ragionevole bilanciamento tra il diritto di elettorato passivo e il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, la correlazione della misura della sospensione cautelare delle cariche elettive solo con il fatto obiettivo della condanna e non con la concreta gravità dei reati. (6)

(1-6) Le spese "pazze" liguri al vaglio della Consulta.

La sentenza è stata occasionata da uno dei diversi episodi rubricati giornalmente "spese pazze in Liguria" con riferimento alla gestione dei fondi regionali da parte di consiglieri di passate consiliature (la vicenda è nota per avere generato, in taluni casi, condanne sia in sede contabile, sia in sede penale: quest'ultime alcune confermate ed altre cancellate in appello, non senza un certo disorientamento della pubblica opinione).

La decisione, tuttavia, si segnala qui, più in generale, per il consolidamento della giurisprudenza formatasi sulle questioni originate dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, cd. legge Severino. In base a tale legge (ma rileva soprattutto il d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235), si è stabilito, come si rammenta qui in estrema sintesi, tra l'altro, l'ineleggibilità e l'incandidabilità di chi abbia riportato condanne a più di due anni di reclusione per i reati punibili almeno fino a quattro anni, l'incandidabilità alle cariche parlamentari europee e nazionali e consiliari regionali e locali per le condanne legate alla corruzione, nonché la sospensione dalla carica elettiva fino a 18 mesi per i soggetti che riportino la condanna successivamente all'elezione.

Con riferimento più specifico a quest'ultima misura, il suo carattere retroattivo (desumibile dall'applicabilità anche ai mandati elettivi in corso assunti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 235 del 2012) ha costituito motivo di acceso dibattito, prima che la Corte costituzionale statuisse sul punto con la sentenza n. 236 del 2015, ribadendo, nella successiva sentenza n. 276 del 2016 la non applicabilità dell'art. 25, comma 2, Cost. alla sospensione dalla carica, poiché ritenuta priva di connotati penalistici e caratterizzata, invece, da una natura cautelare.

Nel caso di specie, la concreta questione dell'irretroattività non ha assunto, d'altro canto, rilievo: ricordiamo, comunque, oltre al predetto orientamento della Corte costituzionale, la circostanza che la Corte Edu, pur accedendo alla richiesta di rinuncia nel caso *Berlusconi c. Italia* (dec. 27 novembre 2018, ric. n. 58428/13), ha, però, significativamente "*conclut qu'aucune circonstance spéciale touchant au respect des droits de l'homme n'exige la poursuite de l'examen de la présente affaire en vertu de l'article 37 § 1*" della Convenzione di Roma (dal canto suo, la natura di sanzione penale della misura afflittiva contestata era già stata esclusa chiaramente nei casi *Pierre Bloch c. Francia*, dec. 21 ottobre 1987, ric. n. 120/1996/732/938, e *Paskas c. Lituania*, dec. 6 gennaio 2011, ric. n. 34932/04).

Con la sentenza annotata, viene, dunque, soprattutto, convalidato il principio (espresso dalla Corte nella n. 236 del 2015) per cui "Di fronte a una grave situazione di illegalità nella pubblica amministrazione (...) non è irragionevole ritenere che una condanna non definitiva per determinati delitti (...) susciti l'esigenza cautelare di sospendere temporaneamente il condannato dalla carica, per evitare un 'inquinamento' dell'amministrazione e per garantire la 'credibilità' dell'amministrazione presso il pubblico, cioè il rapporto di fiducia dei cittadini verso l'istituzione, che può rischiare di essere incrinato dall'ombra gravante su di essa a causa dell'accusa da cui è colpita una persona attraverso la quale l'istituzione stessa opera (sentenza n. 206 del 1999)". Sicché, la concluso la Corte "Tali esigenze sarebbero vanificate se l'applicazione delle norme in questione dovesse essere riferita soltanto ai mandati successivi alla loro entrata in vigore".

Nella sentenza n. 276 del 2016, la Corte ha, poi, anche ricordato la progressiva dislocazione di senso della complessiva disciplina pervenuta a ricomprendere, oltre alla "difesa avanzata dello Stato contro il crescente aggravarsi del fenomeno della criminalità organizzata e dell'infiltrazione dei suoi esponenti negli enti locali",

anche la tutela degli interessi costituzionali protetti dagli artt. 54, secondo comma, e 97, secondo comma, Cost.

Ora, per la parte che sembra qui rilevare (facilmente, infatti, la Corte ha liquidato il profilo del supposto intreccio di interessi statali e regionali che avrebbe inficiato la determinazione unilaterale dello Stato in materia), anche nella sentenza in commento, in maniera piuttosto perentoria, sulle esigenze elettorali, ricavabili dall'invocato art. 3 Prot. addiz. CEDU (mediato dall'art. 117, comma 1, Cost.), sono ritenute prevalenti quelle dell'"integrità del processo democratico mediante l'esclusione dalla partecipazione all'attività degli organi rappresentativi di individui che possono pregiudicarne il corretto funzionamento" e quelle del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, nonché del dovere che le funzioni pubbliche siano adempiute con disciplina ed onore,

Con maggior dettaglio, può rilevarsi come i dubbi del giudice genovese si fossero appuntate sia sull'automatismo legislativo di carattere generale dell'irrogazione della misura della sospensione (ossia sull'esclusione di un provvedimento giurisdizionale di tipo "personalizzato"); sia sull'impossibilità d'istituire un qualche rapporto di proporzione tra la durata temporale della sospensione e la concreta fisionomia dei fatti oggetto della condanna penale.

Le due censure, come s'intende agevolmente, sono strettamente interdipendenti. Come emerge, del resto, particolarmente dalla sent. n. 276 del 2016, l'incapacità giuridica temporanea, causata dalla sospensione, non conseguendo ad un giudizio di riprovazione personale, ma essendo "semplicemente diretta a garantire l'oggettiva onorabilità di chi riveste la funzione di cui si tratta", ben può prodursi in modo automatico a seguito della sentenza penale di condanna, senza che sia necessaria una deliberazione diretta a graduare la misura calibrandola sulle specifiche caratteristiche del caso concreto e, in quanto privo di una tale possibilità di apprezzamento, prendere efficacia sulla base di un accertamento amministrativo di spettanza del Presidente del Consiglio.

Pur con il riguardo dovuto alle statuizioni della Consulta, non ci sembrano, tuttavia, così, del tutto dissipati i dubbi circa la sensatezza logico-giuridica della "soluzione adottata in concreto nell'ordinamento nazionale, di individuare legislativamente le condizioni per l'applicazione della restrizione e di riservare ai giudici solo la verifica della loro sussistenza".

Anche, quindi, a voler convenire sulla plausibilità costituzionale di una sospensione dalla carica prima della condanna definitiva e a consentire sul suo carattere di fatto retroattivo in quanto consentito dalla natura, assunta come esclusivamente cautelare, della misura, non s'intende, invece, facilmente a quale ratio corrisponda l'uniformità del periodo di sospensione massima (diciotto mesi) per qualsiasi dei reati rientranti nella tipologia indicata dalla legge. Laddove una più congrua soluzione non avrebbe - ci sembra - dovuto prescindere da una graduazione, operata, se si vuole, direttamente dalla legge, in ragione, se non, come suggerito dal giudice rimettente, della gravità dell'illecito penale in concreto, almeno, però della specifica pena edittale comminata.

Se poi, emarginato tale criterio quantitativo, una giustificazione volesse rinvenirsi in una considerazione qualitativa (verso cui sembra proclive la Corte nel rimarcare l'applicabilità della disciplina solo a "coloro che hanno subito condanne per determinati tipi di reati (...) particolarmente gravi o di specifico rilievo in funzione dell'attitudine a incidere sull'immagine e l'onorabilità della pubblica amministrazione"), sarebbe l'eccessiva discrezionalità utilizzata nella selezione dei reati affastellati ai fini della misura della sospensione a non convincere completamente.

Data la sede veloce, lasciamo ad ulteriori riflessioni le caratteristiche di “strutturale provvisorietà” e “gradualità nel tempo dei propri effetti” della misura *de qua*, a cui fa riferimento la Corte, limitandoci qui a rimarcare la casualità che potrebbe affliggere la durata complessiva della sospensione in caso di condanna (fino a diciotto mesi) in primo grado e della sua conferma in appello, a cui la legge ricollega un ulteriore periodo di sospensione di dodici mesi. Per non dire del singolare iato che potrebbe prodursi (con il consigliere che riassume la carica) tra la fine dei diciotto mesi conseguenti alla condanna di primo grado e l’inizio dei dodici appena accennati.

E cosa pensare di quest’ultima previsione, per cui il supplemento di sospensione conseguirebbe non più e non solo alla commissione del reato accertata in primo grado, ma anche al dispiegamento del diritto di difesa in appello?

Queste ed altre questioni potrebbero, pertanto, in futuro presentarsi, anche se è auspicabile che l’integrità morale e giuridica dei consiglieri regionali dispensi Corti e commentatori dall’occuparsene.

Pasquale Costanzo

TAR Liguria, sez. I, 13 gennaio 2021, n. 22 - Pres. Peruggia - Rel. Basilio - X (Avv. Bilanci) c. Ministero dell’Economia e delle Finanze (Avv. dello Stato), Soc. Autostrade per l’Italia (Avv.ti Annoni e Torchia), e nei cfr. Y.

INFRASTRUTTURE PUBBLICHE - Ponte Morandi di Genova - controversie relative agli atti del Commissario straordinario - giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - competenza funzionale del TAR Liguria.

(Art. 10, comma 1, l.d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130; Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 3385 del 2020; TAR Liguria sentt. n. 577, n. 578, n. 579, n. 580, n. 581, n. 582, n. 583 del 2019)

INFRASTRUTTURE PUBBLICHE - Ponte Morandi di Genova - indennità di espropriazione, PRIS e di immediato sgombero previste nel “decreto Genova” - finalità sociale alla luce dell’interpretazione storica, teleologica e sistematica della norma - ripartizione dei contributi con riferimento alle diverse esigenze di ricollocazione abitativa dei destinatari - distinzione tra soggetti residenti/domiciliati e soggetti non dimoranti ai fini dell’erogazione.

(Art. 1-bis d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130;- l.r. Liguria n. 39/2007)

RESIDENZA, DOMICILIO E DIMORA ABITUALE - prova - indici indiziari convergenti tratti da documenti impositivi o relativi a utenze tariffarie o dalla presunzione di concentrazione tra domicilio e residenza - ammissibilità - domicili speciali e prevalenza del principio di effettività anche sulle risultanze meramente anagrafiche - irrilevanza.

(Artt. 43, 44 e 47 c.c.)

Spettano alla competenza funzionale del TAR Liguria tutte le controversie relative agli atti adottati dal Commissario straordinario nominato a seguito del crollo del Ponte Morandi di Genova nonché ai conseguenti rapporti giuridici anteriori al momento di stipula dei contratti che derivano da detti atti.

La previsione delle indennità di espropriazione, PRIS e di imme-

diato sgombero del “decreto Genova”, ove interpretate alla luce dell’intenzione del legislatore e della loro funzione normativa e sistematica, recano una finalità sociale e non esclusivamente indennitaria della perdita immobiliare, sicché deve ritenersi ammissibile la diversa ripartizione dei contributi a seconda delle diverse esigenze di ricollocazione abitativa dei loro destinatari, distinguendo ai fini dell’erogazione tra i residenti o domiciliati negli immobili espropriati e coloro che non sono effettivamente dimoranti.

La prova della residenza, del domicilio o della dimora abituale effettivi può essere tratta da indici indiziari convergenti tratti, tra l’altro, dalla dichiarazione ai fini TARI, dalla dichiarazione dei redditi e dai consumi relativi alle utenze tariffarie (energia elettrica e gas), o anche in forza della presunzione di concentrazione tra domicilio e residenza, non rilevando le eventuali elezioni di domicilio speciale ovvero, ove superate, le risultanze meramente documentali di iscrizione anagrafica

L.C.

I

TAR Liguria, sez. II, 8 agosto 2020, n. 224, Pres. Pupilella - Est. Peruggia - Lega italiana protezione degli uccelli - Lipu Birdlife Italia ODV e Associazione italiana World Fund for Nature (WWF) Onlus ong (Avv. Stefanutti) c. Regione Liguria (Avv.ti Castagnoli e Crovetto), Provincia di Savona (non costituita in giudizio) e Club alpino italiano (Avvocatura distrettuale dello Stato di Genova).

PROCESSO AMMINISTRATIVO - domanda di tutela cautelare - liberalizzazione amministrativa dell’arrampicata in habitat naturali di specie animali - allegazione del danno in via ipotetica - rigetto.

(Deliberazione n. 335 del 24 aprile 2020 della Giunta Regionale della Liguria; art. 55 comma 10 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)

Essendo il danno lamentato in via ipotetica, va rigettata la domanda di sospensione cautelare della determinazione della giunta regionale con cui è stata prevista un’apertura controllata e sperimentale alla pratica dell’arrampicata sportiva su alcune falesie dell’entroterra di Albenga in cui nidificano il gufo reale e il falco pellegrino. (1)

II

TAR Liguria, sez. II, 19 gennaio 2021, n. 52, Pres. Pupilella - Est. Peruggia - Lega italiana protezione degli uccelli - Lipu Birdlife Italia ODV e Associazione italiana World Fund for Nature (WWF) Onlus ong (Avv. Stefanutti) c. Regione Liguria (Avv.ti Castagnoli e Crovetto), Provincia di Savona (non costituita in giudizio) e Club alpino italiano (Avvocatura distrettuale dello Stato di Genova).

BIODIVERSITÀ - tutela e valorizzazione - principio di precauzione - prevalenza della tutela ambientale su altri interessi meritevoli di tutela.

(Art. 191 TFUE; art. 6 Direttiva 92/43/CEE "Habitat"; art. 5 d.p.r. 8 settembre 1997 n. 357; art. 6 della legge regione Liguria 10 luglio 2009, n. 28; Cons. Stato, sentt. 3 ottobre 2019, n. 6655; 9 marzo 2017, n. 1392)

REGIONE LIGURIA - liberalizzazione amministrativa dell’arrampicata in habitat naturali di specie animali - principio di precauzione - violazione - sussistenza.

(Deliberazione n. 335 del 24 aprile 2020 della Giunta Regionale della Liguria; regolamento 14 settembre 2000, n. 64975 della provincia di Savona; relazione ARPAL)

Il principio di precauzione previsto dall'articolo 191 TFUE, secondo orientamento costante della giurisprudenza amministrativa, permette all'interprete di assicurare la prevalenza della tutela dell'ambiente su altri interessi meritevoli di tutela, qualora questi siano in grado di «porre in pericolo l'ambiente» o quando non sia possibile «escludere in modo conclusivo la ricorrenza dei rischi». (2)

È illegittima per contrasto con il principio di precauzione la deliberazione della Giunta regionale della Liguria che, in distonia con la relazione ARPAL, ha autorizzato in via sperimentale e sino al 31.12.2021 l'arrampicata controllata in habitat naturali di specie animali (zona di Castell'Ermo-Peso Grande nei comuni di Arnasco, Montenero e Peso Grande). (3)

(1-3) Tutela ambientale e arrampicate in parete.

Il principio di precauzione trova la sua origine nell'articolo 174 del Trattato CEE (1) ed è, ora, previsto dall'art. 191 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea quale principio regolatore delle politiche unionali in materia ambientale (2). Lo stesso principio è stato ritenuto dalla normativa italiana tra gli elementi fondamentali che caratterizzano l'azione ambientale (3).

Il principio impegna in particolare l'attività pubblica a verificare se dal comportamento che si intende porre in essere possa derivare una lesione della tutela ambientale e della salute. È da rilevarsi la differenza insita tra i concetti di precauzione e prevenzione, in quanto, mentre quest'ultimo esige un'azione preventiva quando «il rischio scientifico» sia «certo», il primo richiede di anticipare ulteriormente la tutela, nel senso di richiedere una cautela maggiore anche se le evidenze scientifiche non abbiano ancora dimostrato con certezza se una determinata azione è in grado di danneggiare l'ambiente, ma sussista almeno «un dubbio scientificamente attendibile» che il danno possa verificarsi (4).

Siffatta interpretazione è stata sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa, che ha ritenuto che proprio il principio di precauzione si rivolga alle Autorità pubbliche affinché si adoperino per «prevenire i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente», costituendo, quest'azione, «una tutela anticipata rispetto alla fase dell'applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione» (5). La Corte costituzionale, dal canto suo, ha riconosciuto possibile porre limiti alla libertà di iniziativa economica sulla base di principi di precauzione e prevenzione, sempreché essi siano comunque fondati su «conoscenze scientifiche» ed «evidenze sperimentali» (6) che indichino come probabile la causazione di un danno. Al fine, tuttavia, di scongiurare che un abuso dei medesimi principi possa portare ad una costante ed automatica loro prevalenza su altri interessi in gioco (7), per la Consulta, va sempre effettuato un bilanciamento secondo i principi di proporzionalità e ragionevolezza, affinché nessun diritto possa divenire «tiranno» nei confronti di altri meritevoli di tutela (8).

In questo quadro, può collocarsi la vicenda processuale seguita alla deliberazione n. 335 del 24 aprile 2020 della la Giunta Regionale della Liguria, che individuava alcune zone del territorio in cui erano presenti pareti rocciose dove sarebbe stato possibile, per un arco temporale limitato (9), esercitare l'attività di arrampicata, benché, le stesse, costituissero habitat naturali di specie animali e, nello specifico, «aree di in-

teresse ornitologico» già sottoposte a tutela dalla Deliberazione della Giunta Provinciale di Savona n. 297 del 2000, adottata a seguito di studi elaborati dall'Università di Genova (10).

Il provvedimento regionale era stato preceduto da un atto istruttorio realizzato dall'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente ligure (ARPAL), che confermava «la presenza di numerose specie di interesse comunitario con buoni indici di abbondanza» nelle aree individuate per l'apertura ad attività di arrampicata controllata (11).

La Regione Liguria, pur riconoscendo che in tali luoghi insiste la presenza di specie animali protette (in particolare, si tratta del gufo reale e del falco pellegrino) e che l'intervento umano può rappresentare un pericolo per la loro permanenza nei siti riproduttivi, ha ritenuto che «una adeguata regolamentazione della fruizione» per le attività di arrampicata di alcuni pareti, dove le specie animali nidificano, «potrebbe garantire la [loro] conservazione [...] e contemporaneamente un volano per il turismo outdoor anche di livello internazionale» (12).

In senso contrario è andato, però, il TAR Liguria, annullando, sulla base del principio di precauzione (13), il provvedimento regionale, in quanto esso non «inibisce quei comportamenti che poss[an]no porre in pericolo l'ambiente, anche se non sia stata raggiunta la piena prova scientifica della loro incidenza nel senso temuto» (14). Dinanzi ad un rischio per la tutela ambientale, dunque, l'applicazione del principio di precauzione deve, secondo la pronuncia in parola, affermarne la prevalenza rispetto a tutti gli altri interessi in gioco «quando non vi sia la possibilità di escludere in modo conclusivo la ricorrenza dei rischi, in questo caso per la riproduzione dei volatili» (15).

Alla luce di quanto precede, perplessità potrebbero giustificarsi per il fatto che il TAR della Liguria, circa sei mesi prima della l'udienza in cui è stato affrontato il merito del ricorso, avesse disatteso la domanda cautelare in quanto i ricorrenti, nel denunciare una «minore capacità riproduttiva» delle specie animali a far data dalla presenza degli arrampicatori sulle pareti in cui essi nidificano, avevano, in sostanza, «lamentato» la sussistenza del «danno [...] in via ipotetica» (16).

Ora, se scopo di una pronuncia cautelare è quello di impedire che, nelle more del giudizio di merito, la persistenza di una determinata azione possa recare un danno difficilmente rimediabile, sarebbe da escludere che il rimedio possa esser stato denegato sulla base della sola ipoteticità del danno, visto che anche una semplice ipoteticità, pur in assenza di evidenze scientifiche, ben potrebbe esigere, per quanto detto, che prevalga il principio di precauzione. A ben vedere, infatti, pur nella sua estrema stringatezza, l'ordinanza esibisce una diversa ratio, mostrando di non aver ritenuto «provata» nemmeno la predetta ipoteticità, laddove, nel disporre comunque l'accelerazione del rito, ha invitato le parti a documentare adeguatamente le rispettive allegazioni.

Simone Frega

Note.

(1) Anche se, più correttamente, l'origine del principio di precauzione è da ricondursi prima alla Dichiarazione di Brema del 1984 della Conferenza internazionale dei Ministri sulla protezione del Mare del Nord e, poi, alla Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo, Rio de Janeiro, 1992, (cfr. A. Sola, *Il principio di precauzione tra disciplina ambientale e disciplina delle acque*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, fasc. 2/2020, 8-12, spec. 8 s.).

(2) Cfr. G. Aversente, *Il principio di precauzione: il rapporto problematico tra diritto e incertezza scientifica*, in *DPCE Online*, fasc. 3/2020, 3475-3481, spec. 3476. Inoltre, in generale, sul principio di precauzione si rin-

via, tra gli altri, ai contributi di R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018, e di B. Marchetti, *Il principio di precauzione*, in A.M. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 149-162.

Inoltre si rileva che costituisce un importante provvedimento in materia la Comunicazione della Commissione europea “sul principio di precauzione” del 2 febbraio 2000 (COM(2000)1).

(3) Nello specifico il riferimento è al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante “Norme in materia ambientale”, artt. 3-ter e 301. In particolare l’art. 3-ter, riprendendo il principio statuito dalle fonti europee, stabilisce: «[l]a tutela dell’ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell’azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché al principio “chi inquina paga”». Sul punto, tra le altre, si vedano le osservazioni di L. Bisoffi, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi.it*, fasc. 1/2019, spec. 17 s., la quale ritiene dirimente che, tra i criteri per stabilire se poter applicare il silenzio-assenso ai provvedimenti in materia ambientali, debba rientrarvi (comportando una particolare attenzione e cautela) anche il principio di precauzione.

(4) A. Sola, *Il principio di precauzione tra disciplina ambientale e disciplina delle acque*, cit., spec. 11. L’Autore prosegue osservando che «[i]n presenza di un rischio, pur potenziale, che l’ambiente possa subire danni significativi per effetto di determinate condotte od omissioni, si impone l’adozione di comportamenti cautelativi senza poter utilmente richiamare la mancanza di una prova scientifica certa al riguardo». Sul punto, tra l’altro, è intervenuta la Corte di Giustizia affermando che «[q]ualora risulti impossibile determinare con certezza l’esistenza o la portata del rischio asserito a causa della natura insufficiente, inconcludente o imprecisa dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute nell’ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l’adozione di misure restrittive» (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 settembre 2003, C-192/01, par. 52).

(5) Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 18 maggio 2015 (ud. 17 febbraio 2015), n. 2495, punto 6.2 del *fatto e diritto*. Inoltre il collegio ritiene che «[l]’applicazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un’attività potenzialmente pericolosa, l’azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, anche nei casi in cui i danni siano poco conosciuti o solo potenziali». E, sull’estensione del principio di precauzione alla tutela della salute, si veda, tra le altre, Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. 27 marzo 2017 (ud. 9 marzo 2017), n. 1392, punto 4.1.2 del *diritto*. Per Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. 11 novembre 2014 (ud. 7 ottobre 2014), n. 5525, punto 2.1 del *diritto*, il principio di precauzione, essendo previsto dal Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, costituisce per ciò solo, criterio interpretativo valido in Italia», con la conseguenza che l’interprete debba darne piena attuazione.

(6) Corte cost., sent. 17 marzo 2006 (ud. 8 marzo 2006), n. 116, punto 6 del *considerato in diritto*. Sul punto si vedano, tra le altre, le osservazioni di G. Manfredi, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell’ambiente*, fasc. 1/2011, 28-39, spec. 34 ss.

(7) Infatti «solo con un’attenta ponderazione e con un bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti, ad opera del decisore politico, sarà possibile anticipare ragionevolmente la tutela dell’ambiente, rendendo così possibile la fruizione dei beni ad esso connessi»: G. Aversente, *Il principio di precauzione: il rapporto problematico tra diritto e incertezza scientifica*, cit., spec. 3481.

(8) Cfr. Corte cost., sent. 23 marzo 2018 (ud. 7 febbraio 2018), n. 52, par. 3.1 del *considerato in diritto*. A commento della decisione sia consentito di rinviare a S. Frega, *L’Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in *Consulta On-Line, Studi*, fasc. II/2018, 468-472, spec. 472.

(9) Dal 15 aprile 2020 al 31 dicembre 2021 (cfr. Regione Liguria, Giunta Regionale, Deliberazione 24 aprile 2020, n. 335).

(10) Cfr. Regione Liguria, Giunta Regionale, Deliberazione 24 aprile 2020, n. 335.

(11) *Ibidem*.

(12) *Ibidem*. Inoltre la deliberazione regionale giustifica tale decisione altresì in ragione del fatto che «le pareti rocciose della Val Pennavaira present[a]no caratteristiche di grande interesse per l’arrampicata [...] induce[ndo] gli appassionati a fruire di tali risorse, anche a rischio di sanzioni».

(13) Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, art. 191, c. 2: «[l]a politica dell’Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela» ed «è fondata sui principi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”».

(14) TAR Liguria, Sez. II, sent. 19 gennaio 2021 (ud. 12 gennaio 2021), n. 52.

(15) *Ibidem*. In particolare il collegio rileva che nel caso specifico «l’esame della valutazione operata dall’Arpal non permette di escludere che l’interferenza apportata dagli arrampicatori possa favorire l’abbandono dei siti riproduttivi da parte del gufo reale e del falco pellegrino» e, quindi, «in assenza di una convincente prova contraria» i giudici hanno ritenuto che il ricorso sul punto dovesse essere «accolto».

(16) *Ibidem*. Inoltre si osserva che la deliberazione aveva efficacia a decorrere dal 15 aprile 2020 e i ricorrenti avevano depositato il loro ricorso il 29 giugno 2020.

T.A.R. Liguria, sez. I, 23 gennaio 2021, n. 59 - Pres. Caruso - Est. Felletti - Consorzio Operatori Porto di Imperia, Cantieri del Ponente s.r.l. e Impresa individuale Ea 96 di Ferdinando Lauditi (avv. Saguato), Daire Chemicals s.r.l. (avv. La Terra e Saguato) c. Go Imperia s.r.l. (avv. Damonte), nei confronti di Imperia Yacht Service s.r.l., in proprio e quale mandataria dell’A.T.S. con Gente di Mare s.r.l. (avv. Cerisoli e Rossi).

PROCESSO AMMINISTRATIVO - esame del ricorso principale - obbligatorietà anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente.

(Corte di Giustizia UE, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi; Corte di Giustizia UE, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligenica)

APPALTI - contratti sottosoglia - principi fondamentali di correttezza e libera concorrenza - applicabilità.

(Artt. 30 e 36 del d.lgs. n. 50/2016)

APPALTI - partecipazione plurima alla gara - ammissibilità per i consorzi stabili e per i consorzi fra cooperative di produzione e lavoro e non per i consorzi ordinari e i raggruppamenti temporanei - principio della parità di trattamento - violazione - insussistenza.

(Art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016; art. 2602 c.c.; Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2015, n. 4652; T.A.R. Piemonte, sez. I, 30 luglio 2014, n. 1359; parere A.N.A.C. n. 197 del 10 novembre 2011)

APPALTI - principio di massima concorrenza - esclusione automatica del membro del consorzio ordinario che abbia presentato un’offerta nella medesima gara cui partecipa il gruppo consortile - violazione - insussistenza.

(Art. 2602 c.c.; art. 48 del d.lgs. n. 50/2016)

Nel processo amministrativo è obbligatorio l’esame del ricorso principale anche nell’eventualità di accoglimento del ricorso incidentale c.d. escludente.

Anche nelle procedure volte alla stipula di un contratto sottosoglia

previsto ai sensi dell'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 devono essere osservati i principi fondamentali contemplati dall'art. 30, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 50, quali la correttezza, intesa come condotta leale ed improntata a buona fede, e la libera concorrenza, ossia l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati.

Data la diversità di struttura, non viola il principio di parità di trattamento la disciplina dei consorzi stabili e dei consorzi fra cooperative di produzione e lavoro, per cui, contrariamente a quanto stabilito per i consorzi ordinari e i raggruppamenti temporanei, è ammessa la partecipazione plurima alle gare, previa indicazione dei consorziati per i quali si concorre.

Non determina una compressione del principio di massima concorrenza l'esclusione automatica del membro del consorzio ordinario che abbia presentato un'offerta nella medesima gara cui partecipa il gruppo consortile.

O.C.

Corte costituzionale, 10 settembre 2020, n. 200 - Pres. Morelli - Rel. Sciarra.

REGIONE LIGURIA - impiego pubblico regionale - concorsi - privatizzazione - esclusione - competenza legislativa regionale residuale - sussistenza - modalità di pubblicazione e comunicazione del diario delle prove dei concorsi per l'accesso agli impieghi regionali - illegittimità costituzionale - esclusione.

(Artt. 117, comma 3, lettera l); 51, comma 1, e 97, comma 4, Cost; art. 2, comma 1, legge reg. Liguria n. 29 del 2018; art. 6, comma 1, art. 6, comma 1, d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487; art. 70, comma 13, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; art. 32, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69; Corte cost. sentt. n. 191 del 2017, e n. 149 del 201).

REGIONE LIGURIA - impiego pubblico regionale - concorsi - richiesta di conoscenze informatiche - discrezionalità legislativa regionale - illegittimità costituzionale - esclusione.

(Artt. 3, 51, 97 e 117, secondo comma, lettera l), Cost.; art. 2, comma 2, della legge reg. Liguria n. 29 del 2018; l'art. 16, commi 9, 10 e 11, della legge reg. Liguria n. 15 del 1996; art. 37, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001; sentenza n. 241 del 2018)

REGIONE LIGURIA - impiego pubblico regionale - concorsi - candidati inclusi in graduatoria - periodi di interruzione anticipata dal lavoro e di astensione obbligatoria

per maternità - divieto di assunzione - contrasto coi principi costituzionali di non discriminazione, di protezione del minore e di tutela della maternità - illegittimità costituzionale - sussistenza.

(Artt. 2, 3, 31 e 51 Cost; art. 2, comma 2, legge reg. Liguria n. 29 del 2018; l'art. 16, comma 11, legge reg. Liguria n. 15 del 1996; art. 3, d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151; Corte cost. sentt. n. 158 del 2018, n. 61 del 1991 e n. 423 del 1995)

REGIONE LIGURIA - giornalisti addetti all'ufficio stampa - rinvio alla collettiva dei giornalisti anziché alla contrattazione collettiva del comparto «Funzioni locali» - violazione della competenza statale - illegittimità costituzionale - sussistenza.

(Artt. 3, 97 e 117, secondo comma, lettera l), Cost.; art. 1, legge regionale Liguria n. 5 del 2019; art. 9, commi 2 e 5, legge 7 giugno 2000, n. 150; art. 29, comma 2, lettera d), secondo periodo, a legge reg. Liguria n. 25 del 2006; contratto collettivo nazionale del comparto «Funzioni locali» per il triennio 2016-2018 del 21 maggio 2018); art. 30, comma 1, della legge regionale n. 29 del 2018; sentenza n. 10 del 2019)

La disciplina dei concorsi per l'accesso all'impiego pubblico regionale (nella specie, le modalità di pubblicazione e comunicazione del diario delle prove), rientrando nell'ordinamento e nell'organizzazione amministrativa regionale è sottratta all'incidenza della privatizzazione del lavoro presso le pubbliche amministrazioni ed appartiene alla competenza legislativa residuale della Regione.

Nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, la Regione può calibrare i requisiti di accesso alle selezioni pubbliche in relazione al profilo professionale di volta in volta valutato, affiancando le conoscenze informatiche ad altri requisiti ritenuti pertinenti per lo svolgimento delle mansioni dedotte nel contratto.

La previsione della legge regionale secondo cui i candidati inclusi in graduatoria non possono essere immediatamente assunti, qualora si trovino nei periodi corrispondenti al congedo ovvero all'interdizione dal lavoro, è in contrasto coi principi costituzionali di non discriminazione, di protezione del minore e di tutela della maternità.

È incostituzionale per violazione della competenza statale la normativa regionale che prevede l'applicabilità, anche solo in via transitoria, all'attività dei giornalisti addetti agli uffici stampa, della contrattazione collettiva dei giornalisti anziché della contrattazione collettiva di settore (comparto «Funzioni locali»)

F.G.

Sezione di diritto tributario

Massimario

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 febbraio 2020, n. 265 - Pres. Fanucci e Rel. Goso.

ACCERTAMENTO - dichiarazione - mancata compilazione di un quadro - omessa dichiarazione - esclusione - termine per l'accertamento - quinto anno - esclusione - dichiarazione incompleta - termine - quarto anno.

La mancata compilazione di un solo quadro della dichiarazione dei redditi (a fronte dell'avvenuta compilazione dei restanti) non integra la fattispecie di "omessa dichiarazione", quanto piuttosto quella di "dichiarazione incompleta". Conseguentemente, l'Ufficio non può emettere l'accertamento nel termine del quinto anno successivo a quello in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata, ai sensi del comma 2 dell'art. 43, d.p.r. n. 600/73, ma, trattandosi di dichiarazione "incompleta", deve emetterlo entro il quarto anno, ai sensi del comma 1 dell'art. 43 cit.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 8 giugno 2020, n. 397 - Pres. e Rel. Del Monaco.

ACCERTAMENTO - "parziale" - accertamenti "integrativi" - sopravvenuti nuovi elementi - necessità.

L'accertamento "parziale" è uno strumento volto a perseguire la finalità di sollecita emersione della materia imponibile, nell'ipotesi in cui le attività istruttorie diano contezza della sussistenza, a qualsiasi titolo, di attendibili posizioni debitorie. In particolare, l'accertamento parziale, in quanto volto a perseguire tali precipe finalità, non costituisce un metodo di accertamento autonomo rispetto alle previsioni di cui agli artt. 38 e 39 del DPR. n. 600/73 e 54 e 55 del DPR. n. 633/72, bensì una modalità procedurale che ne segue le stesse regole, sicché il relativo oggetto non è circoscritto ad alcune categorie di redditi e la prova può essere raggiunta anche in via presuntiva. Inoltre, l'art. 43, comma 3, DPR n. 600/73, precisa che, sino alla scadenza del termine per effettuare l'accertamento, lo stesso può essere integrato o modificato in aumento mediante la notificazione di nuovi avvisi, in base "alla sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi", che devono essere indicati a pena di nullità, sicché gli accertamenti integrativi non possono essere fondati sugli stessi elementi di fatto dei precedenti accertamenti e la conoscenza dei nuovi elementi deve essere avvenuta in epoca successiva a quella in cui l'accertamento originario è stato notificato.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 16 giugno 2020, n. 403 - Pres. Celle - Rel. Chiti.

ACCERTAMENTO - atto "impo-esattivo" "primario" e "secondario" - distinzione - modalità di notificazione - differenze.

L'atto imposablesativo "primario" indicato dall'art. 29, lett. a), c. 1, d.l. n. 78/2010 (cioè l'"avviso di accertamento" ed "il connesso provvedimento di irrogazione delle sanzioni") deve essere notificato tramite un ufficiale giudiziario che redige e sottoscrive la relata, in considerazione del fatto che tale atto acquisirà efficacia esecutiva appena trascorso il termine utile per la preposizione del ricorso. Al contrario, è solo per gli atti imposablesativi "secondari" di cui all'art.

29 lett. a) c. 1, cit. (e cioè quelli che contengono "l'intimazione ad adempiere al pagamento... in cui sono rideterminati gli importi dovuti in base agli avvisi di accertamento, IRPEF, IRAP, IVA e ai connessi provvedimenti di irrogazione delle sanzioni) che è prevista la notifica "anche mediante raccomandata con avviso di ricevimento" (nella specie, in applicazione di tale principio, la CTR ha annullato una comunicazione preventiva di iscrizione ipotecaria a fronte della nullità del prodromico accertamento che risultava esser stato notificato a mezzo del servizio postale).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 19 giugno 2020, n. 425 - Pres. Del Monaco - Rel. Maggio.

ACCERTAMENTO - imposte ipotecarie e catastali - delega - mancanza di individuazione nominativa del delegato - riferimento al "team" di appartenenza - invalidità.

In tema di imposte ipotecarie e catastali, la legittimità della delega dell'accertamento deve essere valutata ai sensi dell'art. 17, d.lgs. n. 165/01, e della giurisprudenza della Cassazione secondo cui la delega di firma o di funzioni deve necessariamente indicare il nominativo del delegato, pena la sua nullità, che determina, a sua volta, quella dell'atto impositivo, sicché non può consistere in un ordine di servizio in bianco, che si limiti ad indicare la sola qualifica professionale del delegato senza consentire al contribuente di verificare agevolmente la ricorrenza dei poteri in capo al sottoscrittore. Conseguentemente, deve ritenersi invalida la delega contenuta in una disposizione di servizio (nella specie, la n. 34/14) che individui i delegati non già nominativamente ma semplicemente con riferimento ai team attraverso i quali si sostanzia la struttura della Direzione Provinciale. Tanto più se tale atto non reca una precisa limitazione temporale di talché il conferimento appare senza limiti di tempo (nella specie, la CTR ha ritenuto che la delega ai capi team era priva di indicazione nominativa e di durata e che il nominativo del funzionario che aveva sottoscritto l'atto era ricavabile da un altro e diverso atto rispetto quello di rinnovo dell'incarico).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 2 luglio 2020, n. 442 - Pres. Canepa e Rel. Cunati.

ACCERTAMENTO - notificazione - indirizzo - destinazione - individuazione - domicilio fiscale - sussistenza - servizio postale "seguimi" - esclusione.

IMPOSTA IPOTECARIE CATASTALI - immobile - valore - determinazione - criterio automatico - presunzione - valore effettivo - perizia - prevalenza.

La notificazione degli avvisi di accertamento, avvenuta all'indirizzo individuato per effetto del servizio postale "seguimi", risulta effettuata in violazione dell'art. 60, lett. c), d.p.r. n. 600/73 che individua quale luogo presso cui effettuarla (salva la consegna dell'atto a mani proprie) quello corrispondente al "domicilio fiscale", né potendo reputarsi tale notificazione sanata dal raggiungimento dello scopo, in mancanza di elementi atti a far ritenere che i plichi siano stati comunque consegnati alla contribuente, ciò in quanto l'attivazione del servizio "seguimi" non assume alcuna rilevanza giuridica

ai fini della validità delle notificazioni, né l'indicazione di un indirizzo al quale recapitare la corrispondenza può assurgere ad elezione di domicilio ai sensi dell'art. 60 cit., lett. d), difettando i requisiti formali prescritti da tale disposizione.

Ai fini della determinazione del valore di un immobile, il ricorso al metodo c.d. "automatico" sulla base della rendita catastale rivalutata, costituendo un criterio indicativo ed indiziario, risulta cedevole rispetto a quello effettivo e reale, determinato con apposita perizia e rapportato al singolo immobile il cui valore stimato, che sia stato contrapposto dal contribuente e non seriamente contestato dall'Ufficio.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 14 gennaio 2021, n. 30.

ACCERTAMENTO - sottoscrizione - delega - "di firma" o "di funzioni" - conseguenza - ordine di servizio - sufficienza.

TRIBUTI INDIRETTI - imposta di registro, ipotecaria e catastale - piccola proprietà contadina - agevolazioni - società agricole - estensione - condizioni.

La delega alla sottoscrizione dell'avviso di accertamento ad un funzionario diverso da quello istituzionalmente competente ex art. 42 del d.P.R. n. 600 del 1973 ha natura di delega di firma - e non di funzioni - poiché realizza un mero decentramento burocratico senza rilevanza esterna, restando l'atto firmato dal delegato imputabile all'organo delegante, con la conseguenza che, nell'ambito dell'organizzazione interna dell'ufficio, l'attuazione di detta delega di firma può avvenire anche mediante ordini di servizio, senza necessità di indicazione nominativa, essendo sufficiente l'individuazione della qualifica rivestita dall'impiegato delegato, la quale consente la successiva verifica della corrispondenza tra sottoscrittore e destinatario della delega stessa.

Le agevolazioni tributarie previste dal d.lgs n. 99 del 2004 in favore dell'imprenditore agricolo professionale (IAP) si estendono alle società agricole a condizione che, oltre a qualificarsi come tali e ad avere ad oggetto esclusivo l'esercizio delle attività di cui all'art. 2935 c.c., almeno uno dei soci nel caso di società di persone, almeno un amministratore nel caso di società di capitali, e almeno un amministratore che sia anche socio nel caso di cooperative, possiedano detta qualifica di IAP.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 3 febbraio 2021, n. 89.

ACCERTAMENTO - verifica fiscale - locali del contribuente - permanenza dei verificatori oltre i termini - conseguenze.

PROCESSO TRIBUTARIO - consulenza tecnica - natura.

Conformemente alla giurisprudenza della Suprema Corte, la permanenza dei verificatori nei locali oltre i termini indicati non preclude l'utilizzo dei documenti, delle informazioni e degli altri elementi probatori acquisiti oltre la scadenza dei predetti termini, che possono essere ben posti a fondamento della pretesa fiscale.

La consulenza tecnica non è un mezzo istruttorio in senso proprio, bensì un mezzo ausiliario ed integrativo di conoscenza e valutazione del giudice di merito. In quanto tale, spetta insindacabilmente a quest'ultimo stabilire se essa sia necessaria ovvero opportuna al fine di decidere, non sussistendo tale opportunità allorché non vi sia alcuna situazione di obiettiva incertezza.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 16 gennaio 2021, n. 34 - Pres. Graziano - Rel. Toscano.

DAZI DOGANALI - antidumping - tubi di acciaio - origine cina - trasformazione non qualificante in india - relazione OLAF - senza accesso in loco - solo esame di flussi di importazione in cina dall'india - difetto di prova - pretesa impositiva - nullità.

L'Ufficio sostiene che i tubi in cui è causa non sarebbero di produzione indiana bensì cinese che senza alcuna o poca opera di trasformazione sono destinati alla riesportazione nella U.E., ne consegue che la merce de qua potrebbe essere di origine non preferenziale cinese anziché di origine non preferenziale indiana.

L'A.F., peraltro, fonda questo suo convincimento sulla base di un rapporto dell'Agenzia Internazionale Olaf che avrebbe evidenziato una tale fattispecie.

Vi è da dire, però, che l'Olaf sostiene questa tesi sulla base dell'esame dei flussi di importazione dai cinesi da parte dell'India e sull'aumento della esportazione verso la U.E. ed altre nazioni.

Orbene l'analisi dei flussi è sicuramente importante e rilevante però deve essere corroborata da elementi fattuali costituenti prove o quantomeno principi di prove.

Nella fattispecie si deve necessariamente rilevare che l'Olaf non ha eseguito accessi in loco per cui non vi è stata una presa visione diretta del "traffico dei tubi" di cui si parla e quindi, ferma restando l'autorevolezza di un rapporto Olaf, nel caso di specie esso è privo dei riscontri probatori fattuali, per cui non si può ragionevolmente contrapporre l'opinione dell'Olaf in carenza di accesso in loco ed a fronte di contraria documentazione legittimamente la merce de qua come di origine non preferibilmente indicata.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 febbraio 2020, n. 254 - Pres. Fanucci - Rel. Del Monaco.

IMPOSTE SUI REDDITI - ristrutturazione edilizia - detrazione - condizione - immediata disponibilità del bene - oggetto degli interventi - parti comuni dell'edificio - spettanza - esclusione.

Ai sensi dell'art 16 bis, comma 8, TUIR, il beneficio della detrazione per il recupero edilizio si trasmette all'erede, a condizione che questi conservi la detenzione materiale e diretta del bene, da ritenersi sussistente qualora l'erede assegnatario abbia la immediata disponibilità dell'immobile, potendo disporre di esso liberamente e a proprio piacimento quando lo desidera, a prescindere dalla circostanza che lo abbia adibito ad abitazione principale. Tale detrazione non spetta nel caso in cui l'intervento abbia avuto ad oggetto parti comuni del condominio che, per definizione, non sono nella libera disponibilità del singolo proprietario, stante che le stesse sono destinate al servizio comune dell'edificio (fattispecie relativa a lavori di ristrutturazione eseguiti sul tetto e sulla facciata di uno stabile nel quale erano situati due magazzini di proprietà degli eredi di colui che aveva sostenuto, per la propria quota, le spese di ristrutturazione; tali magazzini erano stati concessi in locazione a terzi, locazione che era stata ritenuta dall'Ufficio ostativa alla fruizione del beneficio).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 5 marzo 2020, n. 306 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

IMPOSTE SUI REDDITI - accertamento operazione - "abuso del diritto" - onere della prova - contribuente - valide ragioni economiche - incombenza - fattispecie.

È abusiva, ai sensi dell'art. 10-bis, l. n. 212/2000, la trasformazione di una s.a.s. in una s.r.l. se finalizzata, in assenza di altra valida ragione economica giustificativa, a fruire della più mite tassazione della plusvalenza sulla cessione di partecipazioni prevista per le società di capitali rispetto a quella prevista per le società di persone (nella specie, la CTR ha sposato la seguente ricostruzione operata dall'Ufficio: il contribuente, acquistato il possesso della S.a.s., che si occupava di spedizioni, ne divenne l'unico socio. Pur se per legge entro 6 mesi avrebbe dovuto ricostituire la pluralità dei soci, in tempi ristretti, cedette le quote di possesso ad altra società, avendo già provveduto, in precedenza, a far eseguire una stima del valore della partecipazione che la S.a.s. deteneva in altra società e di cui il contribuente intendeva disfarsi. Contemporaneamente, il contribuente trasformò la S.a.s. in S.r.l. mutando l'oggetto sociale in quello di gestione immobiliare. Secondo la CTR, prima di compiere tale operazione il contribuente avrebbe dovuto dimostrare che l'unica via di sopravvivenza della S.a.s. era la sua trasformazione, nessun beneficio potendosi ottenere da un'ulteriore conduzione. Al contrario, secondo la CTR, il contribuente non aveva dimostrato né che le modifiche apportate erano coerenti con una migliore organizzazione societaria, non avendo più proseguito l'attività precedente, né l'impossibilità di ricostituzione della S.a.s., dovendosi quindi ritenere che l'intera operazione fosse finalizzata a dismettere la partecipazione originariamente detenuta dalla S.a.s. sfruttando il più mite regime impositivo sulle plusvalenze previsto per le S.r.l.).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 7 marzo 2020, n. 301 - Pres. Bolognesi - Rel. Morino.

IMPOSTE SUI REDDITI - dichiarazione integrativa - "a favore" - termine di presentazione - integrativa "a sfavore" - equiparazione - contenzioso - errore - dimostrazione - possibilità

Al fine della presentazione della dichiarazione integrativa (nella specie, "a favore") il nuovo comma 8 dell'articolo 2 del D.p.r. n. 322/1998 non distingue più tra dichiarazione cd. "a favore" del contribuente e dichiarazione cd. "a sfavore": in entrambi i casi il termine di presentazione coincide con il termine per l'accertamento. In ogni caso, in applicazione della giurisprudenza della Suprema Corte, il contribuente, indipendentemente dalle modalità e termini di presentazione della dichiarazione integrativa in sede contenziosa, può sempre opporsi alla maggiore pretesa tributaria dell'amministrazione finanziaria, allegando errori, di fatto o di diritto, commessi nella redazione della dichiarazione, incidenti sull'obbligazione tributaria.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 16 giugno 2020, n. 401 - Pres. Celle - Rel. Goso.

PROCESSO TRIBUTARIO - giudicato penale - processo tributario - rilevanza - limiti.

In materia di contenzioso tributario, nessuna automatica autorità di cosa giudicata può attribuirsi alla sentenza penale irrevocabile di assoluzione emessa in materia di reati fiscali, ancorché i fatti esaminati in sede penale siano gli stessi che fondano l'accertamento degli uffici finanziari, dal momento che nel processo tributario vigono i limiti in materia di prova posti dall'art. 7, comma 4, del d.lgs. n. 546/1992, e trovano invece ingresso anche presunzioni semplici, di per sé inidonee a supportare un'eventuale pronuncia penale di condanna. Ne consegue che l'imputato assolto in sede penale, anche con formula piena, può essere ritenuto responsabile fiscalmente qualora l'atto impositivo risulti fondato su validi indizi,

insufficienti per un giudizio di responsabilità penale, ma adeguati fino a prova contraria nel giudizio tributario. La sentenza penale irrevocabile di assoluzione con la formula "perché il fatto non sussiste", pertanto, non spiega automaticamente efficacia di giudicato nel processo tributario, ma va presa in considerazione come semplice elemento di prova dal giudice tributario il quale, nell'esercizio dei suoi poteri di valutazione, dovrà valutarne la rilevanza in rapporto alle ulteriori risultanze istruttorie, anche di natura presuntiva. Sulla base di tali principi, la pronuncia del giudice penale deve essere presa in considerazione, non per recepirne acriticamente le conclusioni assolutorie, ma per un autonomo apprezzamento del suo contenuto e, in raffronto ad esso, della rilevanza degli elementi indizi ari allegati dal l'Agenzia delle Entrate.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 16 giugno 2020, n. 402 - Pres. Celle - Rel. Chiti.

IMPOSTE SUI REDDITI - cessione d'azienda - plusvalenza - esercizio di competenza - rogito notarile - rilevanza.

Ai sensi dell'art. 109, c. 2, TUIR, il presupposto della imposizione della plusvalenza, nel caso di cessione di azienda, è costituito dalla stipula dell'atto di cessione prescindendo dalle diverse modalità di pagamento concordate fra le parti e dalle eventuali controversie che possano insorgere fra i contraenti con riguardo al pagamento del prezzo.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 30 ottobre 2020, n. 668.

IMPOSTE SUI REDDITI - attività commerciale circolo sportivo dilettantistico - tassazione.

Gli incassi provenienti dalla somministrazione di alimenti e bevande effettuata da una associazione di promozione sociale non vanno considerati di per sé afferenti all'attività istituzionale dell'ente. L'attività commerciale per essere considerata "accessoria" e decommercializzata, ai sensi dell'art. 148, comma 5 del TUIR, deve generare introiti inferiori a quelli che derivano dalla attività non commerciale dell'Ente. Nel caso in esame l'avviso di accertamento della Amministrazione è pertanto pienamente legittimo e fondato, poiché gli unici incassi della associazione erano quelli derivanti dalla somministrazione di alimenti e bevande effettuata sia attraverso il bar sia attraverso il ristorante.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 30 novembre 2020, n. 716.

IMPOSTE SUI REDDITI - IRPEF - rimborso - ente impositore - legittimazione passiva.

L'istanza di rimborso di un tributo deve essere rivolta contro l'Ente impositore in quanto il sostituto d'imposta resta estraneo al rapporto obbligatorio controverso, che vede il contribuente nella veste di debitore e l'Ente impositore in quella di creditore. È quanto ha affermato la Commissione tributaria per la Liguria che ha rigettato l'appello dell'Agenzia delle Entrate e disatteso l'eccezione di difetto di legittimazione passiva con cui l'Ufficio chiedeva di essere estromesso dal giudizio, in quanto l'iniziativa del contribuente avrebbe dovuto essere rivolta esclusivamente contro il silenzio-rifiuto dell'INPS, in qualità di sostituto d'imposta. Nel caso di specie il collegio ha confermato l'infondatezza dell'eccezione e ha affermato che, una volta formatosi il silenzio-rifiuto sull'istanza di rimborso irpef avanzata dal contribuente e concernente l'assegno mensile vitalizio erogato quale vittima

del dovere, l'impugnazione non poteva che essere rivolta contro l'amministrazione alla quale era stata presentata, vale a dire l'Agenzia delle Entrate. Il sostituto di imposta è infatti legittimato attivamente - e non passivamente - in via concorrente con il contribuente all'istanza di rimborso di tributi indebitamente versati, ex art. 38, D.p.r. 600/1973.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 25 febbraio 2020, n. 236 - Pres. Fanucci - Rel. Ceriale.

PROCESSO TRIBUTARIO - atti impugnabili - comunicazione di sopralluogo - aggiornamento risultanze catastali - pretesa impositiva compiuta - esclusione - impugnabilità - esclusione.

L'avviso per l'espletamento di un sopralluogo ai fini della classificazione dei terreni, inviato dall'Agenzia del Territorio, non è atto impugnabile ai sensi dell'art. 19, d.lgs. n. 546/92, trattandosi di semplice comunicazione procedurale, nell'ambito dell'aggiornamento d'ufficio delle mutazioni relative agli immobili aventi rilevanza catastale, che non contiene alcun provvedimento definitivo di tassazione (nella specie, si trattava di comunicazione con cui si informava il contribuente che le risultanze catastali degli immobili di cui era titolare non erano conformi allo stato di fatto).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 7 maggio 2020, n. 332 - Pres. e Rel. Bolognesi.

PROCESSO TRIBUTARIO - appello - motivi - specificità - necessità - genericità - conseguenza - inammissibilità.

Scopo della previsione dell'art. 53, c. 1, D.Lgs. n. 546/1992, nella parte in cui prevede la specificità dei motivi di appello, è quello di assicurare un riesame della fattispecie ma in riferimento a punti ben delineati, non potendo, quindi, il proponente limitarsi a chiedere al giudice di appello di vagliare tutto in modo indistinto, ma dovendo indicare delle specifiche censure legate ai passaggi logico-giuridici oppure alle motivazioni della sentenza impugnata (fattispecie in cui la CTR ha dichiarato inammissibile l'appello con cui il contribuente si è limitato a richiamare le difese sviluppate nel giudizio di primo grado senza in alcun modo contestare le argomentazioni svolte dalla CTP).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 4 giugno 2020, n. 345 - Pres. Cardino - Rel. Romano

PROCESSO TRIBUTARIO - contributo unificato - "invito al pagamento" - impugnazione - termine - decorrenza - notifica dell'"invito" - esclusione - decorrenza - dal successivo "provvedimento di riscontro a istanza di riesame" - ammissibilità.

PROCESSO TRIBUTARIO - TAR Liguria - contributo unificato - pagamento mediante valore bollato - ritenuto invalido - richiesto nuovo pagamento mediante modalità telematiche - invito al pagamento - illegittimità.

Nel caso in cui il contribuente, ricevuto un invito al pagamento del CUT, presenti all'Ufficio istanza di riesame in autotutela, deve ritenersi che il termine per impugnare l'invito decorra non dalla sua notifica ma dalla notifica del successivo negativo "provvedimento di riscontro a istanza di riesame". A tale conclusione deve pervenirsi se, essendo mancata in giudizio la produzione

dell'impugnato invito al pagamento, sia comunque possibile ritenere che il successivo "provvedimento di riesame" non abbia avuto natura meramente confermativa del primo ma abbia comportato una nuova ponderazione di interessi (con conseguente sostituzione del provvedimento confermato).

È illegittimo l'atto con cui la Segreteria del TAR Liguria pretende il pagamento di un contributo unificato sul rilievo che il versamento avrebbe dovuto essere effettuato con modalità telematiche, utilizzando l'apposito modello F24, allorquando il ricorrente aveva provveduto al suo pagamento, nel corretto importo, mediante valore bollato/Lottomatica (nella specie, facendo propria la conclusione della CTP, la CTR ha ravvisato l'illegittimità dell'atto nel fatto che la Segreteria resistente non aveva dimostrato con quali modalità fosse stata data agli utenti del servizio giustizia amministrativa la comunicazione dell'avvenuta implementazione del servizio telematico con conseguente cessazione delle vecchie modalità di pagamento. Inoltre, al momento del deposito del fascicolo la segreteria aveva necessariamente avuto modo di verificare le modalità di pagamento utilizzate potendo immediatamente far constatare l'irregolarità, con la conseguenza che la mancata tempestiva segnalazione di qualsivoglia errore al difensore aveva ingenerato nel ricorrente un affidamento incolpevole sulla correttezza dell'adempimento fiscale).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 8 giugno 2020, n. 382 - Pres. Caputo - Rel. Laurenzana.

PROCESSO TRIBUTARIO - art. 17-bis, c. 2, d.lgs. n. 546/92 - reclamo e mediazione - condizione di ammissibilità del ricorso - esclusione.

La mancata proposizione del reclamo ai sensi dell'art. 17 bis d.lgs. n. 546/2, non è causa di inammissibilità del ricorso. Ciò in quanto la Corte Costituzionale (n. 98 del 09/04/2014) ha ritenuto illegittimo il comma 2 dell'art. 17-bis D.Lgs. n. 546/92, nel testo originario, nella parte in cui stabiliva che "la presentazione del reclamo è condizione di ammissibilità del ricorso". Ed infatti, se è lecito apporre limiti e condizioni all'esercizio delle azioni davanti al giudice, questi limiti debbono essere ragionevoli e proporzionati, e non rendere l'esercizio del diritto eccessivamente difficile, non essendo legittimo stabilire che si "perda" l'azione in giudizio perché non si è attivata una procedura amministrativa.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 30 luglio 2020, n. 500 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

PROCESSO TRIBUTARIO - processo penale - sentenza - processo tributario - rilevanza - limiti - operazioni oggettivamente inesistenti - sponsorizzazioni - fattispecie.

In materia di contenzioso tributario, nessuna automatica autorità di cosa giudicata può attribuirsi alla sentenza penale irrevocabile, di condanna o di assoluzione, emessa in materia di reati fiscali, ancorché i fatti esaminati in sede penale siano gli stessi che fondano l'accertamento degli Uffici finanziari, dal momento che nel processo tributario vigono i limiti in tema di prova posti dall'art. 7, c. 4, d.lgs. n. 546 del 1992, e trovano ingresso, invece, anche presunzioni semplici, di per sé inidonee a supportare una pronuncia penale di condanna. Ne consegue che l'imputato assolto in sede penale, anche con formula piena, per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste, può essere ritenuto responsabile fiscalmente qualora l'atto impositivo risulti fondato su validi indizi, insufficienti per un giudizio di responsabilità penale, ma

adeguati, fino a prova contraria, nel giudizio tributario (nella specie, alla contribuente era contestata la contabilizzazione di fatture passive ricevute da due soggetti per sponsorizzazioni ritenute "oggettivamente inesistenti". In un caso, la società emittente le fatture era risultata, per stessa dichiarazione resa alla G.d.F. dal suo legale rappresentante, una "cartiera"; in relazione a tale società la contribuente aveva invocato nanti la CTR l'intervenuto provvedimento penale di assoluzione per insussistenza del fatto. Nell'altro caso, l'associazione sportiva che aveva emesso le fatture, nell'anno oggetto di imposizione, era risultata esser non più operativa da alcuni anni, non avendo partecipato a competizioni né posto in essere manifestazioni).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 17 dicembre 2020, n. 754.

PROCESSO TRIBUTARIO - giudicato esterno - applicabilità - condizioni.

In tema di efficacia del giudicato esterno per diversi anni di imposta che "la sentenza del giudice tributario con la quale si accertano il contenuto e l'entità degli obblighi del contribuente per un determinato anno d'imposta fa stato, nei giudizi relativi ad imposte dello stesso tipo dovute per gli anni successivi, ove pendenti tra le stesse parti, solo per quanto attiene a quegli elementi costitutivi della fattispecie che, estendendosi ad una pluralità di periodi di imposta, assumano carattere tendenzialmente permanente, mentre non può avere alcuna efficacia vincolante quando l'accertamento relativo ai diversi anni si fondi su presupposti di fatto relativi a tributi differenti ed a diverse annualità (fattispecie relativa alla detraibilità dell'IVA su spese di ristrutturazione di un immobile).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 5 gennaio 2021, n. 3 - Pres. Picozzi - Rel. Gibelli.

PROCESSO TRIBUTARIO - reclamo - mediazione - adesione del contribuente alla proposta di mediazione - mancato versamento prima rata - successivo ricorso - termine di 30 giorni per la costituzione in giudizio - art. 22 comma 2 d.lgs 1992, n. 546 - tardività del ricorso.

Si deve immediatamente rilevare l'inammissibilità del ricorso, siccome notificato all'Agenzia in data 24.5.2019 in forma di reclamo, e tuttavia iscritto solamente in data 3.12.2019.

Appare evidente che il fatto è dipeso dall'aver il contribuente prima aderito alla proposta di mediazione dell'Ufficio e poi omesso di versare la prima rata, con il conseguente effetto risolutivo di legge.

In questa sede, per il principio della ricerca dalla soluzione più liquida, si prescinde dal profilo ulteriore di possibile inammissibilità relativo al permanere dell'effetto abdicativo dell'adesione anche in caso di venir meno dei vantaggi della stessa a causa della risoluzione speciale per inadempimento. Infatti, mentre il punto appena visto potrebbe essere controverso, al contrario appare pacifico che, una volta resosi inadempiente, il contribuente, ove volesse, se potesse, ancora coltivare la soluzione contenziosa, deve rispettare il termine di trenta giorni per costituirsi in giudizio di cui all'art. 22 del dlgs 546/92, termine che pare certamente riderecorrere dalla scadenza non adempiuta.

Nel caso la scadenza non adempiuta era al 13.10.19. Ne discende che il ricorso doveva essere depositato entro il 13.11.10. Al contrario ambo i ricorsi risultano depositati in dicembre.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 19 giugno 2020, n. 422 - Pres. Del Monaco - Rel. Assandri.

RISCOSSIONE - preavviso di iscrizione di ipoteca - individuazione degli immobili oggetto della misura - necessità - mancanza - invalidità.

L'iscrizione ipotecaria presuppone una specifica comunicazione al contribuente per consentirgli di esercitare il diritto all'eventuale impugnazione. Posto che l'eventuale opposizione può fondarsi anche sul rapporto tra l'ammontare del credito ed il valore dei beni sui quali eseguire l'iscrizione, è illegittimo il preavviso di iscrizione in cui non siano stati individuati i beni da sottoporre a garanzia, trattandosi di mancanza che impedisce lo svolgimento del contraddittorio nella fase endoprocedimentale.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 17 giugno 2020, n. 407 - Pres. Canepa - Rel. Assandri.

SANZIONI - dichiarazione - omessa presentazione - responsabilità del commercialista delegato - contribuente - sanzioni - legittimità.

Il contribuente che invoca l'annullamento delle sanzioni irrogate a seguito di violazioni riconducibili al commercialista, deve dimostrare, da un lato, di aver diligentemente controllato l'operato del professionista (circostanza da escludersi nel caso in cui il professionista abbia omesso di presentare la dichiarazione per più anni consecutivi) e, dall'altro, il comportamento fraudolento di quest'ultimo, non essendo sufficiente la sola presentazione della denuncia penale.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 giugno 2020, n. 429 - Pres. Celle - Rel. Chiti.

SANZIONI - iscrizione a ruolo - cartella di pagamento - mancata impugnazione - prescrizione breve - cinque anni.

Anche se la relativa cartella di pagamento non è stata impugnata, il diritto di riscuotere le sanzioni iscritte a ruolo si prescrive nel termine di cinque anni: la mancata opposizione alla cartella non converte, infatti, l'atto amministrativo in un titolo giudiziale divenuto definitivo (nel qual caso potendo trovare applicazione la prescrizione ordinaria).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 13 gennaio 2021, n. 16 - Pres. Graziano - Rel. Parentini.

SANZIONI - responsabilità del professionista - denuncia penale - necessità - esimente art. 6 comma 3 d.lvo 1997 n. 472 - condizione di applicabilità.

In fattispecie analoga a quella che ci occupa il Supremo Collegio ha chiarito che, in tema di sanzioni per le violazioni di disposizioni tributarie, la prova dell'assenza di colpa grave, secondo le regole generali dell'illecito amministrativo, sul contribuente, il quale dunque, risponde per l'omessa presentazione della dichiarazione dei redditi da parte del professionista incaricato della relativa trasmissione telematica ove non dimostri di aver vigilato sullo stesso, nonché il comportamento fraudolento del medesimo professionista, finalizzato a mascherare il proprio inadempimento, mediante la falsificazione di modelli F24 ovvero di altre modalità di difficile riconoscibilità da parte del mandante (cfr. Sez. 5- Ordinanza n. 19422 del 20/07/2018). Analogo controllo è esigibile anche per il versamento. Né dal ricorso né dall'esposi-

zione dei fatti (tutti da provare) contenuta nella denuncia penale emerge l'espletamento di alcun controllo, neppure sommario, sull'operato del professionista tanto più doveroso stante le precarie condizioni di salute del professionista riferite dal ricorrente.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 8 giugno 2020, n. 379 - Pres. Caputo - Rel. Laurenzana.

TRIBUTI INDIRETTI - imposta di registro - corte costituzionale - dichiarazione di illegittimità costituzionale - conseguenza - maggior tributo versato - diritto al rimborso - istanza - termine di decadenza - tre anni dal versamento del tributo - applicazione.

In materia di imposta di registro trova applicazione il principio per cui il termine di decadenza per il rimborso delle imposte, decorrente dalla data del loro versamento, opera anche nel caso in cui l'imposta sia stata pagata sulla base di una norma successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima, atteso che l'efficacia retroattiva di detta pronuncia incontra il limite dei rapporti esauriti, ipotizzabile allorché sia maturata una causa di prescrizione o decadenza, trattandosi di istituti posti a presidio del principio della certezza del diritto e delle situazioni giuridiche (nella specie, la CTR ha ritenuto che la sentenza della Corte Costituzionale n. 6/14 - che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 497, L. n. 266/05, nella parte in cui non prevedeva la facoltà, per gli acquisti di immobili ad uso abitativo e relative pertinenze in sede di espropriazione forzata o a seguito di pubblico incanto, di chiedere l'applicazione del metodo del c.d. "prezzo valore" per la determinazione della base imponibile - avrebbe sì potuto dispiegare effetto vantaggioso per il contribuente, perché all'atto della sua pronuncia non era ancora maturato il termine triennale di decadenza utile per inoltrare istanza di rimborso, che decorreva dal versamento dell'imposta. Tuttavia, sempre secondo la CTR, avendo il contribuente presentato istanza di rimborso oltre tale termine triennale, era venuta meno la possibilità di esercitare il diritto alla parziale restituzione dell'imposta corrisposta nella vigenza della norma successivamente colpita dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 giugno 2020, n. 426 - Pres. Celle - Rel. Chiti.

TRIBUTI INDIRETTI - imposta di registro - agevolazione "prima casa" - immobile - alienazione - infra quinquennale - causa di forza maggiore - fattispecie.

TRIBUTI INDIRETTI - imposta di registro - immobile - alienazione - infra quinquennale - "acquisto di altro immobile" - diritto di proprietà - necessità - locazione - esclusione.

L'intervenuta alienazione dell'immobile per il quale fu richiesta l'agevolazione "prima casa", entro cinque anni dal suo acquisto, non può dirsi effettuata per causa di "forza maggiore" se è dipesa dall'impossibilità del contribuente di far fronte al relativo mutuo pur avendo redditi idonei a sostenere tale spesa. Ed infatti, le cause di forza maggiore devono contemperare un elemento oggettivo estraneo al soggetto ed un elemento soggettivo, costituito dall'obbligo dell'interessato di premunirsi contro le conseguenze dell'evento anormale, adottando misure appropriate senza incorrere in eccessivi sacrifici.

Con l'espressione "acquisto di altro immobile da adibire a propria abitazione principale", quale elemento previsto dalla nota

II-bis, punto 4, art. 1, parte 1° tariffa del TUR ai fini della conservazione dell'agevolazione "prima casa" (nel caso di suo trasferimento entro il termine di cinque anni dall'acquisto), deve intendersi l'acquisizione del diritto di proprietà sull'immobile e non anche il suo godimento in forza di contratto di locazione.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 7 settembre 2020, n. 568 - Pres. Cardino - Rel. Dello Preite.

TRIBUTI INDIRETTI - imposta di registro - agevolazione prima casa - revoca - avviso di liquidazione - imposta - natura - complementare - conseguenza - riscossione frazionata - applicabilità.

L'imposta di registro liquidata dall'Ufficio a seguito dell'accertata insussistenza dei presupposti per la fruizione dell'agevolazione "prima casa", va qualificata come imposta "complementare", non rientrando nelle altre specie, positivamente definite, dell'imposta "principale" (in quanto applicata in un momento successivo alla registrazione) e dell'imposta "suppletiva" (in quanto, rivedendo "a posteriori" il criterio di liquidazione in precedenza seguito, non è rivolta ad emendare errori od omissioni commessi dall'ufficio in sede di registrazione). Conseguentemente, trattandosi di imposta "complementare" deve trovare applicazione la disciplina della riscossione frazionata in pendenza di giudizio prevista dall'art. 56 TUR e dall'art. 68 d.lgs. n. 546/92.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 17 dicembre 2020, n. 750.

TRIBUTI INDIRETTI - imposte ipotecarie e catastali - immobile - compravendita - valore - rettifica.

In tema di compravendite immobiliari, al fine di accertare maggiori imposte ipotecarie e catastali, è utilizzabile il metodo comparativo purché, alla base della comparazione vi siano una pluralità di trasferimenti caratterizzati da analoghe caratteristiche e condizioni. Alla luce di tale principio la CTR ligure ha accolto gli appelli di parte privata e annullato l'avviso di liquidazione emesso dall'Ufficio. Spiegano, infatti, i giudici che il valore di mercato di un immobile risulta aleatoria se ricostruito in base ad una singola compravendita nella quale potrebbero, nei fatti, entrare in gioco le particolari situazioni del venditore o dell'acquirente. Nel caso di specie la rettifica era stata eseguita esclusivamente in base a comparazione con altro immobile ubicato nello stesso stabile e venduto dalla stessa società venditrice.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 17 dicembre 2020, n. 755.

TRIBUTI INDIRETTI - imposte ipotecarie e castali - box - abitazione - vincolo di pertinenzialità - condizioni.

Ai fini dell'applicazione delle ipotecarie e catastali, la distanza intercorrente tra un box e l'appartamento a cui il primo è stato considerato pertinenziale può escludere, se rilevante (nella specie di km. 2,47 in auto e di km 1,95 a piedi) l'elemento oggettivo previsto dall'art. 817 c.c., in base al quale deve sussistere un rapporto di servizio tra il fabbricato principale e quello accessorio (nella specie la CTR ha ritenuto trattarsi di box che si trovava in prossimità della spiaggia, distante fuori zona rispetto all'abitazione, tanto da renderlo ragionevolmente inutile qualora l'utilizzatore, anziché soggiornare al mare, avesse voluto recarsi presso la propria abitazione).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 14 gennaio 2020, n. 28 - Pres. Venturini - Rel. Serra Caracciolo.

TRIBUTI LOCALI - CIMP - tariffe - delibere di approvazione - mancata impugnazione - definitività - liquidazione - correttezza.

Il ricorrente non può contestare che il CIMP liquidato dal Comune è più gravoso rispetto a quello che il Comune avrebbe potuto pretendere in base alla legge statale, se la delibera con cui il Comune ha approvato le relative tariffe non è stata tempestivamente impugnata nanti il Giudice amministrativo.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 2 marzo 2020, n. 286 - Pres. Celle - Rel. Giordano.

TRIBUTI LOCALI - ICI - Fondazione - immobile - prestazioni sanitarie ed assistenziali - modalità di esercizio - senza pagamento di corrispettivi - esenzione - spettanza.

In tema di ICI, conformemente alla giurisprudenza della Cassazione, l'esenzione di cui all'art. 7, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 504/92, impone di considerare realizzate in senso non esclusivamente commerciale le attività sanitarie e assistenziali che, in ciascun ambito territoriale e secondo la normativa ivi vigente, per le concrete modalità di svolgimento, non siano orientate alla realizzazione di profitti, senza che rilevi il mero fatto dell'esistenza di una convenzione pubblica alla base di tale attività. Conseguentemente, nel caso di immobile gestito da una Fondazione, l'esenzione spetta se le prestazioni assistenziali non siano fornite privatisticamente dietro pagamento (come nel caso di una clinica privata), ma siano svolte per rispondere ai bisogni socialmente rilevanti e ad integrazione del servizio pubblico, con reinvestimento degli eventuali utili annui per il miglioramento della medesima struttura.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 2 marzo 2020, n. 289 - Pres. e Rel. Cardino.

TRIBUTI LOCALI - IMU - coniugi - residenza anagrafica - comuni diversi - art. 13, c. 2, d.l. n. 201/2011 - esenzione - abitazione principale - nucleo familiare - stesso comune - necessità - esclusione - fruizione - da parte di uno solo dei coniugi - ammissibilità.

ACCERTAMENTO - motivazione - processo - integrazione - esclusione - ricorso - presentazione - vizio di motivazione - sanatoria - esclusione.

In base al secondo periodo dell'art. 13, c. 2, d.l. n. 201/2011, la mancata residenza di tutti i componenti il nucleo familiare sotto il medesimo tetto non impedisce la fruizione dell'esenzione IMU per l'abitazione principale da parte di uno dei coniugi che risieda altrove, ma la limita ad uno solo degli immobili ove si distribuisce tale nucleo (nella specie, avente ad oggetto la pretesa dell'IMU, avanzata dal comune di Celle Ligure, nei confronti della coniuge ivi residente, a fronte della riscontrata residenza del marito in Savona, la CTR ha ritenuto che, non essendo mai stato dedotto in causa che il marito aveva goduto di un'ulteriore esenzione nel proprio comune di residenza in Savona, circostanza che sarebbe stata impeditiva dell'esenzione nei confronti della coniuge in Celle Ligure, non vi erano motivi per escludere alla coniuge, nel comune di Celle Ligure, in cui risiedeva anagraficamente e dimorava abitualmente, una propria unica esenzione).

La motivazione dell'avviso di accertamento non è integrabile dall'ente impositore nelle successive proprie difese in giudizio, né il vizio di motivazione dell'atto è sanato per effetto della presentazione del ricorso.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 4 giugno 2020, n. 342 - Pres. Cardino - Rel. Romano.

TRIBUTI LOCALI - imposta sulla pubblicità - insegna "POSTAMAT" - assoggettabilità al tributo-esclusione.

L'insegna POSTAMAT rientra nell'esenzione prevista dall'art. 17, co. 1 lett. b) del D.Lgs. n. 507 del 1993. Ed infatti, in analogia con quanto ritenuto per le banche riguardo al bancomat, anche l'insegna P. non può ritenersi un messaggio pubblicitario, ma un'indicazione per i possessori di carte di credito della possibilità di usufruire del servizio di ritiro del contante. Lo scopo è quello della "localizzazione e dell'utilizzazione di un servizio" con intento agevolativo di chi è già cliente delle P., che è proprio quello contemplato dalla norma citata.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 giugno 2020, n. 430 - Pres. Celle - Rel. Chiti.

TRIBUTI LOCALI - IMU - immobile - stato di inagibilità - riduzione del tributo.

È dovuta nella misura ridotta del 50% (così come richiesto dal contribuente) l'IMU pretesa in relazione ad un immobile che sia inagibile. A tal fine l'inagibilità consiste in uno stato di degrado materiale che sopravviene e rende la struttura pericolante e fatiscente che rende l'immobile inabitabile in modo da non consentirne l'utilizzo se non con interventi di risanamento completo.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 giugno 2020, n. 427 - Pres. Celle - Rel. Chiti.

TRIBUTI LOCALI - IMU - abitazione principale - nucleo familiare - coniuge "separato di fatto" - rottura del rapporto di convivenza - dimostrazione - agevolazione - spettanza.

Conformemente alla giurisprudenza della Suprema Corte, ai fini IMU, per "abitazione principale", in relazione alla quale non è dovuto il tributo, deve intendersi quella della "residenza familiare" e quindi il luogo dove è posto l'obbligo di convivenza ex art. 143 c.c. in cui si presume la residenza di tutti i componenti della famiglia, salvo che tale presunzione non sia superata dalla prova dello spostamento della residenza o della dimora di uno dei coniugi causato da una rottura del rapporto di convivenza (nella specie, la CTR ha annullato la pretesa avanzata dal Comune di Alassio, per il 2012, in relazione ad un immobile nel quale la contribuente aveva dimostrato di esser residente da sola dal 2001, ossia da quando si era separata di fatto dal marito che si era trasferito in altro comune. Agli atti risultava che il marito, nel diverso comune, aveva corrisposto regolarmente il tributo per la propria abitazione, che i coniugi si erano legalmente separati nel 2014 e che la contribuente aveva dimostrato di aver dimorato effettivamente in Alassio attraverso le bollette dell'energia elettrica, il pagamento della tassa rifiuti ed il rilascio della scheda elettorale).

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte di Cassazione, sez. I pen., 11 dicembre 2020, n. 35544 - Pres. Iasillo - Rel. Aprile - Agenzia delle Dogane e dei Monopoli di Genova c. Casa Automobilistica Ferrari.

(Annulla Ord. Tribunale di Genova 21 novembre 2019, con rinvio al Tribunale di Genova per un nuovo giudizio).

CONFISCA di beni contraffatti - falsa Ferrari Dino - ri-cettazione - messa in circolazione di prodotti con segni falsi - tutela penale del made in Italy - modalità di esecuzione della confisca - distruzione della res - eccezioni - esclusione nel caso di specie.

(Artt. 474 bis c.p. e 16 l. n. 99/2009)

Attesa l'assoluta particolarità del caso, trattandosi di contraffazione del tutto unica e atipica, e oltre tutto avente per oggetto l'auto del marchio italiano più prestigioso nel mondo, non è illegittima la richiesta dell'Agenzie delle Dogane e dei Monopoli di detenere in via definitiva tale oggetto al solo fine di memoria e studio. Tuttavia devono essere tutelate le legittime aspettative della parte offesa (la Casa automobilistica Ferrari) mediante l'individuazione di modalità di esecuzione della confisca che impediscano l'utilizzo o l'esposizione al pubblico dell'oggetto contraffatto e siano dunque equiparabili alla sua distruzione.

L'assegnazione in sede di confisca dell'autovettura all'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli è infatti consentita dall'art. 16 legge n. 99/2009, che prevede l'affidamento ad altri organi dello Stato per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale per soddisfare i fini e gli scopi istituzionali specifici di tali enti. I beni sono invece distrutti qualora tali enti od organi non presentino richiesta di assegnazione, come invece è avvenuto nel caso di specie. (Nel caso di specie, la copia perfetta della Ferrari "196/246 S Dino", prodotta da Maranello nel 1958, e sequestrata ormai dieci anni fa nel porto di Genova dai funzionari dell'Agenzia delle Dogane mentre era in procinto di partire per gli Usa, non verrà più distrutta come richiesto dal "Cavallino" ma collocata dai Monopoli nel "Museo della contraffazione", per finalità di formazione ed istruzione degli agenti. In tal modo, la Cassazione ha definitivamente accolto il ricorso dell'Agenzia contro l'ordinanza del Tribunale di Genova che ne aveva confermato la distruzione, ritenendo condivisibili le preoccupazioni della casa automobilistica "rispetto alla lesione che l'esibizione del bene" poteva determinare al marchio). (1)

(... Omissis...)

Ritenuto in fatto.

1. Con il provvedimento impugnato, il Tribunale di Genova, in funzione di giudice dell'esecuzione, accoglieva l'opposizione presentata nell'interesse di (omissis) S.P.A. avverso l'ordinanza emessa de plano in data 10/9/2019, disponendo la distruzione dell'autovettura falsa tipo (omissis) confiscata a carico di (omissis) con sentenza del Tribunale di Genova in data 8/1/2013 (irr. il 21/6/2014), già affidata in custodia temporanea all'Agenzia della Dogane e dei Monopoli e custodita nel Museo della Contraffazione

presso la sede centrale di detto ente.

2. Ricorre l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova per Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, della quale ha il patrocinio legale, denunciando:

- la violazione della legge processuale perché il giudice dell'esecuzione, sebbene compulsato, non ha verificato la tempestività dell'opposizione presentata da (omissis) S.p.A. (primo motivo);

- la violazione di legge, in relazione all'art. 16 legge n. 99/2009, il quale prevede, tra l'altro, che «1. I beni mobili iscritti in pubblici registri, le navi, le imbarcazioni, i natanti e gli aeromobili sequestrati nel corso di operazioni di polizia giudiziaria per la repressione di reati di cui agli articoli 473, 474, 517-ter e 517 quater del codice penale sono affidati dall'autorità giudiziaria in custodia giudiziale agli organi di polizia che ne facciano richiesta per essere utilizzati in attività di polizia ovvero possono essere affidati ad altri organi dello Stato o ad altri enti pubblici non economici, per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale. [...] 3. Nel caso in cui non vi sia alcuna istanza di affidamento in custodia giudiziale ai sensi del comma 1, l'autorità giudiziaria competente dispone la distruzione dei beni sequestrati secondo le modalità indicate all'articolo 83 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. In caso di distruzione, la cancellazione dei veicoli dai pubblici registri è eseguita in esenzione da qualsiasi tributo o diritto. 4. I beni mobili di cui al comma 1, acquisiti dallo Stato a seguito di provvedimento definitivo di confisca, sono assegnati, a richiesta, agli organi o enti che ne hanno avuto l'uso. Qualora tali enti od organi non presentino richiesta di assegnazione, i beni sono distrutti ai sensi del comma 3. 5. Per quanto non disposto dai commi 1, 2, 3 e 4 si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 301-bis del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 1973, n. 43». Pertanto, secondo l'Avvocatura erariale, l'assegnazione dell'autovettura all'AGENZIA è consentita ex art. 16 legge n. 99/2009, giusta il quale i beni mobili registrati sequestrati nel corso di operazioni di polizia giudiziaria per la repressione dei reati di cui agli artt. 473, 474, 517-ter e 517-quater cod. pen. possono essere affidati ad altri organi dello Stato ovvero ad altri enti pubblici non economici, per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale. Del resto, detti beni, qualora oggetto di confisca: «sono assegnati, a richiesta, agli organi o enti che ne hanno avuto l'uso»; «sono distrutti solo qualora tali enti od organi non presentino richiesta di assegnazione». La disposizione citata prevede che i beni confiscati ivi contemplati possano essere distrutti solo qualora gli enti legittimati non ne abbiano richiesto l'assegnazione. Conseguentemente, la motivazione secondo cui l'operatività della disposizione sarebbe limitata ai «beni mobili registrati di cui può essere disposta la vendita e non certo ai

beni falsi che non possono essere utilizzati» introduce una condizione non prevista dalla norma (che nulla prevede quanto alla legittimità della registrazione), erroneamente addivenendo a limitarne la portata applicativa e determinandone la contraddittorietà con la ratio, volta a consentire l'utilizzo del bene in sequestro qualora vi sia un interesse dell'Amministrazione al suo utilizzo. D'altra parte, l'ordinanza impugnata è meritevole di cassazione nella parte in cui ha ritenuto «che del resto in sentenza era già stata disposta la distruzione del bene e la sua collocazione presso l'Agenzia delle Dogane era stata effettuata al solo fine di ridurre le spese di custodia, in pendenza del procedimento», in quanto si pone in violazione con l'art. 16 legge n. 99/2009, che osta a un'incondizionata distruzione dei beni confiscati (secondo e terzo motivo);

- il vizio della motivazione nella parte in cui ha ritenuto «che condivisibili sono anche le preoccupazioni della p. o. rispetto alla lesione che l'esibizione del bene, apparentemente ben contraffatto, possa determinare al marchio». Si tratta di una motivazione contraddittoria con la rappresentazione dell'interesse pubblico presidiato dall'agenzia, in quanto l'assegnazione non determina alcun danno alla p. o. perché elimina in radice il dubbio della libera circolazione del bene, che costituisce un caso esemplare di contraffazione materiale meritevole di conservazione e studio. Come già si era rappresentato nella memoria depositata nel giudizio di opposizione, infatti, «L'opposizione cui si resiste è incentrata sulla pretesa di tutelare un proprio interesse economico (c.d. annacquamento del marchio).

Sul punto, tuttavia, deve precisarsi quanto segue.

Preliminarmente, deve osservarsi come tale interesse giammai potrebbe essere pregiudicato dall'assegnazione del veicolo a un ente pubblico (quale l'Agenzia resistente) che persegue istituzionalmente, tra gli altri fini che le sono propri, la prevenzione e repressione proprio dei fenomeni di contraffazione. Inoltre, l'assegnazione della vettura è disposta a favore di un ente pubblico che svolge anche funzioni di polizia tributaria e giudiziaria.

Tale finalità e funzioni (di per sé considerate e vieppiù congiuntamente) eliminano in radice il dubbio che la vettura possa essere messa in libera circolazione ovvero, addirittura, essere destinata a usi illeciti.

In conclusione, non sussiste alcun rapporto causale appare apprezzabile tra l'integrità fisica del veicolo (sottoposto a permanente vigilanza doganale) e l'asserita lesione delle posizioni soggettive vantate dalla parte opponente.

L'attività di contrasto alla contraffazione di beni non solo rientra nei compiti istituzionali dell'Agenzia resistente, ma costituisce uno degli obiettivi strategici primari nell'ambito delle attività di polizia giudiziaria e tributaria affidati/e.

Il veicolo confiscato costituisce esemplare di evidente valore storico e scientifico, in quanto prodotto di un'attività che costituisce un caso esemplare di contraffazione. Tali considerazioni avevano già indotto l'agenzia resistente, nell'ambito dei margini di apprezzamento discrezionale riservatole dalla legge, a ritenere il bene in sequestro meritevole di materiale conservazione, al fine di consentirne un'attività di studio e verifica, anche nell'ottica di agevolare l'attività di formazione del personale addetto all'attività di contrasto a reati analoghi

o identici a quello accertato a monte della disposta confisca. Tale esigenza è stata colta e condivisa dall'ordinanza del 1010912019, allorché, come già anticipato ha «ritenuto che occorre valutare l'assoluta particolarità del caso, trattandosi di contraffazione del tutto unica e atipica, e oltretutto avente per oggetto l'auto del marchio italiano più prestigioso nel mondo, e che in tal senso si possa aderire alla richiesta dell'agenzia, di poter detenere in via definitiva tale oggetto al solo fine di memoria e studio, senza esposizione al pubblico, aspetto che tutela anche le legittime aspettative della parte offesa, non potendo l'oggetto contraffatto avere diffusione e potendosi considerare, in questo senso, «distretto», cioè non più esistente nell'ambito degli oggetti di possibile uso».

Le riportate considerazioni attestano la contraddittorietà della difforme conclusione raggiunta dall'ordinanza impugnata, nonché come l'interesse prospettato della (omissis) S.P.A. alla demolizione del bene contraffatto - oltre che generico e non circostanziato - sia recessivo rispetto ai superiori interessi pubblici perseguiti dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, orientati alla prevenzione dei fenomeni di contraffazione, anche attraverso la diffusione della cultura della legalità, di concerto con altre Istituzioni e Forze di Polizia.

Con memoria depositata in data 16/10/2020, l'avv. (omissis) difensore di fiducia di S.P.A. ha preso posizione sui motivi del ricorso, ritenendoli inammissibili o infondati. In particolare, si è fatto notare che la disposizione dell'art. 16, comma 1, n. 99 del 2009 non si applica ai beni illeciti, quale quello in questione, ma unicamente a quelli che possono essere utilizzati per le finalità indicate dalla medesima legge.

Considerato in diritto.

1. Il ricorso è fondato.

1.1. È opportuno premettere quanto segue:

- con sentenza n. 53/2013 del 08/01/2013 il Tribunale di Genova condannava (omissis) peri delitti di cui agli artt. 474e 648 cod. pen. per avere detenuto o messo in circolazione un prodotto con marchio falso e nella fattispecie un'autovettura « (omissis) », contraffatta nel marchio e nelle caratteristiche costruttive, disponendo la distruzione dell'autovettura;

- in data successiva, io stesso Tribunale cfi Genova affidava l'autovettura in custodia, a titolo gratuito, in Roma, presso il Museo della Contraffazione presso la sede centrale dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli;

- la sentenza diveniva irrevocabile il 21/06/2014;

- in data 04/07/2019 la (o"Li'is) S.P.A. chiedeva al Tribunale di Genova di procedere alla distruzione dell'autovettura, chiedendo di ricevere avviso dell'inizio delle operazioni e di essere autorizzato a estrarre copia della documentazione attestante la confisca e la distruzione dell'autovettura;

- in data 24/07/2019 l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli instava per l'assegnazione definitiva del bene, equiparando l'assegnazione alla distruzione poiché l'oggetto contraffatto è un bene del tutto unico nella sua particolarità, da esporre solo d'Orante le visite di lavoro e da esaminare per motivi di studio da parte degli esperti,

escludendo qualunque altro diverso uso;

- pronunciandosi su entrambe le istanze, con ordinanza del 10/09/2019, il Tribunale di Genova, in funzione di giudice dell'esecuzione, rigettava l'istanza della (omissis) S.P.A. e accoglieva quella dell' Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, avendo «ritenuto che occorre valutare l'assoluta particolarità del caso, trattandosi di contraffazione del tutto unica e atipica, e oltre tutto avente per oggetto l'auto del marchio italiano più prestigioso nel mondo, e che in tal senso si possa aderire alla richiesta dell' Agenzia delle dogane, di poter detenere in via definitiva tale oggetto al solo fine di memoria e studio, senza esposizione al pubblico, aspetto che tutela anche le legittime aspettative della parte offesa, non potendo l'oggetto contraffatto avere diffusione e potendosi considerare, in questo senso, “distrutto”, cioè non più esistente nell' “ambito degli oggetti di possibile uso»;

- con istanza presentata il 27/09/2019, il difensore della (omissis) S.P.A. proponeva opposizione ex art. 667, comma 4, cod. proc. pen.; l' Agenzia delle Dogane e dei Monopoli resisteva con memoria, concludendo per la conferma dell'ordinanza opposta;

- con ordinanza del 25/11/2019 il Tribunale di Genova, in funzione di Giudice dell'esecuzione, accoglieva l'opposizione ex art. 667, comma 4, cod. proc. pen., avendo osservato «che invero non pertinente appare il richiamo all'assegnazione ai sensi dell'art. 16 legge n. 99 del 2009 che si applica a beni mobili registrati di cui può essere disposta la vendita e non certo ai beni falsi che non possono essere utilizzati; che condivisibili sono anche le preoccupazioni della p. o. rispetto alla lesione che l'esibizione del bene, apparentemente ben contraffatto, possa determinare al marchio; che dei resto in sentenza era già stata disposta la distruzione del bene e la sua collocazione presso l' Agenzia delle Dogane era stata effettuata al solo fine di ridurre le spese di custodia, in pendenza del procedimento; che l'opposizione va dunque accolta”.

2. È bene chiarire che la finalità tutelata dalla legge n. 99 del 2009 è quella di affidamento del bene agli enti pubblici preposti, indipendentemente dall'uso tipico cui sono destinati, per soddisfare i fini e gli scopi istituzionali specifici di tali enti.

La circostanza, invero pacifica, che l'autovettura in questione non possa circolare, sia perché si tratta di un falso, ma soprattutto perché intrinsecamente inidonea a tale fine per le sue caratteristiche costruttive e perché, in ogni caso, non è suscettibile di immatricolazione, come parimenti risulta non controverso, in mancanza dei requisiti legali per essa previsti, non impedisce affatto che il veicolo possa essere affidato, come modalità di esecuzione della disposta confisca, all'ente pubblico che è istituzionalmente preposto alla lotta alla contraffazione ed è, a tale fine dotato, anche di funzioni di polizia giudiziaria (i funzionari della dogana svolgono funzioni di polizia giudiziaria e tributaria: operano negli spazi doganali e, su delega dell'Autorità giudiziaria, sull'intero territorio e contrastano l'importazione, l'esportazione e la circolazione delle merci sospettate di contraffazione; possono procedere alla visita delle merci e al loro sequestro, alle consegne controllate di spedizioni sospette, ai controlli a posteriori con accesso presso i locali commerciali delle aziende così come

previsto dal codice doganale e dalle altre vigenti disposizioni). L'assegnazione in sede di confisca dell'autovettura all' Agenzia delle Dogane e dei Monopoli è consentita in forza dell'art. 16 legge n. 99/2009, che prevede l'affidamento ad altri organi dello Stato ovvero ad altri enti pubblici non economici per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale.

Del resto, detti beni «sono distrutti solo qualora tali enti od organi non presentino richiesta di assegnazione», sicché i beni confiscati possono essere distrutti solo qualora gli enti legittimati non ne abbiano richiesto l'assegnazione, come invece è avvenuto nel caso di specie.

2.1. L'ordinanza impugnata va annullata con rinvio al giudice dell'esecuzione.

Il giudice dell'esecuzione procederà a nuovo giudizio, attivando se necessario i poteri di cui all'art. 666, comma 5, cod. proc. pen., per valutare - nella più ampia libertà di giudizio - se, per dare esecuzione alla disposta confisca, siano individuabili specifiche modalità esecutive idonee ad assicurare che, ferma restando l'estraneazione del bene dalla possibile circolazione, sia concretamente attuabile l'affidamento all' Agenzia delle Dogane e dei Monopoli in vista dell'attuazione degli interessi pubblici di giustizia e di lotta alla contraffazione.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio per nuovo giudizio al Tribunale di Genova.

(1) La mancata distruzione del bene contraffatto sottoposto a confisca. Una soluzione ragionevole per un caso singolare.

Sommario: 1. *Premessa: un caso singolare.* - 2. *La repressione penale della contraffazione: breve excursus normativo.* - 2.1 *Segue... La confisca di cui all'art. 474 bis c.p.* - 3. *L'eccezione introdotta eccezione introdotta dall'art. 16 della legge n. 99 del 2009.* - 4. *La posizione della S.C.: una scelta “ragionevole” ma di dubbia compatibilità legislativa.*

1. Premessa: un caso singolare.

Con la sentenza in commento, la Corte di cassazione ha annullato l'ordinanza del Tribunale di Genova con cui si disponeva la distruzione di un'autovettura falsa, attualmente affidata in custodia temporanea all' Agenzia delle dogane e dei monopoli e custodita presso il Museo nazionale della contraffazione (1).

L'automobile in questione, un modello di Ferrari d'epoca “contraffatto nel marchio e nelle caratteristiche costruttive”, era stata sottoposta a confisca obbligatoria in seguito alla condanna dell'imputato per i delitti di cui agli art. 474 e 648 c.p., come previsto dall'art. 474 bis c.p.; precisamente, la sentenza del giudice di prime cure, divenuta poi irrevocabile, dopo aver accertato la sussistenza dei reati di ricettazione e di messa in circolazione di prodotti con segni falsi, aveva ordinato la distruzione del bene contraffatto (2).

Distruzione a cui, tuttavia, non si dava seguito, nonostante la domanda presentata dalla persona offesa: il giudice dell'esecuzione presso il Tribunale di Genova, con un'ordinanza datata 10 settembre 2019, accoglieva, infatti, l'i-

stanza dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, con la quale si richiedeva che il provvedimento ablatorio venisse eseguito mediante l'assegnazione definitiva del bene contraffatto all'Agenzia stessa, la quale se ne sarebbe servita per motivi di studio e di formazione del personale.

Il giudice dell'esecuzione riteneva che nella fattispecie *de qua* potesse trovare applicazione l'art. 16 della l. 23 luglio 2009, n. 99, secondo cui i "beni mobili iscritti in pubblici registri [...] sequestrati nel corso di operazioni di polizia giudiziaria per la repressione di reati di cui agli articoli 473, 474, 517 *ter* e 517 *quater* del codice penale sono affidati [...] agli organi di polizia che ne facciano richiesta [...], ad altri organi dello Stato o ad altri enti pubblici non economici, per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale".

Una seconda ordinanza del Tribunale di Genova, pronunciata a seguito dell'opposizione della persona offesa, ribaltava l'esito del giudizio, escludendo che la "finta" Ferrari rientrasse nel novero dei beni assoggettabili alla disciplina del citato art. 16: essa andrebbe, pertanto, distrutta, come già statuito dalla pronuncia di merito, poiché solo in questo modo sarebbe possibile scongiurare il rischio che un'eventuale futura esposizione dell'autovettura falsa "annacqui il marchio italiano più prestigioso nel mondo" (3).

Ebbene, la S.C., nell'accogliere il ricorso dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, ha annullato il provvedimento di distruzione del bene e ha prescritto al giudice del rinvio di individuare le modalità di esecuzione della confisca che garantiscano il soddisfacimento degli interessi della parte pubblica e, al tempo stesso, salvaguardino le ragioni della p.o. La soluzione prospettata dalla Corte sembra il frutto di un delicato - e a nostro avviso ragionevole - bilanciamento fra esigenze contrapposte ma egualmente meritevoli di tutela. Nondimeno, come vedremo tra breve, suscita non poche perplessità l'interpretazione per mezzo della quale la S.C. ha incluso la falsa Ferrari nel catalogo dei beni per cui è attivabile la procedura regolata dall'art. 16 della legge n. 23 del 2019.

2. La repressione penale della contraffazione: breve *excursus* normativo.

Prima di addentrarci nella disamina degli aspetti critici della decisione in commento, occorre brevemente considerare l'apparato di disposizioni che, con l'entrata in vigore della legge n. 23 del 2009, è stato posto della proprietà industriale e intellettuale (4). Come è stato giustamente rilevato in dottrina, la finalità della novella, per lo meno sul versante penalistico, era di implementare gli strumenti repressivi avverso l'annoso fenomeno della contraffazione, gravemente "lesivo del regolare funzionamento dell'economia pubblica e, nella maggior parte dei casi, della fiducia dei consumatori" (5).

Il legislatore è intervenuto, in primo luogo, sulla struttura delle fattispecie incriminatrici, procedendo a una parziale riformulazione e ad un ampliamento dell'"originario nucleo di reati in materia di contraffazione e di marchi" (6). Si pensi, in particolare, alla riscrittura dell'art. 473 c.p. (il delitto di contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti o disegni), dell'art. 474 (recante le fattispecie di "introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi") e all'introduzione dei nuovi reati di cui agli artt. 517 *ter* (rubricato "*fabbricazione e commercio*

di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale") e 517 *quater* c.p. (la "contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari" (7). Prescindendo in questa sede dall'esegesi delle menzionate figure delittuose, basti soltanto rilevare come siffatte disposizioni siano principalmente volte a salvaguardare gli interessi patrimoniali "dei titolari dei diritti di privativa industriale" e quelli dei consumatori (8), mentre passa in secondo piano la tutela della pubblica fede, ossia "dell'affidamento collettivo" dei cittadini nei marchi e nei segni distintivi (9).

2.1 *Segue...* La confisca di cui all'art. 474 *bis* c.p.

La riforma del 2009 non si è, tuttavia, limitata a intervenire sulle fattispecie incriminatrici ma, in conformità alle recenti tendenze di politica criminale (10), ha notevolmente potenziato la disciplina della confisca in caso di condanna per i delitti di cui agli artt. 473 e 474, 517-*ter* e 517-*quater* c.p. (11) L'art. 15 della l. n. 99 del 2009, infatti, ha introdotto nel dettato codicistico l'art. 474 *bis* che, derogando al regime generale di cui all'art. 240 c.p., dispone la confisca obbligatoria anche nei confronti delle cose, a chiunque appartenute, "che servirono o furono destinate a commettere il reato o che ne sono l'oggetto, il prodotto, il profitto" - di norma sottoposte a confisca facoltativa - e non soltanto "delle cose che costituiscono il prezzo del reato" (12).

In tale contesto, il provvedimento ablativo ha carattere marcatamente sanzionatorio, tanto che la stessa giurisprudenza di legittimità gli ha riconosciuto una funzione "generalpreventiva-dissuasiva", assimilandolo, nella sostanza, a una pena accessoria (13). Al singolo giudice non residua dunque alcun margine di discrezionalità, posto che la misura prevista dall'art. 474 *bis* c.p. è un'inevitabile conseguenza della condanna per uno dei delitti *ivi* citati e deve essere applicata a prescindere da ogni valutazione in merito alla concreta pericolosità della *res* (14).

Tornando al caso in esame, è indubbio che nei confronti della Ferrari "falsa" andasse disposta la confisca obbligatoria (15), indipendentemente "dalle possibili diverse utilizzazioni e dalla possibile sostituzione o regolarizzazione da parte della ditta produttrice" (16).

Del resto, anche la giurisprudenza anteriore alla promulgazione della novella del 2009 era pacifica nel ritenere che i beni recanti il marchio contraffatto fossero assoggettabili alla disciplina di cui all'art. 240, comma 2, c.p., poiché rientrano fra quelle cose di cui è vietata la fabbricazione, la circolazione e l'uso (17). Essi pertanto devono essere necessariamente distrutti, non essendo ipotizzabile un loro riutilizzo, una riconversione che ne sani la natura illecita o una futura commercializzazione (18). Il che, chiaramente, oltre a salvaguardare gli interessi della collettività e dell'ordine economico in generale, pone al riparo il titolare della privativa da eventuali pregiudizi patrimoniali che egli potrebbe subire in caso di esposizione al pubblico o di messa in circolazione del prodotto contraffatto (19).

3. L'eccezione introdotta dall'art. 16 della legge n. 99 del 2009.

Da quanto osservato nel precedente paragrafo emerge come i beni sottoposti alla peculiare confisca di cui all'art.

474 *bis* c.p. siano, di norma, destinati ad essere distrutti. Nondimeno, l'art. 16 della legge n. 99 del 2009 ha introdotto un'importante eccezione intorno alla quale si sviluppa l'*iter* motivazionale della sentenza in commento.

Il punto controverso risiede, essenzialmente, nella possibile inclusione dell'autovettura contraffatta nel catalogo dei beni per cui è consentito l'affidamento agli organi di polizia, dello Stato o di altri enti pubblici non economici in vista del perseguimento di scopi istituzionali o di giustizia. Come accennato in premessa, la questione viene risolta in senso affermativo dalla prima ordinanza del giudice dell'esecuzione che, considerata "l'assoluta particolarità del caso" e l'"unicità della contraffazione", ha accolto la richiesta dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli di poter conservare la "falsa" Ferrari d'epoca per soli motivi "di memoria e di studio", applicando proprio il menzionato articolo 16.

Articolo 16 che è stato tuttavia oggetto di un'interpretazione più restrittiva da parte del giudice che ha deciso sull'opposizione presentata dai rappresentanti legali della Ferrari: siffatta disposizione riguarderebbe i soli beni mobili iscritti in pubblici registri "di cui può essere disposta la vendita" - come ad esempio i mezzi utilizzati per il trasporto della merce falsa - e di certo non i prodotti contraffatti, che costituiscono l'oggetto del reato e non sono passibili di una futura riutilizzazione lecita. La conservazione presso il Museo delle dogane di un'autovettura falsa, ma "apparente ben contraffatta", oltre a non garantire il pieno soddisfacimento degli interessi della persona offesa, non troverebbe nemmeno una valida giustificazione nel richiamo all'art. 16 della l. n. 99/2009, il cui campo operativo risulta decisamente più circoscritto.

Ebbene, la lettura proposta nel secondo grado di giudizio pare, a nostro avviso, rispettosa del tenore letterale della norma: la "finta" Ferrari non rientra, infatti, nel novero dei beni mobili registrati, perché "intrinsecamente inidonea" alla circolazione e radicalmente sprovvista dei requisiti legali per l'immatricolazione. Ragione per cui deve necessariamente escludersi che nel caso di specie le modalità di esecuzione del provvedimento ablatorio possano seguire il peculiare *iter* descritto dall'art. 16 della l. n. 99/2009.

4. La posizione della S.C. : una scelta ragionevole ma di dubbia compatibilità legislativa.

La soluzione cui pervengono i giudici di legittimità è il risultato di un non facile compromesso fra i contrapposti interessi dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli e del titolare del diritto di privativa. La Cassazione, smentendo sul punto la seconda ordinanza pronunciata dal giudice dell'esecuzione presso il Tribunale di Genova, ha ritenuto che la fattispecie *de qua* ricada a pieno titolo nell'ambito di applicazione del più volte citato art. 16.

L'assegnazione definitiva del bene all'Agenzia delle dogane risponderebbe, infatti, a quelle "finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale" specificamente indicate nella norma, in quanto uno dei principali obiettivi strategici perseguiti dall'autorità richiedente è proprio il contrasto dei "fenomeni criminali come contrabbando, contraffazione, riciclaggio e traffico illecito di armi, droga, rifiuti, alimenti e farmaci non rispondenti alla normativa sanitaria vigente" (20).

Ben si comprende, allora, come la conservazione dell'automobile - ritenuta un "caso esemplare di contraffazione dall'evidente valore storico e scientifico" - sia esclusivamente volta allo svolgimento di un'attività di studio e di formazione del personale che, com'è noto, ricopre funzioni di polizia giudiziaria ed è chiamato quotidianamente a confrontarsi con reati simili a quelli "accertati a monte della disposta confisca".

Tuttavia, il fatto che l'affidamento del bene all'Agenzia delle dogane risponda alle esigenze istituzionali dell'ente, non giustifica la lesione delle "legittime aspettative" della persona offesa, secondo cui la mancata distruzione della vettura potrebbe esporre il marchio "Ferrari" al pericolo di un futuro annacquamento.

Ecco perché la S.C., pur concludendo per l'astratta applicabilità dell'art. 16 della l. n. 99 del 2009, ha demandato al giudice del rinvio il delicato compito di valutare la "concreta attuabilità" della confisca secondo modalità che, da un lato, tengano conto degli interessi pubblici dell'Agenzia delle dogane e della particolarità del bene in oggetto, e dall'altro impediscano che l'automobile sia visibile al pubblico o possa eventualmente circolare.

La scelta operata dalla sentenza in commento risulta, nella sostanza, condivisibile, se non fosse per la "forzatura interpretativa" a cui viene sottoposto l'art. 16: è infatti da escludere che un'autovettura falsa, e per di più priva dei "requisiti costruttivi minimi" per la circolazione, possa essere iscritta "in un pubblico registro", trattandosi *de facto* di una semplice riproduzione modellistica. In proposito, ha sicuramente colto nel segno la seconda ordinanza pronunciata dal giudice dell'esecuzione che, come si è visto, ha ritenuto non pertinente il richiamo all'art. 16.

Un'opzione egualmente ragionevole, ma rispettosa del dato normativo, sarebbe stata, probabilmente, quella di ricondurre il caso di specie nell'alveo dell'art. 301 *bis* del Testo unico in materia doganale (il d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 80), che disciplina la procedura di destinazione dei beni sequestrati o confiscati nel corso di operazioni anticontrabbando, spesso condotte dalla stessa Agenzia delle dogane.

Il primo comma dell'art. 301 *bis* presenta, invero, una formulazione in gran parte simile all'art. 16 della legge n. 99 del 2009, in quanto prevede che gli organi di polizia, gli organi dello Stato o gli altri enti pubblici non economici possano ottenere l'affidamento delle cose sottoposte a confisca "per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale" (21). Tuttavia, in seguito a una modifica legislativa del 2008 (22), tale articolo si applica anche nei confronti dei beni mobili non registrati e, quindi, non vi sarebbe alcun ostacolo alla sua operatività nel caso della falsa "Ferrari".

Questa conclusione troverebbe, peraltro, conferma nel capoverso finale dell'art. 16 della legge 99 del 2009, che, per quanto non espressamente disposto dai primi quattro commi, rinvia proprio alla disciplina contenuta nell'art. 301 *bis* del d.P.R. 80 del 1973.

Gabriele Pontepino
Dottorando di ricerca in diritto penale
Università degli Studi di Genova

Note.

(1) Per una precisa ricostruzione della vicenda da cui prende le mosse la sentenza in esame si legga M. Caprino, *Le Dogane battono Ferrari in Casazione: salvata dalla rottamazione falsa "Dino" degli anni '50*, in *www.il-Sole24ore*, 19 dicembre 2020.

(2) Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 8 gennaio 2013, n. 53.

(3) Cfr. Tribunale di Genova, ord. 25 novembre 2019.

(4) La legge n. 23 del 2009, recante "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia" conteneva, in realtà, una pluralità di disposizioni fra loro eterogenee, che perseguivano il comune scopo di rilanciare l'economia dello Stato, favorendo la "crescita unitaria del sistema produttivo nazionale". Per un'accurata esegesi del dettato normativo si leggano, tra gli altri: G. Florida, *La «mini-riforma» della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2009, 461 ss.; G. Manca, *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana: prospettive e ripercussioni della Legge 23 luglio 2009, n. 99*, Padova, 2009; I. Marengi, *Brevi note a margine della riforma del diritto penale industriale*, in *Dir. Ind.*, 2009, 465 ss.; D. Sangiorgio, L. Musso, *La tutela penal-industriale dopo la riforma del 2009*, in *Corr. merito, supp.*, 2011.; A. Giarda, *Ridisegnato il perimetro della tutela penale dei diritti di proprietà industriale*, in *Corr. merito*, 2009, 1057 ss.; F. Cingari, *Premessa e commento agli artt. 15, 16 e 17 della l. 23.7.2009 n. 99*, in *LP*, 2009, 617 ss.; P.L. Roncaglia, *La nuova tutela penale dei titoli di proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 4-5/2010, 195 ss.

(5) In questo senso A. Madeo, *Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10. L'A. evidenzia come le disposizioni siano volte a sanzionare ogni tipo di contraffazione, "da quella idonea a trarre in inganno i consumatori a quella grossolana, riconosciuta e incentivata dai consumatori"; sui profondi mutamenti criminologici che hanno riguardato il fenomeno della contraffazione si legga, diffusamente, F. Cingari, *Il contrasto alla contraffazione: evoluzione e limiti dell'intervento penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1064 ss.

(6) Sul punto G. Manca, *Il diritto penale dei marchi e del made in Italy*, Padova, 2017, 114.

(7) Oltre a siffatte ipotesi delittuose, l'art. 15 della legge n. 99 del 2009 ha introdotto nel dettato codicistico gli artt. 474 474 *ter* e 474 *quater* c.p., che prevedono, rispettivamente un'aggravante - applicabile laddove "i delitti puniti dagli articoli 473 e 474, primo comma, sono commessi in modo sistematico ovvero attraverso l'allestimento di mezzi e attività organizzate" - e un'attenuante a effetto speciale, applicabile, invece, "nei confronti del colpevole che si adopera per aiutare concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nell'azione di contrasto dei delitti di cui ai predetti articoli 473 e 474, nonché nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura dei concorrenti negli stessi, ovvero per la individuazione degli strumenti occorrenti per la commissione dei delitti medesimi o dei profitti da essi derivanti".

(8) Si leggano, in proposito, le puntuali osservazioni di F. Cingari, *Il contrasto alla contraffazione: evoluzione e limiti dell'intervento penale*, cit., 1065, secondo cui "la trasformazione qualitativa della contraffazione ha comportato un mutamento del bene giuridico" offeso.

(9) Così, G. Manca, *Il diritto penale dei marchi e del made in Italy*, cit., 114, ad avviso del quale "l'intervento del legislatore del 2009 si presenta in antitesi, anche testuale, con la sopravvivenza di ogni lettura del bene giuridico degli artt. 473 e 474 c.p." in ottica pubblicistica. In termini analoghi G. Cocco, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 68. Al contrario, secondo A. Bassi, sub art. 473 c.p., in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, II, Milano, 2019, 3167 ss., si tratterebbe di fattispecie plurioffensive che tutelano la pubblica fede, "le privative sui marchi registrati, l'interesse alla regolarità del commercio e dell'industria e, più in generale, l'economia nazionale". In giurisprudenza v. Cass., S.U., 18 dicembre 2007, n. 46982, con nota di S. De Flammineis, *La plurioffensività dei reati di falso tra normativa attuale e prospettive di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1133 ss.

(10) A. Madeo, *Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti*, cit., 11.

(11) L'azione di potenziamento dell'apparato repressivo contro la contraffazione è completata "dall'introduzione della confisca per equivalente, che consente l'apprensione delle cose che, pur non essendo legate al reato, hanno un valore corrispondente al profitto derivante da esso" e da una riforma dell'art. 12 *sexies* del d.l. 306/1992 che ha incluso l'associa-

zione finalizzata al compimento dei reati di cui agli artt. 473, 474, 517 *ter* e 517 nell'elenco dei reati per cui è prevista la confisca dei valori di cui il condannato non riesca a giustificare la provenienza. Infine, le fattispecie *de quo* sono stati inserite nel catalogo dei "reati presupposto" per l'integrazione della responsabilità amministrativa degli enti *ex d.lgs.* 231/2001. Sul punto si veda F. Cingari, *Il contrasto alla contraffazione: evoluzione e limiti dell'intervento penale*, cit., 1065.

(12) Per una dettagliata analisi dell'art. 474 *bis* c.p. si rimanda a L. Varanelli, sub art. 474 *bis* c.p., in T. Epidendio, G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, 722 ss.; A. Bassi, sub art. 474 *bis* c.p., in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, II, cit., 3185 ss.

(13) In tal senso Cass., Sez. II, 26 maggio 2010, n. 35029; Cass., Sez. I, 19 aprile 2013, n. 25625, reperibili in *De Jure*; come rileva G. Gualtieri, sub art. 474 *bis* c.p., in E. Dolcini, G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, II, Milano, 2015, 2255 ss., tale ipotesi di confisca sarebbe assoggettata alle garanzie che la CEDU riserva alle sanzioni aventi "natura penale" (così come definite da noti criteri Engel) e, in particolar modo, al principio di irretroattività sancito dall'art. 7 della Convenzione. Per un'ampia panoramica sulle "particolari" tipologie di confisca progressivamente introdotte nel dettato codicistico e nella legislazione speciale e sulla loro incerta natura giuridica si leggano A. Macchia, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. pen.*, 2016, 2719 ss. nonché G. Civello, *La confisca nell'attuale spirito dei tempi tra punizione e prevenzione*, in *Arch. pen.*, 3/2019, 1 ss.

(14) Nitida, in proposito, Cass., Sez. II, 15 luglio 2011, n. 27961, in *De Jure* secondo cui l'art. 474 *bis* c.p. "ha introdotto [...] un'ipotesi di confisca obbligatoria relativamente a situazioni che altrimenti rimarrebbero regolate dall'art. 240 c.p., comma 1, imponendo caso per caso un'indagine circoscritta esclusivamente alla configurabilità del rapporto tipico previsto dalla legge tra cosa sottoposta a sequestro e reato, senza margini di discrezionalità sull'opportunità della misura cautelare reale in rapporto all'eventuale eccesso di tutela dei corrispondenti interessi social preventivi".

(15) Nello stesso senso Cass., Sez. V, 19 maggio 2010, n. 19058, in *De Jure*.

(16) Cfr. A. Bassi, sub art. 474 *bis* c.p., cit., 3186.

(17) *Ex plurimis*, Cass., Sez. V, 8 febbraio 1993, n. 2015, Rv. 193210-01; Cass. Sez. II, 29 ottobre 2008, n. 44380, in *De Jure*. In dottrina, per tutti A. Conforti, sub art. 474 c.p., in G. Lattanzi, E. Lupo (diretto da), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenze e dottrina*, Milano, 2010, 113. Alla riforma del 2009 deve comunque essere riconosciuto il merito di aver definitivamente chiarito che, in caso di beni aventi marchio falso, la confisca non ha ad oggetto il solo marchio contraffatto ma si estende anche ai prodotti stessi.

(18) Sul punto P. Troncone, *La confisca ex art. 474-bis c.p. dei beni del terzo estraneo e la sua responsabilità "derivata"*, in *Cass. pen.*, 2018, 980; M. Antinucci, *Sequestro probatorio e procedimento per la distruzione delle merci illecite o contraffatte. I procedimenti complementari*, in A. Gaito, G. Spangher (a cura di), *La giustizia penale differenziata*, III, Torino, 2011, 829.

(19) Cass., Sez. III, 3 marzo 2016, n. 8653, in *Dir. & Giust.*, 2016, 35 ss., commentata da P. Grillo, *Una Ferrari taroccata? Che delitto! Curiosamente, anche il caso deciso da siffatta pronuncia riguardava la vendita di una "falsa" Ferrari che, in seguito alla condanna dell'imputato per il delitto di cui all'art. 517 *ter* c.p., fu confiscata e successivamente distrutta.*

(20) Si veda, in proposito, il portale istituzionale dell'Agenzia, *www.adm.gov.it*.

(21) Per chiarezza esplicativa riportiamo il testo del primo comma dell'art. 301 *bis*: "I beni mobili compresi quelli iscritti in pubblici registri, le navi, le imbarcazioni, i natanti e gli aeromobili sequestrati nel corso di operazioni di polizia giudiziaria anticontraffando, sono affidati dall'autorità giudiziaria in custodia giudiziale agli organi di polizia che ne facciano richiesta per l'impiego in attività di polizia, ovvero possono essere affidati ad altri organi dello Stato o ad altri enti pubblici non economici, per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale".

(22) Ci riferiamo alla modifica disposta dall'art. 61, comma 26, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla L. 6 agosto 2008, n. 133 con cui, nel primo comma del citato art. 301 *bis*, dopo le parole "beni mobili" sono inserite le parole "compresi quelli". Per un commento a tale intervento legislativo si legga F. Rapisarda, *Considerazioni sulla disciplina del reato di contraffando in chiave comunitaria: nuove prospettive*, in *Fisco it.*, 2005, 6020 ss.

Massimario

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 6 novembre 2020, n. 2438 - Giudice Unico Maggio.

CITTADINI extracomunitari - divieto di assunzione di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno - contratto di lavoro a tempo determinato - irrilevanza.

ELEMENTO soggettivo - dolo - manifestazioni concrete buona fede datore di lavoro - insussistenza.

(Art. 22 D.Lgs. 286/1998)

Ai fini della configurabilità del reato di assunzione di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, il concetto di occupazione che figura nell'art. 22 D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) si riferisce all'instaurazione di un rapporto di lavoro che già di per sé integra gli estremi di una condotta antigiusuridica, qualora il soggetto assunto sia un cittadino extracomunitario privo del citato permesso, indipendentemente da qualunque delimitazione temporale dell'attività in questione; tuttavia è ammesso il dubbio sull'elemento soggettivo del datore di lavoro in presenza di manifestazioni concrete della sua buona fede (quali ad es. pagamento di contributi, emissione di CUD).

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 9 febbraio 2021, n. 549 - G.O.T. Dallara.

CONTRAVVENZIONI di polizia - disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone - distorta percezione della persona offesa - insussistenza.

(Art. 659 c.p.)

Non si concretizza la contravvenzione di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone a carico di colui che non impedisca gli strepiti dei propri animali, ove il disturbo sia accresciuto dalla distorta percezione da parte della persona offesa, dovuta alle circostanze del caso concreto.

Nel caso in oggetto, infatti, l'imputato non aveva impedito gli strepiti dei propri animali domestici, ma il Giudice non ha ritenuto raggiunta la prova della contravvenzione sulla base del fatto che la percezione del disturbo da parte della persona offesa era stata amplificata dalla contiguità materiale della zona occupata dagli animali rispetto all'appartamento della stessa persona offesa, ossia in corrispondenza della camera da letto.

FBAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 ottobre 2020, n. 2015 - Giudice Unico Lepri.

DELITTI contro il patrimonio - furto all'interno di esercizio commerciale - qualificazione - furto in abitazione - insussistenza - furto aggravato dal mezzo fraudolento - sussistenza.

(Artt. 624, 624 bis e 625 c.1 n. 2 c.p.)

E esclusa la configurabilità del delitto di furto in abitazione ex art. 624 bis c.p. in capo a colui che sottragga beni mobili altrui introducendosi all'interno di un locale chiuso al pubblico scavalcando il cancello di ingresso, condotta che deve invece essere inquadrata nel reato di furto aggravato dall'uso di mezzo fraudolento ai sensi degli artt. 624 e 625 c. 1 n. 2 c.p..

Il Giudice, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità sul tema, affermava come il furto commesso all'interno di un esercizio commerciale aperto al pubblico integri la fattispecie di furto in abitazione solo qualora il luogo presenti spazi funzionali allo svolgimento della vita privata di coloro che al suo interno si trattengano e ove sia accertata la presenza di persone intente a svolgere attività lavorativa in orario notturno.

Nel caso di specie, non esistendo all'interno del locale spazi di tale tipo e non essendo ivi presente alcuna persona al momento del fatto, il Giudice concludeva riqualificando la condotta oggetto di contestazione nella fattispecie di furto aggravato dall'utilizzo di mezzi fraudolenti, tra i quali può essere pacificamente ricompreso - secondo quanto affermato dalla Suprema Corte (Cass. n. 47592/2019) - lo scavalcamento della recinzione predisposta dal titolare della proprietà per proteggere la stessa da intrusioni.

FBAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 3 dicembre 2020, n. 2860 - G.O.T. Dallara.

DELITTI contro il patrimonio - invasione di terreni o edifici - immediato allontanamento - sussistenza.

(Artt. 633 C.p.)

È integrato il delitto di invasione di terreni o edifici ai sensi dell'art. 633 C.p. dalla condotta di chi abusivamente - con violenza e senza l'autorizzazione del titolare - faccia ingresso nel terreno o nell'edificio al fine di occuparlo, a nulla rilevando la condotta successiva di immediato allontanamento, avendo la fattispecie in questione carattere di reato istantaneo.

Nel caso di specie, il Giudice riteneva responsabile del delitto ex art. 633 C.p. l'imputato che, mediante violenza consistita nell'uso di un cacciavite, si era introdotto abusivamente in un appartamento di proprietà pubblica trattenendovisi soltanto per pochi minuti, non essendo venuto meno l'elemento oggettivo del reato, consistente nell'invasione dell'edificio al fine di occuparlo ed essendo irrilevante la condotta successiva di abbandono del luogo.

FBAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 12 ottobre 2020, n. 2071 - Giudice Unico Lucchini.

DELITTI contro il patrimonio - invasione di terreni o edifici - assegnatario di alloggio che permanga contro la volontà dell'avente diritto - elemento oggettivo - insussistenza - elemento soggettivo - dolo specifico di invasione per trarre profitto - insussistenza.

(Artt. 633 c.p.)

Non integra il delitto di invasione di terreni o edifici di cui all'art. 633 c.p. la condotta di chi, assegnatario di un immobile ad uso abitativo e in seguito decaduto dall'assegnazione, continui a vivere nell'immobile pagando regolarmente le utenze fino al momento dell'identificazione da parte dell'ente proprietario dell'abitazione.

Il Giudice ha, in primis, ricordato come la Suprema Corte abbia chiarito che non sussiste il reato in oggetto nella condotta di colui che, entrato nell'alloggio come legittimo abitatore, vi permanga poi contro la volontà dell'avente diritto, posto che il reato parla di "invasione", concetto che postula una condotta arbitraria (Cass. n. 1437/1995) e ha inoltre rilevato come, nel caso di specie, mancasse in capo al soggetto agente il dolo specifico richiesto dalla norma incriminatrice, ovvero la coscienza e volontà di porre in essere una condotta di invasione per trarne profitto.

FBAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 5 ottobre 2020, n. 1959 - Giudice Unico Vignale.

DELITTI contro il patrimonio mediante frode - truffa - utilizzo di internet - aggravante - insussistenza.

(Art. 640 c. 2 n. 2 bis c.p.)

L'utilizzo di internet non è da solo sufficiente ad integrare l'aggravante del reato di truffa prevista all'art. 640 c. 2 n. 2 bis C.p.. Così facendo infatti si attribuirebbe carattere circostanziale ad una delle possibili modalità della condotta di truffa (Cass. 40045/2018).

Nel caso di specie, l'imputato, con artifici e raggiri consistiti nella pubblicazione sul social network Facebook di un'inserzione relativa alla vendita di due capi d'abbigliamento, inducendo in errore la persona offesa in relazione all'effettiva esistenza dei predetti beni, otteneva un ingiusto profitto e non provvedeva alla consegna della merce.

Il Giudice, rilevando da un lato che non era stata raggiunta la prova circa un concreto e consapevole approfittamento del mezzo internet a fini ingannatori e, dall'altro, che la persona offesa, avendo avviato un'attività di commercio online, era consapevole delle modalità di svolgimento di tale commercio e delle precauzioni da adottare in caso di acquisto, escludeva l'aggravante dell'aver commesso il fatto profittando di condizioni tali da ostacolare la privata difesa ai sensi dell'art. 640 c. 2 n. 2 bis C.p..

M.CAP.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 16 febbraio 2021, - Giudice Unico Vignale.

DELITTI contro il patrimonio mediante frode - truffa - artifici e raggiri - assunzione in "nero" con la promessa della regolarizzazione - insussistenza.

(Art. 640 c.p.)

In caso di assunzione "in nero", per giunta non retribuita appieno, non costituiscono artifici e raggiri rilevanti ex art. 640 c.p. le condotte dei datori di lavoro che inducono il lavoratore a prestare la propria opera con la promessa di una assunzione in regola. In primo luogo infatti occorrerebbe provare che il mancato pagamento dell'attività lavorativa svolta sia stato fraudolentemente preordinato e non sia dipeso da circostanze sopravvenute, cosa che genererebbe solo un inadempimento contrattuale in rela-

zione al quale il lavoratore potrebbe ottenere tutela nella competente sede civile; in secondo luogo perché, per effetto dell'ipotizzato inganno, il lavoratore non compirebbe alcun atto di disposizione patrimoniale avendo solo un mancato guadagno.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione collegiale, sezione I, collegio I, 1 ottobre 2020, n. 1912 - Est. Cascini.

DELITTI contro il patrimonio - rapina impropria - merce occultata sulla persona - mancato superamento delle casse - atti idonei diretti in modo non equivoco ad assicurarsi l'impunità - tentativo - sussistenza.

(Art. 628 c.p.)

È configurabile il delitto di rapina impropria nella forma del tentativo e non della consumazione in capo al soggetto che, all'interno di un supermercato, occulti della merce sulla propria persona e, tentando di superare le casse senza pagare, allo scattare dell'allarme di sicurezza ponga in essere mediante violenza o minaccia atti idonei diretti in modo non equivoco ad assicurarsi l'impunità e a consolidare il possesso dei beni detenuti, non riuscendo nell'intento per cause indipendenti dalla propria volontà.

Nel caso di specie il Giudice valutava la condotta dell'imputato - che, occultata la merce su di sé, tentava di oltrepassare le casse senza pagare e, una volta scattato l'allarme antitaccheggio, brandiva una bottiglia contro gli addetti alla sicurezza per tentare di consolidare il possesso dei beni, senza poi riuscirci proprio per l'intervento di questi ultimi - come integrante il delitto di rapina impropria circoscritto alla soglia del tentativo, in ragione del fatto che egli veniva bloccato dal personale di vigilanza prima di varcare la barriera delle casse e che tale personale manteneva costantemente il controllo sulla res in modo da essere in grado di recuperarla autonomamente.

FBAR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 19 novembre 2020 - Giudice Unico Lovesio.

DELITTI contro la fede pubblica - falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico - condanna per reato successivamente depenalizzato - dichiarazione di non aver riportato condanne - insussistenza.

(Art. 483 c.p.)

In caso di condanna irrevocabile per reato successivamente depenalizzato, non è configurabile il delitto di cui all'art. 483 cod. pen. qualora l'agente, in una dichiarazione sostitutiva di certificazione destinata ad un pubblico ufficio, in data posteriore all'intervenuta depenalizzazione, abbia affermato di non aver riportato condanne penali.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 29 settembre 2020, n. 1892 - Giudice Unico Petri.

DELITTI contro la libertà morale - minaccia - reato di pericolo - gravità - precedenti condotte - idoneità minatoria.

(Art. 612 c. 2 C.p.)

È configurabile il delitto di minaccia grave in capo al soggetto che proferisca espressioni verbali che, pur non trasformandosi

in una lesione concreta del bene giuridico tutelato, siano idonee ad incutere timore e turbamento nel soggetto passivo - menomandone la libertà morale - per il tenore che presentano e in considerazione del contesto in cui si collocano.

Nel caso di specie, il Giudice riteneva sussistente il carattere di gravità rispetto alla condotta minacciosa posta in essere dall'imputato, dal momento che questo - già responsabile di ulteriori aggressioni in passato - si era avvicinato alla persona offesa brandendo una bottiglia rotta e minacciando di bruciare il di lei locale, arrecando alla stessa un turbamento dovuto alla prospettiva di un male notevole, serio e imminente.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 21 ottobre 2020, n. 2199 - Giudice Unico Lepri.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose e con violenza alle persone - impossessamento di somma di denaro - diritto di credito - rapina - esclusione - ragion fattasi - sussistenza.

(Artt. 628, 392 e 393 c.p.)

Non è configurabile il delitto di rapina ex art. 628 c.p., bensì i meno gravi delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose e alle persone ai sensi degli artt. 392 e 393 c.p. allorché il soggetto agente si impossessi, sottraendola al proprietario mediante l'utilizzo di violenza sulle cose e sulle persone, di una somma di denaro della quale la persona offesa era debitrice nei suoi confronti.

Nel caso di specie, il Giudice, essendo pacifica la circostanza per cui l'imputato era all'epoca dei fatti creditore di somme nei confronti del querelante, riteneva che le condotte contestate rappresentassero la traduzione in atto dell'intento del soggetto agente di esercitare le proprie ragioni. Esercizio peraltro arbitrario, esistendo alternativi rimedi legali ai quali l'imputato avrebbe potuto fare ricorso.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 febbraio 2021, n. 591 - Giudice Unico Baldini.

DELITTI contro la persona - lesioni personali stradali gravi o gravissime - investimento di pedone improvvisamente immessosi sulla carreggiata - colpa - insussistenza.

(Art. 590 bis c.p.)

Non è punibile per lesioni personali stradali colui che, alla guida del proprio mezzo, investa un pedone immessosi nella carreggiata all'improvviso, in assenza di strisce pedonali e senza controllare preventivamente il flusso veicolare, quando l'azione di quest'ultimo avvenga con tempistiche e modalità tali da escludere qualsiasi possibilità, per il guidatore, di reagire ed evitare l'evento dannoso dell'impatto.

Nel caso di specie il Giudice - dopo aver ricordato che il delitto colposo deve essere caratterizzato dalla rimproverabilità dello stesso in capo al soggetto agente e, quindi, devono sussistere margini di prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso - assolveva l'imputato con la formula secondo cui il fatto non costituisce reato poiché veniva accertato che il conducente procedeva entro i limiti di velocità consentiti mantenendo la

destra della carreggiata mentre il pedone impegnava la strada senza aver preventivamente controllato il traffico, in assenza di strisce pedonali, comparso all'improvviso nel campo visivo dell'imputato, rendendo così impossibile - per ragioni legate al tempo di reazione psicotecnico - qualsiasi azione da parte del guidatore finalizzata ad evitare lo scontro e le conseguenti lesioni patite dal pedone stesso.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 ottobre 2020, n. 2030 - G.O.T. Lucchini.

DELITTI contro la pubblica amministrazione - oltraggio a pubblico ufficiale - mancata percezione dell'offesa da parte di terze persone - insussistenza.

(Art. 341 bis c.p.)

Non è integrato il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale a carico di colui che proferisca frasi dal tenore offensivo all'indirizzo di un pubblico ufficiale ove non vengano soddisfatti i requisiti oggettivi della condotta richiesti dalla nuova versione del reato in causa, reintrodotta nel 2009 e oggi previsto dall'art. 341 bis c.p.

Nel caso di specie, il Giudice ricordava come la Corte di Cassazione si sia espressa nel senso di richiedere, ai fini della configurabilità del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, la presenza di ulteriori elementi di carattere oggettivo oltre all'offesa dell'onore e della reputazione, quali: l'offesa a danno del pubblico ufficiale deve avvenire in presenza di più persone; l'offesa si deve realizzare in un luogo pubblico o aperto al pubblico; la condotta offensiva deve essere tenuta in un momento in cui il pubblico ufficiale compie atti di ufficio e a causa o nell'esercizio delle sue funzioni, stante il fatto che ciò che viene riprovato dall'ordinamento non è la lesione dell'onore del pubblico ufficiale in sé, ma la diffusione della percezione di tale offesa e la sua possibile interferenza perturbatrice con l'esercizio della potestà pubblica (Cass. n. 42900/2013).

Il Giudice, pertanto, concludeva nel senso di escludere, nel caso di specie, la configurabilità del delitto ex art. 341 bis c.p., stante l'assenza di percezione delle offese a danno del pubblico ufficiale da parte di terze persone.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 14 ottobre 2020, n. 2111 - Giudice Unico Barilari.

DELITTI contro la pubblica amministrazione - sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa - disponibilità dell'automobile in attesa del passaggio di proprietà - attenuante dell'essere proprietario - sussistenza.

(Art. 334 c. 2 c.p.)

È punibile ai sensi dell'art. 334 comma 2 c.p. - che prevede un trattamento sanzionatorio attenuato ove a compiere la condotta di sottrazione, soppressione, distruzione, dispersione o deterioramento sia il proprietario della cosa sottoposta a sequestro, affidata alla sua custodia - colui che, pur non risultando formalmente intestatario del bene, ne risulti l'effettivo proprietario, dovendosi considerare in senso estensivo la nozione di proprietario, intesa non coincidente con quella civilistica.

Nel caso di specie, il Giudice riteneva sussistente la circostanza attenuante prevista dal comma 2 dell'art. 334 c.p. - consistente nell'essere proprietario del bene sottoposto a sequestro oggetto del reato - siccome, pur non risultando l'imputato formale intestatario dell'automobile sequestrata, poteva rilevarsi come egli avesse l'effettiva disponibilità del bene e ne fosse il reale utilizzatore grazie a indicatori quali il possesso del veicolo, il fatto che il mezzo fosse passato in proprietà all'imputato solo pochi giorni dopo il sequestro, la circostanza che l'intestatario formale fosse di tutta evidenza una società concessionaria o venditrice di auto oltre che i principi generali in tema di conclusione dei contratti.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 16 febbraio 2021 - Giudice Unico Vignale.

DELITTI contro l'incolumità - commercio o somministrazione di medicinali guasti - trasporto di farmaci in blister - mancanza della confezione originale - insussistenza.

(Art. 443 c.p.)

Non sussiste la violazione dell'art. 443 c.p. in caso di trasporto di farmaci in blister non inseriti nelle scatole che ne costituiscono la confezione.

Si osserva in proposito che, in assenza di ulteriori elementi, la mancanza della confezione originale - "imballaggio esterno o confezionamento secondario" secondo la definizione contenuta nel D.Lgs. 219/2006 (che ha attuato in Italia le direttive riguardanti il codice comunitario in materia di medicinali per uso umano) - non è sufficiente a far ritenere che un farmaco sia in cattivo stato di conservazione, tanto più se non risulta che i blister contenenti le capsule - che secondo il D.Lg. 219/2006 costituiscono il "confezionamento primario" a diretto contatto con i medicinali - siano danneggiati o comunque deteriorati.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 15 ottobre 2020, n. 2119 - Giudice Unico Vignale.

MISURE di prevenzione e antimafia - divieto di ingresso nel Comune - violazione - presenza transitoria nello scalo ferroviario - non punibilità ex art. 131 bis.

(Art. 76 D.Lvo 159/2011, art 131 bis c.p.)

Non è punibile per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131 bis c.p. il soggetto che, in violazione della misura di prevenzione del divieto di ingresso nel Comune di Genova disposta dal Questore ex art. 2 D.Lvo 159/2011, sia identificato sul territorio del Comune in via del tutto transitoria.

Nel caso di specie, infatti, veniva rilevata la presenza dell'imputato all'interno della stazione ferroviaria di Genova Piazza Principe e il Giudice riteneva credibile che egli, proveniente da Novara, si trovasse nello scalo ferroviario esclusivamente per ragioni logistiche, al fine di raggiungere la città di Chiavari, ove aveva la residenza.

M.CAP.

Tribunale di Genova, sez. GIP - GUP, 25 gennaio 2020 - GIP Nutini.

PROCESSO PENALE - archiviazione - opposizione pre-

sentata presso ufficio giudiziario incompetente - tardività - inammissibilità.

(Art. 408 c.p.p.)

DIFFAMAZIONE - notorietà e volontaria esposizione mediatica di una persona - più intenso interesse pubblico alla notizia - continenza della notizia - veridicità dei fatti - insussistenza del delitto.

(Artt. 595, commi 1 e 3, c.p.)

È inammissibile l'opposizione alla richiesta di archiviazione presentata presso un ufficio giudiziario incompetente e pervenuta successivamente alla scadenza del termine prescritto dall'art. 408 c.p.p. (1)

Non sussistono i delitti di cui all'art. 595 c.p. (Diffamazione) e 593, comma 3, c.p. (Diffamazione a mezzo stampa) quando la diffusione delle notizie, riguardando persone notorie ed esporsi mediaticamente, rispetta i criteri della continenza e della veridicità dei medesimi fatti (2).

(1-2) Un'irresponsabilità intuita, ma non pienamente affermata?

L'ordinanza si segnala per il mancato assorbimento della questione di merito da parte della pronuncia di rito: tuttavia le motivazioni "eccedenti" pur non potendo, all'evidenza, costituire la *ratio* del *decisum*, assumono la non trascurabile portata di *obiter dicta* (benché, anche sotto il profilo del solo rito, si dia una certa sovrabbondanza di *rationes* senza che ne sia dato di stabilirne un sicuro ordine gerarchico).

Venendo, comunque, subito alle argomentazioni addotte circa la non meritevolezza anche di un eventuale accoglimento nel merito dell'iniziativa penale, esse hanno riguardato le denunce presentate da un noto clinico universitario a causa sia della pubblicazione di notizie - ritenute diffamanti - da parte di una giornalista su un periodico *online*, sia della pubblicizzazione dell'invio di una lettera - ritenuta parimenti lesiva - al Rettore della locale Università da parte di un consigliere regionale.

Nell'emarginare agevolmente l'iniziativa in questione, la GIP genovese si è avvalsa, nel primo caso, degli ormai famosi criteri elaborati dalla Suprema Corte in tema di diffamazione a mezzo stampa (a partire dalla storica sentenza n. 5259 del 1984), e, nel secondo, anche di quelli attinenti all'interesse pubblico determinato dalla notorietà (nella specie persino ricercata) delle persone coinvolte. Meritano attenzione, peraltro, anche il fatto che la GIP abbia sussunto *de plano* il periodico telematico nella nozione di stampa secondo le più recenti statuizioni della Casazione (Sezioni Unite, n. 31022 del 2015 e Sezione Quinta, n. 1275 del 2018), nonché il rilievo scriminante attribuito al possesso, da parte di uno dei soggetti denunciati, di una carica politica (Capo gruppo consiliare in Regione).

Con riferimento a quest'ultimo punto, tuttavia, non sarebbe stato fuor d'opera interrogarsi se l'attività di denuncia politica svolta dal consigliere, diretta verso un soggetto operante in un settore ascrivibile con certezza alla competenza regionale (sanità), potesse essere più precisamente inquadrabile nell'insindacabilità consiliare prevista dall'art. 122 Cost. Anche perché, per quanto condivisibile, il *decisum de quo* non esplicita quale sia la base giuridica dell'attribuzione di un diritto di critica ad una carica politica "accresciuto" rispetto a *quisque de populo*.

Una volta, infatti, consumato lo "straripamento" processuale, l'occasione sarebbe stata, dunque, propizia per tentare di aggiungere un nuovo tassello alla ricostruzione della nozione di "esercizio delle funzioni" consiliari, appiattite finora, com'è noto, dalla stessa Corte costituzionale sull'attività strettamente interna al palazzo

(ad es., sent. n. 276/2001). Non ci pare, del resto, ineluttabile, sul piano dei principi e su quello sistematico, un'interpretazione eccessivamente burocratica che individui quel nesso funzionale tra attività esterne ed attività interne, ritenuto necessario per avvalersi della prerogativa costituzionale, nella stretta contestualità e corrispondenza con attività consiliari tipiche. Ci sembra, infatti, questo, un orientamento teso a fornire di siffatte funzioni - specie rispetto a quelle dei parlamentari - una nozione un po' asfittica per un organo politico-rappresentativo (si noti, d'altro canto, come non sia mancato chi ha segnalato la necessità di un'aggiornata dislocazione della rappresentatività regionale a seguito della riforma del Titolo V Cost.), in ragione di una configurazione delle medesime funzioni esclusivamente topografica e cronologica senza alcun riguardo al piano teleologico, ossia alla cura degli interessi ricadenti nell'ambito di competenza costituzionale delle Regioni.

Ci si potrebbe, ancora, domandare se (non nel caso di specie, andato comunque a buon fine, ma) in generale non potrebbe produrre qualche giovamento, almeno sul piano della chiarezza, l'attivazione della procedura prevista a tutela dell'insindacabilità consiliare dalla legge della Liguria n. 38 del 2001, recante norme in materia di valutazione di insindacabilità dei consiglieri regionali ai sensi dell'articolo 122, comma 4, della Costituzione, sul presupposto, si badi, che le fratture politiche non risultino, nelle fattispecie in argomento, tali da sovrastare innaturalmente l'esigenza costituzionale di protezione della specifica libertà di espressione dei consiglieri regionali.

Anche se, con riferimento a tale normativa, si consenta di evidenziarne il carattere fortemente tautologico, che rischia di essere nella sostanza poco incisivo, e, magari, l'opportunità di una più adeguata puntualizzazione delle manifestazioni di pensiero reputate dalla stessa Regione omologabili alle funzioni consiliari.

Pasquale Costanzo

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 1 febbraio 2020 - Giudice Unico Vignale.

PROVE - ricerca della prova - intercettazioni di con-

versazioni o comunicazioni - utilizzazione in altri procedimenti.

(Art. 270 c.p.p.)

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 270 c.p.p. è vietata l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le stesse siano state autorizzate salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e salvo che non si tratti di reati connessi ex art. 12 c.p.p. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata "ab origine" disposta.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 2 ottobre 2020, n. 1953 - Giudice Unico Maggio.

REATI in materia di stupefacenti - produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope - concorso di persone - individuazione natura singole responsabilità - necessità - esclusione.

(Art. 73 c. 5 D.P.R. 09/10/1990, n. 309, art. 110 c.p.)

Nell'ambito del reato di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope, il concorso di persone nel reato ai sensi dell'art. 110 C.p. può essere ritenuto integrato sulla base di elementi di fatto che caratterizzano la situazione in cui si sviluppa la condotta, senza che sorga necessità di analizzare singolarmente la natura delle singole responsabilità dei partecipanti.

Nel caso di specie, il Giudice riteneva sussistente il concorso di persone nel reato di cui all'art. 73 c. 5 D.P.R. 09/10/1990, n. 309 sulla base di gravi elementi quali lo schieramento circospetto e suddiviso in ruoli dei soggetti coinvolti, il precedente contatto degli imputati - verosimilmente a titolo di cessione di sostanza stupefacente - con un soggetto compratore, la natura e le caratteristiche della sostanza rinvenuta e la fuga di tutti gli imputati all'arrivo della polizia, tutti indici che rendono superfluo un approfondimento volto a distinguere le diverse responsabilità.

M.CAP.

Sezione di deontologia

Documenti

Il Richiamo Verbale

Fabio De Santis

Avvocato

Segretario del Consiglio di Disciplina di Genova

La nuova disciplina dell'ordinamento forense ha introdotto il "richiamo verbale" quale alternativa (a conclusione del procedimento disciplinare) al proscioglimento dell'incolpato da una parte e all'irrogazione di una sanzione disciplinare dall'altra (1).

Il richiamo verbale non ha carattere di sanzione disciplinare ed è formalmente comunicato all'iscritto e al Consiglio dell'Ordine di appartenenza con lettera riservata del Presidente del Consiglio distrettuale di disciplina ovvero a mezzo pec (ex art. 28.2 Reg.2/14 CNF).

Il «richiamo verbale» quindi non è una sanzione, ma per la sua irrogazione prevede come suo presupposto, sempre e comunque l'accertamento di una responsabilità disciplinare per casi di infrazioni lievi e scusabili.

La stessa Legge Forense (così come il regolamento n. 2/2014 CNF e l'art. 22.4 del codice deontologico) non solo esclude il provvedimento del richiamo verbale dall'elenco delle «sanzioni disciplinari» (2), ma aggiunge e chiarisce che lo stesso è un provvedimento per la definizione del procedimento «non avente carattere di sanzione disciplinare» (art. 52 lett. b Legge Forense). Tale provvedimento, di competenza del CDD, permette quindi di non sanzionare quelle infrazioni deontologiche che siano considerate scusabili e di modesto rilievo dalle quali tuttavia il professionista dovrebbe astenersi. Quindi per adottare il richiamo verbale quale provvedimento non sanzionatorio occorre che sussistano congiuntamente i due presupposti: sia la "tenuità dell'infrazione" sia la sua "scusabilità". Il richiamo verbale, pertanto, seppure non ha carattere di sanzione disciplinare (ex art. 22.4 codice deontologico), *presuppone per la sua irrogazione l'accertamento di un illecito deontologico lieve e scusabile e, in senso lato, quale provvedimento disciplinare ha carattere afflittivo e può considerarsi (in senso lato) come un provvedimento "attenuato" rispetto alla sanzione (minima) dell'avvertimento* (3), attenzione però *"una volta affermata la responsabilità disciplinare dell'incolpato per infrazioni che non siano lievi e scusabili, la sanzione dell'avvertimento non può essere ulteriormente mitigata al richiamo verbale, che non ha carattere di sanzione disciplinare"* (così CNF sentenza n.133/2020).

Il richiamo verbale è un provvedimento sui generis ed ha una disciplina a sé, o meglio delle discipline a sé.

Da un punto di vista sistematico, infatti possiamo individuare, nel nostro procedimento disciplinare tre distinti momenti in cui può essere irrogato il provvedimento di Richiamo Verbale e così possiamo distinguere tre diversi "richiamo verbale" e ciò sia in base al momento procedimentale sia in base al soggetto promotore. In ordine cronologico:

a) il primo richiamo verbale è su proposta del Presidente del Consiglio Distrettuale di Disciplina in seduta plenaria (ex art. 14 comma 2 bis Reg. 2/14 CNF) (4): *"Qualora non*

ritenga di chiedere al consiglio distrettuale riunito in sede plenaria l'archiviazione del procedimento ai sensi del comma 1, il Presidente, nel caso di infrazioni lievi e scusabili, può proporre all'assemblea l'applicazione del richiamo verbale nei confronti del segnalato ai sensi dell'art. 28 del presente regolamento", mentre: *"Qualora non venga disposta l'archiviazione immediata o non venga deliberato il richiamo verbale, il Presidente del Consiglio distrettuale di disciplina assegna il fascicolo alla sezione competente secondo le modalità previste dall'art. 2 del presente regolamento"* (così art. 14 Comma 4 Reg.2/14 CNF)

Alla luce del combinato disposto di tali norme, si può ritenere che il (primo) provvedimento di richiamo verbale, irrogato ai sensi dell'art.14.2bis Reg.2/14 CNF, sia a tutti gli effetti un provvedimento definitivo che chiude il procedimento disciplinare (nella fase primordiale del procedimento -in sede plenaria-) e come previsto, preclude l'assegnazione del fascicolo, da parte del Presidente del CDD, alla sezione.

Diversamente, una volta chiusa la fase "presidenziale", questa volta con l'assegnazione del fascicolo disciplinare alla sezione e la nomina del Consigliere istruttore, si apre un diverso scenario e presenta:

b) il (secondo) richiamo verbale, ex art. 14 comma 4 bis Reg. n 2/14 CNF (5), che viene proposto dal Consigliere Istruttore: *"In ogni caso, in ipotesi di infrazioni lievi e scusabili la sezione designata, su proposta del consigliere istruttore, senza necessità di convocare l'iscritto per gli adempimenti di cui all'art. 15, può deliberare il richiamo verbale che deve essere formalizzato con lettera del Presidente del Consiglio distrettuale di disciplina. Il richiamo verbale deve essere immediatamente comunicato via pec o con raccomandata riservata all'incolpato, al Consiglio dell'Ordine di appartenenza ed eventualmente a quello che abbia inviato la segnalazione iniziale. L'iscritto, nel termine di 30 giorni dal ricevimento della predetta comunicazione, potrà opporsi alla definizione del procedimento attraverso il richiamo verbale formulato e chiedere che si proceda all'istruttoria preliminare ai sensi degli articoli 15 e seguenti del presente regolamento"*.

Per tale specifico richiamo verbale, su proposta del consigliere istruttore alla sezione, viene dettata una particolare procedura di "opposizione" a tale provvedimento, che permette di richiedere all'istruttore (già designato) di procedere con l'istruttoria preliminare.

Tale procedura di opposizione è dettata per questa peculiare e distinta fase procedimentale e quindi non dovrebbe essere adottata per il richiamo verbale irrogato su proposta del Presidente del Consiglio distrettuale di Disciplina (6) che, come detto, porrebbe fine al procedimento disciplinare (così come l'archiviazione per manifesta infondatezza e/o per prescrizione in sede plenaria) inibendo così l'assegnazione del fascicolo alla sezione e la nomina del Consigliere Istruttore. Il provvedimento di richiamo verbale, proposto dal Presidente del Consiglio Distrettuale, ove accolto dall'assemblea, come provvedimento che definisce il procedimento, dovrebbe essere impugnato innanzi al CNF come tutti i provvedimenti definitivi del CDD.

Sul punto non vi sono precedenti giurisprudenziali specifici, anche se utile ai fini della nostra discussione sono le conside-

razioni e argomentazioni della sentenza n. 2/20 del CNF in data 14/01/20 che affronta la questione dell'impugnabilità del richiamo verbale (assunto dalla Sezione a conclusione del procedimento disciplinare), dove si afferma che *il richiamo verbale, sebbene non abbia carattere di sanzione disciplinare, presuppone comunque l'accertamento di un illecito deontologico (anche se lieve e scusabile) e costituisce pur sempre un provvedimento afflittivo, sicché in linea di principio non se ne può escludere l'impugnabilità* (innanzi al CNF).

Il richiamo verbale, come detto, se definisce il procedimento non può che essere impugnato innanzi al CNF. Le considerazioni e argomentazioni del CNF (nella sentenza sopra richiamata) sono valide e condivisibili anche per il richiamo verbale irrogato su proposta del Presidente del CDD in sede plenaria. Ulteriore singolarità del richiamo verbale, su proposta del Consigliere Istruttore, è il fatto che (diversamente dagli altri) la sua comunicazione riservata oltre che all'incolpato e al Consiglio dell'Ordine di appartenenza (come previsto dall'art. 28.2 Reg. 2/14 CNF) deve essere fatta anche (eventualmente) al Consiglio dell'Ordine *“che abbia inviato la segnalazione iniziale”*.

c) Il (terzo) richiamo verbale, più lineare, è quello irrogato dalla Sezione con la decisione che definisce il procedimento come previsto dalla Legge Forense e dal Reg. 2/14 CNF (ex art. 28.1 -Richiamo verbale): *“Nei casi di infrazioni lievi e scusabili la sezione, con la decisione che definisce il procedimento, anche nell'ipotesi di cui all'art. 14, può deliberare il richiamo verbale dell'incolpato”* (7). In tale ultimo caso, la comunicazione del richiamo verbale *“all'iscritto e al Consiglio dell'Ordine di appartenenza con lettera riservata del Presidente del Consiglio distrettuale di disciplina ovvero a mezzo pec”* (come previsto dall'art.28.2 Reg. 2/14 CNF) appare però una formalità del tutto ultronea tenuto conto che la decisione, che definisce il procedimento disciplinare (anche con richiamo verbale), viene notificata in copia integrale, ai sensi dell'art.59 lett. m Legge Forense e dell'art. 31 Reg. 2/14 CNF (8), sia all'incolpato che al Consiglio dell'Ordine di appartenenza oltre che al pubblico ministero e al procuratore generale della Repubblica presso la corte d'appello del distretto ove ha sede il Consiglio Distrettuale di Disciplina.

Note.

(1) Art. 52 *Contenuto della decisione -Legge Forense - Con la decisione che definisce il procedimento disciplinare possono essere deliberati:*

il proscioglimento, con la formula: «non esservi luogo a provvedimento disciplinare»;

il richiamo verbale, non avente carattere di sanzione disciplinare, nei casi di infrazioni lievi e scusabili;

l'irrogazione di una delle seguenti sanzioni disciplinari: avvertimento, censura, sospensione dall'esercizio della professione da due mesi a cinque anni, radiazione

Art. 29 Decisione di condanna - REG 2/14 CNF -

1. Con la decisione che definisce il procedimento la sezione può infliggere una delle seguenti sanzioni disciplinari:

a) avvertimento, quando il fatto contestato non è grave e vi è motivo di ritenere che l'incolpato si asterrà dal compiere altre infrazioni;

b) censura, quando la gravità dell'infrazione, il grado di responsabilità, i precedenti dell'incolpato e il suo comportamento successivo al fatto inducono a ritenere che egli non incorrerà in un'altra infrazione;

c) sospensione dall'esercizio della professione o della pratica da due mesi a cinque anni, a fronte di violazioni di norme di comportamento e deontologiche

tali da non consentire l'irrogazione della sanzione della censura. La durata della pena accessoria dell'interdizione dall'esercizio della professione e/o di quella cautelare interdittiva inflitte all'avvocato dall'autorità giudiziaria è computata nella durata della sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio della professione;

d) radiazione, a fronte di violazioni molto gravi che rendono incompatibile la permanenza nell'albo dell'incolpato.

(2) Art. 53 Legge Forense - Sanzioni

1. L'avvertimento può essere deliberato quando il fatto contestato non è grave e vi è motivo di ritenere che l'incolpato non commetta altre infrazioni. L'avvertimento consiste nell'informare l'incolpato che la sua condotta non è stata conforme alle norme deontologiche e di legge, con invito ad astenersi dal compiere altre infrazioni.

2. La censura consiste nel biasimo formale e si applica quando la gravità dell'infrazione, il grado di responsabilità, i precedenti dell'incolpato e il suo comportamento successivo al fatto inducono a ritenere che egli non incorrerà in un'altra infrazione.

3. La sospensione consiste nell'esclusione temporanea dall'esercizio della professione o dal praticantato e si applica per infrazioni consistenti in comportamenti e in responsabilità gravi o quando non sussistono le condizioni per irrogare la sola sanzione della censura.

4. La radiazione consiste nell'esclusione definitiva dall'albo, elenco o registro e impedisce l'iscrizione a qualsiasi altro albo, elenco o registro, fatto salvo quanto stabilito nell'articolo 62. La radiazione è inflitta per violazioni molto gravi che rendono incompatibile la permanenza dell'incolpato nell'albo. Art. 30 Sanzioni disciplinari - Reg. 2/14 CNF -

1. L'avvertimento consiste nell'informare l'incolpato che la sua condotta non è stata conforme alle norme deontologiche e di legge, con invito ad astenersi dal compiere altre infrazioni.

2. La censura consiste nel biasimo formale.

3. La sospensione consiste nell'esclusione temporanea dall'esercizio della professione o dal praticantato.

4. La radiazione consiste nell'esclusione definitiva dall'albo, elenco o registro e impedisce l'iscrizione a qualsiasi altro albo elenco o registro, fatto salvo quanto previsto dal comma successivo.

5. Il professionista radiato, ove sussistano i presupposti di cui all'art. 17 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, può chiedere di essere nuovamente iscritto decorsi cinque anni dall'esecutività del provvedimento sanzionatorio, entro e non oltre un anno dalla scadenza di tale termine

(3) Così CDD di Genova decisione n.28/18; CNF Sentenza n.43/20

(4) Reg. 2/14 CNF Art. 14.2-bis. Comma aggiunto, con delibera immediatamente esecutiva, assunta nella seduta amministrativa del 24 marzo 2017.

(5) Reg. 2/14 CNF art 14.4-bis (Comma aggiunto, con delibera immediatamente esecutiva, assunta nella seduta amministrativa del 26 giugno 2015 e così modificato, con delibera immediatamente esecutiva, assunta nella seduta amministrativa del 24 marzo 2017)

(6) Come sostenuto da alcuni Consigli distrettuali di disciplina che all'opposizione, da parte del segnalato, al richiamo verbale ex art.14.2bis Reg.2/14 CNF (su proposta del Presidente del CDD), procedono all'assegnazione del fascicolo alla sezione con nomina di un istruttore.

(7) Comma così modificato, con delibera immediatamente esecutiva, assunta nella seduta amministrativa del 26 giugno 2015. Il testo originario così recitava: *«Nei casi di infrazioni lievi e scusabili la sezione, con la decisione che definisce il procedimento, può deliberare il richiamo verbale dell'incolpato.»* Con delibera immediatamente esecutiva, assunta nella seduta amministrativa del 24 marzo 2017, sono state soppresse le parole *«comma 4-bis»*.

(8) Art. 31 Notificazione della decisione

1. Copia integrale del provvedimento è notificata, anche via pec, a cura della segreteria del Consiglio distrettuale di disciplina: a) all'incolpato nel domicilio professionale o in quello eventualmente eletto; b) al Consiglio dell'Ordine presso il quale l'incolpato è iscritto; c) al Pubblico Ministero presso il Tribunale ove ha sede il Consiglio dell'Ordine dell'iscritto; d) al Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello del distretto ove ha sede il Consiglio distrettuale di disciplina che ha emesso il provvedimento.

Ancora sulla insussistenza in capo al COA di qualsiasi potere valutativo, pre-istruttorio o deliberativo sulla fondatezza della segnalazione, denuncia o esposto

Fabio De Santis

Avvocato

Segretario del Consiglio di Disciplina di Genova

Il Consiglio Nazionale Forense ritorna su quei “*procedimenti disciplinari paralleli*” intrapresi da COA poco attenti all’evoluzione del nuovo sistema disciplinare e “*in patente violazione del nuovo sistema normativo e regolamentare di disciplina*”.

Infatti il Consiglio Nazionale Forense, nella seduta amministrativa del 22 gennaio 2021, ha espresso il seguente parere (richiesto dal Consiglio dell’Ordine di Roma):

“*Deve preliminarmente essere richiamato e confermato il parere del 17 luglio 2015, n. 80 del Consiglio Nazionale Forense (1), laddove con chiarezza è affermato che “nel sistema delineato dalla legge, al C.O.A. è precluso il potere di influenzare l’evoluzione del procedimento sia sotto il profilo temporale [...] sia nel merito [...] ciò comporta che in nessun momento, e per nessun tipo di provvedimento, il C.O.A., essendo privo di potere discrezionale, possa influire sullo svolgimento della procedura disciplinare”.*

L’articolo 50, comma 4, della legge n. 247/12 dispone infatti che – quando pervenga un esposto, una denuncia o vi sia comunque una notizia di illecito disciplinare – il “consiglio dell’ordine” ne dia notizia all’iscritto, invitandolo a presentare deduzioni entro venti giorni e che “quindi” trasmetta “immediatamente” gli atti al C.D.D.

Analogamente dispone l’articolo 11, comma 1, del Regolamento CNF n. 2/2014, avendo cura di precisare che entrambi gli adempimenti (notizia all’iscritto e trasmissione al C.D.D.) debbano avvenire “immediatamente”, senza che sia possibile riscontrare una qualche forma di scansione temporale tra i due adempimenti. L’inequivoco tenore delle norme richiamate, sia che si acceda ad una interpretazione letterale che ad una sistematica, esclude quindi in radice la sussistenza in capo al COA di qualsiasi potere valutativo o deliberativo preliminare, anche in ipotesi di palese manifesta infondatezza della segnalazione, denuncia o esposto. La fondatezza o la infondatezza, manifeste o meno che siano, possono e devono essere valutate unicamente dall’organo dotato del potere disciplinare di decidere che per Legge “appartiene” esclusivamente al Consiglio Distrettuale di Disciplina, estrinsecandosi tale potere sia nel deliberare ab origine l’archiviazione dell’azione disciplinare che la sua prosecuzione. La netta distinzione di compiti e prerogative fra COA e CDD costituisce la novità dell’attuale disciplina come confermato anche dalle SSUU (n. 16993/2017) che, nel definire la funzione “amministrativa ma di natura giustiziale” dei CDD a cui è devoluta dalla legge l’applicazione delle norme disciplinari, delinea la prerogativa funzionale dei COA i quali, in quanto detentori del potere di sorveglianza sugli iscritti, sono portatori dell’interesse ad agire e resistere nel giudizio disciplinare.

“È questo, del resto, il senso ultimo della separazione tra il COA, quale organo di vigilanza deontologica e di esecuzione delle sanzioni, e il CDD, quale organo titolare del potere disciplinare”. L’ampiezza del potere di sorveglianza del COA (che, in via meramente esemplificativa, va dal ricevimento degli esposti, alla verifica del rispetto dell’obbligo formativo, alla facoltà di segnalazioni autonome, alla legittimazione all’impugnazione per qual-

siasi decisione del CDD ivi compresa l’archiviazione) non può quindi espandersi in modo tale da attribuirgli anche quello di far abortire ab origine l’azione disciplinare. Un apposito organo, terzo, dotato di funzioni disciplinari il cui esercizio fosse, ancorché solo in parte, condizionato dall’assenso di un diverso organo amministrativo sarebbe una evidente incongruenza. Analogamente incongruente sarebbe un sistema che attribuisse ai COA non solo il potere di fungere da innesco dell’azione disciplinare o di impugnare la decisione, ma anche quello di impedire l’accertamento dei fatti e la pronuncia sugli stessi. Alla luce dei principi richiamati, pertanto, la trasmissione della notizia di illecito al CDD e la comunicazione all’iscritto costituiscono atti amministrativi di natura vincolata, sia nel merito che nella determinazione dei tempi. Ne consegue che qualsiasi decisione che il COA – nell’esercizio della propria autonomia – volesse adottare per disciplinare le modalità di esercizio di tale potere/dovere, in nessun caso potrebbe pregiudicare la chiara portata della norma, che preclude ogni possibilità di ritardo nella trasmissione o di valutazione della notizia/esposto nel merito. Deve pertanto escludersi, ad esempio, che il Consiglio dell’Ordine sia dotato di un potere collegiale di valutazione o delibera sulla trasmissione dell’esposto: ciò, infatti, oltre a comportare un inevitabile rallentamento dei tempi di trasmissione, configurerebbe uno spazio di valutazione discrezionale del merito dell’esposto, che deve invece ritenersi assolutamente precluso. Così delimitato alla luce del disposto normativo l’ambito di azione del COA e per quanto attiene l’organizzazione delle modalità di esercizio del potere/dovere di trasmissione, resta salva la possibilità per il Consiglio di adottare le determinazioni organizzative che ritenga più opportune, al fine dell’automatizzato adempimento di cui all’art. 50 L. 247/2012, dando poi informazione al Consiglio degli esposti pervenuti e inoltrati. In nessun caso, si ribadisce conclusivamente, potrà configurarsi una delibera del Consiglio, tantomeno previa nomina di relatore o esperimenti di incumbenti su singoli fascicoli o posizioni.”

Il CNF con questo ultimo parere, ribadisce ancora una volta “*che la nuova regolamentazione del procedimento disciplinare, individua nei Consigli distrettuali di disciplina i titolari unici ed esclusivi del potere disciplinare ed è chiarissima nel prevedere che il COA, di cui peraltro essi sono organi, a fronte della ricezione di un esposto o di una denuncia, o comunque della conoscenza di una notizia di illecito disciplinare, altro e diverso compito non ha se non quello “di darne notizie all’iscritto, invitandolo a presentare sue deduzioni entro il termine di venti giorni, e quindi trasmettere immediatamente gli atti al consiglio distrettuale di disciplina”, cui compete, in via esclusiva, anche il potere di archiviazione.”* (2) Sottolinea più volte quel concetto e obbligo di “immediatezza” nella trasmissione della notizia dell’illecito e l’assenza di qualsiasi valutazione in capo al COA sul comportamento dell’iscritto (da sottoporsi al competente CDD) e/o “*suggerire*” al CDD come operare.

La trasmissione della notizia dell’illecito, comunque appresa dal COA, deve essere inviata senza alcuna dilazione di settimane, mesi (o oltre) *giustificate*, per esempio, al fine di nominare, un relatore all’interno del COA per “*istruire*” il fascicolo, chiedere delucidazioni al segnalato, acquisire informazioni documenti e/o per predisporre una semplice “*relazione*” da illustrare al proprio COA per ottenere/non ottenere così “*l’autorizzazione/parere*” per la trasmissione della segnalazione/esposto al CDD: tali attività sono precluse ai singoli COA e vietate dal nuovo sistema disciplinare.

L’ultimo inciso del parere del CNF non lascia più spazio a quelle “*prassi*” tenute dai vari COA, che nonostante “*Il dettato normativo (art. 50, comma 4, legge n. 247/12) è chiarissimo nel*

porre in capo al COA un obbligo di trasmissione immediata di ogni segnalazione al CDD, che è competente in via esclusiva all'apprezzamento della sussistenza dei presupposti per l'eventuale apertura del procedimento disciplinare a carico dell'iscritto" (3), continuano a porre in essere comportamenti siffatti, magari al solo fine (non riconosciuto e vietato) di "agevolare il lavoro del CDD".

Il CNF non perde l'occasione, con questo ulteriore parere, per ribadire che tali "prassi" non sono legittime e risultano essere in palese contrasto con l'intero sistema normativo introducendo altresì un concetto giuridico che dovrebbe porre fine ad ogni ulteriore questione:

"Alla luce dei principi richiamati, pertanto, la trasmissione della notizia di illecito al CDD e la comunicazione all'iscritto costituiscono atti amministrativi di natura vincolata, sia nel merito che nella determinazione dei tempi."

Note.

(1) Su richiesta del COA di Cagliari "se vi sia la conservazione in capo al C.O.A. di un margine valutativo, seppur minimo..." si ha parere del 17 luglio 2015, n. 80 del Consiglio Nazionale Forense che afferma:

"L'art. 50 c. 4 L. 247/2012 ricollega l'insorgere dell'obbligo di trasmissione al C.D.D. (e quindi trasmettere immediatamente gli atti) al momento nel quale il C.O.A. "deve darne notizia all'iscritto" e non a quello successivo in cui pervengono le deduzioni difensive dell'incolpato. La frase ricompresa tra le virgole "invitandolo a" individua meramente l'obbligo per il C.O.A. di dare la notizia ma non pone alcuna scansione temporale per gli adempimenti successivi. Va sottolineato che, nel sistema delineato dalla legge, al C.O.A. è precluso il potere di influenzare l'evoluzione del procedimento sia sotto il profilo temporale (il che accadrebbe ove si consentisse al C.O.A. stesso di attendere la risposta dell'incolpato e di trattenere a sé il fascicolo il periodo di tempo ritenuto necessario anche oltre il termine di 20 giorni) sia nel merito (anche la valutazione della manifesta infondatezza è rimessa al "plenum" del C.D.D.). Nel nuovo ordinamento "il C.O.A. deve darne notizia all'iscritto" e (il verbo "deve" regge il periodo successivo) "quindi trasmettere immediatamente gli atti al C.D.D. che è componente in via esclusiva": ciò comporta che in nessun momento, e per nessun tipo di provvedimento, il C.O.A., essendo privo di potere discrezionale, possa influire sullo svolgimento della procedura disciplinare. Una situazione, per certi versi, speculari a quella che si verificava preceden-

temente ove fosse stato denunciato un consigliere del COA a giudicare il quale diveniva competente il COA distrettuale: non sussisteva alcuno spazio deliberativo per il COA di appartenenza del consigliere perché la "manifesta infondatezza e pretestuosità" non dovevano, e non potevano, essere valutate costituendo comunque un giudizio nel merito che presupponeva il sussistere della competenza. In coerenza con tali principi si pone il dato testuale del regolamento n. 2 che, in riferimento all'attività del COA, utilizza l'avverbio "immediatamente" o espressioni analoghe quali "immediata comunicazione" volendo significare come sul COA gravi un mero onere di comunicazione e di trasmissione. Per venire al caso teorico prospettato, deve osservarsi che alla luce della pacifica non negoziabilità dell'azione disciplinare, che viene esercitata non a tutela della parte denunciante ma dell'immagine della categoria, la conciliazione eventuale della vertenza può incidere esclusivamente sulla gravità della sanzione. Opinare diversamente comporterebbe l'attribuzione della titolarità-disponibilità dell'azione, che deve spettare all'ufficio, a chi non ne sia titolare. La risposta deve essere resa affermando che:

– non costituisce facoltà del C.O.A. trattenere il fascicolo sino a che non siano pervenute le deduzioni difensive dell'incolpato poiché l'avverbio utilizzato dalla norma (art. 50 c. 4 L. 247/2012) pone un preciso obbligo di immediata trasmissione;

– la pretestuosità dell'esposto o l'assenza nello stesso di connotati disciplinari, ancorché emergano ictu oculi, non possono costituire oggetto di valutazione da parte del C.O.A. essendo la decisione circa la manifesta infondatezza rimessa alla competenza funzionale del C.D.D.;

– l'obbligo di trasmettere al C.D.D. permane comunque, prescindendo dalla conciliazione che sia intervenuta tra il segnalante e l'avvocato incolpato, essendo l'accordo (una sorta di remissione della querela) irrilevante ai fini della valutazione della fattispecie deontologica e potendo avere riflessi esclusivamente sulla misura dell'eventuale sanzione"

(2) parere n. 72 del 22 giugno 2016, Consiglio Nazionale forense (rel. Baffa) su quesito del COA di Rieti che chiede di conoscere se, nel caso in cui sia stato presentato attualmente un esposto nei confronti di un iscritto per i medesimi fatti per i quali il COA aveva emesso negli anni precedenti un provvedimento di archiviazione, debbano trovare comunque applicazione gli art. 50 comma 4 della legge n. 247/2012 e l'art. 11 del Regolamento n. 2/2014 approvato dal CNF ai sensi dell'art. 50, comma 5, del nuovo ordinamento professionale.

(3) parere n. 37 del 20 ottobre 2019, Consiglio nazionale forense (rel. COMMISSIONE) su quesito del COA di Perugia che formula quesito in merito alla sussistenza in capo al COA di un potere discrezionale di valutazione delle segnalazioni in materia disciplinare ad esso pervenute, ai fini della successiva trasmissione al competente CDD.